

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO**



ESTADO CONSTITUCIONAL
NEGOCIACIÓN COLECTIVA

DERECHOS HUMANOS
POLÍTICAS PÚBLICAS

DERECHO EDUCATIVO
DERECHO COMERCIAL



AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Rectora

Dra. Yolanda Peralta Chávez

Vicerrector Académico

Dr. Luis Cerna Bazán

Vicerrector de Investigación

Dr. Julio Chang Lam

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Dr. Víctor Hugo Chanduví Cornejo

DIRECTOR

Dr. Víctor Hugo Chanduví Cornejo

EDITORES ASOCIADOS

Ms. Raúl Yván Lozano Peralta
Ms. Domingo Varas Loli

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Miguel Ayuso Torres
mayuso@icade.comillas.edu
Universidad de Comillas, Madrid

Dra. Victoria de las Heras Jiménez
mariaVictoriadelasheras@pdi.ucm.es
Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. José Antonio Ñique de la Puente
jniqued@yahoo.es
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Dr. Fernán Altuve-Febres Lores
faltuve@ugartedelpino.pe
Universidad de Lima

Dr. Ramón Oscar Murillo Serna
oscarmurilloserna@yahoo.com
*Instituto de Gobierno de la
Universidad de San Martín de Porres*

Dr. Renzo Raphael Honores Gonzáles
rhonoresg@gmail.com
*Doctor of Philosophy in History
Florida International University - Abogado
Pontificia Universidad Católica del Perú*

Dr. José Antonio Benito Rodríguez
Joseantoniobenito1@gmail.com
Universidad de Valladolid, España

Alejandro Patricio Maraniello
patriciomaraniello@hotmail.com
Universidad de Buenos Aires- Argentina

Martín Acevedo Miño
martin_acevedo@uca.edu.ar
Universidad Católica Argentina

IURA, revista académica interdisciplinaria
de información e investigación jurídica.

ISSN N° 2312-1645

Depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
N° 2014 - 05941

Vol. 6 N° 2, Julio - Diciembre de 2021 - Trujillo, Perú

Publicación semestral
Título abreviado: IURA

Dirección

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
Av. América Sur N° 3145
Urb. Monserrate, Trujillo, Perú
Teléfono: 51-44-604444, anexo 2087
www.upao.edu.pe

Los artículos de esta revista expresan el pensamiento
personal de sus autores, no de la institución.



Preprensa

Fondo Editorial UPAO
Diagramación: Yubis JC

ÍNDICE

EDITORIAL	457
ESTADO CONSTITUCIONAL, CONSTITUCIÓN MATERIAL Y MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN <i>Daniel E. Florez Muñoz, Yezid Carrillo de la Rosa, Henry Valle Benedetti.</i>	459
EL TEST DE PROPORCIONALIDAD: ¿NECESIDAD O MODA? <i>Carlos Enrique Quiroga Periche</i>	485
RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL AL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS <i>Carlos Humberto Angulo Espino</i>	495
LA GARANTIA DE DOBLE CONFORMIDAD EN COLOMBIA <i>Enrique del Río González, Milton José Pereira Blanco y Meliza Salcedo Alarcón</i>	505
DERECHOS HUMANOS Y LA POLÍTICA DE RESTITUCIÓN Y FORMALIZACIÓN DE TIERRAS DESPLAZADAS Y DESPOJADAS. CASO DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR-COLOMBIA. <i>Melisa J. Caro Benitez</i>	531
LA NEGLIGENTE EVALUACIÓN DE ELEMENTOS EXTRAJUDICIALES PARA EL DISEÑO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR <i>Manuel Bermúdez Tapia</i>	553
INTRODUCCIÓN AL DERECHO EDUCATIVO EN EL PERÚ <i>Nuccia Seminario Hurtado, Miriam Lorena Leonor Cruz Patricio</i>	567
LA PREVALENCIA DE LAS ORDENANZAS DE BILBAO EN EL DERECHO COMERCIAL PERUANO <i>Víctor Hugo Chanduvi Cornejo</i>	587

ENTREVISTAS EN CÁMARA GESELL COMO PRUEBA PRECONSTITUIDA DE LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD EN EL PERÚ **603**
Ms. Karina Mercedes Castañeda Hinostroza

ARTES Y CULTURA **623**

HUMAREDA PINCEL GENIAL **625**
Por José Vadillo Vila

MI ENCUENTRO CON EL GUERNICA **629**
Por Domingo Varas Loli

RESEÑAS **635**

HUACO RETRATO **636**
Por Gabriela Wiener

CÉSAR VALLEJO "EL HOMBRE MÁS TRISTE" **638**
Por Daniel Titinger

HÉROES DE CARNE Y HUESO **640**
Por Fernando Iwasaki

PÁGINAS LIBRES **642**

EDITORIAL

EN EL CAMINO

En las fiestas patrias de este año conmemoramos el Bicentenario de la Independencia del Perú en medio de momentos difíciles para la gobernanza y la institucionalidad democrática de nuestro país, aspirando a que la clase política y las instituciones democráticas se comporten a la altura de las circunstancias.

Desde que asumí la dirección de la revista IURA, el 25 de abril del 2018 por acuerdo del Consejo de Facultad de Derecho, hemos publicado dos ediciones semestrales. Un total de ocho ediciones de nuestro órgano de difusión institucional marcan un hito en la historia de nuestra Facultad porque se trata de un periodo ininterrumpido de publicación de nuestra revista dedicada a la difusión de investigaciones jurídicas y una sección cultural que incluye una sesuda reseña de libros, una galería de pinturas y un artículo cultural. En este número incluimos un artículo sobre el Guernica del genial pintor Pablo Picasso, en la galería los cuadros del icónico pintor Víctor Humareda y su nota biográfica. También inauguramos una sección en la que publicaremos capítulos de los libros más vendidos. En esta ocasión difundimos el primer capítulo de la biografía de la canciller alemana Angela Merkel, lideresa reconocida por tiritos y troyanos como la política más notable del siglo XXI.

La edición de una revista es una tarea colectiva que convoca a una serie de profesionales que con su buena voluntad y talento hacen posible cada una de nuestras ediciones. A nivel institucional debo agradecer al Ms. Domingo Varas Loli y al Dr. Eduardo Paz Esquerre en su calidad de editor asociado.

También agradezco a los miembros del comité editorial que me acompañaron desde que asumí la dirección de la revista hasta la fecha: al Dr. Miguel Ayuso Torres de la Universidad de Comillas, Madrid –España; a la Dra. Victoria de las Heras Jiménez de la Universidad Complutense de Madrid-España; al Dr. José Antonio Ñique de la Puente de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; al Dr. Fernán Altuve-Febres Lores de la Universidad de Lima; al Dr. Ramón Oscar Murillo Serna del Instituto de Gobierno de la Universidad de San Martín

▪

de Porres; al Dr. Renzo Honores Gonzáles de la Pontificia Universidad Católica del Perú y al Dr. José Antonio Benito Rodríguez de la Universidad de Valladolid, España. A todos ellos mi eterno agradecimiento y reconocimiento académico.

Comprometidos en la tarea de formar abogados de alto nivel académico, nuestra Facultad de Derecho, la segunda Facultad acreditada de nuestra Universidad, hemos perseverado en la edición de nuestra revista institucional, conscientes de la necesidad de un órgano de comunicación para difundir los resultados de las investigaciones científicas que realizan nuestros docentes y estudiantes. A pesar de la crisis sanitaria y de la inestabilidad política e institucional, no hemos dejado de editar cada semestre nuestra querida revista IURA. Ninguna circunstancia adversa nos ha detenido en el cumplimiento de nuestra meta: la indexación de nuestra revista.

Dr. Víctor Hugo Chanduví Cornejo

ESTADO CONSTITUCIONAL, CONSTITUCIÓN MATERIAL Y MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN

Daniel E. Florez Muñoz¹
Yezid Carrillo de la Rosa²
Henry Valle Benedetti³

RESUMEN

El desarrollo del constitucionalismo contemporáneo parte del reconocimiento de la dimensión material de los textos constitucionales. Esta lectura de la constitución como documento jurídico normativo dotado de contenidos expresados bajo la denominación de derechos fundamentales generará al interior de los sistemas jurídicos y políticos una serie de tensiones inéditas hasta el momento. En el presente artículo se analizará el concepto de derechos fundamentales, abordando sus diferentes dimensiones y precisando las categorías claves para su correcta comprensión en el marco de los sistemas constitucionales actuales.

Palabras Clave: Derechos fundamentales, Constitución material, Estado Constitucional, mandatos de optimización.

-
- 1 Profesor de Derecho, Universidad de Cartagena. Miembro del grupo de investigación en Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y problemas jurídicos contemporáneos. Director del semillero en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Política de la Universidad de Cartagena. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1710-2850> E-mail: daniel.florez@hotmail.es
 - 2 Abogado egresado de la Universidad Nacional, licenciado en Filosofía por la Universidad Santo Tomas, especialista en Derecho Público por la Universidad Externado de Colombia, especialista en Filosofía Moral y Política de la Universidad de Cartagena, magister en Derecho por la Universidad Nacional, doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cartagena. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5362-3752> E-mail: yezidcarrillo@hotmail.com
 - 3 Abogado con maestría en negocios internacionales, maestría en Derecho Administrativo, especializado en derecho comercial, negociación y solución de conflictos. Docente de planta de la Facultad de Derecho Universidad de Cartagena, grupo de investigación Phronesis de la misma facultad. <https://orcid.org/0000-0002-9049-108X> E-mail: henryvalleb@gmail.com

ABSTRACT

The development of contemporary constitutionalism starts from the recognition of the material dimension of constitutional texts, this reading of the constitution as a normative legal document endowed with contents expressed under the denomination of fundamental rights, will generate a series of tensions within the legal and political systems unpublished so far. In this article, the concept of fundamental rights will be analyzed, addressing its different dimensions and specifying the key categories for its correct understanding within the framework of current constitutional systems.

Keywords: Fundamental rights, material constitution, constitutional state, optimization mandates

INTRODUCCIÓN

A partir de la Segunda Guerra Mundial, buena parte de los países de Europa y América Latina emprenden procesos de transformaciones constitucionales que repercutirán directamente tanto en la comprensión de los límites al poder público, como en el lugar de la Constitución y del poder judicial al interior del sistema de fuentes y los procesos creación del Derecho. Esta nueva forma de comprender el constitucionalismo se encontró asociada, entre otras cosas, con la materialización de los textos constitucionales a través de la dogmática principialista y con la revaloración del rol del poder judicial a partir de la garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional⁴. Esta última ya no supeditada al frío examen de los procedimientos y modelos de competencias, sino cualificada a partir de contenidos en términos de deberes positivos, libertades y garantías fundamentales, las cuales se experimentarán no solo como límites materiales a la actividad del Estado y de los particulares, sino como condicionantes al interior de los procesos de creación, interpretación y aplicación del derecho ordinario.

Al interior de esta nueva realidad normativa, adscrita al naciente Estado Constitucional de Derecho, el fenómeno llamado constitucionalización del ordenamiento jurídico cobra un especial lugar, como resultado de la redefinición de los textos constitucionales en términos de norma jurídica sustantiva con capacidad irradiadora, la profundización de las técnicas interpretativas y argumentativas al interior del razonamiento judicial, y la cualificación de las técnicas jurisprudenciales asociadas con la garantía jurisdiccional de la integralidad y supremacía constitucional, típicamente asociadas con fallos modulatorios y la construcción jurisprudencial del derecho. Este fenómeno heterogéneo y fragmentario impactará las bases de buena parte de las áreas del derecho ordinario, redefiniendo el alcance de su

4 Un detallado estudio sobre el desarrollo del poder judicial al interior del Estado de Derecho moderno en Florez (2010b)

normatividad y supliendo algunas de sus más tradicionales instituciones. El derecho constitucional se establece como fundamento de la validez de la totalidad de las ramas del derecho (Florez-Muñoz, 2010c; Bernal, 2005), y más que eso lleva la fuerza irradiadora de las cláusulas que consagran derechos fundamentales a escenarios históricamente reservados a principios tales como la autonomía de la voluntad en el campo del derecho privado entre otros. El presente trabajo tiene por objetivo desarrollar analíticamente una aproximación al concepto de derechos fundamentales a partir de las categorías claves para su comprensión y alcance. En ese orden de ideas abordaremos la noción de Estado Constitucional, Constitución material y finalmente los diferentes niveles y dimensiones de análisis del concepto de derechos fundamentales a la luz de los principales referentes dogmáticos.

Siguiendo al profesor Werner Kägi (2005) podríamos afirmar que lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional es la incorporación de una dimensión material y normativa del texto constitucional, el cual –parafraseando a Ihering– extiende “la fuerza vinculante bilateral de la norma” tanto a la totalidad de las autoridades estatales como a los ciudadanos en general. Esto en contraposición a toda forma de estado de privilegios de viejo y nuevo cuño, por regla general afianzados en el principio de autoridad sin más que no encuentra sino en la reglamentación de sus procedimientos el único límite efectivo al ejercicio del poder. En ese orden de ideas, la Constitución jurídica⁵ transforma el poder desnudo, formalmente limitado, en un legítimo poder normativamente reglado y materialmente comprometido con valores y preceptos anclados en principios democráticos y la defensa de la dignidad humana. Esto solo es posible precisando los criterios formales de actuación y de competencia orgánica, así como los aspectos sustanciales que deben ser asegurados, promovidos y privilegiados tanto en la actividad estatal como al interior de las relaciones entre particulares.

En ese orden de ideas, el Estado constitucional nace íntimamente ligado con la existencia de Constituciones rígidas (Guastini, 2007; Haberle, 2003), con contenidos y fuerza normativa (Florez-Muñoz, 2012a), así como con un diseño institucional en el que se prevé la existencia de órganos llamados a asegurar el respeto de su supremacía a partir del control de la actividad de los poderes públicos y la extensión de dichas garantías al interior de las relaciones entre los ciudadanos (Arango, 2004; Julio, 2007).

El objetivo del presente trabajo, elaborado usando el método cualitativo y las técnicas propias de la investigación documental, es comprender los presupuestos y principales rasgos doctrinales del fenómeno de la constitucionalización del derecho en el marco del Estado Constitucional contemporáneo.

5 En relación al concepto de Constitucionalismo jurídico y Constitucionalismo político, ver Carrillo (2015) y Bellamy (2010)

I. HACÍA UN NUEVO PARADIGMA I: EL ESTADO CONSTITUCIONAL

La realidad normativa anteriormente descrita impactará al interior de las formas en las que se comprende, teoriza y aplica el derecho al interior de los Estados constitucionales, especialmente a partir de la segunda posguerra en Europa y América Latina (Florez-Muñoz, 2013). Avanzando de un concepto restringido de Constitución, excesivamente abstracto y formal, típicamente asociado con una simple pieza lógico-sistemática, políticamente neutral y presente en cualquier tipo de Estado, de cualquier época y de cualquier signo y contenido (García Enterría, 1985: 43) hacia una visión mucho más concreta, material y actuante de Constitución. Condicionada por la experiencia histórica de la posguerra, el texto constitucional es ahora entendido –siguiendo a García Enterría– como un instrumento jurídico y expresión histórica del principio de autodeterminación política comunitaria, un texto orientado tanto a la configuración y ordenación de los poderes del Estado, como al establecimiento de límites al ejercicio del poder a partir de la definición de un contenido articulado con un conjunto de libertades y derechos fundamentales, así como con deberes objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad.

En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos, como a los ciudadanos (García Enterría, 1985:47)

El concepto de Constitución es un concepto dinámico (Mercado, 2008), supeditado no sólo a los presupuestos conceptuales desde donde se le aborde, sino fundamentalmente a las realidades políticas de los Estados que exigen del derecho constitucional, por una parte, nuevas y renovadas formas de establecer límites al poder, y por otra parte, creando garantías sustanciales y procedimentales para los asociados. Hablar de Constitución en la actualidad implica hablar, en la mayoría de los casos, de documentos con fuerza y contenido normativo, que establecen los diseños institucionales de los Estados y a su vez consagran garantías y libertades para sus asociados.

Esto nos lleva a afirmar que la transformación del concepto de Constitución implica el desarrollo evolutivo del concepto de Estado de Derecho. Aquí radica la importancia de la noción de Estado Constitucional⁶, dado que solo es al interior de esta realidad político-normativa encarnada donde es posible reconocer la problemática propia de la expansión de las garantías constitucionales sobre el ordenamiento jurídico. Está demás señalar que una concepción puramente competencial u orgánica de Constitución, carente de contenidos dogmáticos con fuerza normativa como los que se encuentran en las cartas de derechos del siglo XVIII, difícilmente cuenta con las condiciones objetivas e institucionales para el afianzamiento de un proceso de irradiación constitucional efectivo.

6 Un estudio más amplio del Estado Constitucional de Derecho y los problemas de su recepción en Colombia puede encontrarse en Florez (2010a).

En ese sentido, el proceso de constitucionalización del derecho es uno de los principales efectos que sobre la legislación ordinaria se deriva del concepto de constitución rígida y material que es propia del Estado Constitucional, tal como se dijo anteriormente. Este es el contexto institucional, político y jurídico-normativo que posibilita el desarrollo del principalismo constitucional y el control jurisdiccional con arreglo a contenidos en aras de asegurar la supremacía constitucional, ambas condiciones necesarias para la consolidación del fenómeno objeto de análisis en el presente texto.

En este punto conviene detenerse en la comprensión detallada de lo que entendemos por Estado Constitucional, para luego entrar a analizar con mayor detenimiento el contenido material propio del concepto de adscrito a este modelo estatal. En ese orden de ideas, ¿cuáles son los rasgos Constitución fundamentales del Estado Constitucional? El Estado Constitucional de Derecho supone una modificación evolutiva del modelo de Estado de Derecho clásico, conservando algunos de sus rasgos, pero agregando y modificando parcialmente otros. A la luz de lo expuesto por Comanducci (2010), el rasgo de mayor relevancia jurídica que incorpora el Estado Constitucional es la cualificación del principio de legalidad, en el entendido que el mismo involucra no sólo la clásica dimensión *per lege* ampliamente afianzada por el constitucionalismo del siglo XVIII y XIX, sino también una dimensión *sub lege* que sin lugar a dudas redefinirá algunas de las instituciones, modelos de competencia y sistemas de fuentes propias de modelos estatales previos.

Así pues, el Estado Constitucional es un modelo estatal que desde el principio de legalidad incorpora la dimensión *per lege* en el entendido de que actúa a través de leyes generales –que se dirigen a clases de ciudadanos- y abstractas –que regulan clases de casos.

La generalidad es una característica que se opone a los privilegios y asegura la igualdad formal ante la ley. La abstracción es una característica que se opone a la retroactividad de la ley y asegura cierto grado de estabilidad y certeza del Derecho, así como cierto grado de previsibilidad de las decisiones judiciales. Estos rasgos ya estaban presentes en el modelo de Estado de Derecho decimonónico. (Comanducci, 2010: 47)

Por otra parte, el principio de legalidad en el Estado Constitucional trabaja igualmente bajo una dimensión *sub lege* en un doble sentido,

a.) Porque, en el plano formal todo poder se encuentra subordinado a leyes generales y abstractas que lo disciplinan, cuya observancia está controlada por jueces independientes (el tribunal constitucional para las leyes; los jueces ordinarios para las sentencias; los tribunales administrativos o los jueces ordinarios para los actos de la administración); b.) Porque, en el plano sustancial, todos los poderes están al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos (en la constitución hay obligaciones de los órganos públicos correspondientes a los derechos fundamentales; los ciudadanos tienen el derecho de activar la tutela judicial de sus derechos).

Un Estado *sub lege*, en el plano sustancial, es un Estado donde tiene vigencia el principio de legitimidad (es decir, el principio de legalidad en sentido sustancial): todos los actos normativos, incluso las leyes, deben conformarse al contenido de los derechos fundamentales. (Comanducci, 2010: 47)

Para Luigi Ferrajoli (2001: 31) bajo la expresión “Estado de Derecho” se pueden significar dos cosas diferentes, razón por la cual conviene entrar a distinguir con rigor cada uno de sus sentidos, el primero de ellos entiende la idea de Estado de Derecho desde un sentido lato, débil o formal, con el cual designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. En este sentido, correspondiente al uso alemán del término *Rechtsstaat*, son estados de derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal. Por otra parte, en un segundo sentido que podríamos denominar fuerte o sustancial, Estado de Derecho designa, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos.

Ferrajoli (2001: 31) sostiene que estas dos acepciones corresponden a dos modelos normativos diferentes. El primero denominado “modelo paleo-iuspositivista” propio del Estado legislativo de Derecho (o Estado Legal), el cual tiene su nacimiento con el surgimiento de los estado nación en la Europa del siglo XVIII y que se fundamenta especialmente en el monopolio de la producción jurídica. El segundo modelo es denominado por Ferrajoli como modelo neo-iuspositivista propio del Estado Constitucional de Derecho (o Estado Constitucional) que tiene como origen la crisis de la democracia representativa y los nuevos desafíos que a la concepción clásica de control institucional del poder suscitó la segunda posguerra. Este modelo de Estado nace a partir de la subordinación del principio de legalidad a constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez (Ferrajoli, 2001: 34).

Esta situación supuso tres alteraciones identificables en el tránsito del Estado legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho. Al respecto señala Ferrajoli,

Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había disociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales.

Cambia, en segundo lugar, el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, a la que la posible divergencia entre constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo en relación con su propio objeto. En efecto, en el

estado constitucional de derecho la constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.

Paralelamente, se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional. De aquí se deriva, tanto para la cultura jurídica como para la jurisdicción, una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica, desconocidas para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo formalista: el señalamiento de las antinomias y las lagunas, y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes, o la proyección de las garantías que falten (Ferrajoli, 2001: 34)

Sin embargo, podemos identificar un cuarto cambio tributario del tránsito hacia el modelo de constitucionalismo actualmente vigente. Me refiero a la subordinación del derecho legislado a los principios constitucionales, lo cual equivale a incorporar una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza misma de la democracia, para la cual los derechos fundamentales incorporados en las Constituciones rígidas representan un límite, a la vez que la complementan en tanto insumo para la convivencia comunitaria y la participación política. Al respecto, Ferrajoli agrega que los mismos pueden ser pensados como un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y por otra parte la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que —como la experiencia enseña— podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático (Ferrajoli, 2001: 35).

II. HACÍA UN NUEVO PARADIGMA II: IMPLICACIONES INSTITUCIONALES DE LA DIMENSIÓN MATERIAL DE LA CONSTITUCIÓN RÍGIDA

Estas garantías y libertades que constituyen criterios sustanciales o materiales de la validez jurídica —entendidas como derechos fundamentales⁷— son, en principio, experimentados al interior del Estado Constitucional como límites materiales al poder público, es decir marcos que determinan el ejercicio

7 Es amplia la literatura en torno a la naturaleza, criterios de definición y proceso de aplicación de los derechos fundamentales, al respecto ver: Alexy (1997), Florez-Muñoz (2012b) y Bernal (2014; 2005). En el segundo aparte del presente texto nos detendremos a analizar el concepto de derecho fundamental desde el constitucionalismo principalista.

de cada una de las ramas del poder estatal y sus respectivos órganos. En este orden de ideas, los procesos y decisiones propios de la administración pública, la legislación y la aplicación del derecho encuentran bajo la idea de derechos fundamentales, situaciones normativas prevalentes que deben ser necesariamente respetadas, so pena de quedar carente de validez jurídica previo control concreto o abstracto de constitucionalidad.

Sin embargo, la eficacia de los derechos fundamentales al interior de la actividad del Estado viene acompañada también de un segundo tipo de efecto. Se trata de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la cual se encuentra orientada a asegurar la prevalencia de los mismos al interior de las relaciones entre particulares. Una notable característica de este concepto de Constitución cualificada con un contenido normativo compuesto por catálogos de derechos fundamentales es que incorpora instrumentos e instituciones llamados a asegurar su prevalencia y el respeto de estas garantías. Nos referimos a acciones judiciales y tribunales o cortes constitucionales que mediante su actividad jurisdiccional entran a redefinir no solo el respeto del principio de supremacía constitucional, sino también los sistemas de fuentes tradicionales del Estado de Derecho decimonónico, la comprensión de los sistemas de frenos y contrapesos, los límites de la participación democrática y especialmente la construcción puramente legislativa del derecho.

A la luz de lo expuesto se entiende que bajo el modelo de Estado Constitucional el legislador pierde la omnipotencia que ostentaba en modelos estatales previos, esta situación viene acompañada del deber u obligación positiva en cabeza del Estado de implementar algunos tipos de derechos fundamentales. Una de las dimensiones explicativas propias del Estado Constitucional es justamente la asociada con el proceso de constitucionalización del derecho, término con el que se designa estrategias preponderantemente judiciales orientadas a “saturar” la formulación, interpretación y aplicación del derecho a la luz de las dogmática de los derechos fundamentales. Un derecho constitucionalizado –siguiendo a Comanducci (2010: 48)- se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Se trata además de un concepto gradual: un derecho puede ser más o menos constitucionalizado de conformidad con las necesidades de intervención para atender a criterios tales como asimetría material de los sujetos que entablan la relación jurídica y los derechos fundamentales comprometidos en el área dogmática específica.

La constitucionalización del derecho surge a partir de la sujeción de todas las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes constitucionales. Según el profesor Arango dicho fenómeno se expresa de diferentes maneras:

La apropiación de los derechos fundamentales por la población en general, el establecimiento de acciones constitucionales para la protección de derechos –acción de tutela, de cumplimiento, de grupo, pública de inconstitucionalidad-, la adopción de diversos mecanismos de participación política. La constitucionalización del derecho se hace igualmente perceptible en el deber de respeto de los contenidos constitucionales por parte de

los jueces ordinarios en el ejercicio de su jurisdicción, hasta el extremo de ser pasibles de la acción de tutela cuando sus decisiones, por incurrir en actuaciones arbitrarias, se convierten en vías de hecho que lesionan derechos fundamentales de las partes (Arango, 2004: 229)

En escenarios previos al modelo del Estado Constitucional, las problemáticas asociadas con la relaciones entre el texto constitucional y el derecho ordinario serían superadas a partir del criterio de autoridad del órgano encargado de resolver el conflicto competencial en el marco del diseño institucional vigente, en la actualidad, por el contrario, dicha discusión va más allá del argumento competencial y pasa por razones de tipo político, moral e incluso filosófico⁸, asumiendo criterios materiales de garantías y el compromiso abierto con valores y principios que regulan especialmente los órganos encargados de la defensa constitucional.

Esta situación se problematiza aún más ante la naturaleza principialística de los derechos fundamentales, por tal razón, en el siguiente aparte precisaremos un concepto de derechos fundamental que nos permita comprender de forma más cabal los diferentes mecanismos mediante los cuales la garantía jurisdiccional de los mismos condiciona los procesos de producción, interpretación y aplicación del derecho.

III. LA RENOVACIÓN DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL: LA CONSTITUCIÓN MATERIAL CON VOCACIÓN NORMATIVA

A la luz de lo expuesto es posible afirmar que existe una estrecha relación tanto histórica como conceptual entre los conceptos de rigidez constitucional, contenido material de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad. La convergencia de todas estas condiciones al interior de un mismo diseño constitucional parecer ser una de las grandes particularidades del constitucionalismo normativo contemporáneo, a la vez que funge como presupuesto a nivel político para una verdadera y sólida democracia sustantiva vinculada al modelo de Estado Constitucional (Comanducci, 2010: 37-57). Este hecho permite afirmar –junto a Gloria Lopera (2004)- que para que un Estado merezca el calificativo de “constitucional” es preciso que cuente con una auténtica Constitución normativa, esta idea ya venía siendo preconizada por Konrad Hesse desde 1959, cuando proponía rescatar la fuerza normativa de la Constitución con ocasión de la crisis política y jurídica que comprometía las bases del modelo estatal decimonónico, Hesse reconocía la fuerza normativa de la Constitución como una dimensión orientada a la posibilidad de construir puentes entre la norma y la realidad constitucional, lo anterior en atención a la necesidad de optimizar las condiciones para su efectiva realización. Esta pretensión hace que su propuesta cobre especial importancia explicativa en el actual contexto, dado que aquello que Hesse llamaba un proceso de “coordinación correlativa”, a través del cual el *ser*

8 Un detallado análisis respecto de la migración de la moral al derecho, puede verse en: Carrillo (2009)

constitucional y el *deber ser* constitucional se condicionaban recíprocamente a partir de una relación dialógica. se constituye en el principal logro del constitucionalismo contemporáneo. El mismo viene enriquecido por el principalismo y las diferentes estrategias de intervención judicial que contribuyen a la construcción de puentes que posibilitan que un texto constitucional viviente y en permanente actualización, lo cual repercute en la vigencia normativa del mismo ante los desafíos políticos, económicos y culturales propios de los contextos sociales actuales. Retomando lo planteado por Hesse, conviene anotar que

La constitución jurídica no es de ninguna manera el trozo de papel como la calificó Lasalle en cierto momento; la constitución no es radicalmente ‘incapaz de controlar efectivamente el reparto del poder político’ como nos enseñó Georg Jellinek y como aún nos quisiera hacer creer un naturalismo y un sociologismo sedicentemente escéptico. La constitución no es independiente de las circunstancias históricas concretas de su tiempo. Pero tampoco es pura y simplemente dependiente de ellas. Y en caso de conflicto entre la realidad histórica y el contenido de sus normas no tiene que ser necesariamente la más débil. Existen, por el contrario, presupuestos realizables bajo los cuales la constitución jurídica puede mantener su fuerza normativa en caso de conflicto. Sólo cuando estos presupuestos no se atienden devienen las cuestiones constitucionales cuestiones de poder (Hesse, 1983: 71)

De lo anterior se colinda la necesidad de avanzar en un concepto de Constitución que permita comprender el lugar jurídico de las garantías y libertades en ella incorporadas y sobre todo la forma en la que las mismas se desarrollan ante la garantía jurisdiccional de su supremacía. Constitución rígida y control de constitucionalidad son las condiciones *sine qua non* para que el efecto irradiador de los derechos fundamentales se consolide como proceso de constitucionalización del derecho al interior del Estado Constitucional.

Para una comprensión cabal de la naturaleza de los Derechos Fundamentales al interior de la Constituciones contemporáneas, es necesario inicialmente explorar la evolución de los diferentes conceptos de Constitución, que permita identificar las particularidades que el Constitucionalismo principialista supone a la hora de incorporar normativamente el horizonte axiológico concreto que suponen los valores y principios constitucionales}. Estos elementos hasta el momento extraños en los procesos de adjudicación judicial, típicamente cimentado bajo el modelo de reglas propio del derecho legislado. Esto permitirá, de igual forma, superar una serie de debates en torno a la justificación de los mismos y la naturaleza política de las prestaciones iusfundamentales. Estos debates en buena medida vienen determinados por una configuración no compartida del objeto “Constitución”, dificultad acrecentada por el hecho de que todo concepto de Constitución tiende a incorporar aspectos ideológicos y metodológicos abiertamente disimiles.

Es necesario seguir avanzando de lo general a lo concreto, ya habiendo expuesto los rasgos generales del Estado Constitucional analizaremos los diferentes conceptos de Constitución que posibilitaron el surgimiento y desarrollo del constitucionalismo contemporáneo. Después abordaremos

analíticamente la dogmática de los derechos fundamentales, en tanto contenido normativo objeto de irradiación constitucional que se realiza sobre los ordenamientos jurídicos.

La idea de Constitución es mucho más antigua que su concepto -comenta Manuel Aragón Reyes (2007: 29). Este último será desarrollado en los modelos estatales producto de la independencia norteamericana y la revolución francesa y a partir de ahí emprender un desarrollo que ha traído multiplicidad de debates doctrinales en torno a las características, naturaleza y especificidad del texto constitucional en relación a otros tipos de normatividad jurídica.

En la actualidad -siguiendo a Aragón- la única discusión rigurosa que sobre la Constitución se sostiene es la que enfrenta a los partidarios de la Constitución como norma abierta y a los partidarios de la Constitución como sistema de valores, o hablando en términos de interpretación constitucional, la que enfrenta a los defensores del “originalismo” y el “no-originalismo” en los Estados Unidos. O la que enfrentó a los partidarios del método hermenéutico clásico (representados casi exclusivamente por Forsthoff) y a los partidarios de los métodos “modernos” de interpretación (prácticamente todos los demás constitucionalistas alemanes).

De manera muy resumida podría decirse que, realmente, aceptado hoy, sin contradictores de relieve, el significado y valor jurídico de la Constitución, la única discusión que aún sigue existiendo es la que se apoya, de un lado, en las raíces (bien sólidas y fecundas, por cierto) del pensamiento kelseniano y, de otro, en los postulados (de difícil refutación radical, por cierto) de la llamada “jurisprudencia de valores”. Lo que ya resulta hoy como un lugar común es el pensamiento jurídico (y político) más solvente, es que la Constitución es norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable, que garantiza la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto que deriva del pueblo, no se imponga inexorablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos. Es decir, la Constitución no es otra cosa que la juridificación de la democracia, y así debe ser entendida (Aragón, 2007: 32)

Paolo Comanducci afirma que el vocablo “Constitución” se emplea en el ámbito jurídico con más de un significado o, dicho de otro modo, existe una pluralidad de conceptos de Constitución que cobran mayor relevancia al interior de debates asociados con la especificidad de la interpretación constitucional, los límites constitucionales a la democracia, el rol político de los tribunales y cortes constitucionales, por solo mencionar algunos ejemplos. Por tal razón, es necesario avanzar en la clarificación del concepto de Constitución para así reducir en lo posible la ambigüedad propia del término.

En la actualidad pueden distinguirse al menos dos modelos compuestos cada uno por dos sub-modelos, sencillos, casi elementales, notablemente simplificadores respecto a la complejidad de los conceptos de Constitución que, desde el siglo XVIII hasta hoy, han circulado por la cultura jurídica (Comanducci, 2010: 117). Podríamos -siguiendo a Comanducci- denominar a los dos primeros como “modelos de la constitución como orden” y al tercero y cuarto “modelos de la constitución como norma”.

El primer sub-modelo de constitución adscrito a la idea de la constitución como orden podría ser calificado como axiológico. La Constitución es entendida aquí como un conjunto de fenómenos sociales que en su conjunto y dentro de la esfera jurídico-política aparecen dotados del máximo valor intrínseco o se presentan como generadores de normas. Como se infiere de lo expuesto hasta el momento, el sub-modelo de Constitución como orden axiológico no hace alusión directa a las normas constitucionales, sino que designa una estructura de la sociedad y/o del Estado.

El segundo sub-modelo de constitución adscrito al modelo de constitución como orden podría ser denominado como sub-modelo descriptivo de la Constitución. Para éste la Constitución designa una situación estable durante un tiempo determinado de las relaciones de poder, sociales y políticas. También podría afirmarse que dicho sub-modelo describe los elementos más relevantes del sistema social y/o político equilibrados momentáneamente por un acuerdo de voluntades.

Dentro del modelo de la Constitución como norma, tenemos un primer sub-modelo de Constitución denominado como descriptivo de la Constitución entendida como norma. Al interior de éste, la Constitución designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que, con respecto a las otras reglas jurídicas, son fundamentales, entendiéndose por fundamentales el carácter fundante de las mismas en relación con el ordenamiento jurídico.

El cuarto sub-modelo se refiere al modelo axiológico de la Constitución como norma, para el cual –nos precisa Comanducci- la Constitución designa un conjunto de reglas jurídicas, consuetudinarias o expresadas en un documento que, con respecto a las otras reglas jurídicas son fundamentales. Hasta aquí se mantiene la definición precedente, dado que este sub-modelo incorpora también un valor específico a los contenidos constitucionales, por tanto, la Constitución aparece cargada de un valor intrínseco.

En la siguiente tabla se expone de forma más clara las distintas acepciones del concepto de Constitución a la luz de lo expuesto hasta el momento.

	Constitución como orden	Constitución como norma
Axiológico	(1) La Constitución es un orden dotado de valor y productor de normas por sí mismo. Un ejemplo de este concepto se encuentra en la idea de “concepto positivo” de Constitución de Schmitt, así como en las ideas constitucionales de fines del siglo XVIII defendidas por filósofos tradicionalistas y contra-revolucionarios tales como Burke y De Maistre	(4) Es el modelo más reciente, se afianza después de la segunda posguerra y se encuentra ligado con la actuación de diferentes cortes y tribunales constitucionales en Europa. Dicha concepción parte de una idea de Constitución que goza de una dimensión normativa y a su vez deseable o valorativamente positiva. Es sostenida por Alexy, Nino, Habermas y Dworkin entre otros

Descriptivo	(2) Identifican la Constitución con la estructura fundamental de la sociedad y se tienden a alimentar de marcos disciplinares próximos al campo de la sociología y la ciencia política. Habitualmente tal empleo aparece asociado con el uso de Constitución en el sentido de norma y se presenta cuando se hacen saltos de un concepto normativo a uno socio-político de Constitución. Como ejemplo de este tipo de ejercicio tenemos a Zagrebelsky y Troper.	(3) Circunscribe las concepciones que identifican la constitución con un texto normativo específico, de tal modo que se habla de concepto documental de Constitución. Este modelo nace a partir de las revoluciones americana y francesa y se difunde después entre liberales y demócratas del siglo XIX y XX. Adscrito a este modelo encontramos la concepción de Constitución de Hans Kelsen.
--------------------	--	---

Conviene en este punto que nos detengamos en las particularidades del cuarto sub-modelo de Constitución (modelo axiológico de la Constitución como norma), dado que será la base para la comprensión del lugar jurídico y político de los derechos fundamentales, en tanto contenido material de los textos constitucionales. Comanducci señala que para esta concepción la Constitución se distingue de otros documentos normativos, tales como la ley, en razón a:

- a. La Constitución se sitúa en el vértice de la jerarquía de las fuentes y, además, modifica cualitativamente esa jerarquía. El “legicentrismo” del modelo estatal francés es sustituido por la omnipresencia de la constitución, que informa por sí misma a todo el sistema: por ejemplo, toda la legislación es entendida como actuación de la constitución y se interpreta a la luz de la constitución. Ya no resulta posible concebir los sistemas jurídicos como sistemas exclusivamente dinámicos: se entienden más bien como sistemas estáticos.
- b. La constitución es un conjunto de normas (como en el tercer modelo). Sin embargo, no sólo contiene reglas, sino también principios, que son los que la caracterizan. Esos principios no son formulados necesariamente de modo expreso y pueden ser reconstruidos tanto a partir del texto como prescindiendo de él.
- c. La constitución tiene una relación especial con la democracia, en un doble sentido: c1.) hay una conexión necesaria entre (una concepción de la) democracia –la democracia como isonomía- y (el cuarto modelo de) constitución (no puede haber constitución sin democracia, ni democracia sin constitución); y c2.) la constitución funciona necesariamente como límite de la democracia entendida como regla de la mayoría.
- d. La constitución funciona como puente entre el Derecho y la moral (o la política), ya que abre el sistema jurídico a consideraciones de tipo moral en un doble sentido: d1.) los principios constitucionales son principios morales positivizados; y d2.) la justificación en el ámbito jurídico (sobre todo la justificación de la interpretación) no puede dejar de recurrir a principios morales.

e. La aplicación de la constitución, a diferencia de la de la ley, no puede hacerse por el método de subsunción sino que, precisamente por la presencia de los principios, debe realizarse generalmente por medio del método de la ponderación. (Comanducci, 2007: 52-23).

Cada concepto de Constitución incorpora bien sea de forma explícita o de forma implícita, una visión de democracia y sociedad que dota de sentido a sus márgenes, naturaleza y alcance. El concepto de Constitución propio del constitucionalismo de la segunda posguerra nace íntimamente ligado a un concepto de democracia sustantiva y una lectura del Estado basada en el respeto de la dignidad humana y el compromiso abierto con los procesos reglados de participación ciudadana.

El contenido material de los textos constitucionales ha sido pensado bajo la lógica de brindar las condiciones materiales necesarias en términos de deberes positivos y libertades negativas, para el desarrollo digno de la persona al interior de la sociedad y en el marco de la democracia. Por esta razón se plantea en términos de mandatos de optimización, es decir, como máximas que direccionan la actividad estatal hacia un norte que asegure la profundización progresiva de las garantías iusfundamentales.

Analizaremos más en detalle la naturaleza de los derechos fundamentales y de esta forma comprenderemos los alcances normativos de la dimensión material propia del concepto de Constitución adscrito al Estado Constitucional.

IV. LAS DIMENSIONES Y CONSTRUCCIONES TEÓRICAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Frente a la noción de los derechos fundamentales, el jurista alemán Robert Alexy distingue tres dimensiones de análisis. A la primera de estas dimensiones la podríamos denominar “dimensión filosófica” de los derechos fundamentales y está referida a los contenidos de los mismos y a su fundamentación; la segunda dimensión atañe a su institucionalización al interior del sistema jurídico, esta dimensión la podríamos denominar “dimensión política” y, finalmente, tenemos la referente a su interpretación, esta última dimensión hermenéutica la denominaremos, “dimensión jurídica” de los derechos fundamentales. Sin embargo, resulta difícil entender como algo puede sustanciarse, institucionalizarse e interpretarse sin tener plena claridad de qué es aquello que ha de ser respaldado por razones, transformado en realidad o vivificado mediante la práctica interpretativa (Alexy, 2005). El primer paso al interior del estudio de los derechos fundamentales es construir una noción que permita definir sus contornos y precisar sus contenidos.

En relación a la clasificación de las construcciones teóricas orientadas a definir los derechos fundamentales, Alexy identifica dos grandes grupos: La construcción cerrada y estricta, por un lado, y la amplia y comprensiva, por el otro. La primera de estas construcciones puede denominarse “construcción como regla”, mientras que la segunda puede llamarse “construcción de principios”. Sin

embargo, es importante señalar que ninguna de las construcciones puede desarrollarse de forma pura, a pesar de que representan diferentes tendencias en lo concerniente a los límites de la interpretación judicial en los estados contemporáneos y las tensiones implícitas entre derechos y democracia. Según la construcción cerrada y estricta, las normas que confieren derechos fundamentales no se distinguen esencialmente de otras normas del sistema jurídico.

Obviamente, al ser normas constitucionales se encuentran en un nivel jerárquico privilegiado en con relación el resto de normas que conforman el ordenamiento, y su objeto son derechos muy importantes que se encuentran formulados de manera abstracta. No obstante, según la construcción de reglas, ninguno de los rasgos señalados constituye una diferencia verdaderamente significativa o fundamental como para distinguir o privilegiar un proceso hermenéutico constitucional frente a uno legal. Esta posición en el mundo de habla hispana la viene desarrollando entre otros Juan Antonio García Amado. Para este autor español, las normas constitucionales (derechos fundamentales) son reglas jurídicas y son aplicables del mismo modo que las demás. Su característica distintiva es que protegen ciertas posiciones de los individuos abstractamente descritas frente al Estado.

Por otra parte, los derechos fundamentales también pueden ser entendidos como principios. Para Alexy la noción de principio se concibe como un mandato de optimización, es decir, una disposición que ordena que algo se realice en la mayor medida posible atendiendo a las condiciones fácticas y jurídicas del caso. A diferencias de las reglas que deben ser cumplidas bajo la forma de todo o nada, los principios pueden ser cumplidos de forma gradual y de esta forma asegurar las garantías de dos principios que en determinado caso estén en confrontación (colisión). Los principios –señala Carrillo (2015: 14)- no contienen mandatos definitivos, ni exigen un cumplimiento pleno de lo que ordenan, como las reglas que solo pueden ser cumplidas o no cumplidas. En el caso de las reglas se da un supuesto de hecho que cae dentro de una de ellas y esta se considera válida, se aplica; de lo contrario no se aplica. Los principios, como ya se dijo, pueden ser cumplidos de manera gradual; de allí su carácter de *prima facie*. Analicemos esta lectura de los derechos fundamentales como principios a partir de un caso concreto, el caso Lüth.

La construcción comprensiva u holística entiende –en contraposición al modelo de construcción de derechos fundamentales como reglas- que las normas que confieren derechos fundamentales no solo protegen posiciones de los individuos frente al Estado abstractamente descrita. Siguiendo a Alexy (2005), la función profunda de los derechos fundamentales se ubica en un marco más amplio. En el caso alemán, esa estructura amplia se presentó plenamente por primera vez en 1958, en la decisión del Tribunal Constitucional Federal en el caso *Lüth*. En este caso –que constituye la principal referencia para comprender el fenómeno de la constitucionalización del derecho desde la dogmática constitucional continental- el señor Erich Lüth había pedido al público, a los dueños de salas de cine y a los distribuidores que boicotaran los filmes producidos por Veit Harlam después de 1945, arguyendo que se trataba del más prominente director de películas de la época nazi. Más particularmente, Lüth se refería a la película “*Jud Süß*”, película líder de propaganda antisemita. El

tribunal de distrito de Hamburgo sostuvo que Lüth debía abstenerse de formular cualquier apelación para boicotear el nuevo film de Harlan “Amante inmortal”. La razón presentada para esta decisión fue que llamar al boicot violaba el artículo 826 del Código Civil alemán, yendo en contra del orden público. Lüth interpuso un recurso de constitucionalidad contra esta decisión.

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania consideró que la llamada de Lüth al boicot de esta clase de filmes estaba protegida *prima facie* por la libertad de expresión garantizada por el artículo 5 de la Ley Fundamental. Este artículo contiene tres cláusulas que limitan la libertad de expresión garantizada por el artículo 1. La primera de estas restricciones es la cláusula de “Ley general”. Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo que el artículo 826 del Código Civil alemán aplicado por el Tribunal de Hamburgo era una ley general en el sentido de la primera cláusula limitante, la cláusula de “Ley General”. Es precisamente en este punto donde la dicotomía entre el sentido estricto y cerrado –es decir, la construcción de reglas- y el amplio y comprensivo –es decir, la construcción de principios- entra en juego. Si seguimos la construcción de reglas, la tarea consistiría, simplemente, en contestar dos preguntas. La primera, si en realidad la apelación al boicot de Lüth es un caso a ser incluido bajo la libertad de expresión. A propósito, el Tribunal Constitucional dio una respuesta positiva y yo la consideramos correcta. La segunda pregunta es si el artículo 826 del Código Civil alemán es aplicable al caso. Este es el supuesto en el cual la llamada al boicot sería contraria al orden público. El Tribunal de Hamburgo argumentó que ciertamente era contraria al orden público, ya que pretendía prevenir que Harlan resurgiera como creador representativo, a pesar de haber pasado por un proceso de “desnazificación”, y de que no había sido condenado en ningún procedimiento penal por haber cometido crímenes nazis. En tal caso, la llamada al boicot debería ser declarada –en el mismo sentido que el Tribunal de Hamburgo- como contraria a “las convicciones democráticas del derecho y la moral del pueblo alemán”.

El Tribunal Constitucional –continúa señalando Robert Alexy- sostuvo que hacer aisladamente las dos subsumciones anteriores no era suficiente, por lo que exigió que se llevara a cabo una ponderación o balanceo de los principios constitucionales en cuestión, en la que se indicaran las condiciones en las que las reglas de Derecho civil pueden limitar un Derecho constitucional. El resultado de esta ponderación fue que debe dársele prioridad al principio de libertad de expresión sobre las consideraciones constitucionales en conflicto. Se estableció que la cláusula “en contra del orden público” del artículo 826 debía ser interpretada de acuerdo con dicha prioridad. En otras palabras, la tesis de Lüth prevaleció.

La decisión en el caso Lüth relaciona tres ideas que han servido de manera fundamental para dar forma al Derecho constitucional alemán y a los desarrollos teóricos de Robert Alexy. La primera es que la garantía constitucional de los derechos individuales no es simplemente la garantía de los clásicos derechos de defensa de los ciudadanos frente al Estado. Citando al Tribunal Constitucional Federal, puede decirse que los derechos fundamentales substancian “al mismo tiempo, un orden objetivo de valores”. Se ha discutido acerca de lo que pudo haber querido decir el Tribunal con “orden

objetivo de valores”. Después el tribunal simplemente habla de “los principios... expresados por los derechos fundamentales”. En esta misma línea, se podría decir que la idea básica del caso de *Lüth* es que los derechos fundamentales no sólo tienen el carácter de reglas, sino también de principios.

La segunda idea, estrechamente relacionada con la primera, es que los valores o principios encontrados en los derechos en los derechos fundamentales no son sólo aplicables a la relación entre individuo y Estado, sino “a todas las demás áreas del Derecho”. Gracias a esto se produjo un “efecto de irradiación” de derechos fundamentales a todo el sistema jurídico. Los derechos fundamentales se tornaron ubicuos. La tercera idea viene presupuestada por la estructura de los valores y de los principios. Tanto los valores como los principios tienden a entrar en conflicto. Un conflicto de principios sólo se puede resolver a través de la ponderación. Por lo tanto, la lección más importante de la decisión en el caso *Lüth* para el trabajo jurídico cotidiano es la siguiente: “una ponderación de intereses” se vuelve necesaria (Alexy, 2005: 72-75).

V. DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Desde la dogmática constitucional los derechos fundamentales pueden ser entendidos como “derechos subjetivos con un alto grado de importancia” al interior de un sistema jurídico determinado, los cuales suponen una relación jurídica tan importante que es sacada o excluida del debate político parlamentario y protegida independientemente de las circunstancias de hecho o de derecho por las que atraviesa el determinado Estado. Robert Alexy en distintas ocasiones (2005; 2003) ha señalado que los derechos fundamentales consiste en la positivización constitucional de los derechos humanos, dejando claro de esta forma el contenido moral de los mismos y las difusas fronteras que separan a la filosofía moral y política de la dogmática constitucional.

En ese sentido, no es posible plantear el problema de la fundamentación o sustanciación de los derechos fundamentales sin que se planteen los mismos problemas respecto a los derechos humanos. Cuando hablamos de derechos fundamentales –comenta Alexy (2005: 78)- entran en juego necesariamente tres tipos de conceptos: uno formal, uno sustancial y otro de naturaleza procedimental. Se utiliza un concepto formal cuando el derecho fundamental como un derecho contenido en la Constitución Política o en cierta parte de ella; si la Constitución clasifica dicho derecho como fundamental, o si la Constitución le otorga una protección especial.

Por otra parte, tenemos la idea de derecho fundamental desde la perspectiva sustancial. En este caso, el concepto de derecho fundamental debe incluir criterios que están por encima y que van más allá del hecho de que un derecho sea mencionado, recogido o garantizado en la Constitución. Carl Schmitt y Ernest Forsthoff sostienen que los derechos fundamentales son derechos de defensa del ciudadano contra el Estado. Ahora bien, para poder seguir a Schmitt y a Forsthoff en este punto tendríamos que aceptar una concepción libertaria de los derechos fundamentales. Desde luego, tenemos buenas

razones para incluir derechos libertarios en un concepto sustancial de los derechos fundamentales; sin embargo, también hay buenas razones para no restringir el concepto a este tipo de derechos.

El tercer concepto de derechos fundamental tiene un carácter procedimental. Este concepto refleja los problemas institucionales de la transformación de los derechos humanos en derecho positivo, a saber: la incorporación de derechos humanos en la Constitución y el sometimiento de toda autoridad del Estado al control de constitucionalidad supone limitar el poder del parlamento. Los derechos fundamentales son una manifestación de desconfianza en el proceso democrático, es decir, serían, al mismo tiempo, la base y la frontera de la democracia. En correspondencia con esta idea habría un concepto procedimental de los derechos fundamentales que sostendría que los derechos fundamentales son tan importantes que la decisión de protegerlos no puede dejarse al arbitrio de las mayorías parlamentarias (Alexy, 2005: 48-51).

La noción estructural de derecho fundamental se encuentra compuesta principalmente por dos categorías: derecho subjetivo e importancia social. Por lo tanto, todo derecho fundamental de satisfacer las características propias de los derechos subjetivos y debe significar algún grado de importancia social inter-subjetivamente admitida. En su trabajo doctoral titulado “El concepto de derechos sociales fundamentales” (2005), Rodolfo Arango aborda la problemática de la caracterización de los derechos fundamentales en la doctrinal internacional en los siguientes términos:

Según esta concepción de los derechos fundamentales, no existe ningún derecho fundamental que no sea al mismo tiempo un derecho subjetivo –es decir, que encuentre en la relación necesaria con por lo menos una norma jurídica, una obligación jurídica y una posición jurídica- y ostente un alto grado de importancia. Las características de la norma jurídica (M1), la obligación jurídica (M2) y la posición jurídica (M3) adquieren una cualidad especial en el caso de los derechos fundamentales. Como normas jurídicas (M1) vale sólo un tipo especial de normas, las normas de derechos fundamentales. Como obligaciones jurídicas (M2) sólo cuentan las obligaciones jurídicas fundamentales y como posiciones jurídicas (M3) aquellas que sólo puedan ser obtenidas de las disposiciones de derechos fundamentales mediante una justificación jurídica fundamental correcta.

El grado de importancia del derecho (M4) encierra un juicio de valor que está ligado a una proposición normativa. Entre los juicios de valor (plano axiológico) y las proposiciones normativas (plano deontológico) existe una relación fundamental. Los juicios de valor que expresan el grado de importancia de un derecho fungen como razones para disposiciones de derechos fundamentales. La introducción de un juicio de valor como una característica conceptual de los derechos fundamentales abre la puerta hacia la problemática que en el plano de la discusión sobre derechos fundamentales toca el problema de la justificación de las valoraciones sobre derechos fundamentales. (Arango, 2005: 33)

VI. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN TANTO MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN

Los derechos fundamentales concebidos como principios constituyen en la actualidad una teoría que goza de una importante aceptación en el mundo tanto en la doctrina como en la práctica de tribunales y cortes constitucionales. Una comprensión elemental de tal visión de las garantías iusfundamentales no exige comprender la vinculación necesaria que existe entre los principios, entendidos como mandatos de optimización, y el juicio de proporcionalidad. Al respecto, plantea Alexy, “el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad y ésta implica aquella” (1997: 111). Esto implica que la máxima de proporcionalidad se deriva lógicamente de la naturaleza principialista de los derechos fundamentales, pero que a su vez ésta máxima define lo que podemos entender por “optimización”.

La máxima de proporcionalidad -nos plantea Alexy insistentemente -se encuentra compuesta por los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los dos primeros se derivan de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas, mientras que el tercer orienta la optimización con relación a las posibilidades jurídicas (Lopera, 2008: 214).

Para ver con mayor claridad esta implicación, examinemos cómo funciona la máxima de proporcionalidad cuando se trata de optimizar dos principios que entran en colisión como resultado de una intervención legislativa (M1) que, con el fin de proteger un derecho fundamental o un bien colectivo expresado en el principio P1 impone una restricción al derecho fundamental contenido en el principio P2. A través del examen de *adecuación* se lleva a cabo una selección de los medios idóneos para satisfacer P1, lo que constituye el primer paso necesario para establecer lo que ordena tal principio con relación a las posibilidades fácticas. El juicio de adecuación se orienta, por tanto, a determinar si, en el supuesto que se examina, M1 constituye un medio idóneo para satisfacer P1.

El segundo paso consiste en el examen de *necesidad*, donde se verifica que entre diversos medios igualmente idóneos (M1–M2) para satisfacer P1 sea escogido el que resulte más benigno con relación P2. Consideremos dos supuestos:

1) Si tanto M1 como M2 resultan igualmente idóneos con relación a P1 (P1: M1 =M2), pero M2 afecta menos intensamente que M1 al principio P2 o, dicho de otro modo, P2 puede ser realizado en mayor medida si se elige M2 y no M1 (P2: M1 < M2), entonces desde el punto de vista de la optimización de ambos principios con respecto a las posibilidades fácticas sólo M2 está permitido y M1 está prohibido.

2) Pero si, además de ser igualmente idóneos para satisfacer P1, desde la perspectiva de P2, tanto M1 como M2 resultaran ser igualmente restrictivos (P2: M1 =M2), entonces ambos medios estarían permitidos, lo que en este caso llevaría a considerar que la opción legislativa a favor de M1 representa una adecuada optimización de los principios en juego con relación a las posibilidades fácticas.

A su vez, el juicio de *proporcionalidad en sentido estricto* expresa lo que significa la optimización en relación con las posibilidades jurídicas, es decir, respecto a los principios que juegan en sentido contrario. Aquí el criterio lo suministra la *ley de la ponderación*, según la cual: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. De él se sigue que la ponderación, aplicada a nuestro ejemplo, puede dividirse en tres pasos que consisten en: 1) definir el grado de la no satisfacción o afectación de P2; 2) definir la importancia de la satisfacción del principio contrario (P1); 3) definir si la importancia de la satisfacción de P1 justifica la afectación o no satisfacción de P2. Los resultados de esta ponderación se expresan mediante una regla cuya estructura responde a la llamada *ley de la colisión* que establece lo siguiente: “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”.

A juicio del profesor Robert Alexy, los derechos fundamentales tienen la forma de principios jurídicos, señalando que la diferencia fundamental entre las reglas y los principios es justamente que estos últimos representan mandatos de optimización, o lo que es lo mismo constituyen “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídica y reales existentes” (Alexy, 1997: 86). Por tal razón, sobre la idea de optimización recae el argumento central de la separación entre principios y reglas, una distinción cualitativa más que gradual que permite que Alexy afirme: “toda norma es o bien una regla o un principio” (Alexy, 1997: 87). Finalmente, podríamos anotar siguiendo a Lopera (2008) que dicha concepción goza de cuatro características fundamentales:

1. Graduabilidad: Los principios ordenan que algo se realice “en la mayor medida posible”. Esto sugiere la posibilidad de un mayor o menor grado de satisfacción del principio dentro de los márgenes que determinan ciertas posibilidades jurídicas y fácticas. Por el contrario, las reglas no admitirían gradación alguna en su cumplimiento, en tanto determinan una medida exacta de satisfacción.
2. Optimización: Afirmar que el cumplimiento de los principios debe tener lugar “en la mayor medida posible”, implica que para establecer si el principio ha sido cumplido en cada caso no basta con acreditar un grado de satisfacción cualquiera, sino el más alto posible en razón de las circunstancias fácticas y jurídicas.
3. Deber ser ideal: El mandato de optimización que incorporan los principios cobra sentido desde la perspectiva de un “deber ser ideal” (ideales Sollen) que marca el horizonte normativo al que debe tender su aplicación, pero en cuya formulación aún no han sido consideradas las circunstancias fácticas (posibilidades reales) y jurídicas (presencia de otras normas en colisión) que condicionan su aplicación. Precisamente en no incorporar dichas condiciones radica su connotación de deber ser “ideal”. Así, en uno de sus primeros trabajos sobre el tema de los principios señala Alexy que, en

lugar de mandatos de optimización, podría hablarse también de “deber ser ideal” (ideales Sollen) entendido, en un sentido general y débil, como “todo deber que no presupone que lo debido sea posible jurídica y fácticamente en su totalidad, y por ello exige sólo un cumplimiento aproximativo o en la mayor medida posible”. Por el contrario, las reglas, al establecer determinaciones referidas a las posibilidades jurídicas y fácticas, serían portadoras de un “deber ser definitivo o real”. Esta propiedad de los principios permitiría explicar el carácter *prima facie* de los mandatos que imponen al igual que su peculiar comportamiento en caso de colisión.

4. *Carácter prima facie*: El mandato que incorporan los principios no es definitivo sino sólo *prima facie*. Sólo alcanzan a ser mandatos definitivos una vez que, consideradas todas las circunstancias, se establece la medida ordenada de su satisfacción en cada caso, mediante la aplicación de la máxima de proporcionalidad. No obstante, la cualidad *prima facie* no es exclusiva de los principios, pues también las reglas pueden llegar a perder de su carácter definitivo y adoptar un carácter *prima facie*, si bien diferente al de los principios, pues el de aquellas tendría una mayor fuerza derivada, no sólo del principio sustancial que fundamenta la regla, sino del respaldo que les confiere el principio formal que ordena seguir las determinaciones normativas impuestas por una autoridad legítima (Lopera, 2008: 2016-217)

VII. JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Sin lugar a dudas, se debe distinguir entre la justificación filosófica y la justificación jurídica de los derechos fundamentales, en la medida en que frente a la pregunta qué derechos pueden ser tan importantes como para considerarlos inherentes a las personas, al punto en que su reconocimiento no puede dejarse sujeto a la libre disposición de la dinámica política. Se puede aducir una multiplicidad de argumentaciones y tesis filosóficas, sin embargo en una dimensión normativa la discusión adquiere otra dimensión, la cual funge como criterio de corrección. Teniendo en cuenta el hecho de que la disputa constitucional por los derechos lejos de librarse en un campo de batalla vacío, se libra al interior de una densa realidad normativa, una realidad plagada de normas (constituciones, declaraciones, convenciones, etc.) que permiten una más o menos justificación correcta de las valoraciones que sobre los derechos fundamentales realicen las altas cortes, a partir de las reglas y los principios de la argumentación jurídica.

Existe una evidente tensión entre los conceptos que constituyen la noción de derecho fundamental –derecho subjetivo y su grado de importancia- podríamos, por ejemplo, plantear los siguientes interrogantes: a.) ¿Todos los derechos acogidos en una Constitución poseen un alto grado de importancia? y b.) ¿Pueden ser considerados derechos importantes, pero aquellos que no se encuentren consagrados al interior del texto constitucional? En relación con la primera pregunta, la respuesta es absolutamente afirmativa, los derechos que se encuentran recogidos en el precepto constitucional (de forma independiente del lugar dado por la comisión redactora del mismo) gozan de especial importancia que permite diferenciarlos de los denominados derechos legales. En la medida en que la

incorporación de derechos en una Constitución está orientada a reconocer su importancia y a darles una mayor protección, no siendo posible su modificación por medio de simples leyes. El alto grado de importancia del derecho respectivo se reconoce automáticamente mediante su consagración constitucional (Arango, 2005: 33).

La segunda pregunta supone una discusión relativamente distinta, en la medida en que lo que termina constituyendo el sustrato de la discusión es la capacidad misma del poder judicial para crear derechos y obligaciones para el Estado vía interpretación constitucional. Es la cuestión concerniente a los derechos fundamentales innominados o no escritos. La problemática de esta discusión es de mayor envergadura en la medida en que toca directamente la conexión entre derechos fundamentales y derechos humanos. Existen derechos –por ejemplo- cuya importancia se reconoce en un plano supranacional como lo son aquellos cobijados por las declaraciones internacionales de derechos humanos, pero que no han sido positivizados en una Constitución en particular. Por lo que afrontamos la dificultad práctica de saber si estos derechos supranacionales pueden ser o no garantizados como derechos fundamentales por las autoridades judiciales nacionales. Por regla general, los derechos humanos requieren una positivización como condición de validez jurídica en el orden jurídico interno, lo cual implica que “el grado de importancia de un derecho –como en el caso de los derechos humanos.

No es condición suficiente para la existencia de un derecho fundamental. Los derechos fundamentales, además, tienen que ser relacionados con la norma jurídica fundamental (M1), con una obligación jurídica (M2) y con una posición fundamental del derecho (M3); en resumen, deben conceptualizarse como derechos fundamentales.” (Arango, 2005: 34)

El requerimiento de la existencia de una relación necesaria entre derecho fundamental y norma jurídica fundamental no supone como conclusión pensar que únicamente los derechos fundamentales que existen son los reconocidos expresamente en el texto constitucional. En la medida en que también pueden -y deben- ser reconocidos como fundamentales aquellos derechos obtenidos a partir de los desarrollos jurisprudenciales por vía de interpretación constitucional. En la medida en que el concepto de norma jurídica (M1) es entendido en sentido amplio, relacionar una posición jurídica fundamental con una disposición jurídica fundamental, es decir, justificarla constitucionalmente, hace parte constitutiva del concepto de derecho fundamental.

En lo referente a la disputa entre derechos nominados y no nominados, consideramos que la misma es una discusión que resulta anacrónica frente a los enormes desarrollos del constitucionalismo contemporáneo, así como de las formas en las que disciplinas como la teoría del lenguaje, la hermenéutica y la filosofía analítica han tenido un impacto en nuestra visión del derecho. Es, por lo tanto, una discusión a la cual se debe renunciar en la medida en que tal como lo plantea Ronald Dworkin

La distinción entre derechos enumerados y no enumerados, como se usa comúnmente en la teoría constitucional, no tiene sentido, porque confunde la referencia con la interpretación (...) La Carta de derechos contiene principios amplios y abstractos de moral política que abarcan, de manera excepcionalmente abstracta, todas las dimensiones de moral política que en nuestra cultura pueden fundamentar el derecho constitucional individual. El punto central sobre aplicar principios a controversias políticas no es uno de referencia, sino uno de interpretación, que es muy diferente. (Dworkin, 1996: 78, 80)

Tal como hemos señalado anteriormente, todo derecho fundamental supone una relación entre un ciudadano y un Estado, dicha relación puede ser entendida como una injerencia o como una omisión. En el primer caso el Estado constituye una amenaza al interior del campo de acción del particular, lo cual requiere que el primero incurra en una omisión para de esta forma asegurar sus libertades. Este tipo de relaciones se denominan acciones negativas y son propias de los derechos fundamentales de defensa.

Esta relación entre ciudadano y Estado puede estar encaminada a la intervención estatal como garante de la libertad ciudadana. Este tipo de derechos supone una acción positiva del Estado (un hacer estatal) y son denominados derechos fundamentales prestacionales. Este tipo de derechos asegura la participación del ciudadano en prestaciones normativas –tales como los derechos de organización y procedimiento- o la participación del ciudadano en prestaciones fácticas –tal como es el caso del mínimo vital-; los primeros derechos prestacionales son denominados prestacionales en sentido amplio y los segundos prestacionales en sentido estrecho. En la actualidad este tema es objeto de un prolífico debate al interior del constitucionalismo contemporáneo. Como queda en evidencia aún son muchos los temas asociados con los derechos fundamentales que deben ser objeto de estudios analíticos y empíricos para lograr avanzar hacia una comprensión mucho más profunda y precisa de la importancia y alcance de este concepto al interior de los sistemas jurídicos contemporáneos.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1997) *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales
- Alexy, R. (2002) “Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales” en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 22, Núm. 66, Septiembre-Diciembre
- Alexy, R. (2003) *Tres escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Alexy, R. (2005) *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*. México: Fontamara
- Aragón, M. (2007) “La Constitución como Paradigma” en Carbonell, M. (Ed.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.

- Aragón, M. (1999) *Constitución y Control del poder*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Arango, R. (2004) *Derechos, Constitucionalismo y Democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Arango, R. (2005) *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: Legis
- Bellamy, R. (2010) *Constitucionalismo Político. Una defensa republicana de la Constitucionalidad de la Democracia*. Madrid: Marcial Pons
- Bernal, C. (2005) *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2014) *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. 4º Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Calderon, J. (2004) “Constitucionalización del Derecho Comercial desde la Dogmática de los Márgenes de Acción” en *Revista Precedente*. ICESI. Págs. 49-78.
- Carrillo, Y. (2009) “La inclusión de la moral en el derecho y la encrucijada actual del positivismo jurídico” en *Revista Dialogo de Saberes*. Julio – diciembre. Págs. 213-229.
- Carrillo de la Rosa, Y., & Ariza Orozco, O. M. (2019). Teorías aplicables al derecho internacional e interamericano de derechos humanos. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, 11(21), 110–122. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.11-num.21-2019-2503m>
- Carrillo, Y. (2015) *Argumentación y Ponderación de Principios Constitucionales*. Cartagena: Editorial Universidad de Cartagena.
- Caro Benítez, M. J. (2019). La justicia transaccional y la construcción de paz : reflexiones en torno a su garantía en el postconflicto colombiano. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, 11(22), 204–216. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.11-num.21-2019-2510>
- Comanducci, P. (2007) “Modelos e Interpretación de la Constitución” en Carbonell, M. (Ed.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Comanducci, P. (2010) *Hacia una teoría analítica del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales.
- Dworkin, R. (1996) *Freedom’s Law, The moral Reading of the American Constitution*, Oxford: Oxford University Press.
- Ferrajoli, L. (2001) “Pasado y Futuro del Estado de Derecho” en *Revista Internacional de Filosofía Política*. Nº 17, págs. 31-46.
- Flórez Muñoz, D. E., & Villareal Ordosgoitia, C. (2020). Contextos y transiciones : la justicia transicional en Sudáfrica y Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, 12(23), 159–177. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.12-num.23-2020-2661>

- Flórez-Muñoz, D. (2005) “Límites de la Democracia en el Estado Constitucional” en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. N°13.
- Florez-Muñoz, D. (2010a) “La Acción Pública de Inconstitucionalidad como garantía del Estado Constitucional en Colombia” en *Revista Opinión Jurídica*. Vol. 9, n° 18, julio - diciembre. Págs. 89-106.
- Florez-Muñoz, D. (2010b) “Aproximación a los orígenes de la revolución judicial” en *Revista Ambiente Jurídico*. N°12. Págs. 126-144.
- Florez-Muñoz, D. (2011) “Derecho y Sociedad en el Estado Constitucional: Una introducción desde Elster, Häberle y Kramer” en *Revista Derecho*. N° 35. Págs. 1-31.
- Florez-Muñoz, D. (2012a) “Aproximación a los límites del Neoconstitucionalismo como instrumento de transformación social en Colombia” en *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*. Vol 4, N° 17. Págs. 33-54
- Florez-Muñoz, D. (2012b) “El Principialismo como espíritu de la teoría neoconstitucional. Una aproximación a la obra iusfilosófica de Ronald Dworkin” En *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*. Vol. 7, N° 8., julio - diciembre. Págs. 125-144
- Florez-Muñoz, D. (2013) “Tres modelos explicativos de las tensiones entre Constitucionalismo y Democracia en América Latina” en *Revista Mario Alario D’Filippo*. Vol. 5, N° 9. Págs. 151-169
- García-Enterría, E. (1985) *La Constitución como Norma*. Madrid: Editorial Civitas
- Guastini, R. (2003) “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano” en Carbonell, M. *Neoconstitucionalismo(s)* Madrid: Trotta
- Guastini, R. (2007) “Sobre el concepto de Constitución” en Carbonell, M. (Ed.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Guastini, R. (2017) *La Sintaxis del Derecho*. Madrid: Marical Pons
- Häberle, P. (2003) *El Estado Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México
- Hesse, K. (1983) *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales
- Julio, A. (2007) “Los Tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales” en Carbonell, M. (Ed.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Kägi, W. (2005) *La Constitución como orden jurídico fundamental del Estado*. Madrid: Editorial Dykinson
- Lopera, G. (2004) “Los Derechos Fundamentales como mandato de optimización” En *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 27. Págs. 211-243.

▪

- Lopera, G. (2008) *La Aplicación del Derecho en los Sistemas Jurídicos Constitucionalizados*. Medellín: Universidad EAFIT
- Mercado, D. (2008) *Manual de Teoría Constitucional*. Cartagena: Rodrigo Quito Editores
- Payares, J. (2002) *Aspectos internacionales de la Constitución Política*. Bogotá: Doctrina y Ley
- Pozzolo, S. (2011) *Neoconstitucionalismo y Positivismo Jurídico*. Lima: Editorial Palestra
- Rico, L. (2012) “Neoconstitucionalismo o Constitucionalización del orden jurídico ¿Desarrollo legislativo o concreción judicial?” en Botero, A. (coord.) *Filosofía del Derecho*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín
- Suarez, W. (2014) “La Constitucionalización del Derecho en el Ordenamiento Jurídico colombiano” en *Revista Vniversitas*. N° 129, julio –diciembre. Págs. 317-351
- Torres Manrique, J. I. (2020). Agenda pendiente sobre los Amici Curiae : análisis a la luz de los derechos fundamentales. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, 12(23), 34–55. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.12-num.23-2020-2654>

EL TEST DE PROPORCIONALIDAD: ¿NECESIDAD O MODA?

Carlos Enrique Quiroga Periche¹

RESUMEN

En el presente artículo el autor analiza la pertinencia de la utilización del test de proporcionalidad como instrumento de la teoría conflictivista de los derechos fundamentales a la luz de su sustento normativo, del contenido esencial de los derechos fundamentales y de los principios de interpretación constitucional. Advierte que el tribunal constitucional ha tomado partido sobre este instrumento y explora otras formas de ver la problemática aludiendo a figuras que tienen reconocimiento constitucional como el abuso del derecho.

Palabras Clave: Test de proporcionalidad, teoría de derechos fundamentales, interpretación constitucional, conflicto de derechos fundamentales, abuso de derecho.

¹ Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo, magister en Gestión Pública por la UCV, egresado de la maestría en Derecho civil en la UPAO, estudios concluidos de la maestría en Derecho Administrativo Económico en Universidad del Pacífico, egresado del doctorado en Derecho UPAO. Se desempeña como presidente de la segunda sala del tribunal de contrataciones del Estado del OSCE.

- Carlos Enrique Quiroga Periche

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales no son meras concepciones contenidas en la Constitución sino realidades concretas que son ejercidas por sujetos determinados. Sobre la problemática del ejercicio de los derechos fundamentales se han establecido una serie de posturas, tan diversas como autores han escrito. Desde una perspectiva metodológica, sin embargo, podríamos diferenciar las que tienen una visión conflictivista y aquellos que postulan una posición armónica.

El presente artículo se abocará al análisis de estas posiciones para finalmente establecer una propuesta

El Estado tiene la obligación de establecer una estructura institucional que garantice el pleno goce de los derechos fundamentales; sin embargo, ello debe darse en plena concordancia con los principios constitucionales, es decir, el instrumento a ser utilizado por el Estado debe ser uno que se condiga con los aspectos sustantivos que la Constitución garantiza.

La definición del problema planteado tiene consecuencias muy importantes en todo el sistema jurídico, pues para nadie es un secreto que desde hace algunos años el tribunal constitucional ha tomado postura por la teoría conflictivista, habiendo incorporado en su razonamiento al ya famoso test de proporcionalidad. Esta decisión ha traído como consecuencia que este test haya irradiado su aplicación en todo el sistema jurídico. Así, se ha invocado este principio en el derecho penal, en el derecho civil, en el derecho administrativo, etc.

Llegado a este punto, resulta necesario analizar si el hecho que el tribunal constitucional se haya decantado por la teoría conflictivista resulta suficiente para acoger la misma en todas las áreas del derecho peruano, o es que se tiene que realizar este ejercicio en función de una interpretación constitucional.

Este tema es más complejo de lo que se piensa, pues existen áreas, como el derecho administrativo en las que la interpretación constitucional no puede significar de modo alguno la inaplicación de normas, pues de lo contrario estaríamos ante el supuesto de control difuso que está vedado para este ámbito del derecho. Así, debemos ser cuidadosos con el instrumento que debemos utilizar al analizar la problemática de los derechos fundamentales, reiterando que la solución debe ser tanto formal como sustancialmente concordante con la Constitución Política.

II. INSTRUMENTOS DE LA TEORÍA CONFLICTIVISTA

Castillo (2007, pág. 325) considera que en el contexto conflictivista se concibe que los derechos fundamentales pueden entrar en conflicto, lo que implica que el contenido constitucional de un derecho fundamental ampararía una pretensión, mientras que el contenido de otro derecho fundamental exigiría su rechazo. De modo que la solución ha de establecerse mediante criterios que permitan preferir a un derecho en desmedro de otro. Para ello existen mecanismos que el profesor Castillo señala:

A) Jerarquía abstracta de los derechos fundamentales. [citando a Alfonso Ruiz Miguel, alega que] existe[n] unas libertades jerárquicamente superiores a otras: «[s]i por democracia

liberal se entiende el sistema político de toma de ciertas decisiones por representantes en competencia entre sí y elegidos libre y temporalmente por todos los ciudadanos, este sistema exige la preeminencia de algunas Libertades que, en mi opinión, deben estar incluso por encima de la propia decisión popular. La libertad de expresión y crítica, la libertad de asociación y de reunión, la libertad de sufragio activo y pasivo en elecciones periódicas, están entre esas Libertades esenciales mínimas». (2007, pág. 325)

Advierte el autor que la jerarquización no está exenta de problemas en la determinación de cuál derecho tiene preferencia, dado que se recurren a fórmulas muy generales que pueden resultar antojadizas y con mucha carga ideológica. Y sigue:

B) Ponderación o jerarquía concreta de derechos constitucionales. [...] consiste en sopesar los derechos o bienes jurídicos en conflicto con las especiales circunstancias concretas que definen el caso que se intenta resolver, a fin de determinar cuál derecho «pesa» más en ese caso concreto, y cual debe quedar desplazado. No se trata de una jerarquización general y abstracta, sino más bien en concreto. Al final un derecho desplaza al otro dependiendo de las concretas circunstancias del caso. [...] Muy de la mano con este principio de ponderación de los derechos a fin de determinar cuál es el que ha de prevalecer cuando entran en conflicto, está el principio de proporcionalidad entre derechos: «[a]un presuponiendo que ninguno de los derechos en cuestión ceda por entero hasta desaparecer, el principio de proporcionalidad impide que se sacrifique inútilmente, más allá de lo necesario o en forma desequilibrada un derecho a favor del otro. La proporcionalidad se pondrá, una vez más, del lado del derecho que padece la restricción, del que se lleva la peor parte». (Castillo, 2007, pág. 327)

2.1. La interpretación constitucional y ponderación

Una cuestión básica, entonces, es interpretar constitucionalmente y de forma adecuada los principios jurídicos. De ellos, uno de los principios que conviene examinar es el principio de unidad constitucional, del que Figueroa, citando a Bernal Pulido ha sostenido:

Los principios son normas, pero no normas dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción determinados. Los principios son mandatos de optimización (...) los derechos fundamentales son el ejemplo más claro de principios que tenemos en el ordenamiento jurídico (Figueroa, principios de interpretación constitucional, 2010).

Asimismo, referido a este mismo principio, la sentencia del tribunal constitucional (2005) recaída en el expediente 05854-2008-AA, ha expresado en su fundamento 12:

§4. Principios de interpretación constitucional

12. Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes,

no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo - subsunción del hecho - consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son:

a) El principio de unidad de la Constitución: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto. (pág. 6)

Teniendo en cuenta ello, la teoría de interpretación constitucional debe tener una plena coincidencia con el marco constitucional, pues los principios y los instrumentos que el Estado utilice para la dilucidación de controversias sobre derechos fundamentales deben ser constitucionales en sus aspectos tanto formal como sustantivo.

No hay duda que existe una problemática en dilucidar si los derechos fundamentales pueden o no entrar en conflicto, si lo que entra en conflicto son los principios aplicables desde una perspectiva general, o la aplicación de principios para el caso específico, o si no entran en conflicto y más bien lo que hay es una colisión de pretensiones en un caso concreto. Maldonado (2015) ha definido este panorama:

Dos cosas han quedado claras: (i) el “problema del conflictivismo”, el debate entre conflictivistas y anti-conflictivistas, no corresponde en absoluto a una discusión unívoca entre dos tesis unidimensionales; al contrario, se refiere a una serie heterogénea y multidimensional de debates diversos; y, (ii) la contraposición entre las posiciones conflictivistas y anticonflictivistas, no siendo unívoca e unidimensional (siendo heterogénea y multidimensional), no corresponde, tampoco, a una serie de posiciones necesariamente consistentes o coherentes entre ellas. Por el contrario, corresponde a una serie de teorías y de tesis variopintas; llenas, por otra parte, de posibles incompatibilidades. Estudiar el “problema del conflictivismo” como si correspondiera a dos posiciones unidimensionales o consistentes puede llevar a conclusiones desencajadas, o a simples disputas verbales (como se ha visto, tal cosa no es infrecuente en el debate entre conflictivistas y anticonflictivistas). El mismo hecho de que en la mayoría de los casos no quede claro en qué sentidos se habla de “derechos” y, sobre todo, de “conflictos”, puede conducir –de hecho, ha conducido– a equívocos en el debate. Las respuestas al mismo problema, pueden ser, entonces, diversas.

Sin perjuicio de lo anteriormente anotado, consideramos que el esquema de conflictivismo y anti-conflictivismo (o visión armonizadora) es pedagógico y dependerá de la postura que se adopte sobre estas cuestiones planteadas la utilización de una serie de métodos e instrumentos para resolver los casos que en concreto se presenten.

El profesor Figueroa ha señalado al respecto:

Si la resolución de conflictos e incertidumbres jurídicas de orden constitucional se puede ejecutar a través de principios, bajo la pauta unívoca de que un solo principio pueda resolver la controversia, la dificultad parece concluir allí. Sin embargo, ¿qué sucede si, invocado un principio, éste no resulta suficiente para resolver el conflicto, o si bien invocado un principio, éste parece entrar en colisión con otros principios, igualmente de rango constitucional? En dicho caso, nos veremos precisados a aplicar técnicas o procedimientos más complejos, como la ponderación y la proporcionalidad, cuya aplicación jurisprudencial viene ya desarrollando el Tribunal Constitucional en sendas decisiones, constituyendo las mismas doctrina jurisprudencial (sic). (Figueroa, 2009)

El test de ponderación – de mucha difusión y aplicación en estos últimos años – en la jurisprudencia se ha implementado a partir de lo expuesto por Alexy (2009):

En el derecho constitucional alemán, la ponderación es una parte de lo exige un principio más amplio; este principio comprensivo es el de proporcionalidad (Verhältnismäßigkeit). Éste se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación (Geeignetheit), necesidad (Erforderlichkeit) y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización. Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas. (pág. 8)

En nuestro país, el principio de proporcionalidad ha sido incorporado en el artículo 200 de la Constitución Política del Perú. La sentencia del tribunal constitucional (2003) recaída en el expediente N° 0010-2002-AI-TC sobre acción de inconstitucionalidad ha señalado:

195. El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona.

El artículo 200 de la Constitución Política del Perú (1993) señala lo siguiente:

[...] El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución.

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos

- Carlos Enrique Quiroga Periche

o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio. (Constitución Política del Perú)

Sobre esto el profesor Rubio, M. (2018) ha señalado:

El constituyente aplicó la razonabilidad y la proporcionalidad al análisis del caso de hábeas corpus interpuesto a favor de un derecho restringido por un acto de gobierno. Eso es lo que nos dice la interpretación literal y la ubicación sistemática de ambos principios dentro del texto de la Carta.

Sin embargo, la decisión del Tribunal de extender la validez de la razonabilidad y la proporcionalidad a todo el derecho es correcta. Después de todo, de lo que se trata es de que la vida jurídicamente regulada tenga ambas características: sea razonable y proporcional. Ha sido un acierto del Tribunal exigir estos requisitos en el más amplio sentido de la palabra. (pág. 22)

2.2. Críticas al test de proporcionalidad en sede peruana

Sin perjuicio de la abierta crítica señalada ya por el profesor Castillo, L., el doctor Rubio, M. establece algunas críticas al test de ponderación, después de haber revisado 123 000 casos resueltos por el tribunal constitucional, de los que ha identificado 89 casos y 92 aplicaciones del test de proporcionalidad (en tres casos se aplicó dos veces), concluyendo:

El test de proporcionalidad introduce una relatividad absoluta en el cumplimiento de los derechos constitucionales y no permite medir la intensidad de intervención en el derecho constitucional afectado, con el grado de cumplimiento del fin constitucional perseguido. La ley de la ponderación, tal como ha sido enunciada por nuestro Tribunal Constitucional, debe ser modificada.

El test de proporcionalidad fue ideado en Europa como uno de apreciaciones esencialmente relativas, que pueden cambiar de una aplicación a otra. Se debe evaluar si es deseable esa relatividad en la jurisprudencia constitucional peruana.

El test de proporcionalidad ha dado resultados contradictorios en el Perú, aplicado en diversas sentencias al mismo tema. Esto no debe suceder en una metodología que pretende ser, precisamente, de sólida fundamentación de las sentencias.

El test de proporcionalidad debe ser aplicado con más rigor metodológico por el Tribunal Constitucional [...]

Razonabilidad y proporcionalidad son mucho más en la teoría constitucional que la aplicación del test de proporcionalidad. (Rubio, 2018, págs. 143-192)

De lo arriba expresado entendemos que no está en discusión que se deba utilizar criterios de razonabilidad y proporcionalidad como exigencias de racionalidad, pero cosa distinta es utilizarlo como instrumento para asumir la postura conflictivista y a partir de ello aceptar de manera institucional la existencia de derechos prevalentes.

2.3. El contenido esencial de los derechos fundamentales

Antes de consignar algunas notas sobre la doble dimensión del contenido de los derechos fundamentales, señalaremos que Castillo (2007) formula el principio de doble dimensión del contenido de los derechos fundamentales del siguiente modo:

[T]odos los derechos fundamentales cuentan con una doble significación en su contenido constitucionalmente protegido, uno subjetivo que contiene todas las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y que exige la abstención por parte del poder público; y otro objetivo o institucional que contiene la obligación del poder público de realizar acciones positivas necesaria [sic] a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el plano de la realidad. (pág. 276)

Es de uso común entre los especialistas de Derecho Constitucional e incluso tribunales judiciales y constitucionales utilizar el rótulo con que se titula el presente acápite, el mismo que a decir de Castillo (2007, pág. 215) responde a la pregunta: reconocido un derecho en la norma constitucional, ¿cuál es su contenido normativo cuyo cumplimiento obliga tanto al poder político como a los particulares? Esta pregunta genera tres temas: la del contenido esencial de los derechos fundamentales, la doble dimensión de los derechos fundamentales y el conflicto de derechos fundamentales.

Sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales Castillo ha manifestado que el tema parte de la necesidad de entender la eficacia y la realización de los derechos como problema principal de los derechos humanos. Ha señalado:

A la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo. (2007, pág. 216)

Sin embargo, no solo las garantías aseguran la eficacia y realización del derecho fundamental. Es necesario que la formulación jurídica del derecho fundamental determine adecuadamente el objeto de protección. Esta formulación no necesariamente requiere que la disposición normativa la determine, pues esta será tarea de la interpretación constitucional.

- Carlos Enrique Quiroga Periche

Los presupuestos para emprender esta tarea, Castillo los refiere:

Primero, la existencia de una realidad cognoscible (determinable) y anterior a la formulación normativa de los derechos: la naturaleza humana, la misma que es referida constitucionalmente cuando se proclama en la Constitución la dignidad humana como principio ordenador de todo el sistema jurídico peruano, y con ella toda una serie de derechos que son referidos al hombre en cuanto portador de la mencionada dignidad (artículos 1, 2 y 3 Constitución Política). Consecuentemente, y segundo, que los medios interpretativos para determinar los alcances del contenido de los derechos fundamentales, no se reducen exclusivamente a lo establecido en la norma (constitucional o legal), sino que abarca elementos extrajurídicos: la formulación normativa es simplemente el inicio. (2007, pág. 219)

La garantía del contenido esencial del derecho fundamental es formulada por Castillo (2007, pág. 220) del siguiente modo: “Todo derecho constitucional o fundamental cuenta con un contenido jurídico constitucional, el cual es jurídicamente determinable y exigible al poder político y a los particulares”.

La idea fuerza del argumento del citado profesor es que no se puede dividir al derecho fundamental en un contenido esencial y otro no esencial, pues considera que es un todo indivisible, único; partirlo atentaría contra el principio de unidad de la constitución y el principio de normatividad de la constitución, de modo que dicho ejercicio devendría inexorablemente en inconstitucional.

2.4. El principio de unidad de la Constitución y el test de ponderación

Si contrastamos lo señalado respecto al contenido esencial de los derechos fundamentales, el principio de unidad de la Constitución y el test de ponderación, tenemos que estos conceptos son contradictorios: No podrían coexistir la teoría del contenido esencial, el principio de unidad de la constitución frente al test de ponderación. Su coexistencia (tal como ha venido sucediendo en la actualidad) determinaría la aplicación inconstitucional de dicho test. Esta inconstitucionalidad es de carácter formal en un primer momento, pues cuestiona al “instrumento” utilizado para resolver un conflicto de pretensiones constitucionales; sin embargo, al afectar el principio de unidad constitucional se convierte también en una trasgresión a la Constitución, es decir, la inconstitucionalidad es también de índole material.

En tal sentido, y siendo el principio de unidad uno que sustenta el sistema constitucional, se debe optar por la teoría no conflictivista o, lo que es lo mismo, la posición armónica de los derechos fundamentales.

III. ¿SOLUCIONES A LA VISTA?

Ahora bien, es claro que nos adherimos a la teoría no conflictivista, pero ello no resuelve aún el problema planteado:

Qué instrumento debe utilizar esta doctrina para la solución de controversias sobre pretensiones de derechos fundamentales (como parte de la institucionalidad que debe tener el Estado para garantizar la vigencia oportuna y efectiva protección de los derechos fundamentales).

Y es que la respuesta es muy compleja. En efecto, los instrumentos que se utilicen deberán ser adecuados dependiendo del caso concreto, teniendo en cuenta especialmente los principios de interpretación constitucional.

En nuestro caso queremos proponer la aplicación de la teoría del abuso del derecho. Su justificación se encuentra en la particular consideración de los derechos fundamentales, como derechos subjetivos, dentro de la teoría de los derechos fundamentales. Esta posición no es pacífica.

El profesor Gonzales (2015) en un primer momento valida la aplicación del abuso del derecho en el ejercicio de los derechos constitucionales:

[...] la Constitución Peruana admite el abuso de los derechos constitucionales, y probablemente sea la única en el derecho comparado que regula este punto mediante la escueta fórmula: “La Constitución no ampara el abuso del derecho” (art. 103 in fine), lo que tiene dos consecuencias directas: i) aplicación del abuso en el ejercicio de los derechos constitucionales; ii) aplicación del abuso en el ejercicio de todos los derechos, sin limitarse al ámbito del Derecho civil”. (pág. 21)

Sin embargo, el Dr. Gonzales Barrón estima, más adelante, que no se puede aplicar la teoría del abuso del derecho a los derechos fundamentales.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Desde mi perspectiva, el problema planteado está referido a delimitar las pretensiones referidas a derechos fundamentales en cada caso concreto, por lo que si los derechos fundamentales pueden ser percibidos como derechos subjetivos se entiende que dentro de su estructura se puede encontrar al abuso del derecho como un límite, de modo que la teoría del abuso del derecho tiene plena aplicación en el ámbito constitucional, máxime si cuenta con reconocimiento constitucional (art. 103 de la constitución política del Perú) y un desarrollo doctrinario en el campo del derecho civil. Estas breves líneas por lo menos dejan consignado el hecho que existe una teoría con reconocimiento constitucional que no está siendo utilizada y que es perfectamente compatible con los principios de interpretación constitucional, siendo por lo tanto constitucional en forma y fondo.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, R. (mayo de 2009). *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. Recuperado el 17 de octubre de 2018, de Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>

C. C. (1993). Constitución Política del Perú. Perú.

Castillo, L. (2007). *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general* (3era ed.). Lima, Perú: Palestra.

Figuroa, E. (enero de 2009). *Ponderación y proporcionalidad como técnicas de interpretación constitucional. Criterios jurisprudenciales*. Recuperado el 17 de octubre de 2018, de <https://edwinfiguroa.wordpress.com/ponderacion-y-proporcionalidad-como-tecnicas-de-interpretacion-constitucional-criterios-jurisprudenciales/>

Figuroa, E. (4 de setiembre de 2010). *principios de interpretación constitucional*. Recuperado el 17 de octubre de 2018, de principios de interpretación constitucional: <https://edwinfiguroa.wordpress.com/2010/09/04/principios-de-interpretacion-constitucional/>

Gonzales, G. (diciembre de 2015). *El abuso del derecho: entre la modernidad y la posmodernidad*. Recuperado el 17 de octubre de 2018, de Revista Internacional de Doctrina y jurisprudencia: <http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/4813/EL%20ABUSO%20DEL%20DERECHO%20ENTRE%20LA%20MODERNIDAD%20Y%20LA%20POSMODERNIDAD-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Maldonado, M. (2015). Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales. *Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales*, 28. Genova, Italia. Obtenido de academia: https://www.academia.edu/30736152/Conflictivismo_y_anti-conflictivismo_en_los_derechos_fundamentales

Rubio, M. (2018). *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano* (2da ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 0010-2002-AI-TC (Tribunal Constitucional 3 de enero de 2003). Recuperado el 17 de octubre de 2018, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 05854-2008-AA (Tribunal Constitucional 8 de noviembre de 2005).

RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL AL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Carlos Humberto Angulo Espino¹

RESUMEN

Este artículo aborda la negociación colectiva como derecho de los servidores públicos, en el marco de la Constitución política de 1993 y la legislación laboral pública vigente. Ya desde la carta magna de 1979 la negociación colectiva está comprendida en la tríada de derechos colectivos, como una especie de puente entre la sindicación y la huelga. Por ello, aun cuando el artículo 28 la carta política vigente así lo reconoce, analizamos las razones por las cuales la negociación colectiva no fue reconocida como derecho colectivo en el capítulo constitucional referido a la relación funcional pública.

sin dejar de tener presente la notable diferencia entre la categoría de servidores públicos y la de los trabajadores de la actividad laboral privada. Luego del análisis conceptual y de las prescripciones constitucionales y legales, el autor fija su posición en las conclusiones y formula una propuesta de reforma constitucional del artículo 42 de la actual carta política, para comprender en la normativa infraconstitucional sobre esta materia no solo a la sindicación y a la huelga sino a la negociación colectiva como derecho de los servidores públicos

Palabras clave: Negociación colectiva. Servidores públicos. Relación funcional pública.

1 Doctor en Derecho. Profesor principal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego - UPAO

1. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Creemos que es necesario determinar si debe estar constitucionalizado el derecho a la negociación colectiva como derecho de los servidores públicos o, en cambio, si la omisión en el artículo 42 de la carta política responde a la naturaleza legal y reglamentaria de la función pública en el marco de la teoría estatutaria a la que está adscrita, así como a la observancia del principio de equilibrio presupuestal para ordenar el gasto público en materia de remuneraciones y beneficios complementarios que se derivan de la relación funcionarial o laboral pública.

El artículo 40 de la carta política (1) y la Ley 30057, que desarrolla este precepto constitucional, coexisten con el decreto legislativo 276 y la Ley 28175, sin perder de vista que el empleo público está categorizado como “Función pública” en el capítulo IV del título I de la carta política, artículo 39 al 42.

Antes de definir al Estado como empleador, es conveniente comprender que las entidades públicas son organizaciones encargadas de ejecutar planes y programas para atender las necesidades de la población, cumpliendo los fines del Estado. A diferencia del sector privado constituido por empresas productivas con sus propios capitales de inversión, las entidades públicas son unidades ejecutoras de gasto público que para gestionar los intereses generales de la nación emplean a gran número de personas que se vinculan mediante una relación de empleo público, estrictamente legal y reglamentaria. Esto quiere decir que el Estado o administración pública empleadora, en los términos de la Ley 28175 (2), debe gestionar recursos humanos en condiciones laborales y remunerativas adecuadas con sujeción a las disposiciones de la ejecución presupuestaria.

Cabe señalar que los derechos individuales y colectivos de los servidores públicos están prescritos en las respectivas normas legales, que vienen a desarrollar los preceptos constitucionales correspondientes. Pero respecto a los derechos colectivos el artículo 42 de nuestra carta política omite el reconocimiento de la negociación colectiva. Este silencio u olvido llama la atención si reparamos que en su artículo 28 se reconoce la tríada de sindicación, negociación y huelga, por lo que podríamos pensar en una suerte de conflicto normativo entre dos normas constitucionales o una aparente contradicción, que algunos autores resuelven recurriendo a la interpretación sistemática de la norma jurídica. No debe perderse de vista, sin embargo, que la carta política reserva un capítulo especial al tratamiento de la función pública como relación laboral pública o empleo público, en el que se establecen normas precisas y específicas, entre ellas las relativas a los derechos colectivos. Por eso podríamos inferir que son las disposiciones de este capítulo y no otras las que deben aplicarse a los servidores públicos.

A pesar que, como está dicho, en la Constitución de 1993 se omite el reconocimiento de la negociación colectiva, la vigente Ley del servicio civil, Ley 30057, regula no solo la sindicación y la huelga sino también la negociación colectiva, dejando establecido en el artículo 40 que “los derechos colectivos de los servidores civiles son los previstos en el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en los artículos de la función pública establecidos en la Constitución Política del Perú”. Esto último no es correcto, como se ha anotado, pues la carta política no reconoce la negociación colectiva.

Las normas regulatorias de la Ley 30057 sobre los derechos colectivos han sido derogadas por la recientemente promulgada Ley de negociaciones en el sector público, Ley 31188, que establece una nueva regulación sobre los derechos colectivos y su procedimiento. A la luz de lo prescrito en el artículo 42 de la carta política, no obstante, creemos que en materia de negociación colectiva es incuestionable que las dos leyes antes referidas carecen de amparo en la Constitución. Asumimos que toda ley que desarrolle las disposiciones del capítulo IV, título I, de la Constitución debe respetar su marco normativo, pues creemos que hay razones suficientes para que se haya reservado un capítulo específico a la relación laboral entre el Estado y sus trabajadores. De este modo, si hay que reconocer a la negociación colectiva como derecho de los servidores públicos, entonces es necesario que este se encuentre incorporado en el citado artículo 42, formando una tríada con la sindicación y la huelga, independientemente de lo prescrito en el artículo 28 pues tratándose este de una prescripción de carácter general el argumento de la interpretación sistemática no es suficiente, sobre todo porque en la Constitución hay disposiciones especiales para quienes ejercen la función pública, lo cual no debe generar ninguna discusión.

2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO DERECHO SOCIAL Y ECONÓMICO

La negociación colectiva tiene como objetivo establecer pactos o convenios sobre remuneraciones y condiciones de trabajo de manera voluntaria y libre entre un empleador y sus trabajadores, dando lugar a acuerdos de buen entendimiento que permitan mantener un clima laboral saludable, adecuado y conveniente. El ejercicio de este derecho es común en los centros laborales particulares y se puede decir que es un medio para mejorar las condiciones de los trabajadores en función de la rentabilidad y solvencia de las empresas productivas.

La regulación normativa de los derechos colectivos y entre ellos el de la negociación colectiva, ha merecido mayor atención en el sector laboral privado. Cuando el artículo 54 de la Constitución de 1979 reconoce el derecho a la negociación colectiva, es indudable que se refiere a la relación laboral que vincula a empleadores privados y sus trabajadores y no a la relación laboral pública, lo que se pone en evidencia en el tercer párrafo de este artículo al prescribir que la intervención del Estado solo procede a falta de acuerdo entre las partes. Este concepto ha sido reproducido en el artículo 28 de la actual Carta Política, reconociendo de esta manera la capacidad de empleadores y trabajadores para llegar a acuerdos concertados como producto de propuestas y contrapropuestas en materia de remuneraciones y otros aspectos laborales, que son el contenido de los convenios o convenciones colectivas. En este ámbito laboral, entonces, el Estado asume el papel regulador, fomentando el ejercicio de este derecho por parte de los trabajadores, para promover la solución pacífica de los eventuales conflictos o desentendimientos en la relación laboral.

No cabe duda que la negociación colectiva está definida en el artículo 28 de la Constitución como un derecho social y económico, conjuntamente con los derechos de la sindicación y la huelga, con el objeto de procurar la solución de conflictos laborales de los trabajadores en general, pero también es muy

- Carlos Humberto Angulo Espino

cierto que la carta política no reconoce de manera expresa este derecho a los servidores públicos, como si ocurre con los derechos de sindicación y huelga, según lo prescrito en el artículo 42.

Si nos preguntamos cuáles son las razones que ha tenido el constituyente para adoptar este criterio (3), vamos a reparar en cuestiones de orden presupuestario, pero también en las grandes dificultades para el manejo de los procedimientos de negociación en las diversas entidades públicas y en los tres niveles de gobierno estatal, así como en sus resultados y consecuencias; pues el Estado no es una empresa -grande o pequeña- que se dedica a actividades productivas y lucrativas, todo lo contrario es una inmensa organización social, jurídica y política que está al servicio de la población. El Estado no invierte capitales para generar rentabilidad o utilidad, es el gran gestor público que atiende necesidades colectivas y para ello realiza gasto público, y en materia de remuneraciones este gasto significa uso de recursos económicos con objetivos específicos, sin retorno económico o dinerario. Esta es la gran responsabilidad que tienen y deben asumir los funcionarios y autoridades comprometidos con la gestión estatal.

3. LA RELACIÓN FUNCIONARIAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Desde su promulgación el Decreto Ley 11377 adquiere real importancia al constituirse como la primera norma legal que ordenó y sistematizó la situación jurídica de los empleados públicos, declarando como objetivo la creación de la carrera administrativa para ofrecer a todos los ciudadanos iguales posibilidades para el ejercicio de la función pública. Esta ley se dio bajo la vigencia de la Constitución de 1933, en la que se reconoció la libertad de trabajo en el ámbito industrial del sector privado, sin ocuparse específicamente del personal del Estado (4); más aun, respecto al ámbito laboral público, en su artículo 49 prohíbe expresamente la organización de sindicatos, así como las reclamaciones colectivas y las huelgas. (5)

Luego, sobre la base de las disposiciones constitucionales de la Carta Política de 1979, se dictó el Decreto legislativo N° 276 que reconoce los derechos de sindicación y huelga, pero no la negociación colectiva (6), adecuándose de esta manera a lo prescrito en el artículo 61 de la Constitución vigente en el momento de su promulgación. (7)

Es la ley del servicio civil, Ley N° 30057, la que va a incorporar en su texto un capítulo especial que regula los derechos colectivos de los servidores públicos, de sindicación, negociación colectiva y huelga (8), pero en lo que respecta a la negociación colectiva establece la limitación solo a *"la mejora de sus compensaciones no económicas, incluyendo el cambio de condiciones de trabajo o condiciones de empleo, de acuerdo con las posibilidades presupuestarias y de infraestructura de la entidad y la naturaleza de las funciones que en ella se cumplen"*. (9) Las disposiciones de esta ley, que fueron materia de demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal constitucional, han sido derogadas por la reciente Ley N° 31188 del 08 de marzo del 2021.

La Ley N° 31188 es una norma legal especial que regula “*el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de las organizaciones sindicales de trabajadores estatales*”, señalando como base constitucional “*lo establecido en el artículo 28 de la Constitución Política del Perú ...*” (10). Estamos de acuerdo con el propósito de regular la negociación colectiva, pero somos de la idea que la base constitucional no reside en el referido artículo 28 si advertimos que nuestra carta política destina un capítulo específico a la función pública en el que se comprende a los derechos colectivos de los trabajadores públicos y se advierte que las prescripciones normativas de la citada ley no se adecuan a los postulados constitucionales sobre la relación funcionarial o laboral pública. Mientras no se reforme el artículo 42 de la Constitución, incluyendo el reconocimiento de la negociación colectiva, toda ley de desarrollo en esta materia carecerá de sustento normativo constitucional y su cuestionamiento será permanente; pues jurídicamente no es válido recurrir al precepto del artículo 28, que es de carácter general, cuando existe una norma constitucional de carácter específico, el artículo 42.

Desde esta perspectiva podríamos suponer que no es posible la negociación colectiva, pero no es así; en realidad lo que debe perseguirse dentro de la concepción estatutaria es que haya una regulación sustantiva y procedimental que comprenda a todos los trabajadores públicos por igual. De esta manera se podrá aplicar una estructura única de remuneraciones y de beneficios en la que se establezcan las mismas condiciones laborales para el universo de servidores, abriéndose la posibilidad de una negociación para acordar mejoras remunerativas y de trabajo que sean de alcance general y dentro de un trato igualitario.

Este criterio guarda concordancia con las estipulaciones aceptadas a nivel de convenios internacionales que instruyen y orientan la aplicación de la negociación colectiva en la administración pública, con las particularidades que aconsejan dichos instrumentos. En el preámbulo del Convenio 151 de la Organización internacional del trabajo se aprecia una interesante recomendación a tener cuenta, al señalar que en “*la delimitación del campo de aplicación de un instrumento internacional y la adopción de definiciones a los fines del instrumento en razón de las diferencias existentes en muchos países entre el empleo público y el empleo privado*” (11). Según estas herramientas jurídicas, al momento de elaborar la legislación interna de cada país deben considerarse las situaciones particulares de cada Estado y distinguirse sin ambages entre la naturaleza jurídica la relación laboral pública y la relación laboral en la actividad privada, explicándose de esta manera la existencia de normativa laboral y procedimientos diferenciados (12).

Si llegamos a reconocer a la negociación colectiva como derecho colectivo de los servidores públicos, este derecho debe estar definido como tal dentro del capítulo que la Constitución ha destinado a la función pública, como ocurre con los derechos colectivos de huelga y sindicación, en el artículo 42. La omisión de ese derecho hace suponer que el constituyente quizá asumió que no era conveniente reconocerlo por las razones que seguramente se expusieron y se hicieron valer en su momento, entre ellas la naturaleza estatutaria de la relación funcionarial, que no admite abiertamente la posibilidad de que las entidades públicas convengan o pacten condiciones laborales libremente y por separado, sin tener en cuenta que como empleador el Estado es uno solo. El reconocimiento de la negociación

- Carlos Humberto Angulo Espino

colectiva debe ser una exigencia siempre que esté definida y regulada estrictamente por normas legales que se correspondan con el precepto constitucional correspondiente, y que estas normas regulen no solo la parte sustantiva y procedimental sino la aprobación de los acuerdos que se adopten, para no perder la esencia estatutaria de la relación jurídico funcional.

4. OMISIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE COMO DERECHO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

En diversas sentencias el Tribunal Constitucional ha reiterado que los derechos fundamentales no son absolutos y, por tanto, encuentran límite en “otros bienes constitucionales” (13). Este es el caso de la disposición de los recursos presupuestarios, cuya aplicación o ejecución debe responder a criterios de eficiencia y de equivalencia sostenibles considerando el principio del equilibrio presupuestario que no puede soslayarse bajo el riesgo de la desprotección de otros requerimientos sociales. Siendo así, las restricciones o limitaciones que se establecen encuentran razonabilidad y legitimidad cuando responden al aseguramiento del bienestar general de la población.

Esto es lo que debe tenerse presente en el tema de la negociación colectiva en el sector laboral público y seguramente es lo que se tuvo presente al momento de redactar el artículo 42 de la Constitución. Omitir su reconocimiento, sin embargo, no es la mejor opción, pues no puede desconocerse que en el sector laboral público se llegan a establecer diferentes tipos de convenios que se identifican dentro del concepto de la negociación colectiva, apreciándose ciertos avances en esta materia, aun cuando de manera desordenada y sin respaldo constitucional. Esto ha generado una situación jurídica complicada que debe resolverse incorporando en la carta política el derecho de los servidores públicos a la negociación colectiva.

En este sentido, creemos que si bien es cierto hay razones que explican la omisión de la negociación colectiva en el artículo 42 de la Constitución, también es verdad que las hay para justificar su categorización en la carta política a través de una reforma constitucional, con la finalidad de garantizar la constitucionalidad de las normas legales regulatorias en esta materia. Creemos que es tiempo de armonizar la legislación ordinaria con los postulados constitucionales.

5. CONCLUSIONES

Es evidente que la Constitución ha consagrado un capítulo especial a la función pública, definiéndola como la prestación de los funcionarios y trabajadores públicos al servicio de la nación. El artículo 40, además, caracteriza a la relación laboral pública como de naturaleza estrictamente legal y reglamentaria, reconociendo en el artículo 42 los derechos colectivos de la sindicación y la huelga, pero sin comprender a la negociación colectiva.

No compartimos el criterio del legislador, al aprobar la Ley 31188, cuando establece como base constitucional el artículo 28 de nuestra carta política, porque se trata de una disposición que resulta aplicable al sector laboral privado, en cuyo ámbito el Estado asume solo el papel de fomento y de promoción de las diversas formas de solución a los conflictos laborales, tal como se precisa en el inciso 2) del artículo citado.

Del estudio y análisis realizados llegamos a suponer que la omisión del derecho de la negociación colectiva en el artículo 42 de la Constitución no se debe a un descuido del constituyente, sino más bien a una decisión pensada y basada en las dificultades que tiene el Estado como el gran empleador, en las diversas entidades y niveles de la administración pública, lo cual, sin lugar a dudas, puede poner en riesgo el equilibrio del presupuesto de la nación.

Creemos que sí es posible establecer acuerdos negociales entre los trabajadores públicos y el Estado como empleador, pero debe cuidarse que sean a través de un instrumento normativo único que regule un solo procedimiento para todo el personal de la administración pública y que el pacto o convenio colectivo que se concrete sea materia de aprobación mediante norma legal expresa, a fin de cumplir con la naturaleza estatutaria de la relación funcionarial pública.

La Constitución tiene un capítulo especial que establece los derechos de los trabajadores públicos, entre los cuales no se reconoce el derecho a la negociación colectiva, cuya omisión creemos que se explica por la naturaleza estatutaria de la relación laboral pública y por el principio del equilibrio financiero y la racionalización del gasto público. La regulación de la negociación colectiva en normas infraconstitucionales justifica la necesidad y urgencia de incorporar en el artículo 42 de la Constitución el reconocimiento de la negociación colectiva como derecho de los servidores públicos, pues de lo contrario las normas legales que se han dictado y las que se dicten en adelante en esta materia, como la reciente Ley 31188, carecerán de respaldo constitucional y se correrá el riesgo de cuestionarse la validez de los pactos o acuerdos, dificultando o impidiendo la aplicación y ejecución de los acuerdos negociales.

Definitivamente, las leyes reguladoras sobre negociación colectiva pública deben guardar concordancia con las normas constitucionales, pues de lo contrario se altera el esquema jurídico laboral diseñado por nuestra carta política para los servidores públicos en el marco de los postulados de la doctrina estatutaria. No es correcto aplicar la norma general del artículo 28 y tampoco la especial del artículo 42, pues lo específico o especial no contraviene lo sistemático. Debemos buscar la justa solución que no viene a ser otra que la reforma constitucional.

- Carlos Humberto Angulo Espino

6. PROPUESTA

Por todo lo expuesto, proponemos la reforma del artículo 42 de la Constitución en los siguientes términos:

Constitución Política de 1993

Versión actual

Artículo 42.- Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza y de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”.

Propuesta de reforma

Artículo 42.- Se reconocen los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza y de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARÉVALO VELA, Javier, Tratado de Derecho Laboral, Instituto Pacífico, Lima, 2016.

MARTÍNEZ TRELLES, Antony, Manual del servicio civil y régimen laboral público, Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

OBREGÓN SEVILLANO, Tulio, Manual práctico del nuevo régimen del servicio civil. Instituto Pacífico, Lima, 2014.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Las constituciones del Perú, Centro de estudios constitucionales, Lima, 2018.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (SERVIR), Negociación colectiva en el sector público 2020. Gerencia de políticas de gestión del servicio civil. Publicación virtual. Enero 2020. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1206444/Negociacion_Colectiva_2019.pdf

Notas:

- (1) El artículo 40 de la Constitución prescribe que la ley regula el ingreso, deberes, derechos y responsabilidades de los servidores públicos.
- (2) La Ley 28175, en el artículo III del título preliminar, define a la administración pública como la empleadora estatal que comprende a todas las entidades públicas, incluyendo los poderes públicos y los organismos constitucionales autónomos, solo para los efectos del empleo público.
- (3) La Constitución de 1979, en el artículo 61, reconoce los derechos de sindicación y huelga, pero no el de negociación colectiva
- (4) Artículo 42.- El Estado garantiza la libertad de trabajo”, advirtiéndose algunos atisbos de la defensa gremial y colectiva en sus artículos 45 y 46 (*). La Constitución de 1933, en el artículo 45 prescribe que “El Estado favorecerá un régimen de participación de los empleados y trabajadores en los beneficios de las empresas, y legislará sobre los demás aspectos de las relaciones entre aquéllos y éstas ...”; en el artículo 46 estipula que “El Estado legislará sobre la organización general y las seguridades del trabajo industrial y sobre las garantías en él de la vida, la salud y la higiene ...”
- (5) Ley 11377, artículo 49: “Los empleados públicos podrán asociarse sólo con fines culturales, deportivos, asistenciales o cooperativos. Dichas asociaciones están prohibidas de adoptar la denominación u organización propia de los sindicatos, de adoptar las modalidades de acción de estos organismos, de ejercer coacción en sus peticiones y de recurrir a la huelga.”
- (6) El Decreto legislativo N° 276, en su artículo 24, inciso ll), prescribe que los servidores públicos tienen derecho a “constituir sindicatos con arreglo a ley”; en el inciso m) reconoce el derecho a “Hacer uso de la huelga, en la forma que la ley determine”; del mismo modo en el artículo 44 deja establecido que “Las entidades públicas están prohibidas de negociar con sus servidores, directamente o a través de sus organizaciones sindicales, condiciones de trabajo o beneficios que impliquen incrementos remunerativos ... en armonía con lo que dispone el artículo 60 de la Constitución Política del Perú. Es nula toda estipulación en contrario”.
- (7) Constitución de 1979, artículo 61: “-Se reconocen los derechos de sindicalización y huelga de los servidores públicos ...”
- (8) Ley N° 30057, artículos 40 a 45, derogados por la Ley N° 31188.
- (9) Ley 30057, artículo 42
- (10) Ley N° 31188, artículo 1

▪

(11) Convenio sobre la negociación colectiva, 1981

(12) El régimen laboral público se regula por la Ley 30057 y el régimen laboral de la actividad privada se regula por el decreto legislativo N° 728.

(13) En el expediente N° 05975-2008-PHC/TC, el Tribunal Constitucional deja establecido que ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto, sino que por el contrario, se encuentran limitados, no solo por su propio contenido, sino por su relación con otros bienes constitucionales, de tal manera que un derecho fundamental puede ceder ante otro bien de relevancia constitucional.

LA GARANTÍA DE DOBLE CONFORMIDAD EN COLOMBIA¹

Enrique del Rio Gonzalez²
Milton José Pereira Blanco³
Meliza Salcedo Alarcon⁴

-
- 1 Este artículo es producto de la investigación concluida titulada: Las garantías penales en la Constitución de 1991, en la cual los autores son investigadores principales. Este trabajo se encuentra adscrito a la línea de investigación denominada Derechos fundamentales y derechos sociales del grupo de investigación t sobre eoria jurídica y derechos fundamentales "phrónesis" de la Universidad de Cartagena.
 - 2 Profesor de la Universidad de Cartagena (Colombia). Abogado egresado de la Universidad de Cartagena. Especialista en ciencias penales y criminológicas de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Probatorio, magíster en Derecho y candidato a doctor en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Experto en cumplimiento corporativo de la Universidad de La Rioja-España y en sicología del testimonio de la Universidad de Girona Con diplomado en técnicas de oralidad certificado por la Universidad Interamericana de Puerto Rico y estudios en el programa de acceso a la justicia de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional- USAID. Curso de pedagogía para la enseñanza del proceso penal acusatorio. Autor de los libros: Del derecho a la defensa en la indagación. Ejercicio y limitaciones; audiencia preparatoria- aspectos controversiales; La prueba indiciaria penal frente al principio de contradicción, entre otros. Conjuez de la sala penal del tribunal superior de Cartagena y de la comisión de disciplina seccional de Bolívar. Miembro fundador del Colegio de Abogados penalistas de Colombia. Miembro y vicepresidente del capítulo Bolívar del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Docente universitario y abogado litigante en asuntos penales. E-mail: enrique delrio1975@gmail.com
 - 3 Profesor de la Universidad de Cartagena (Colombia). Abogado y licenciado en Filosofía. Magíster en Derecho de la Universidad del Norte (Colombia). Estudiante de la maestría en Derecho Penal de la Universidad de Palermo (Argentina). Postgraduado en diplomacia en cambio climático: negociaciones climáticas internacionales del Colegio de Biólogos del Perú. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo y en Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia. Conjuez de la sala penal del tribunal superior de Cartagena y de la comisión de disciplina seccional de Bolívar. E-mail: miltonjosepereirablanca@gmail.com
 - 4 Abogada de la Universidad de San Buenaventura, especialista en ciencias penales y criminológicas de la Universidad de Cartagena y en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia. Experta en cumplimiento corporativo de la Universidad de La Rioja-España y en sicología del testimonio de la Universidad de Girona; con diplomado en estrategias didácticas y cognitivas para la educación superior y en proyección de textos académicos, jurídicos y técnicas de expresión oral de la Universidad de Cartagena. Miembro del Instituto colombiano de Derecho Procesal y autora de diversos artículos académicos. Litigante y asesora empresarial en asuntos penales y constitucionales. E-mail: meliza.sa1992@gmail.com

RESUMEN

La impugnación de sentencias condenatorias es una garantía fundamental reconocida en convenios internacionales que vinculan a los estados suscribientes. En Colombia, la prerrogativa en mención está consagrada en la Constitución Política; sin embargo, no tiene reglamentación normativa suficiente, pues con un solo acto legislativo se permitió que en ciertas circunstancias pudieran ser objeto de revisión por el superior. En esta situación, la corte constitucional y la corte suprema de justicia se han encargado de fijar en sus providencias su procedencia y alcance para salvaguardar los derechos fundamentales de defensa, contradicción y debido proceso.

Palabras claves: Impugnación, recursos, doble conformidad, sentencia condenatoria, casación.

ABSTRACT

The challenge of convictions is a fundamental guarantee recognized in international conventions that bind the subscribing States. In Colombia, the prerogative in question is enshrined in the Political Constitution, however, it does not have sufficient normative regulations, since only with a legislative act was it allowed that certain circumstances could be subject to review by the superior. Faced with this situation, the Constitutional Court and the Supreme Court of Justice have been in charge of establishing in their orders its origin and scope to safeguard the fundamental rights of defense, contradiction and due process.

Key Words: Challenge, appeals, double compliance, conviction, cassation.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho penal ha sido utilizado con el fin de satisfacer múltiples necesidades. Si interés primigenio fue, sin lugar a dudas, “castigar” a quienes cometen conductas punibles. No obstante, se perfilan otras circunstancias de especial importancia tales como la resocialización del procesado, el resarcimiento de la víctima, así como el propósito de alcanzar la paz social y la armonía en la comunidad.

Las finalidades descritas no desdibujan o anulan los derechos de los investigados. Las legislaciones contemporáneas se han preocupado por impregnar de garantías al trámite de enjuiciamiento criminal, de cara a evitar la vulneración de trascendentales prerrogativas como el derecho de defensa, a la contradicción, al debido proceso, a la doble instancia, entre otros.

En este catálogo de derechos fundamentales irrenunciables se encuentra la posibilidad de impugnación, exclusiva del derecho penal, que solo tiene cabida para recurrir la primera sentencia condenatoria y no se refiere al ataque de otros actos procesales en el proceso.

Desde la promulgación de la Constitución Política de 1991 en Colombia existe una amplia discusión jurisprudencial sobre la doble conformidad, la cual es viable a través de la impugnación. El debate incluye a la situación de los aforados, cuyos procesos por ser de única instancia limitaban las opciones de defensa ante un fallo condenatorio.

El debate intentó zanjarse con la promulgación del acto legislativo N° 01 de 2018 que modificó los artículos 183, 234 y 235 de la carta magna, avalando no solo que la condena impuesta a los aforados pudiera ser recurrida, sino que los fallos adversos emitidos por primera vez por los tribunales superiores del distrito judicial fueran susceptibles de ser controvertidos.

No hay reglamentación normativa específica o detallada para estos trámites. Esto ha generado profusos pronunciamientos de la corte constitucional y de la sala de casación penal de la corte suprema de justicia que materializaron la enmienda previamente descrita dada la naturaleza fundamental del derecho en tensión.

En este trabajo se presenta la posición de diversos autores respecto a este tópico, no solo revisando algunas definiciones propuestas por la doctrina, sino por la jurisprudencia surgida en este escenario, brindando así un panorama general del escenario constitucional y legal.

Esta es una investigación eminentemente jurídica, de tipo analítico, documental, de carácter cualitativo, que se desarrolla a nivel teórico. En este contexto se revisará las distintas posiciones jurisprudenciales de la corte constitucional y de la sala de casación penal de la corte suprema de justicia para responder a la siguiente pregunta problema: ¿Cuál ha sido el tratamiento de la jurisprudencia colombiana. Alcance del principio de la doble conformidad, sus alcances y desarrolló? La tesis central es que el derecho a la impugnación es una garantía derivada del debido proceso, lo que permite el pleno ejercicio de los derechos de defensa y de contradicción. De ambos derechos se deriva la doble conformidad como posibilidad del procesado de recurrir la primera sentencia adversa que se hubiere librado en segunda instancia. Así las cosas, la jurisprudencia constitucional de la corte constitucional y de la sala de casación penal de la corte suprema de justicia han realizado un esfuerzo notable por desarrollar el derecho a la doble confirmada como garantía fundamental, pero no suficiente por cuanto se requiere, con prontitud, que el legislador instituya un procedimiento claro, concreto y expedito para salvaguardar la doble conformidad permitiendo que la impugnación de sentencias condenatorias no se enfrente a obstáculos formales por las lagunas interpretativas que se han suscitado, encauzando así en un texto la normatividad que regirá estos casos particulares.

Este artículo se dividirá metodológicamente en dos partes: una primera que se denominará marco conceptual, en la que se expondrán los alcances y desarrollos doctrinales y normativos de la garantía del doble conforme. Una segunda en la que se abordará un análisis constitucional de la garantía del doble conforme. De igual forma se mostrará el desarrollo jurisprudencial desde la perspectiva constitucional. Para cerrar la segunda parte se realizará una aproximación jurisprudencial a la doble conformidad en la jurisprudencia de la corte constitucional.

II. MARCO CONCEPTUAL

A pesar de que el punto focal del presente estudio es el principio de impugnación o de doble conformidad, lo distinguiremos del derecho a la doble instancia con el cual guarda ciertas semejanzas conceptuales, pero difieren en cuanto a su alcance y finalidad.

Empezaremos resaltando que existen recursos para que los sujetos procesales e intervinientes recurran a la mayoría de las decisiones emitidas en cualquier trámite judicial.

La doble instancia se traduce como una prerrogativa inherente al debido proceso, pues cobija a muchos actos procesales que pueden ser conocidos por un juez de mayor jerarquía para corregir la decisión confutada en aras de alcanzar la justicia. En otras palabras, el principio de la doble instancia es una prerrogativa constitucional que tiene cabida en trámites civiles, contencioso administrativos, laborales, penales, entre otros.

Este derecho está consagrado en el artículo 31 de la Constitución Política de Colombia, que prescribe que toda sentencia puede ser apelada o consultada, con las excepciones de ley. Esta prerrogativa también se extiende a aquellos autos que por su naturaleza pueden ser objeto de recurso de alzada, como aquel que deniega el decreto probatorio.

En el escenario de la doble instancia, el legislador se encarga de puntualizar cuáles providencias pueden ser replicadas, de cara a verificar los aspectos de forma o fondo que sean objeto de discordia, de acuerdo con la potestad de configuración normativa que delimita la actuación procesal para evitar excesos y procesos extendidos en el tiempo.

La doble instancia es una facultad amplia en la que se incluyen múltiples escenarios que no se circunscriben a las actuaciones enmarcadas dentro del proceso penal. En tal sentido, hasta en actuaciones administrativas es posible interponer la alzada para que el ciudadano pueda oponerse de forma efectiva, haciendo uso de los recursos de la vía gubernativa en sede propia de la entidad pública.

A pesar de integrar el debido proceso, la impugnación o doble conformidad solo tiene espacio dentro del proceso penal, en el entendido que a través de esta se pretende garantizar la defensa plena de los condenados frente a la decisión adversa a sus intereses, teniendo en cuenta que se trata del brazo más opresor del Estado que limita caros derechos como la libertad y la libre locomoción.

La referida facultad únicamente opera con respecto a la decisión condenatoria y no frente a las demás determinaciones adoptadas a lo largo del juicio, que pueden ser recurridas con los recursos ordinarios de reposición, apelación y queja, a la luz de los derechos de defensa y el debido proceso.

Esto se explica por una situación trascendental: con la sentencia culmina el proceso penal y se define la responsabilidad y la eventual sanción a cumplir. Por tal severidad no puede asemejarse a otras decisiones previas a este estadio y mucho menos a providencias producidas en otras jurisdicciones. Se hace la

salvedad de que el derecho de impugnación no cobija a toda sentencia penal, pues se ha circunscrito esta garantía a la condena ya que soporta la connotación incriminatoria que invariablemente genera un profundo quiebre en la individualidad, excluyéndose las absoluciones y decisiones afines.

En este punto se traerá a colación algunos análisis doctrinales sobre la garantía de la doble conforme. El profesor González (2020) señala que el derecho de impugnación es una garantía fundamental que no puede ser restringida y que únicamente tiene cabida en sentencias condenatorias proferidas por cualquier funcionario, sin importar su jerarquía o con independencia de que el acusado se trate o no de un aforado.

Según Tiezzi (2017) el principio de doble conformidad implica que el procesado puede recurrir la primera sentencia adversa que se hubiere librado en segunda instancia, pues en ese escenario se evidencia la necesidad de procurar el ejercicio de los mecanismos constitucionales y legales disponibles para desplegar plenamente su defensa.

Como dato relevante señala la tratadista que algún sector de la doctrina ha cuestionado si es posible que dentro del trámite penal se extienda esta facultad a la víctima, teniendo como fundamento el interés de procurar la sanción del ofensor y la búsqueda de la justicia. La situación jurídica del afectado, sin embargo, no puede asemejarse a la del condenado porque este soporta el despliegue del poder estatal, ameritando tal circunstancia la habilitación de mecanismos idóneos para que se revise su situación.

La víctima, por su parte, tiene una amplia participación en el proceso, pero no podría crearse en su beneficio un recurso especial adicional a los existentes pues se socavaría la igualdad de armas y la seguridad jurídica.

En criterio de Garro y Jiménez (2018) el principio de doble conformidad restringe el *ius puniendi*, ya que se refiere a la posibilidad de recurrir decisiones adversas declaradas por primera vez en segunda instancia. De esta manera se brinda la posibilidad de que otro funcionario revise la sentencia condenatoria correspondiente. No puede confundirse esta garantía con la doble instancia; esta última es amplia e incorpora una variedad de actos procesales en diferentes jurisdicciones. En otras palabras, la doble conformidad consiste en que dos funcionarios de diferente jerarquía declaran la responsabilidad del procesado despejando cualquier atisbo sobre su situación jurídica.

La impugnación implica que toda decisión condenatoria puede ser revisada por el superior, sin mayores obstáculos y sin importar qué funcionario emitió la providencia lesiva a los intereses del procesado. La doble conformidad se materializa cuando un segundo funcionario - con competencia para revocar una sentencia - revisa el proveído atacado para definir si efectivamente se sanciona al señalado.

En el decurso procesal se suscitan discusiones sobre la doble conformidad, por lo que se expidió el acto legislativo No 01 del 2018 que exponiendo el desarrollo jurisprudencial brinda luces en torno a esta institución jurídica.

III. DOBLE CONFORMIDAD

1. *Análisis constitucional*

De una desprevenida puede considerarse que el recurso ordinario de apelación y el recurso extraordinario de casación satisfacen los intereses del procesado cuando este desee que su condena sea revisada por el superior. Tal afirmación, aunque es acertada en sentido amplio, no incluye algunos escenarios que exceden estos mecanismos.

Así se plantean dudas cuando tras dictarse una sentencia absolutoria en primera instancia luego esta es revocada por el superior, cerrándose las vías para confutar el fallo incriminatorio. Debido a la rigidez de la técnica de este recurso extraordinario en no pocas ocasiones por la complejidad de su planteamiento restringe la revisión del fallo, lo que trae consigo profundas consecuencias.

A los aforados tampoco se les consideraba afectados por ser investigados y condenados en única instancia, sin posibilidad de recurrir la sentencia condenatoria, porque se estimaba que al ser emitida esta por la corte suprema de justicia como máximo tribunal de justicia ordinaria generaba una ventaja por la experiencia y calidades académicas de los magistrados que desataban la controversia. (Ortiz, 2020)

Para resolver esta disputa jurídica el artículo 29 de la Constitución Política, al estipular que toda providencia condenatoria puede ser impugnada, irradió la garantía del derecho al debido proceso a todo el esquema procesal penal, sin distingos.

La norma aludida no puede ser revisada de forma aislada. Esta se enlaza con tratados ratificados por Colombia en los cuales se plasma la necesidad de que se permita la contradicción de una condena. Así sucede con la Convención Americana de Derechos Humanos cuyo artículo 8, numeral 2, literal h, establece que dentro de las garantías judiciales de un procesado se encuentra la de recurrir la sentencia ante el superior.

Del mismo modo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se estipula que toda persona condenada tiene derecho a que el superior revise la sentencia que le fuera impuesta, de conformidad al numeral 8 del artículo 14.

Como resultado del contexto anterior surgió en el panorama colombiano, inicialmente vía jurisprudencial y luego a través de un acto legislativo, la garantía de la impugnación o doble conformidad, respondiendo a las exigencias internacionales asumidas por Colombia al suscribir los pactos internacionales previamente descritos. (Salazar, 2015)

El cumplimiento de los instrumentos internacionales es un compromiso ineludible plasmado en el artículo 93 de la Constitución Política, en el cual se establece que los tratados y convenios internacionales debidamente ratificados prevalecen en el orden interno e integran la normatividad nacional, configurando así el bloque de constitucionalidad.

Este panorama constitucional y convencional ha sido analizado y desenvuelto por la corte constitucional y la sala de la corte suprema de justicia, corporaciones que de conformidad con las circunstancias fácticas que se planteen han resaltado no solo la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria, sino que han trazado los requisitos para incoar las peticiones.

2. *Desarrollo jurisprudencial desde la perspectiva constitucional*

Ante la orfandad legislativa sobre la garantía de doble conformidad, serios reparos fueron planteados en la corte constitucional, entendiéndose que se trata de un derecho fundamental no reglamentado, pero claramente consagrado en el texto superior. El mencionado tribunal, por lo tanto, debía pronunciarse ante diversas peticiones de revisión de amparos constitucionales en sede de tutelas de aforados constitucionales y no aforados.

La sentencia C-142 de 1993, con ponencia del magistrado Jorge Arango Mejía, resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra algunas normas del Código Penal Militar y de los decretos 050 de 1984 y 2700 de 1991, que regulaban la competencia de la corte suprema de justicia para conocer procesos de aforados en única instancia.

Luego de revisar el contexto sistemático del artículo 29 de la Constitución Política de 1991, se coligió que el verbo impugnar no implica la interpretación ni la creación de trámite adicional alguno, por lo que la sentencia de única instancia podía ser recurrida por la acción de revisión, el recurso de casación y la solicitud de nulidad.

A criterio del máximo tribunal constitucional, las decisiones de única instancia dictadas por la corte suprema de justicia se constituían como excepciones válidas a la doble instancia. Además, este escenario particular generaba dos ventajas consistentes en la economía procesal y la poca posibilidad de errores por dejarse el juzgamiento en manos de un tribunal altamente especializado en el juzgamiento.

A pesar de formularse inquietudes relacionadas con la oposición a las providencias expedidas en este contexto, los embates eran canalizados mediante las posibilidades legales disponibles para rebatir las sentencias.

En la sentencia C- 411 de 1997 el magistrado José Gregorio Hernández Galindo analizó el alcance de la expresión “única” contenida en el artículo 68 del decreto 2700 de 1991, reiterando inicialmente lo establecido en la providencia C-142 de 1993 porque en su criterio no puede pretenderse la creación de instancias por la vía jurisprudencial. Los mecanismos procesales solo pueden ser delimitados o suprimidos por el legislador.

Esta providencia sostiene que el derecho a la doble instancia no es absoluto, si la ley consagra excepciones a ellas deben atenerse los juzgadores sin perjuicio que, de forma excepcional, a través de

la acción de tutela pudieran evidenciarse violaciones de derechos fundamentales. Estas violaciones, sin embargo, no desdibujaban la naturaleza de las sentencias dictadas.

La providencia C-040 de 2002, con ponencia del magistrado Eduardo Montealegre Lynett, retomó la discusión sobre el juzgamiento de aforados analizando el vínculo de la doble instancia con el debido proceso y el derecho de defensa.

El legislador consagra excepciones a la posibilidad de interponer recursos contra las sentencias, pues la misma Constitución Política en el artículo 31 referencia que, aunque por regla general toda sentencia es consultable o apelable, esta prerrogativa puede ser restringida, lo que en criterio de esta corporación en nada afectaría a los funcionarios de alta jerarquía porque el hecho de ser juzgados por el máximo tribunal de justicia ordinaria es suficiente garantía para considerar que la decisión está revestida de acierto y legalidad.

Una postura valiosa surgió en la sentencia C- 998 del 2004 con ponencia de Álvaro Tafur Galvis, en la cual se revisaron los cargos que pretendían la declaratoria de inconstitucionalidad del primer inciso del artículo 205 de la ley 600 del 2000 referido a la procedencia del recurso de casación bajo la égida del sistema procesal penal con tendencia inquisitiva.

El actor considera que la aludida norma vulnera los artículos 29 y 31 de la Constitución Política de Colombia por cuanto desconoce el derecho de impugnación a una condena en sede de casación, no obstante que previamente habían sido dictadas dos sentencias absolutorias. En este caso la providencia emitida por la sala penal no tendría recurso porque se trasgreden las garantías que reposan en estos axiomas.

Luego del examen respectivo, la corte suprema de justicia recalca que tal planteamiento no tiene asidero en el esquema judicial nacional, toda vez que cuando esta corporación casa la sentencia lo que hace es reemplazarla por una nueva que no puede ser asemejada a una instancia adicional que amerite la habilitación de un hipotético recurso de apelación.

El máximo tribunal interpreta que cuando el artículo 29 superior emplea la acepción “impugnar” no lo hace detallando un mecanismo en particular, sino que se trata de un verbo amplio que no describe un recurso sino un derecho. Incluso en la situación planteada por una sentencia condenatoria originada por una revocatoria de absolución, existen dos mecanismos excepcionales que pueden ser agotados a criterio del interesado, es decir, las acciones de revisión y de tutela.

El artículo 31 de la Constitución Política consagra la posibilidad de que el legislador establezca salvedades al principio de doble instancia, lo que desdibuja evidentemente su carácter absoluto, ubicándose el caso planteado en estas circunstancias.

La corte suprema de justicia sostiene que no puede predicarse la vulneración del artículo 13 de la Constitución Política porque no hay discriminación de un sindicado exonerado en primera y segunda

instancia que luego es fulminado en casación, pues no puede compararse la labor del juez con el rol superior de la corte suprema de justicia.

En la casación no se realiza un nuevo juzgamiento del acusado, pues su situación jurídica fue definida en las instancias respectivas. Se trata de una revisión de la legalidad de la decisión; en otras palabras, que esta acate estrictamente la reglamentación normativa y constitucional, lo que se traduce en el examen de la actuación del juez para verificar si sus conclusiones son o no ajustadas a derecho. Al tratarse de eventos diferentes mal podría generarse una comparación entre estas porque no parten del mismo fundamento.

La providencia C- 040 del 2002 fue ratificada en la sentencia C-934 de 2006, con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa en la que se manifestó que las garantías derivadas del debido proceso hacen parte integral del fuero, por cuanto este impone la necesidad de que la corte suprema de justicia sea la que decida la situación procesal de estos ciudadanos. No puede desconocerse la alta investidura de quienes integran esta corporación, teniendo en cuenta que estos cumplen exigentes requisitos para ostentar dichos cargos, amén de que así lo instituyó el legislador en la regulación normativa, sin que ello implique el desmedro de derecho fundamental alguno.

Estas providencias de la corte constitucional mencionan indistintamente los principios de doble instancia e impugnación. La diferenciación entre estos, sin embargo, surgió partir de la sentencia C-792 del 2014 que fue el punto de partida del desarrollo conceptual de la doble conformidad y su aplicación concreta en el país de la mano del magistrado ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez.

En este proveído se expuso que el derecho a la impugnación brinda una herramienta concreta a quien hubiera sido condenado para intentar mediante la revisión la corrección judicial, materializando así la doble verificación. No es suficiente declarar que constitucionalmente se garantiza el derecho de defensa, sino que se requiere establecer de qué forma puede concretarse en aquellos incidentes en los cuales se requieran instrumentos reglamentados para su efectivo uso.

De esta forma se propende a la satisfacción de unos estándares mínimos para que el ciudadano puede acudir a la alzada intentando que la sentencia condenatoria sea revocada, de conformidad con sus argumentos de hecho o de derecho. La corte constitucional señala que, a pesar del amplio margen de configuración legislativa del Estado, hay situaciones fácticas que exceden lo establecido, por lo que la jurisprudencia debe aclarar todo aquello que esté revestido de ambigüedad u oscuridad.

La potestad de impugnar la sentencia condenatoria no puede ser limitada por el delito imputado, la calidad de la víctima e intervinientes o las instancias previas porque eso limitaría injustamente el ejercicio de este derecho. De ahí que es necesario ofrecer mecanismos expeditos para desplegar oportunamente los derechos de contradicción, defensa y debido proceso. Se permite entonces que la sentencia pueda ser recurrida, sin exigencias gravosas adicionales.

La corroboración de la sentencia condenatoria por el superior ofrece mayor margen de seguridad jurídica porque no se deja la situación legal de una persona a cargo de un solo despacho sino de dos. En el caso de los tribunales superiores de distrito implica el análisis de varios magistrados, concretándose así la doble conformidad.

De tal forma que si el fallo incriminatorio es confirmado se evita el error judicial y se materializa la recta administración de justicia porque se trata de funcionarios distintos que coincidieron al determinar la responsabilidad del procesado, luego de haber analizado las pruebas y elaborado una sólida argumentación jurídica.

Por eso se declaró la inconstitucionalidad con efecto diferido de las expresiones que restringieran la facultad de impugnar las sentencias condenatorias, con independencia de su origen, contempladas en los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 194 y 481 de la ley 906 de 2004. Asimismo se libró exhorto al Congreso de la República para que, en el término de un año regulara el derecho aludido, con la advertencia que de no hacerlo se entenderá que todas las sentencias condenatorias pueden ser impugnadas para su revisión por el superior funcional.

Una decisión de esta categoría marcó un hito en el panorama jurídico colombiano porque no solo abrió la posibilidad de que se recurrieran las sentencias condenatorias sin importar su procedencia, sino que además se fijó un plazo concreto e improrrogable para que el legislador reglamentara este mecanismo.

Cabe señalar que la magistrada Martha SÁCHICA Méndez salvó su voto por considerar que no existe omisión normativa que justifique un pronunciamiento de la sala. Además del recurso de apelación, la acción de revisión y la posibilidad de solicitar nulidades, a criterio de esta jueza, está debidamente reglamentado el recurso extraordinario de casación, cuyas finalidades refulgen en el artículo 180 de la ley 906 del 2004, pudiéndose incluir entre estas la facultad de impugnación. Cualquier modificación de los recursos y su trámite le corresponde al órgano legislativo y no a la corte constitucional.

El magistrado Gabriel Mendoza Martelo se apartó de la decisión mayoritaria por estimar que el recurso de casación es idóneo y suficiente para garantizar los derechos de defensa y contradicción sin tener que instituir un sistema de múltiples apelaciones que distorsionan el alcance de la garantía del debido proceso.

Conclusión semejante expone la magistrada María Victoria Calle Correa, quien reparó que la declaratoria diferida de inconstitucionalidad de los artículos mentados de la ley 906 del 2004 vulnera la libertad de configuración del legislador y desdibuja el principio de doble instancia, incluyendo en la práctica una tercera que torna desmedida la actuación que así lo permite.

También salva el voto el magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, quien puntualiza que la declaratoria de inconstitucionalidad previamente descrita parte de un error de interpretación semántica que

otorga efectos inexistentes al artículo 29 de la Constitución Política nacional. Ratifica entonces que la interposición del recurso extraordinario de casación es suficiente para satisfacer la prerrogativa de impugnar la sentencia condenatoria.

Posteriormente, en la sentencia SU- 215 de 2016, con ponencia de la magistrada María Victoria Calle Correa, se manifestó que el 24 de abril del 2016 se venció el plazo otorgado por la corte constitucional para que el legislador definiera los mecanismos para garantizar la doble conformidad y que tal situación solo dejaba como salida que la corte suprema de justicia o el juez constitucional, de acuerdo al caso concreto, indicara la vía para garantizar el derecho a impugnar la sentencia condenatoria promulgada por primera vez, solo para aquellas sentencias que en ese momento no se encontraran ejecutoriadas.

En otras palabras, la providencia SU-215 de 2016 interpretó que la sentencia C-792 de 2014 solo tiene cabida si se reúnen tres exigencias: que se trate de condena por primera vez en sede de segunda instancia, con relación a fallos no ejecutoriados en la corte del 24 de abril de 2016 y únicamente con respecto a procesos penales orientados por la ley 906 del 2004.

Esta decisión tampoco fue unánime. Varios magistrados salvaron o aclararon su voto, tal como pasaremos a puntualizar.

El togado Gabriel Mendoza Martelo indicó que se apartaba de los argumentos generales esbozados por cuanto el recurso de casación, la acción de revisión y la acción de tutela integran un sistema que protege los derechos del procesado, por lo que se torna contraproducente que la jurisprudencia habilite opciones que suplanten la esfera del legislador y desconfiguren el principio de la doble instancia.

En similares términos, la magistrada María Victoria Calle Correa aclaró que en la decisión C- 792 de 2014 salvó su voto por considerar que, de existir interés por crear un mecanismo para recurrir la primera sentencia condenatoria derivada del agotamiento de segunda instancia, tal labor le corresponde al Congreso de la República y no a la corte constitucional, pues esta no tiene facultades para instituir formas adicionales de impugnación de actos procesales.

Por su parte, el magistrado Luis Ernesto Vargas Silva salvó parcialmente su voto indicando que en esta decisión la corporación en comento debía limitarse a unificar los criterios para fijar los alcances prácticos de la sentencia C- 792 del 2014, sin que ello implicara su intromisión en las competencias de otras entidades.

En el escenario jurisprudencial descrito surgió el acto legislativo N° 01 de 18 de enero del 2018, que modifica los artículos 183 y 234 de la Constitución Política permitiendo que la primera condena contra los congresistas y otros aforados pudiera ser recurrida. Igualmente se adicionó el artículo 235 del mismo cuerpo superior, avalando la impugnación de la sentencia condenatoria que se profiriera por primera vez por los tribunales superiores de distrito judicial, lo que se denominó doble conformidad,

la cual en la práctica se traduce en que estos fallos adversos pudieran ser controvertidos, ante la necesidad de que el interesado pudiera obtener una verificación de la providencia que declaró su responsabilidad delictiva.

En nuestro criterio no se puede desconocer que la jurisprudencia impulsó la expedición del acto legislativo descrito. Con anterioridad a este, varias sentencias de la Corte Constitucional habían revisado casos especiales en los cuales se planteaban potenciales afectaciones a los derechos de defensa y debido proceso que impedían la corroboración de una sentencia condenatoria, incluso se instó, con un plazo concreto, al legislador para que reglamentara lo pertinente, como quiera que se trataba de un vacío legislativo que lesionaba derechos fundamentales, amén del desconocimiento del bloque de constitucionalidad.

En este contexto se profirió la sentencia SU-217 del 2019, con ponencia del magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, quien resaltó que el precedente trazado por la sentencia C-792 de 2014 no se limita a decisiones enmarcadas en la ley 906 de 2004, pues de considerarse así se trastocaría injustificadamente el derecho a la igualdad y además no puede desconocerse que la mencionada providencia exhortó a regular íntegramente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias. Esto incluye a las emitidas en segunda instancia.

Se indicó que la expedición del acto legislativo No 01 de 2018 no es suficiente en la controversia de marras, por cuanto se requiere el desarrollo legal de las competencias que correspondan a esta prerrogativa, lo que en la práctica ha perpetuado una omisión legislativa de procedimiento. Esta situación desembocó en un nuevo exhorto al Congreso de la República para que regule puntualmente esta herramienta sin más dilaciones.

Este pronunciamiento tampoco fue pacífico. El magistrado Carlos Bernal Pulido salvó parcialmente su voto exponiendo que la sentencia C-792 de 2014 debe entenderse que se refiere solo a la garantía de doble conformidad de sentencias condenatorias emitidas en segunda instancia en procesos regidos por la ley 906 del 2004. No se debió adicionar trámites de la ley 600 del 2000 que a 24 de abril de 2016 no hubieren alcanzado ejecutoria, pues así se extendió sin justificación alguna un marco temporal que desbordó la labor interpretativa de la corte constitucional.

El togado disidente declara que el derecho a impugnar no es absoluto y muchos menos se puede asumir que sea retroactivo, sin límites razonables porque así se transgrede la seguridad jurídica, en especial de los afectados con la comisión de la conducta punible que pueden ver vulnerados sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

En otros términos, la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado aclaró que no era necesario un nuevo exhorto al Congreso de la República para garantizar los derechos al debido proceso y doble conformidad porque a pesar de que este se traduce como un requerimiento que tiene como fin la colaboración armónica entre las ramas del poder público, no se impone una obligación ineludible,

tanto así que solo hasta el 2018 se produjo un acto legislativo que modificó el texto constitucional para habilitar los mecanismos que garanticen la doble conformidad.

En la providencia SU-146 del 2020 se aborda de nuevo la temática relacionada con la sentencia condenatoria dictada en única instancia. En esta oportunidad, con ponencia de la magistrada Diana Fajardo Rivera, luego de hacer un recorrido jurisprudencial para verificar las posiciones de la corte constitucional se coligió que debe tomarse de parámetro para verificar la viabilidad de recurrir una sentencia condenatoria dictada en única instancia, el 30 de enero de 2014, fecha en la que se emitió la sentencia dentro del caso *Liakat Ali Alibux vs Suriname* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este es un precedente de obligatoria revisión por cuanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus interpretaciones integran el bloque de constitucionalidad.

Esta conclusión, a criterio de la corporación aludida, no implica lesión de los derechos de los afectados con los delitos que se investigaron en la actuación y tampoco riñe con los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada porque el derecho a impugnar la sentencia condenatoria es de naturaleza fundamental del cual se ha instado, vía exhorto, que se regule de manera efectiva por parte del legislador, existiendo como único avance el acto legislativo No 01 de 2018 que se traduce como un parámetro general pero que no es suficiente para delimitar las pautas específicas para resolver esta problemática, reiterándose la necesidad de que se colmen los vacíos presentados.

La magistrada Cristina Pardo Schlesinger aclaró el voto al considerar que la problemática jurídica presentada se solucionaba con la aplicación retroactiva del acto legislativo acotado que introdujo el derecho a la impugnación de la primera sentencia condenatoria y la doble instancia en el caso de aforados. Este planteamiento tenía cabida en el caso estudiado teniendo en cuenta que el condenado se encontraba cumpliendo la pena impuesta por la Corte Suprema de Justicia en su condición de alto dignatario, lo que torna más beneficiosa la situación del actor.

Colegimos que, a pesar de lo regulado internacionalmente que indiscutiblemente integra el bloque de constitucionalidad y los avances constitucionales y jurisprudenciales, no se ha reglamentado a plenitud la doble conformidad en el ordenamiento nacional. Esto ha traído como consecuencia la diversidad y dispersión de pautas relacionadas con el procedimiento que debe avocarse.

3. Aproximaciones jurisprudenciales de la corte suprema de Justicia para garantizar la doble conformidad

En la corte suprema de justicia también subsiste un álgido debate sobre la garantía del doble conforme. Distintas perspectivas se han esgrimido con relación a su procedencia, trámite e inclusive la naturaleza de la decisión cuya verificación se pretende; de ahí a que variadas posiciones se han ofrecido de acuerdo con las circunstancias fácticas, no solo con respecto a los avances jurisprudenciales generados por la corte constitucional, sino con ocasión de la expedición del acto legislativo No 01 del 2018.

En auto interlocutorio de 3 de mayo de 2017, con ponencia de Luis Guillermo Salazar Otero dentro del radicado 50167, de manera restrictiva se indicó que si se revocaba la sentencia absolutoria, era improcedente interponer queja contra el auto que denegaba la apelación, por cuanto la providencia de segunda instancia no admite este recurso y que tal circunstancia no podía deducirse erradamente de la sentencia C-792 de 2014 emitida por la corte constitucional.

La queja solo cobija a los escenarios en los cuales se niegue el recurso de apelación, reconociendo que el derecho de impugnación al ser un trámite abiertamente diferente no le puede dar. Por tanto, si se emite un auto que deniega la posibilidad de impugnar la sentencia que condena por primera vez, el único recurso válido para controvertirlo es exclusivamente la reposición, definiéndose allí si hay o no lugar a que se desate este mecanismo.

Como indicamos en líneas precedentes, la omisión legislativa declarada ha suscitado que los pronunciamientos avizoren variados escenarios, en los cuales indistintamente se abordan temáticas relacionadas con este tópico.

En la sentencia emitida dentro del radicado 48820 del 2018, con ponencia de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar, la sala de casación penal se pronunció sobre la procedencia de la impugnación especial para salvaguardar la garantía de doble conformidad de la condena que se hubiere impuesto en sede de casación por primera vez. Para ello considera que el acto legislativo No 01 del 2018 no solo detalló las pautas para que los aforados pudieran tener acceso a una doble instancia, sino que además se puntualizó la posibilidad de corroboración de la sentencia condenatoria, reseñando en especial aquella emitida por los tribunales superiores del distrito.

Aunque el legislador no ha reglamentado el procedimiento especial para articular esta enmienda constitucional, puede colegirse que si la sentencia condenatoria es dictada por primera vez por la corte suprema de justicia, los presupuestos ofrecidos en el acto legislativo antedicho son abiertamente aplicables al caso por analogía y así puede interponerse la impugnación especial. En este caso, una sala integrada por tres magistrados de esta corporación que no hubieran participado en la decisión revisará la solicitud.

En los radicados 46992 y 46361 de 2018, la sala de casación penal indicó que mientras no se pauten por el legislador el procedimiento concreto que debe agotarse para evacuar la impugnación presentada contra la sentencia condenatoria este mecanismo se tornaba improcedente. A la luz de la facultad de corrección de sus fallos, no obstante, esta corporación recoge transitoriamente esta postura.

En efecto, si revisamos los pronunciamientos producidos dentro de los radicados 43361 y 46992 de 2018, ambos con ponencia de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar, se reconoce que la sentencia C-792 de 2014, que declaró la inconstitucionalidad diferida de los artículos 20, 32, 161, 176, 179b, 194 y 481 de la ley 906 del 2004, se torna como un precedente importante por estimar que el legislador incurrió en una omisión al no consagrar mecanismos de impugnación relacionados con sentencias

condenatorias expedidas por primera vez en segunda instancia, por lo que se exhortó al Congreso de la República a reglamentar lo pertinente. Esta situación fue ratificada en la decisión SU- 215 del 2016.

En los proveídos que se referenciaron y cuya postura recogió para garantizar los derechos fundamentales afectados de los condenados, la corte suprema de justicia estima que la situación jurídica declarada con las sentencias C-792 de 2014 y SU- 215 de 2016, a pesar de haberse medianamente resuelto con la expedición del acto legislativo No 01 de 2018, no solucionó a plenitud las falencias normativas respecto al trámite a seguir para resolver la impugnación de las sentencias que cumplan estas características.

A renglón seguido, la sentencia rotulada 44564 de 2018, con ponencia del magistrado José Francisco Acuña Vizcaya, acogió los fundamentos de la decisión dictada en el proceso distinguido como 48820 y afianzó la posibilidad de presentar la petición de impugnación especial contra la primera sentencia condenatoria emitida por la corte suprema de justicia en el ámbito de la casación.

Aclaremos que esta sentencia no se limitó a ratificar lo antes descrito, también expuso la hoja de ruta para interponer la impugnación especial, dado que se expondría por primera vez al individuo a argumentos que declaraban su responsabilidad penal:

- La impugnación especial se formula en la audiencia de lectura del fallo de casación y deberá ser sustentada en la misma audiencia o dentro de los cinco días siguientes por escrito.
- Se dará traslado de la petición a los sujetos procesales e intervinientes, el cual se hará en la vista pública referida si en esta se sustentó o en el lapso de los cinco días que prosiguen si se optó por una impugnación escritural.
- Surtido lo anterior, se resolverá lo que en derecho corresponda en sala integrada por tres magistrados, quienes cerraran el ciclo definiendo la exigencia de doble conformidad planteada.

De acuerdo a lo antedicho, la sala de casación de la corte suprema de justicia planteó un escenario inicial de improcedencia total en el cual denegó la posibilidad de acceso a la garantía de doble conformidad, apartándose de la postura jurisprudencial constitucional y de los parámetros primigenios trazados por el acto legislativo No 01 de 2018. Esta situación se enderezó en el mismo año, reversando esta postura restrictiva y permitiendo que los afectados pudieran acudir a este mecanismo.

Traemos a colación la sentencia de 27 de febrero de 2019, bajo radicado 54582, con ponencia de Eugenio Fernández Carlier, en la cual se expone que la doble conformidad se debe surtir con la interposición del recurso extraordinario de casación cuando se trate de la primera sentencia condenatoria expedida por un tribunal superior de distrito y dependiendo de lo que ocurra en su trámite tendrá o no cabida la solicitud de impugnación especial.

La sala de casación penal sostuvo que, con independencia de la jerarquía judicial, esta prerrogativa se entiende respetada cuando un mecanismo está disponible para que el afectado decida si hace

o no uso de este, y que no se trata de una situación semántica que implique que toda sentencia condenatoria, sin mayores elucubraciones pueda ser recurrida.

Retomando un criterio explicitado en la sentencia de tutela con radicado 100470 del 2018, con ponencia de José Francisco Acuña Vizcaya, se detalla y acoge unas subreglas para definir cómo se tramita la impugnación en los casos en los cuales es procedente y se declara los escenarios en los que esta herramienta no es viable.

Si se trata de sentencia condenatoria emitida por primera vez por tribunal superior, como se expuso anteriormente, el único camino viable para satisfacer la doble conformidad se recorre mediante el recurso extraordinario de casación. Este recurso es suficiente garantía para verificar la oposición del acusado, en aspectos de forma o de fondo, de lo contrario habría vía libre para una dualidad de recursos que restarían seguridad jurídica al sistema de juzgamiento criminal.

- Si la demanda de casación es admitida, en el fallo correspondiente se dejará constancia de que se está revisando en su integridad esta situación especial y se pronunciará sobre la posibilidad de que se cumpla con la garantía mencionada. En el caso de que esta se inadmita, se plasmará en el auto que así lo decide un estudio completo de todos los aspectos relacionados con el delito y la responsabilidad, definiendo si la sentencia condenatoria es ajustada a derecho, agotando así el examen de doble conformidad.
- -Si la corte suprema de justicia casa y emite fallo condenatorio tratándose de sentencia absolutoria de segunda instancia del tribunal superior de distrito judicial, en ese escenario se habilita la instauración de la impugnación especial, respetando la organización funcional de la sala de casación penal, de acuerdo a los parámetros del acto legislativo No 01 de 2018.
- -En la situación de aforados, si estos son condenados en primera instancia por el tribunal superior competente, el recurso de apelación se cristaliza a través del recurso de apelación ante la corte suprema de justicia, descartándose de plano la posibilidad de presentar el recurso de casación ante la sala de casación penal.
- -Finalmente, si el aforado es condenado en segunda instancia por la corte suprema de justicia se acata la doble conformidad a través de la impugnación especial, siguiendo las reglas de reparto funcional en esta corporación. En este caso resulta también improcedente el recurso de casación contra la decisión que se surta a continuación de este mecanismo.

En un nuevo intento por dar solución temporal, tras reconocerse que el legislador continúa en mora al reglamentar la impugnación especial, la corte suprema de justicia propone una serie de criterios para evacuar este mecanismo. Así nace el auto interlocutorio de fecha 3 de abril del 2019 con ponencia del magistrado Eyder Patiño Cabrera, dentro del radicado 54215, que posteriormente ha sido replicado en algunas sentencias.

La aludida providencia expone que, cumpliendo su función integradora, existe la profunda necesidad de brindar claridad en cuanto al derecho de impugnación de la primera condena emitida en segunda instancia por los tribunales superiores, por lo que se estima que se salvaguarda esta garantía con base en los siguientes parámetros:

- La posibilidad de interponer el recurso extraordinario de casación no sufre ninguna modificación y deberá evacuarse de acuerdo con los requisitos legales.
- Quien sea condenado por primera vez en segunda instancia por tribunal superior de distrito tendrá derecho a impugnar el fallo. Esta petición será evacuada por la sala de casación penal de la corte suprema de justicia y no está revestida de las exigencias estrictas del recurso de casación.
- Los términos procesales de la casación regirán la petición de impugnación especial. En consecuencia, el plazo para interponer y sustentar este mecanismo deberá acatar las directrices instituidas en la ley 600 de 2000 o ley 906 de 2004, dependiendo de cual rigió el trámite penal.
- Si en el mismo trámite, otro sujeto procesal impetró el recurso de casación, en principio se calificará la demanda de casación. Si esta última es inadmitida y se trata de un proceso regulado por la ley 906 de 2004, se resolverá la impugnación especial a reglón seguido.
- De admitirse el recurso de casación en la sentencia que se desata se verificará la petición de impugnación especial que hubiere sido propuesta y como dato importante, contra la decisión que resuelve este mecanismo no procede ningún recurso porque se asimila a una decisión de segunda instancia.

En sentencia pronunciada en sede de tutela de fecha 12 de diciembre del 2019, dentro del radicado STC 16778, con ponencia del magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, la corte suprema de justicia no solo hizo un recuento de diversas posturas asumidas con respecto al tema que nos ocupa, sino que además realizó precisiones que son de gran valía. Esta corporación recono

ció que el recurso extraordinario de casación no puede asemejarse a la garantía de doble verificación o doble conformidad derivada de la impugnación especial, pues la primera se trata de un mecanismo rígido que se circunscribe a la detección de errores judiciales, amén de que deben exponerse las causales y finalidades concretas que se invocan, lo que choca ontológicamente con el propósito informal y amplio de la prerrogativa que nos ocupa.

Al llevarse a cabo un trabajo de campo para verificar el número de sentencias admitidas y casadas, se evidenció pocas y si se indaga aún más revisando los motivos por los cuales se optó por inadmitir, refulgirá que la estructura rigurosa del recurso dificulta la revisión de fondo pretendida por el interesado, impidiendo que se alcance la justicia en algunas ocasiones.

También aclara que no puede confundirse la posibilidad de impugnar la primera sentencia condenatoria con la doble instancia, pues se trata de una circunstancia eminentemente penal con un

propósito de justicia material, en la cual se acatan parámetros convencionales y constitucionales para que se pueda revisar la situación del procesado de manera amplia e integral mediante un mecanismo sencillo, claro y eficaz.

No puede entonces confundirse la doble instancia con una sentencia doble conforme, pues esta última se trata de aquella condena que pudo ser revisada por el superior, de cara a extender los derechos de defensa y contradicción frente a autoridad distinta a la que libró la primera decisión adversa.

De igual manera, es importante traer a colación el auto interlocutorio dentro del radicado 34017 de 2020, con ponencia del magistrado Luis Antonio Hernández Barbosa, en el que nuevamente se aborda el tema de interés. Esta providencia, luego de realizar un recuento del acto legislativo 01 del 2018 y las sentencias de constitucionalidad que le precedieron, refiere que en la providencia SU -146 de 2020 se estableció un estándar amplio relacionado con la posibilidad de impugnar los fallos condenatorios pronunciados en primera o única instancia en acatamiento de la orientación internacional decantada en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 30 de enero de 2014, situación a la que no puede ser ajena dicha corporación. Se exclama, sin embargo, que ha surgido un ambiente poco pacífico en la jurisprudencia nacional, por cuanto ha sido en sede de constitucionalidad que se han decantado aspectos fundamentales relacionados con la doble conformidad.

Con la acotación previa, la corte suprema de justicia señaló que no existe razón determinante para impedir que los aforados cumplan las exigencias decantadas jurisprudencialmente cuando recurran el fallo condenatorio de única instancia en su contra, pues de ser así se atentaría contra los derechos fundamentales a la igualdad y defensa. Así ratifica que la regla a seguir indica que desde el 30 de enero del 2014 hasta el 17 de enero del 2018- este último el día antes de la entrada en vigencia del acto legislativo 01 del 2018- se encuentran habilitados para solicitar la revisión de la providencia adversa con independencia de si están o no privados de la libertad. En las sentencias no solo se impone la restricción de este derecho sino que además se limitan garantías políticas, públicas e incluso contractuales.

Este mecanismo es abiertamente procedente, aunque la sentencia esté ejecutoriada e inclusive en eventos en que se hubiere optado por no ejercitar mecanismos como la acción de tutela o afines ante tribunales internacionales. De ahí que se concluya en el proveído que los efectos de la sentencia SU-146 de 2020 expedida por la corte constitucional se extienden a los sujetos con o sin fuero que resultaron condenadas desde el 30 de enero del 2014 por la corte suprema de justicia en el escenario del recurso extraordinario de casación o segunda instancia previa absolución. Se pautan, sin embargo, unas subreglas que deben acatarse para la procedencia de la impugnación especial en el caso de los ciudadanos que no son aforados:

- Además de acreditar que se encuentren dentro del lapso previamente definido, deben haber interpuesto el recurso extraordinario de casación, como quiera que este instrumento se encontraba habilitado para discutir discrepancias formales o de fondo y nulidades. De no haberse

- agotado lo descrito, se entiende que hubo conformidad con la decisión y se torna abiertamente improcedente la impugnación.
- Si el recurso de casación interpuesto fue inadmitido debe colegirse que existió interés en rebatir la primera condena y en este caso es posible que se habilite el ejercicio del derecho de impugnar esta providencia para poder acceder a una revisión sobre la responsabilidad penal y sus sucedáneos.
 - Por el contrario, si hubo un pronunciamiento de fondo en sentencia pronunciada en casación, quedó cubierta en su integridad la garantía de doble conformidad por lo que no habría posibilidad de solicitar una nueva revisión.
 - Del mismo modo, como quiera que las sentencias expedidas entre el 30 de enero del 2014 y el 17 de enero del 2018 a la fecha se encuentran ejecutoriadas, de ser recurridas no se otorga la libertad automática de quien estuviere privado de esta.
 - La impugnación de marras contra la primera condena que hubiere hecho tránsito a cosa juzgada no puede asemejarse con la acción de revisión, pues esta última puede intentarse en cualquier tiempo y además solo tiene cabida luego de acreditar unas causales legales muy delimitadas. En otras palabras, el recurso que se despliega además de proceder contra sentencias ejecutoriadas que encajan en ciertos parámetros, deben interponerse dentro de un término concreto y sustentarse sin el tecnicismo exigido para la casación.
 - El término otorgado al interesado para interponer la impugnación de que habla esta sentencia será de seis meses contados desde el 21 de mayo del 2020, fecha de expedición de la sentencia SU- 146 del 2020, hasta el 20 de noviembre del 2020, el cual es generoso, en criterio de la Corte Suprema de Justicia, para ejercer este derecho, lo que conlleva a que quien deje fenecer este lapso se entenderá que declina esta posibilidad.

Esta providencia intentó cubrir los vacíos que se habían suscitado en cuanto al término para instaurar la impugnación, fijando un parámetro concreto de seis meses que se inició y término su conteo en el año 2020, en el entendido que no solo se trataba de sentencias ejecutoriadas, sino de providencias que se remontan a varios años. Esta situación ameritaba claridad para no incurrir en mayores ambigüedades a las ya existentes. Resumimos:

- La impugnación procede inclusive contra las sentencias de única instancia pronunciadas por la corte suprema de justicia, la sala de casación penal, entre el 30 de enero del 2014 y el 17 de enero del 2018.
- La referida prerrogativa también es de recibo contra la primera condena que se hubiere expedido en el mismo lapso en segunda instancia y en casación por la mencionada corporación y contra la primera condena que se pronunció en segunda instancia por los tribunales superiores de distrito judicial y militar, de acuerdo con los parámetros detallados.

En el marco de la decisión emitida dentro del radicado 34017 de 2020 dos magistrados salvaron parcialmente su voto. Los togados Eugenio Fernández Carlier y José Francisco Acuña Vizcaya, recogiendo sus criterios en una sola voz, indicaron que con la promulgación del acto legislativo No 01 del 2018 solo se desvirtúa la presunción de inocencia con al menos dos sentencias condenatorias emitidas por diferente funcionario. En tal sentido, si un fallo condenatorio no ha sido recurrido no puede decirse que este se encuentre ejecutoriado.

Del mismo modo, la doble conformidad se trata de una garantía constitucional que materializa el debido proceso y el derecho de defensa, por lo que su aplicación puede ser incluso oficiosa, aunque en principio se accede a este por ruego de parte. Si este no se ejerce no se fulmina el deber del juzgador de preservar las prerrogativas constitucionales y fundamentales. Con estos argumentos se apartan de la tesis mayoritaria por considerar que la posición de la corte suprema de justicia no responde al espíritu garantista del esquema procesal penal colombiano.

El magistrado Eugenio Fernández Carlier replicó los parámetros fijados en la providencia derivada del trámite distinguido como 34017 del 2020 - expuestos con amplitud en líneas precedentes - en decisión dentro del radicado 54271 de 2021, en la cual se concedió una petición de impugnación especial presentada contra sentencia condenatoria emitida con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo No 01 del 2018, abordando precisamente un caso detallado en las hipótesis; es decir, aquellos procesos en los cuales se presentó demanda de casación pero esta fue inadmitida. Cabe recordar que en esta particular circunstancia es dable recurrir la providencia por cuanto no hubo un pronunciamiento de fondo que permitiera agotar la garantía de doble conformidad.

Es menester señalar que el 23 de septiembre del 2020, la sala de casación penal de la corte suprema de justicia expidió el acuerdo No 29, a través del cual estableció los mecanismos para surtir el reparto de las peticiones de impugnación que se presentaran, de cara a garantizar la prerrogativa de doble conformidad y evitar lagunas o ambigüedades en cuanto al trámite interno a seguir en la corporación.

En este documento se reconoce que han transcurrido más de dos años desde la expedición del acto legislativo conocido sin que el Congreso de la República reglamente la materia, situación que no puede ser impedimento para que los asociados puedan acudir a la justicia, por lo que corresponde entonces acatar los principios de prevalencia del derecho sustancial y la instrumentalidad de las formas procesales.

De tal forma procederá la impugnación especial en aquellos eventos en los cuales la corte suprema de justicia advierta que eventualmente es procedente la activación de la garantía de doble conformidad por haberse pronunciado por primera vez sentencia condenatoria. Esta sentencia la dictó la corte suprema de justicia en sede de segunda instancia o en sede del recurso extraordinario de casación. En cualquiera de estos casos deberá integrar una sala con un magistrado sustanciador y los cinco

magistrados que le sigan en orden alfabético para dictar la decisión recurrible y de presentarse la petición aludida, una sala de tres magistrados que no participaron en la discusión de la providencia que se ataca serán los competentes para resolver lo pertinente.

Con posterioridad a la reglamentación descrita, en el escenario de la petición de impugnación especial presentada dentro del radicado No 57127, con ponencia del magistrado Fabio Ospitia Garzón, 14 de julio de 2021, la corte suprema de justicia referencia que acatará las directrices esbozadas en el auto de 3 de abril del 2019 (radicado 54215) como quiera que se trata de un fallo condenatorio expedido por un tribunal superior que revocó la absolución que inicialmente se había declarado. En consecuencia, dicha situación se encuentra amparada por las directrices del acto legislativo No 01 del 2018, por lo que había lugar a darle el trámite correspondiente en abierto respeto de las garantías del acusado.

En semejantes términos se desató la impugnación especial a la sentencia del 14 de julio del 2021 dentro del radicado 56495, el magistrado José Francisco Acuña Vizcaya, siguiendo los parámetros descritos en líneas antecedentes manifestó que este mecanismo, con respecto a sentencias pronunciadas con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo tantas veces citado, ha sido ampliamente desarrollado, en especial cuando se condena por primera en segunda instancia.

La providencia del 25 de agosto de 2021 del radicado 56963 expone el derecho a impugnar la sentencia condenatoria a la luz del principio de doble conformidad. Asimismo ratificó la postura explicitada en el auto del 3 de abril del 2019 dentro del radicado 54215 que adoptó medidas tendientes a garantizar este derecho con respecto a la primera condena en segunda instancia y se acentuó que esta prerrogativa está desprovista de la técnica de la casación con la finalidad de evitar cortapisas

En este proveído la corte suprema de justicia reconoce que, salvo la sentencia C-792 del 2014, cuyos efectos son *erga omnes*, muchas decisiones en sede de tutela relacionadas con el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria, en especial aquellas proferidas previamente al acto legislativo No 01 del 2018, no consolidan una teoría única acerca de esta prerrogativa, pues cada determinación responde a las variables que son planteadas en ese episodio concreto, de ahí que no exista unanimidad con respecto al tema en comentario. Es probablemente que esto solo se alcance cuando el Congreso de la República emita una ley unívoca para tal fin.

Las providencias analizadas, que incluyen decisiones bajo el amparo de la acción de tutela, evidencian que se requiere una pronta reglamentación por parte del Congreso de la República. No solo del trámite de impugnación especial habilitado para rebatir la primera sentencia condenatoria contra un asociado sino también la circunstancia de los aforados. Urge esta reglamentación porque las interpretaciones, aunque se notan los intentos de encauzar parámetros claros que fijen el camino a seguir en estos eventos, no son pacíficas generando inseguridad jurídica y puede afectar derechos fundamentales de quienes tienen vocación de acudir a estos mecanismos.

IV. CONCLUSIONES

Frente al problema de investigación planteado, esto es, ¿Cuál ha sido el tratamiento de la jurisprudencia colombiana al principio de la doble conformidad, sus alcances y desarrollo? se concluye lo siguiente:

En el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia se declara que toda sentencia condenatoria puede ser impugnada, prerrogativa que no puede confundirse con la doble instancia que procede no solo contra sentencias absolutorias sino contra otros actos procesales.

Se deduce entonces que el derecho a la impugnación es una garantía derivada del debido proceso que permite el pleno ejercicio de los derechos de defensa y contradicción, cuyo reconocimiento se extiende a nivel convencional puesto que se han suscrito tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos integrando así el bloque de constitucionalidad.

Si bien el recurso de apelación, el recurso extraordinario de casación y la acción de revisión se encuentran establecidos por el legislador para recurrir la sentencia condenatoria estos se tornaban insuficientes en ciertos eventos singulares porque limitaban la oposición del afectado contra la sentencia adversa.

Casos como la ausencia de la posibilidad de acudir a la doble instancia por parte de los aforados y la restricción de impugnar la sentencia condenatoria emitida por primera vez generaron inquietudes recurrentes que fueron llevadas a la corte constitucional para que revisara tales escenarios.

Esta corporación, al comienzo, reseñó que el recurso extraordinario de casación y la acción de tutela satisfacían los intereses de los fulminados con sentencias incriminatorias, sin embargo nuevas solicitudes dirigidas a que se declare la inexecutable de ciertas normas que restringían la garantía en estudio, impulsaron la promulgación de la sentencia C-792 del 2014.

En este proveído se declaró la inconstitucionalidad con efecto diferido de las acepciones que limitaran la facultad de impugnar las sentencias condenatorias detalladas en los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 194 y 481 de la ley 906 del 2004. En ese mismo fallo se exhortó al Congreso de la República para que, en el término de un año, regulara el derecho aludido.

En lo sucesivo la corte constitucional, tomando como hito la sentencia C-792 del 2014, extendió no solo la doble instancia a aforados, sino que también fijó cuáles sentencias podían ser impugnadas, tomando como referencia la fecha en la cual surgió este derecho en el panorama nacional, permitiéndose incluso que algunas decisiones ejecutorias, previa verificación del cumplimiento de unos requisitos pudieran ser corroboradas.

En el año 2018 el Congreso de la República expidió el acto legislativo No 1 que modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política, enderezando la situación que padecían los aforados y además estableciendo que todo condenado por primera vez por los tribunales superiores podía acudir a la impugnación para solicitar la corroboración y así materializar la doble conformidad.

La omisión legislativa de la reglamentación de esta prerrogativa aún subsiste a pesar de la incursión nacional del acto legislativo aludido, pues no se ha expedido una ley que concrete esta enmienda constitucional, lo que ha generado problemas prácticos para su aplicación y disparidad de criterios que obligan al interesado en ocasiones a acudir a vías especiales como la acción de tutela.

A partir de la enmienda del texto superior, la corte constitucional ha interpretado el alcance de los artículos detallados ampliando aún más la garantía de impugnación, sin importar que se trate de fallos librados bajo el amparo de la ley 600 de 2000 o de la ley 906 del 2004, pues tal proceder sería abiertamente discriminatorio.

Las interpretaciones y directrices constitucionales fueron conocidas por la corte suprema de justicia. Esta corporación ha desarrollado paulatinamente la situación especial de la doble conformidad, recorriendo un amplio camino que partió de negar dar trámite a estas solicitudes por la inexistencia de una ley concreta que detalle el procedimiento que se debe agotar hasta definir un reglamento para evacuar las peticiones que en tal sentido se radiquen, para efectos de reconocer los mandatos superiores y convencionales.

Actualmente, variados escenarios han sido canalizados por la sala penal de la corte suprema de justicia. Se ha permitido recurrir la sentencia de única instancia de los aforados y que la primera sentencia condenatoria pronunciada no solo por los tribunales superiores de distrito sino también por la corte suprema de justicia en sede de casación cuando tiene lugar la condena de un individuo que venía revestido de dos absoluciones.

El esfuerzo jurisprudencial ha sido notable, pero esto no puede desconocer que evidentemente se requiere, con prontitud, que el legislador instituya un procedimiento claro, concreto y expedito para salvaguardar la doble conformidad permitiendo que la impugnación de sentencias condenatorias no se enfrente a obstáculos formales por lagunas interpretativas que se han suscitado, encauzando así en un texto la normatividad que regirá estos casos particulares.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constitución Política, Colombia, 20 de julio de 1991, artículos 29, 31, 93, 186, 234 y 235.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, 22 de noviembre de 1969, Costa Rica, adoptado el 18 de julio de 1978

Corte Constitucional [CC], abril 20, 1993. M.P. Jorge Arango Mejía. Sentencia C-142 (Colombia)

Corte Constitucional [CC], agosto 28, 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia C-411(Colombia)

- Enrique del Rio Gonzalez / Milton José Pereira Blanco / Meliza Salcedo Alarcon

Corte Constitucional [CC], enero 30, 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia C-040 (Colombia)

Corte Constitucional [CC], octubre 12, 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Sentencia C-998 (Colombia)

Corte Constitucional [CC], noviembre 15, 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia C-934 (Colombia)

Corte Constitucional [CC], octubre 29, 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia C-792 (Colombia)

Corte Constitucional [CC], abril 28, 2016. M.P. María Victoria Calle Correa. Sentencia SU-215 (Colombia)

Corte Constitucional [CC], mayo 21, 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. Sentencia SU-217 (Colombia)

Corte Constitucional [CC], mayo 21, 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. Sentencia SU-146 (Colombia)

Corte Suprema de Justicia[CSJ], Sala Penal. mayo 3, 2017. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero. Radicado 50167 (Colombia)

Corte Suprema de Justicia[CSJ], Sala Penal. marzo 14, 2018. M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Radicado 46361 (Colombia)

Corte Suprema de Justicia[CSJ], Sala Penal. mayo 23, 2018. M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Radicado 46992 (Colombia)

Corte Suprema de Justicia[CSJ], Sala Penal. octubre 10, 2018. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. Radicado 100470 (Colombia)

Corte Suprema de Justicia[CSJ], Sala Penal. noviembre 14, 2018. M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Radicado 48820 (Colombia)

Corte Suprema de Justicia[CSJ], Sala Penal. diciembre 5, 2018. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. Radicado 44564 (Colombia)

Corte Suprema de Justicia[CSJ], Sala Penal. febrero 27, 2019. M.P. Eugenio Fernández Carlier. Radicado 54582 (Colombia)

Corte Suprema de Justicia[CSJ], Sala Penal. abril 3, 2019. M.P. Eyder Patiño Cabrera. Radicado 54215(Colombia)

Corte Suprema de Justicia[CSJ], Sala Penal. diciembre 12, 2019. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Radicado STC 16778 (Colombia)

Corte Suprema de Justicia[CSJ], Sala Penal. septiembre 3, 2020. M.P. Luis Antonio Hernández Barboza. Radicado 34017 (Colombia)

Corte Suprema de Justicia[CSJ], Sala Penal. septiembre 23, 2020. Acuerdo No 29 (Colombia)

Corte Suprema de Justicia[CSJ], Sala Penal. mayo 19, 2021. M.P. Eugenio Fernández Carlier. Radicado 54271 (Colombia)

Corte Suprema de Justicia[CSJ], Sala Penal. julio 14, 2021. M.P. Fabio Ospitia Garzón. Radicado 57127 (Colombia)

Corte Suprema de Justicia[CSJ], Sala Penal. julio 14, 2021. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. Radicado 56495 (Colombia)

Corte Suprema de Justicia[CSJ], Sala Penal. agosto 25, 2021. M.P. Hugo Quintero Bernate. Radicado 56963 (Colombia)

Del Río Gonzalez, E. ., & Luna Salas, F. . (2021). El indicio: un problema epistemológico. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 13(26), 153–189. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.13-num.26-2021-3619>

Garro, Rosaura y Jiménez Francisco. “Doble conformidad y seguridad jurídica. Alcances de la reforma del artículo 466 Bis del Código Procesal Penal en la fase de impugnación del proceso penal costarricense”. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, 2018, n° 10, pp. 1-44, disponible en <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/33904>

González, Diego. “La doble instancia en los procesos penales contra aforados, ¿un asunto de convencionalidad o de constitucionalidad?” Tesis presentada para obtener el grado de Maestría, Universidad Externado de Colombia, 2020, 141 páginas, disponible en <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/3659>

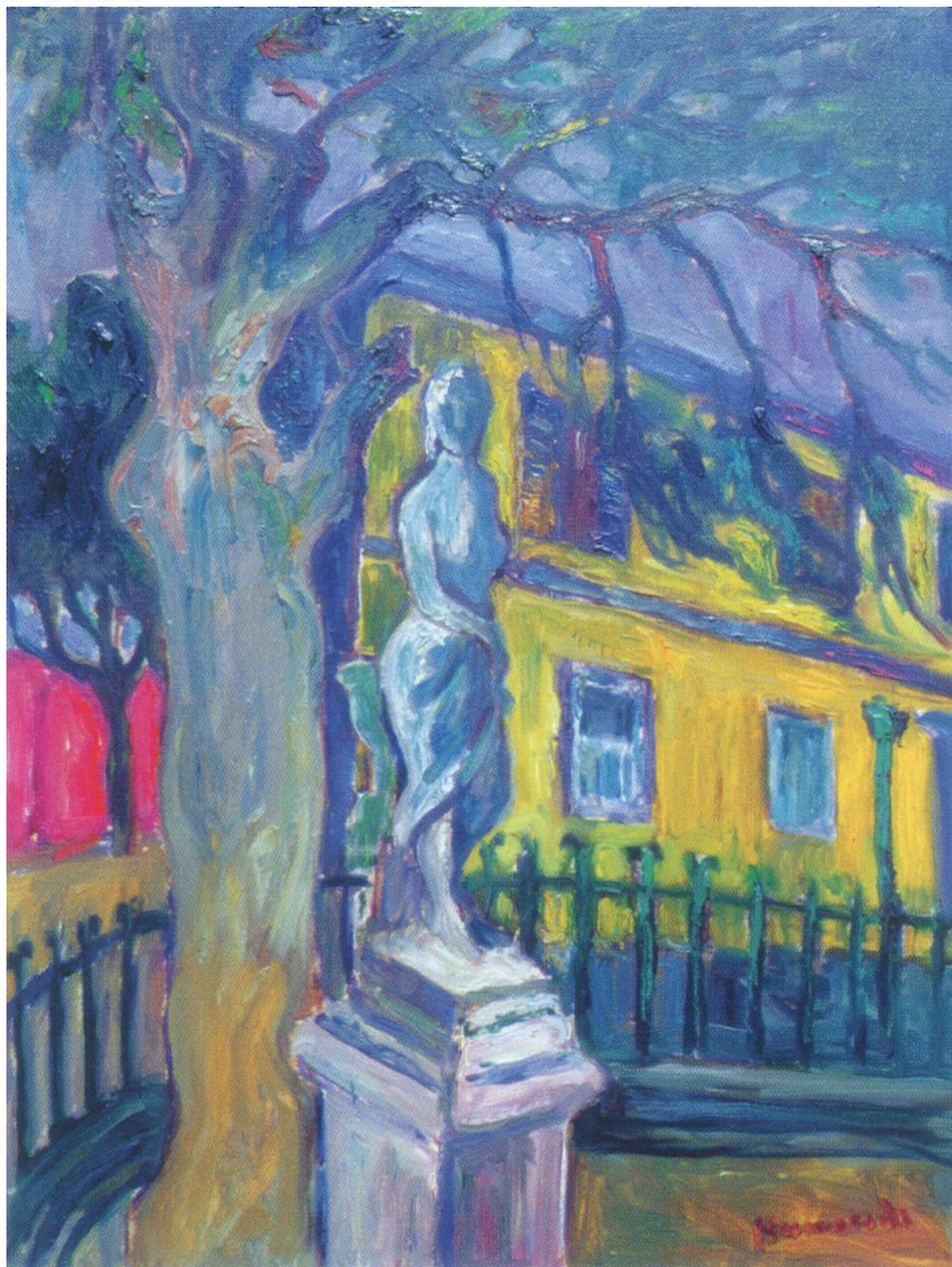
Ley 906 de 2004, Colombia, 1 de septiembre de 2014, artículos 20, 32, 161, 176, 179, 180, 194 y 481

Ortiz, Camila. Doble conformidad en aforados. ¿Afectación del proceso penal o reconocimiento a un derecho fundamental? *Revista Nueva Época. Estudios de Derecho*. 2020, n° 55, pp. 87-106, disponible en https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/nueva_epoca/article/view/7797

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966, Estados Unidos de América, adoptado el 23 de marzo de 1976.

Salazar, Gabriel. La doble conforme como garantía mínima del debido proceso en materia penal (Reflexiones de cara al derecho al recurso contra el fallo condenatorio en el orden jurídico penal colombiano) *Revista Ratio Juris*, 2015, n° 55, vol. 10, pp. 139- 164, disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/5857/585761326006.pdf>

Tiezzi, Florencia. Doble conformidad: La garantía del imputado. *Revista Argumentos. Estudios Transdisciplinarios sobre culturas jurídicas y administración de justicia*. 2018 N° 5, pp. 38- 56, disponible en <https://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/index.php/primera/article/view/81>



La quinta Heeren - Víctor Humareda

DERECHOS HUMANOS Y LA POLÍTICA DE RESTITUCIÓN Y FORMALIZACIÓN DE TIERRAS DESPLAZADAS Y DESPOJADAS. CASO DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR-COLOMBIA.

Melisa J. Caro Benítez¹

RESUMEN

La política de restitución de tierras se ha implementado con el fin de lograr la *restitutio in integrum* de las personas afectadas por el conflicto armado colombiano, en especial en el departamento de Bolívar, lugar fuertemente afectado por la violencia, donde se cometieron masacres y un sinnúmero de vulneraciones de derechos humanos. La política pública ha logrado implementar programas para el reconocimiento de derechos y la puesta en marcha de un plan por la mejora de las capacidades y condiciones de vida de la ciudadanía. En este artículo abordamos el caso del departamento de Bolívar-Colombia desde la perspectiva de la restitución del derecho a las tierras, los estándares de protección internacional y los principios transversales del enfoque basado en derechos humanos.

Palabras claves: Víctimas, enfoque basado en derechos humanos, restitución, política pública.

¹ Docente de la Universidad de Cartagena, magister en promoción y protección en derechos humanos, especialista en derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario. Coordinadora del semillero de investigación en derechos humanos y desarrollo adscrito al grupo de investigación en Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y problemas jurídicos contemporáneos. E-mail: mcarob1@unicartagena.edu.co. <https://orcid.org/0000-0003-3892-9395>

ABSTRACT

The policy of land restitution has been implemented in order to achieve the *restitutio in integrum* of the citizens affected by the Colombian armed conflict, especially in the department of Bolívar, strongly affected by the violence, where massacres and a number of violations arose of human rights. Public policy has managed to implement programs that aim to give applicability to the recognition of rights and the implementation of a plan to improve the capacities and living conditions of citizens, this being studied from the contents of the right of restitution of land, the international protection standards and the transversal principles of the human rights-based approach.

Keywords: Victims, approach based on human rights, Restitution, Public Policy.

INTRODUCCIÓN

La evolución histórica y social del moderno Estado colombiano se ha desarrollado en el marco del conflicto armado interno, ya que éste ha creado nuevas y desafiantes realidades sociales que exigen soluciones urgentes, así como vías idóneas para retornar a condiciones de paz. Es así como se implementa la justicia transicional, como herramienta de protección de los derechos humanos, la cual se construye sobre los principios de acción: derecho a la verdad, derecho a la justicia, derecho a la reparación integral y derecho a la no repetición en la etapa de conflicto o posconflicto, teniendo como objetivo principal alcanzar la paz estable y la reconciliación, logrando así un verdadero reconocimiento de los derechos de las víctimas.

La reparación integral o *restitutio in integrum* es una dimensión intrínseca de la justicia que trata de volver a equilibrar la balanza que había quedado ventajosamente inclinada en favor del victimario, reconstruyendo en lo posible, o recompensando en su peso, lo que se destruyó y asegurando que su poder destructor no vuelva a imponerse. Esta comprende el resguardo de la víctima con el fin de que no se repitan los actos de barbarie; por consiguiente, este principio obliga al Estado a proteger a la víctima durante y después del proceso de transición hasta que haya superado su condición de vulnerabilidad.

En el desarrollo de la reparación integral como directriz o principio de acción de la justicia transicional se han implementado un conjunto de políticas públicas que pretenden alcanzar la plena realización de este derecho a las víctimas del desplazamiento forzado y despojo dentro del conflicto.

Estas políticas públicas deben contener el enfoque basado en derechos humanos, definido como un marco conceptual del proceso de desarrollo humano que desde el punto de vista normativo está basado en las normas internacionales de derechos humanos, y desde el punto de vista operativo está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos. De ahí que la ley 1448 del 2011 y los decretos reglamentarios sienten sus bases en los principios internacionales de protección de víctimas de desplazamiento y despojo.

El enfoque de derechos humanos busca a través del reconocimiento de derechos que se concrete la dignidad de las víctimas y alcanzar el desarrollo social, puesto que si la víctima goza de manera efectiva de sus derechos y es restablecida a un nivel de vida normal como los demás ciudadanos se tendrá como resultado una sociedad que garantiza la protección de derechos y un índice pleno de desarrollo humano alto.

Este enfoque ha sido incluido en las agendas de desarrollo de los países, dado que deja a un lado los modelos de desarrollo que hacen análisis costo-beneficio para estudiar las verdaderas necesidades de los ciudadanos titulares de los derechos.

El objetivo general de esta investigación consiste en evaluar si la política pública de restitución de tierras implementada en el departamento de Bolívar cumple con los criterios de pertinencia, aplicabilidad, aceptabilidad, sostenibilidad, calidad, accesibilidad y exigibilidad de derechos, acorde con el modelo de desarrollo humano propuesto en los objetivos de desarrollo del milenio (ODM) y en los objetivos de desarrollo sostenible (ODS).

I. LA RESTITUCIÓN DE TIERRAS, ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVO

Colombia es un país que desde hace más de cinco décadas soporta un conflicto armado interno sui generis. La vida cotidiana se caracteriza por las múltiples formas de violaciones a los derechos humanos sin distinción de raza, género o condición, las cuales son perpetradas por múltiples actores armados como grupos guerrilleros y paramilitares.

El desplazamiento forzado ha sido uno de los crímenes de mayor ocurrencia en el país. De acuerdo con ACNUR, la situación de desplazamiento interno en Colombia es una de las más graves del mundo, pues se estima que hasta mayo de 2011 el gobierno de Colombia había registrado a más de 3,7 millones de desplazados internos en el país. Organizaciones no gubernamentales como la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES) consideran que la cifra real de desplazados por el conflicto armado interno desde mediados de los años 80 supera los 5 millones de personas².

La Corte Constitucional profirió la sentencia de tutela 025 del 2004 que declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucionales (ECI) ante la grave vulneración de derechos de millones de colombianos

2 Centro de monitoreo de desplazamiento interno y el informe del IDMC y el Consejo Noruego para los Refugiados manifestó que para tener una idea aproximada de la magnitud del desplazamiento, téngase en cuenta que en América Latina existen aproximadamente 5,8 millones de desplazados, de los cuales entre 4,9 millones y 5,5 millones estarían en Colombia, situándose como el país con el mayor número de desplazados internos a nivel mundial.

víctimas del desplazamiento forzado y la profunda distancia entre los derechos consignados en la Ley 387 de 1997³ y los recursos financieros e institucionales de la política pública destinada a atender esta crisis humanitaria. Esta decisión se produjo como respuesta a la creciente capacidad organizativa de la población desplazada y luego que muchos de ellos interpusieran recursos de tutela ante la justicia colombiana, para reclamar el acceso efectivo a sus derechos. La sentencia ordena la atención de los derechos básicos de todas las personas desplazadas y establece un proceso de seguimiento en el que participan tanto el gobierno nacional, los organismos de control, las agencias humanitarias de la comunidad internacional, las organizaciones de población desplazada y las organizaciones de derechos humanos.

Para afrontar la magnitud de los daños generados por el desplazamiento, la justicia transicional colombiana trae consigo la implementación del proceso llamado de restitución y formalización de tierras, reglamentado por el legislador con la expedición de la Ley 1448 del 2011, con la cual se pretende restituir las tierras a los ciudadanos que han sido forzados a abandonarlas o despojados de las mismas por razón del conflicto armado interno. Esta ley implementa mecanismos y procesos para maximizar el ámbito de protección y garantía de los derechos fundamentales y los principios de derecho internacional, acogidos por el bloque de constitucionalidad que ampara a las personas víctimas del desplazamiento forzado.

El proceso de restitución plasma la protección que pretende brindar el Estado colombiano a los afectados del conflicto armado, otorgando un trato preferencial a aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, aquellas que se vieron en la necesidad de dejar atrás todo lo que tenían para salvar el bien más preciado, su vida. Este proceso utiliza una justicia diferente a la que usualmente había sido aplicada en el país, pues se trata de la justicia transicional que procura la protección de lo que Joinet (1996), en su informe ante la subcomisión de Derechos Humanos, denomina como principios de verdad, justicia, reparación integral y garantía de no repetición.

Cabe destacar que si bien el objeto de la restitución es en principio la devolución de los bienes, también se persigue el restablecimiento total de derechos de los desplazados, lo que conlleva además la formalización de relaciones de tenencia precaria de la tierra, a saber la ocupación de los bienes baldíos y la posesión; el aseguramiento de las garantías para que el retorno se produzca en condiciones dignas y con el goce efectivo del derecho, impidiendo que se limite a una entrega formal y, por último, el establecimiento de condiciones que permitan la sostenibilidad y protección del proceso. Todo ello entre los fines identificados por la comisión de seguimiento a la política pública de desplazamiento.

El proceso de restitución y formalización de tierras, regulado por la Ley 1448 de 2011, establece un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas,

3 Adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la república de Colombia.

en beneficio de las víctimas. Esta ley, por intermedio de sus decretos reglamentarios, establece una protección especial a las víctimas que pertenecen a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras, comunidades indígenas, pueblo Rom o Gitano. Las garantías están basadas en los principios del derecho internacional humanitario, del derecho internacional de los derechos humanos, y de los tratados y convenios ratificados por Colombia referentes a derechos humanos, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como la Convención Interamericana o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Con la implementación del proceso especial de restitución y formalización de tierras -Ley 1448 de 2011 -el gobierno busca responder a la protección de los principios de buena fe, dignidad, igualdad, enfoque diferencial, progresividad, gradualidad, sostenibilidad, participación conjunta y prohibición de doble reparación y de compensación, complementariedad.

Para que se pueda iniciar este proceso especial es necesario establecer la diferencia entre despojo y abandono forzado. El artículo 71 de la Ley 1448 del 2011 manifiesta que el despojo se da cuando existe un aprovechamiento de la situación de violencia y se priva arbitrariamente a una persona de la propiedad, posesión u ocupación por medio de un hecho o acto jurídico; en cuanto al abandono forzado alude a que este se configura temporal o permanentemente, y la persona se ve obligada a desplazarse de manera forzosa no pudiendo así ejercer la administración y contacto directo con el predio.

Para agilizar la protección de los derechos, se da nacimiento a dos entidades: la Unidad administrativa especial de gestión de restitución de tierras despojadas (UAEGRTD) y la unidad para la atención y reparación integral a las víctimas (UARIV). La primera (que es la que nos interesa en este estudio) es un órgano administrativo del gobierno adscrito al Ministerio de Agricultura y Desarrollo que se ocupa de la restitución de las tierras de los despojados; es, por tanto, la entidad que acompaña al solicitante durante todo el proceso de restitución, ya que se encarga de llevar el registro único de tierras despojadas, presentar las demandas o solicitudes y compensar a víctimas o terceros. La segunda, UARIV, se encarga de regular la atención humanitaria, ofreciendo la protección de los derechos de las víctimas que hacen parte de grupos étnicos, e implementando las ayudas necesarias para satisfacer los componentes de reparación integral que se refieren a la rehabilitación y reintegración.

El nuevo proceso es mixto y de única instancia. Es mixto porque consta de una etapa administrativa y otra judicial. La etapa administrativa, regulada por el decreto 4829 de 2011, se da con la inscripción del predio que se pretende restituir en el registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente. Este es el único requisito de procedibilidad para impetrar la acción de restitución; la solicitud de la inscripción debe hacerse ante la UAEGRTD. Este proceso se realiza en el término de 60 días y se da prioridad a las solicitudes de personas en condiciones de más vulnerabilidad.

Finalizada la primera etapa se inicia la judicial, la cual está regulada por la ley 1448 del 2011, que en su artículo 82 establece que la UAEGRTD podrá solicitar al juez la titulación o entrega del predio que

ya ha sido incluido en el registro de tierras despojadas. A esta entidad le corresponde la elaboración de la demanda, la cual es presentada ante el juzgado civil del circuito especializado en restitución de tierras, que conocerá y decidirá en única instancia si no hubiere oposición a los procesos de restitución y a los procesos de títulos de despojados a quienes tuvieron que abandonar sus predios por los estragos de la violencia..

Si se presentan opositores el juzgado debe tramitar el proceso, practicar pruebas y enviarlas antes del fallo a la sala civil especializada en restitución de tierras del tribunal. Cuando el juzgado especializado no ordene la restitución a favor del despojado por medio de la consulta debe conocer el proceso su superior, la sala civil especializada en restitución de tierras del tribunal superior del distrito judicial donde se tramita el proceso.

El hecho de que el juzgado de restitución envíe el proceso al tribunal superior del distrito judicial para que dicte el fallo no afecta la característica de única instancia, pues la misma Corte Constitucional (Sentencia C-099, 2013) manifestó que si bien existen aún vacíos en el proceso, el trámite previsto y los recursos que permiten controvertir decisiones tanto en la etapa judicial como administrativa, son suficientes para proteger los derechos de las víctimas y garantizar la efectividad del proceso.

En cuanto al período probatorio, el juzgado de restitución puede solicitar la práctica de todas aquellas pruebas que considere necesarias para llegar a la verdad; incluso a su disponibilidad se encuentran las entidades estatales. Pero además de pruebas la ley trae consigo una serie de presunciones tanto legales como de derecho, que ayudan a reconocer con mayor facilidad la condición vulnerable del desplazado o despojado en el momento en que se realizó el negocio jurídico. La presunción es, según la Corte Constitucional (Sentencia C- 731, 2005), “tomar antes por la presunción o tener por cierto un hecho un derecho o una voluntad, antes de que la voluntad, el derecho o el hecho se prueben”. El juez de tierras puede, con base en ciertas presunciones estipuladas en la Ley 1448 del 2011, brindar una mayor protección al despojado o desplazado forzado.

La Ley 1448 del 2011 no alcanza a cobijar todos los hechos que se presentan. La propia Corte Constitucional (Sentencia C-099, 2013) ratifica que el supuesto fáctico que regula la ley muchas veces es superado por la realidad. Por ello es necesario que el juez haga una interpretación extensiva de la ley y/o una integración jurídica.

Mediante la integración el jurista elabora un nuevo precepto a diferencia de la interpretación donde ya la norma legal existe. Según Galindo (1981), ha de buscarse la solución justa recurriendo a la analogía y, posteriormente, si el método analógico resultare ineficaz deberá resolverse el caso de acuerdo con los principios generales de derecho. Esta aplicación extendida del derecho ocasiona que las sentencias contengan conceptos evolucionados o se creen nuevos e incluso que, al confrontar la ley civil con las normas de derechos humanos, prevalezca la norma más protectora, generando así la humanización de la norma, flexibilizando la normatividad con el fin de garantizar un mayor amparo.

La administración de justicia se ve hoy enfrentada a una realidad que por muchos años se negó en Colombia: las posesiones ilegales, el aprovechamiento de compradores, el crecimiento de la población desplazada, la corrupción en los entes estatales como las notarias y la creación de los ejércitos anti-restitución que, según el Human Rights Watch (2013), amenazan a diario el restablecimiento del derecho a la reparación integral de los despojados y desplazados.

II. POLÍTICA DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS EN EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

El departamento de Bolívar es uno de los departamentos que más ha sufrido los estragos de la violencia generada por el conflicto armado colombiano. En efecto, la lucha entre los diferentes grupos armados ilegales tuvo como objetivo el control estratégico de la zona, pues su ubicación geográfica, amén de presentar corredores naturales que unen a los departamentos de Bolívar, Sucre y Córdoba, permite además el desplazamiento por las vías que comunican a la costa con el centro del país, de tal suerte que el municipio de El Carmen de Bolívar se consolida como el centro económico y logístico más importante de los actores armados ilegales. (Sentencia de Restitución y formalización de Predio Despojado o Desplazado-Caso Dominguez Ruiz Vs Martelo Lora, 2013).

El río Magdalena atraviesa algunos de sus municipios y a través de una bifurcación artificial conocida como Canal del Dique desemboca en la bahía de Cartagena y en otras desembocaduras costeras menores. Esta particular situación -añadida a la existencia de dos serranías importantes, la serranía de San Lucas en el sur y la de San Jacinto en el norte -ha situado a Bolívar en el epicentro de la confrontación armada, convirtiéndolo en sitio estratégico predilecto para el posicionamiento de los grupos armados irregulares. En este sentido, el departamento está influenciado en el sur por la dinámica que se desarrolla en el Magdalena medio, la alta concentración de cultivos ilícitos sembrados en esta región y su economía extractiva, y en el norte por los departamentos costeros, con sus rutas de contrabando y de comercialización de alcaloides, además de constituir un corredor de movilidad no despreciable para las estructuras armadas entre todos los departamentos mencionados. (ACNUR, 2005, pág. 4)

Los grupos guerrilleros empiezan a hacer presencia en la zona a inicios de la década de los setenta, pero su presencia se torna más intensa en los ochenta y los noventa a través de los frentes 35 y 37 de las FARC (más en la zona norte y centro), del ELN y el ERP (más hacia el sur del departamento), y la incursión de grupos de autodefensa a finales de los noventa. Sin embargo, ha de recordarse que parte del departamento, en particular la región de los Montes de María, fue declarada zona de consolidación y rehabilitación (ZRC) entre el 2002 y el 2003 y que, desde ese entonces, el Estado colombiano se ha esforzado por recuperar el control territorial e institucional en Bolívar. (ACNUR, pág. 4)

En el año 1996 se intensifica el conflicto con el aumento de homicidios selectivos e indiscriminados, secuestros extorsivos, combates, torturas, masacres, violaciones a los derechos humanos. Estas acciones

- Melisa J. Caro Benítez

conllevar al desplazamiento forzado de muchos corregimientos y veredas de dicha municipalidad. La crueldad y el impacto que produjeron varias incursiones de los grupos armados ilegales fue de tanta magnitud que llegaron a convertirse en masacres reconocidas a nivel nacional e internacional, como la ocurrida en el corregimiento de El Salado en el mes de febrero del año 2000.

Además de la masacre anterior, se cometieron otras de gran incidencia en la región como lo fueron la de El Salado en el año 1997, Jesús del Monte, Capaca-Caño Negro y Hato Nuevo – Mataperros.

III. APLICABILIDAD DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS EN EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

En párrafos anteriores se mencionó cómo estaba instituida la política de restitución de tierras en el territorio colombiano, según lo establecido en la ley 1448 del 2011. En este subcapítulo se pretende analizar la eficacia y eficiencia de esta política pública con respecto al goce efectivo de derechos, teniendo en cuenta la exigibilidad y accesibilidad de los derechos, la calidad, disponibilidad, sostenibilidad, aceptabilidad, acceso, y participación de aquellas víctimas de desplazamiento o despojo durante el conflicto armado y así todos los aspectos estudiados en el capítulo 3 de este trabajo desde la aplicabilidad de la ley 1448 del 2011 hasta el 2017.

Primero se indicará que la información contenida en este aparte proviene de datos de carácter primario obtenidos de la muestra tomada de entrevistas personales a 16 víctimas en la unidad de atención integral a víctimas (UARIV) en la ciudad de Cartagena, cuatro (4) entidades estatales ubicadas en el territorio del departamento de Bolívar y cuatro (4) funcionarios judiciales del tribunal superior del distrito de Cartagena, de la sala civil especializada en restitución de tierras y de la información obtenida de la plataforma ÁNFORA del programa de asistencia legal a la población desplazada- Consultorio jurídico desplazamiento forzado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena⁴. La plataforma ANFORA arrojó, según información recolectada por el consultorio jurídico, un total de 821 víctimas de desplazamiento forzado en el departamento de Bolívar.

a. Entrevista a víctimas.

1. Grupo de víctimas usuarios de la unidad de atención y reparación integral

De las dieciséis entrevistas que se realizaron para esta investigación, dos (2) declararon que integran grupos organizados, solo cuatro de ellas manifestaron conocer la ley 1448 del 2011 y las garantías que brinda.

4 Los datos obtenidos fueron suministrados por el coordinador local del proyecto Opción legal de la Universidad de Cartagena.

De las cuatro (4) víctimas que conocen la ley 1448 del 2011 solo una (1) hace parte de grupos de víctimas, de lo que se infiere que las víctimas están en los grupos de víctimas y no tiene información total sobre las políticas implementadas por el gobierno.

En cuanto a si la ley 1448 protege los derechos de las víctimas, una de ellas alegó no tener conocimiento de lo que se le preguntó y la otras manifestaron que la ley no protege sus derechos, porque la ayuda humanitaria es demorada y no dan lo justo.

Las víctimas manifestaron que las ayudas brindadas por el Estado llegan al año, se tardan, la ayuda es de 700 mil pesos y solo es para arriendo y alimentación, además que en el anterior gobierno les llegaba la ayuda cada dos meses y con el actual cada año.

Al hablar de la efectividad de las políticas públicas implementadas por el Estado como proyectos productivos y demás programas de ayuda, dos dijeron que sí conocen esas políticas, pero que no los benefician a todos y los 14 restantes no conocen las políticas de ahí que solo una de ellas haya presentado solicitud de restitución. Argumentaron que las ayudas no son efectivas y que necesitan proyectos que los ayuden a anular la condición de víctima. A continuación, se referencia la información en la siguiente gráfica:

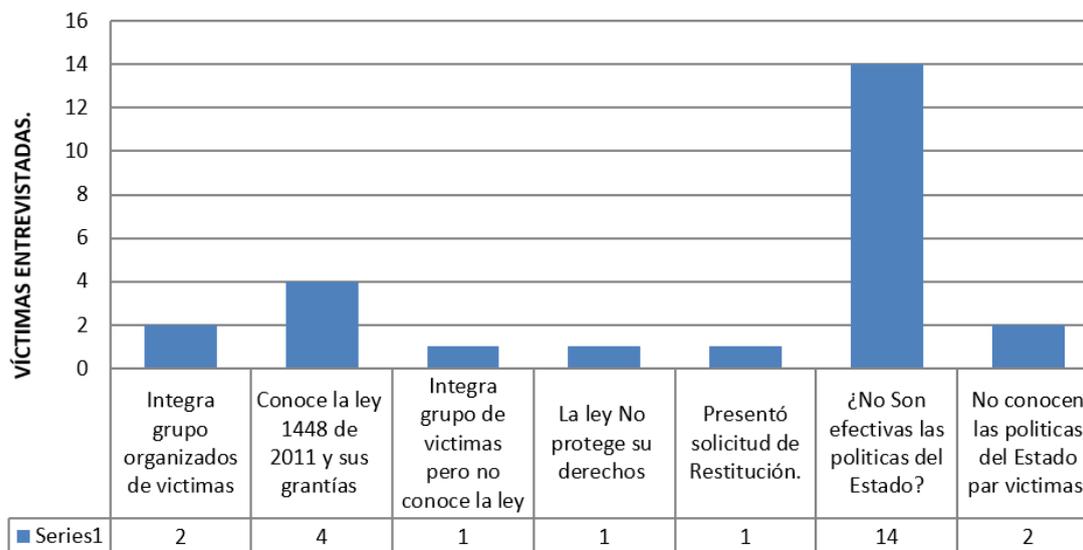


Ilustración 4: Respuesta de Víctimas Departamento de Bolívar. Tabla de elaboración Propia

Figura N° 1. En la pregunta sobre si conocían a que entidades podía solicitar ayuda como víctima tres (3) víctimas manifestaron la Defensoría del Pueblo, Personería cuatro de ellas (4), UARIV trece (13), UAO cuatro (4) y dos víctimas dijeron saber del consultorio jurídico de desplazamiento forzado de la universidad de Cartagena. A continuación, se relaciona en la siguiente gráfica:

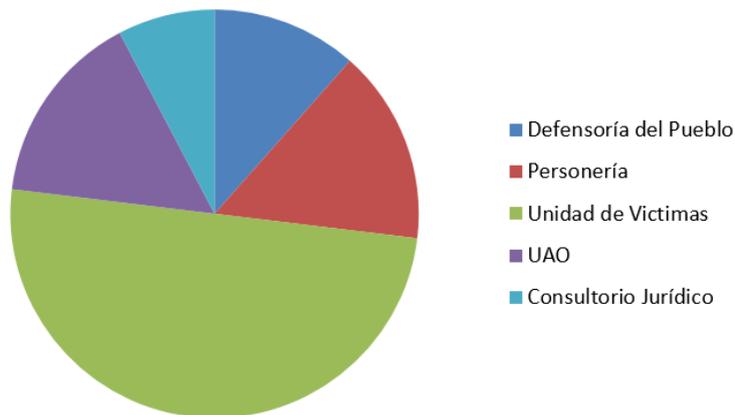


Ilustración 5. Respuesta de las víctimas sobre las entidades prestadoras del servicio.
Tabla de elaboración propia

En cuanto a las entidades que las víctimas habían visitado para el acceso a sus derechos, la respuesta varió entre la personería distrital, UAO, Defensoría del Pueblo, UARIV, ICBF, Pirl, fiscalía, departamento de la prosperidad social y el SENA.

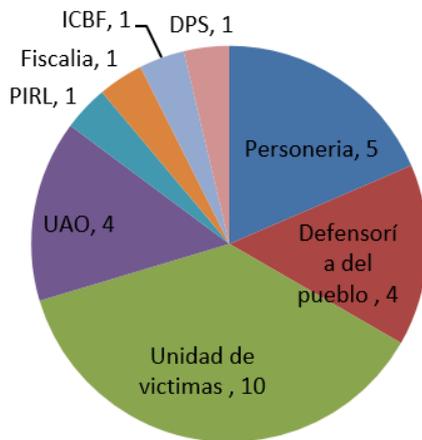


Ilustración 6. Tabla de elaboración propia.

b. Entrevista a entidades estatales

Durante la entrevista a la secretaría del interior del distrito de Cartagena, a la secretaría de víctimas del departamento de Bolívar, a la Defensoría del Pueblo y a la unidad de víctimas del departamento de Bolívar, estas manifestaron que cada una tiene funciones específicas, pero para su efectiva atención es necesario que la víctimas cumpla una ruta de trámite administrativo acorde con los parámetro establecidos en la ley 1448 del 2011.

Informaron que la atención a cada víctima es personalizada y cada uno referenció el número de víctimas que atiende al mes. La UARIV atiende 6 mil víctimas en el departamento de Bolívar, la Defensoría del Pueblo ha asesorado a 2.688 víctimas en lo que va del 2014, la secretaría del interior del distrito de Cartagena atiende a diario 300 víctimas, en la secretaría de víctimas y DH de la gobernación de Bolívar por lo general no llegan víctimas y coordinan la atención con la UARIV. (Ver gráfica)

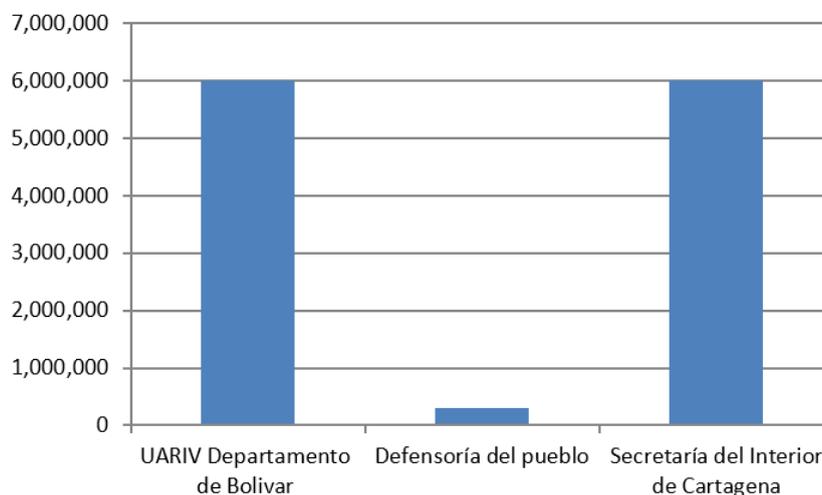


Ilustración 7 Tabla de elaboración propia. Respuesta de entidades estatales del departamento de Bolívar

Cuando se les preguntó por los resultados de la atención que han prestado a las víctimas la respuesta fue que es un objetivo complejo lograr de inmediato la atención y asistencia, ya que se han visto afectados por los cambios de gobierno local, la nueva institucionalidad sin experiencia. Concordando esto con el argumento de que la ley 1448 del 2011 es buena, lo que falla es la planeación y coordinación institucional que se deriva de ella. Por eso los términos de atención y asistencia estipulados por la ley no son cumplidos, los procesos son demorados por la contratación, presupuesto y logística, generando la ineficiencia en los procesos de las instituciones. A la pregunta sobre la motivación a la protección de los derechos humanos de los grupos de víctimas, los funcionarios de las entidades

entrevistadas afirmaron que estos sí motivan, pero no existe garantías por parte de las entidades de la participación política. (Ver entrevista a entidades, preguntas N° 5 ,6 y 7)

C) Entrevista a los funcionarios judiciales

Los funcionarios judiciales expusieron que la Ley 1448 del 2011 sí protege los derechos de las víctimas porque con ella el gobierno pretende reconocer sus derechos. En la pregunta sobre la unanimidad de criterios en las sentencias de restitución la respuesta varía entre un no, donde el argumento versaba sobre aspectos relacionados con la compensación (estudio de la buena fe exenta de culpa), vínculo o desposesión y desplazamiento, valoración del dicho de la víctima. Y las demás respuestas fueron sí, y los argumentos fueron que no existía unanimidad en cuanto al despojo, el contexto de violencia en la época de la compraventa, los vicios del consentimiento en el contrato de compraventa, la buena fe exenta de culpa. Y en cuanto a la ausencia de consentimiento en dichas sentencias, esta se deriva del estudio del contexto de violencia en la zona durante la realización del negocio jurídico y este es parte fundamental para aplicar la presunción legal que admite prueba en contrario y podrá ser desvirtuada por quien no esté de acuerdo.

Al hablar del goce efectivo de derechos garantizados por la ley 1448 del 2011 para las víctimas, solo uno de los entrevistados dijo que sí, pero los demás argumentaron que es difícil por la ineficiencia del Estado en la aplicación de los proyectos y el poco acceso que tiene las víctimas a los beneficios. Además, manifestaron que las medidas actualmente implementadas siguen siendo insuficientes, específicamente aquellas dirigidas a identificar y reconocer a las víctimas.

2. Información arrojada por la plataforma ANFORA

De acuerdo a la información suministrada por la plataforma ANFORA, 821 víctimas de desplazamiento forzado en Bolívar fueron usuarias del consultorio jurídico de desplazamiento forzado de la Universidad de Cartagena. A continuación se muestran las tabulaciones de los datos:

- a. En cuanto al género de las víctimas lo que arrojó la plataforma ANFORA fue que cuatrocientas ochenta y cuatro (484) mujeres y trescientos treinta y siete (337) hombres fueron víctimas de desplazamiento forzado.
- b. En la pregunta sobre la causa del desplazamiento dos (2) manifestaron que fue por causa de fuerzas militares, doscientas cuarenta y tres (243) a causa de la guerrilla, cuatrocientos cuarenta y ocho (448) víctimas manifestaron que fueron desplazadas a causa de grupos paramilitares y ciento veintiuno (121) manifestaron no saber sobre las fuerzas de desplazamiento.

porcentaje de causante del desplazamiento

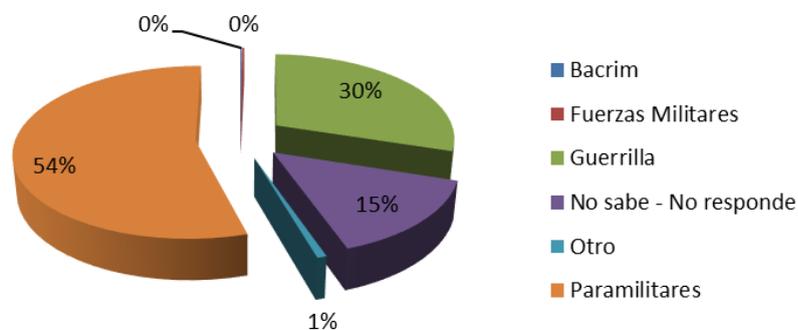


Ilustración 8. Entrevista a víctimas de desplazamiento forzado en Bolívar. Tomada de plataforma ANFORA.

- c. En cuanto al grupo étnico al que pertenecen ciento sesenta y tres (123) víctimas manifestaron que hacen parte de la etnia afro, dos (2) víctimas son blancas, veintiún (21) víctimas son indígenas, seiscientos treinta y dos (632) son mestizas, una (1) es Room-Kumpania, dos (2) no saben.



Ilustración 9 Entrevista a víctimas de desplazamiento forzado en Bolívar. Tomada de plataforma ANFORA.

- d. En cuanto a las acciones jurídicas presentadas las víctimas manifestaron cuales habían sido las acciones que han presentado para lograr el reconocimiento de sus derechos haciendo uso de la accesibilidad y diligencia de estas:

Acción	Número de víctimas
Acción de Tutela	47
Impugnación de fallo de tutela	2
Incidente de Desacato	10
Información	33
Otros	2
Petición	614
Vía Gubernativa recurso de Apelación	73
Vía Gubernativa de Recurso de reposición	28
Vía gubernativa recurso de queja	12
Vía Gubernativa Revocatoria Directa	11

Tabla 3. Entrevista a víctimas de desplazamiento forzado en Bolívar. Tomada de plataforma ANFORA.



Ilustración 10 Entrevista a víctimas de desplazamiento forzado en Bolívar. Tomada de plataforma ANFORA.

e. En cuanto a las respuestas obtenidas de las solicitudes presentadas por las víctimas, el diagnóstico es:

Respuestas Obtenidas	Cantidad
La Respuesta No Corresponde a las Pretensiones	16
No Aplica	664
Omisión Parcial de Respuesta	0
Omisión Total de Respuesta	0
Respuesta Favorable	15
Respuesta Favorable Materializada Parcialmente	3
Respuesta Favorable No Materializada	15
Respuesta Formal (El Funcionario No Emite Ninguna Decisión)	66
Respuesta Negativa	42
Se Niegan Algunas Pretensiones y Otras Se Conceden	0

Tabla 4. Datos de respuesta de las víctimas a las solicitudes presentadas, Elaboración propia.

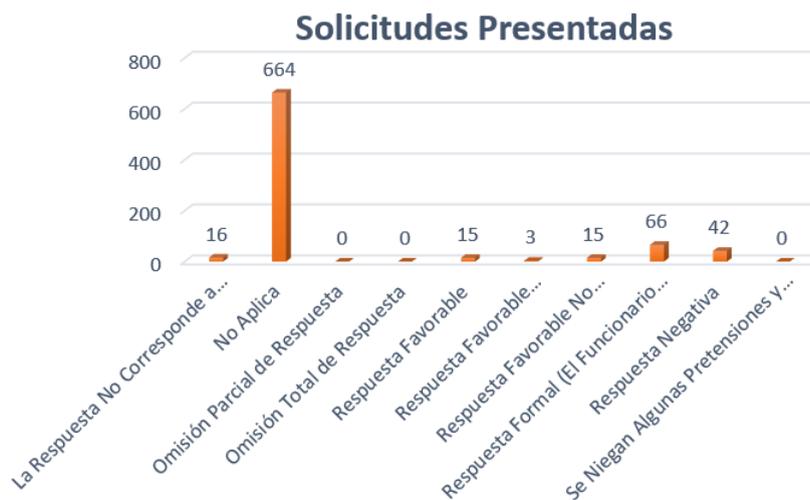


Ilustración 11 Entrevista a víctimas de desplazamiento forzado en Bolívar. Tomada de plataforma ANFORA.

- f. A la pregunta ante qué sistema han presentado las solicitudes cincuenta y nueve (59) víctimas manifestaron que presentaron sus solicitudes ante el sistema judicial del país y setecientas sesenta (760) las presentaron al SNARIV.



Ilustración 12 Entrevista a víctimas de desplazamiento forzado en Bolívar. Tomada de plataforma ANFORA.

IV. LA POLÍTICA DE RESTITUCIÓN Y EL ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS. CASO DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR DESDE EL AÑO 2011 AL 2017

En el presente aparte se realizará un análisis de la aplicabilidad de la política de restitución de tierras en el departamento de Bolívar frente a los estándares del enfoque basado en derechos humanos que deben contener las políticas públicas, en esta caso desde el 2011 hasta el 2017, de acuerdo a la información suministrada por las entrevistas haciendo énfasis en los contenidos del derecho, las obligaciones del Estado, los principios transversales y la normatividad interna e internacional.

Categoría	Análisis
DISPONIBILIDAD	Existe en el departamento de Bolívar las instituciones que implementan la política de restitución de tierras. En las zonas afectadas del conflicto que están lejos de la zona urbana se hacen brigadas de acompañamiento por parte de las instituciones como UARIV, unidad de restitución de tierras y entidades públicas como universidades que ejecutan proyectos de intervención con apoyo de organismo cooperantes como CODHES-USAID para que las víctimas puedan lograr acceder a sus derechos de forma más fácil.
ACCESIBILIDAD	De acuerdo con la información arrojada por las entrevistas, las víctimas manifiestan que cuando se presentan a las entidades muchas veces después de horas de espera y largas filas para la atención les dicen que el sistema está caído o el funcionario no tiene la información completa. En la entrega de los turnos para recibir la ayuda, existe una priorización para personas que se encuentren en mayor grado de vulnerabilidad que aquellas que hacen parte de la lista de acuerdo con la aplicabilidad del enfoque diferencial ya sea de género, etario y étnico.
CALIDAD	Adicional manifiestan las víctimas que hacen parte de la mesa de víctimas del Carmen de Bolívar que para ellos hoy es difícil acceder al proceso de Restitución de tierras pues cuando les hacen el estudio, les dicen que no cumplen con los requisitos para acceder al derecho.
ADAPTABILIDAD	En la tabla sobre las respuestas obtenidas después de presentadas las solicitudes se vislumbra que seiscientos sesenta y cuatro (664/821) solicitudes tuvieron como respuesta de que no aplicaban, encontramos quince (15/821) respuestas que fueron positivas, pero no lograron su eficaz materialización después de la expedición, y sesenta y seis (66/821) solicitudes que nunca fueron respondidas.
ACEPTABILIDAD	Las víctimas son atendidas por personal especializado, psicólogos, abogados, trabajadores sociales que manejan el trato enfocado a un verdadero enfoque diferencial, pero las víctimas manifiestan que al recibir la atención muchas veces el personal no tiene las respuestas adecuadas para que exista una plena satisfacción de dudas con respecto a temas de relevancia para la protección de sus derechos.
SOSTENIBILIDAD	En cuanto a la contextualización de la política a la realidad social de las comunidades al expedir la ley 1448 de 2011 se expidieron unos decretos reglamentarios que fueron enfocados a cada comunidad en general realizando un enfoque étnico, con el fin de que los procedimientos necesarios para la ejecución de la política pública fueran encaminados a proteger la cultura y el derecho a la diferencia.
PARTICIPACIÓN	Al analizar los datos arrojados por las entrevistas nos damos cuenta de que las víctimas se encuentran inconformes y además se puede configurar una revictimización por lo menos en el caso de las personas que no reciben atención adecuada o aquellas personas que se encuentran aún sin el reconocimiento del derecho a restitución de tierras.

Tabla 5 Análisis de los contenidos del derecho a la restitución de tierras. Elaboración propia.

- Melisa J. Caro Benítez

Es importante manifestar que existen proyectos de intervención de cooperación internacional que han apoyado los programas derivados de la política pública como son los proyectos que se ejecutan en el Carmen de Bolívar del CODHES USAID- UNIVERSIDAD DE CARTAGENA y de OPCION LEGAL, ACNUR, los cuales han apoyado a las víctimas a que aprendan a reconocer sus derechos y a hacer exigibles los mismos ante las entidades que ejecutan la política pública de restitución de tierras.

CONCLUSIÓN

En cuanto a la creación e implementación de las políticas públicas, estas responden a un proceso de carácter estatal, en donde primeramente, se identifica la necesidad o el interés a abordar, seguido, se diseña una política de alcance general (pública) que dé respuesta a dicha necesidad o interés identificado, posteriormente, se crean instituciones o cuerpos administrativos que apliquen en la dimensión fáctica dichos lineamientos normativos, por último, la creación de instrumentos que permitan medir la aplicabilidad e impacto de la misma.

De acuerdo con el tema principal de esta investigación, existe una política pública de restitución de tierras, la cual se implementó para dar un reconocimiento a los derechos de las víctimas del conflicto armado en Colombia y se hace un estudio de la aplicabilidad de esta política en el Departamento de Bolívar durante los años 2011 a 2017, lugar que se vio afectado por la violencia en varios de sus municipios por la provechosa posición geográfica de los mismos para el transporte del narcotráfico entre el norte y centro del país. Durante el desarrollo de este trabajo se muestra que existen unos parámetros para evaluar si una política pública cumple o no con el enfoque basado en derechos humanos, estos parámetros son el cumplimiento eficiente de los contenidos del derecho, que en la aplicabilidad de la política se tengan en cuenta los estándares internacionales de protección de derechos y que los principios de igualdad, progresividad, transparencia y participación sean tenidos en cuenta por las instituciones que ejecutan los programas derivados de la implementación de las políticas públicas.

En consecuencia, es importante manifestar que el Estado, en pro de cumplir con sus obligaciones de respetar, garantizar, promover y proteger, ha implementado programas que se desprenden de la aplicación de la política de restitución de tierras, mediante la cual se ha procurado reconocer derechos y lograr la verdadera *restitutio in integrum* en condiciones dignas de vida. Pero en la aplicabilidad de estos programas se presentan situaciones que afectan de manera consecuente los derechos humanos de los ciudadanos que pretenden acceder a ellos.

Muestra de esto son los resultados o datos obtenidos de las entrevistas realizadas y el trabajo de campo en las comunidades de El Carmen de Bolívar (mesa de víctimas), el corregimiento de Zambrano (Bolívar) y las víctimas atendidas por la UARIV en la ciudad de Cartagena.

En donde se establecieron un conjunto de puntos problemáticos en cuanto a la concreción de las políticas públicas relacionadas con la restitución de tierras en el departamento de Bolívar, relacionados directamente a las categorías de funcionalidad de la misma:

- **Accesibilidad:** No existe una estructura física óptima, así mismo existe una deficiencia de carácter administrativa que permita al ciudadano obtener una atención oportuna y un verdadero acceso a la información necesaria.
- **Calidad:** El personal no cuenta con una capacitación que permita una respuesta idónea a las necesidades de los ciudadanos.
- **Aceptabilidad:** Se encontraron inconformidades entre los usuarios y posibles casos de revictimización en cuanto no se ha llevado a cabo procesos de atención completa a las víctimas.
- **Sostenibilidad:** No existe una cobertura completa en relación al capital humano.

Lo que denota que existe una estructura normativa definida en cuanto política pública de restitución de tierra, pero en su aplicación aún existen fallos que impactan en las categorías funcionales de la política y en los estándares del enfoque basado en Derechos Humanos.

Entonces, es pertinente exponer que si bien un Estado tiene obligaciones con sus ciudadanos, al momento de cumplirlas debe tener en cuenta como parámetro el contenido de derecho que pretende proteger (la esencia misma del derecho, su razón de ser). Debe, por tanto, si pretende realmente ser eficaz, buscar mecanismos no utilitaristas, con los que se logre el verdadero reconocimiento y aumento de capacidad de desarrollo de la ciudadanía.

Aunque la política pública es un instrumento del Estado para materializar derechos, debe este evaluar tanto su viabilidad de aplicación como su desarrollo, con el fin de que las instituciones que se implementen a futuro puedan efectuar un mejor trabajo y los resultados sean favorables. Debe evaluarse periódicamente, también, su desempeño durante la ejecución, para verificar que se cumplan los objetivos de forma eficaz y eficiente.

La honorable Corte Constitucional ha manifestado que existen dos facetas en cuanto a la protección de un derecho: la primera, indica que debe existir una abstención, que pretende la protección del contenido del derecho impidiendo que terceros lo transgredan, y la segunda faceta es contar con mecanismos idóneos que garanticen el goce efectivo del derecho. Por lo tanto, la Corte nos muestra que las políticas públicas están diseñadas para cumplir con el segundo propósito, es decir la satisfacción prestacional o programática de los derechos, la cual se convierte en una obligación derivada del Estado social (Sentencia T-133/06). En concordancia con lo expuesto por el alto tribunal, la política de restitución de tierras no está siendo implementada para cumplir con el objeto de su diseño principal, pues la satisfacción de derechos no se cumple de manera eficaz y no brinda un verdadero resguardo de los derechos humanos.

- Melisa J. Caro Benítez

Es necesario, finalmente, crear en la conciencia de las víctimas la idea de un verdadero reconocimiento de sus derechos, no hacer que sientan que son objeto de proyectos que solo generan lucro para unos cuantos, sin ellos poder disfrutar de forma verdadera sus derechos. Ese reconocimiento elevaría los índices de desarrollo. Esto es necesario en un país donde el multiculturalismo ha relegado el sentido de pertenencia nacional y el reconocimiento de los Derechos Humanos de un ciudadano a otro.

BIBLIOGRAFÍA

ACNUR. (2005). *Diagnostico Departamento de Bolivar*. Acnur.

Caro Benítez, M. J. (2019). La justicia transaccional y la construcción de paz : reflexiones en torno a su garantía en el postconflicto colombiano. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 11(22), 204–216. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.11-num.21-2019-2510>

Flórez Muñoz, D. E., & Villareal Ordosgoitia, C. (2020). Contextos y transiciones : la justicia transicional en Sudáfrica y Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 12(23), 159–177. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.12-num.23-2020-2661>

Galindo, I. G. (1981). *ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL ISBN 968-58-0197-5*. Impreso y hecho en México: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Universidad Nacional Autónoma de México.

Garay, L. J. (2013). *Fundamentos para superar el modelo extractivista*. Bogotá: Contraloría General de la República.

Human Rights Watch. (2013). *El riesgo de volver a casa. Violencia y amenazas contra desplazados que reclaman restitución de sus tierras en Colombia*. Recuperado de http://www.acnur.org/t3/uploads/media/2869_HRW_el_riesgo_de_volver_a_casa.pdf?view=1.

Human Rigths Watch. (17 de Septiembre de 2013). Obtenido de <http://www.hrw.org/es/node/118646/section/6>

Joinet, L. (1997). *Informe final de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)*. New York: Naciones Unidas .

Salgado González, A. (2017). Constitución y derechos humanos. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 9(18), 21–30. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.9-num.18-2017-2051>

Sen, A. (1998). Las teorías del desarrollo a principios del siglo XXI. En L. E. otros, *El desarrollo económico y social en los umbrales del siglo XXI*. Washington, D.C.,: Banco Interamericano de Desarrollo,.

Sen, A. (2000). *Desarrollo y Libertad*. Barcelona: Planeta S.A.

Sentencia C-099, Expediente D- 9214 (Corte Constitucional 2013).

Sentencia C- 731 (Corte constitucional 2005).

Sentencia de Restitución y formalización de Predio Despojado o Desplazado-Caso Dominguez Ruiz Vs Martelo Lora, Rad. 132443121002 – 2013 – 00022 – 00 (2013).

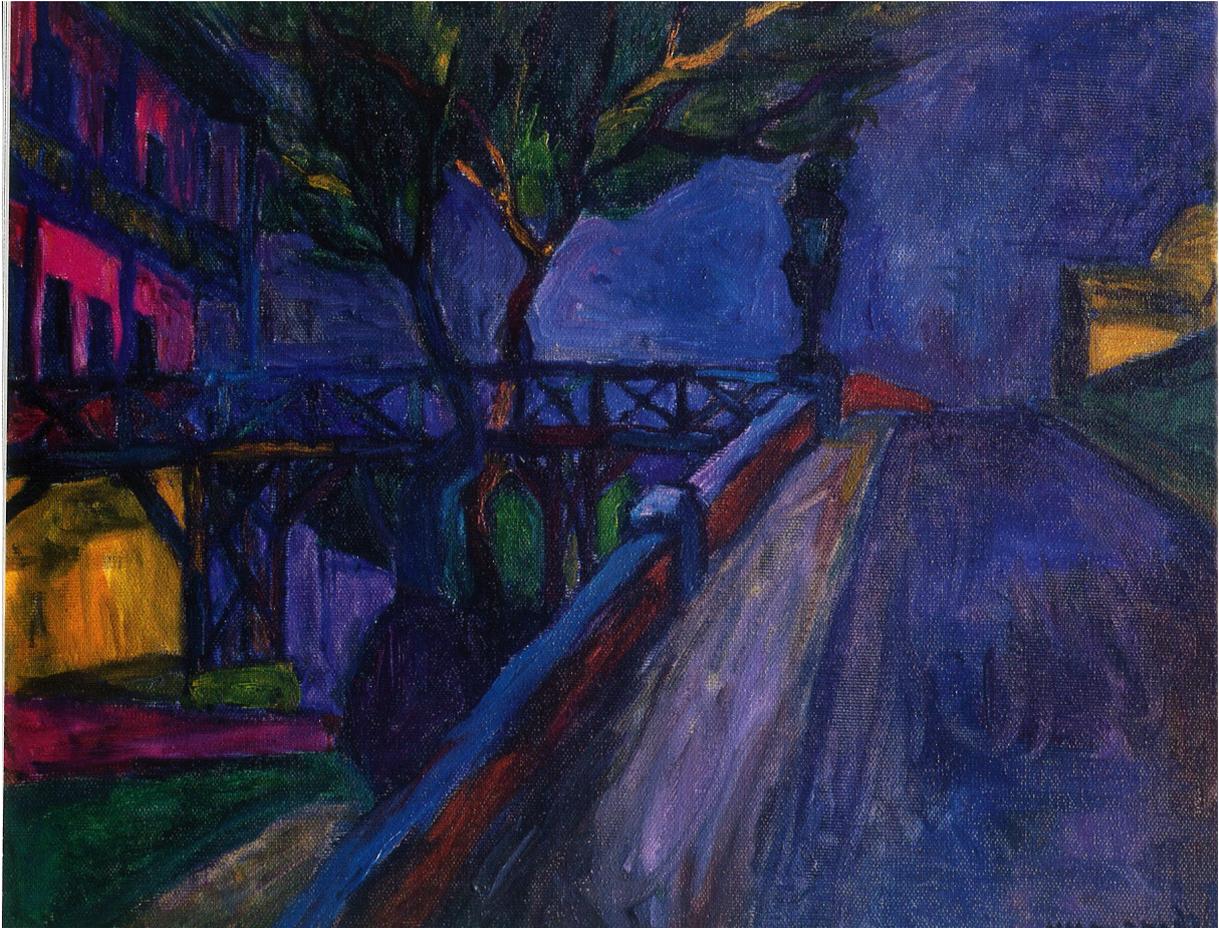
Sentencia T- 630, expediente T-1.828.084 (Corte Constitucional 26 de Junio de 2009).

Sentencia T- 025, T- 025 (Corte Constitucional 2004).

Subcomisión., I. f. (s.f.). *Documento de la ONU*. (D. G.-T. Nizkor, Ed.) Obtenido de <http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinete.html>

T-506 de agosto de 1992 (Corte Constitucional).

Velásquez Rivera, E. d. (2007). Historia del paramilitarismo en Colombia. . *Scielo brasil História [online]*. 2007, vol.26, n.1, ISSN 1980-4369, pp. 134-153. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-90742007000100012>.



El puente de los suspiros - Víctor Humareda

LA NEGLIGENTE EVALUACIÓN DE ELEMENTOS EXTRAJUDICIALES PARA EL DISEÑO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR

Manuel Bermúdez Tapia¹

RESUMEN

El Estado diseña sus políticas públicas tomando como referencia la política de Estado contenida en su Constitución, la legislación tiene determinados objetivos predeterminados en la carta magna por la especialidad y ámbito de acción judicial. Cuando surge una necesidad social el Estado puede modificar su legislación para atender de forma preventiva, disuasiva o punitiva la ejecución de actos que atentan contra el orden social o provocan un daño que produce una reacción social de rechazo en función a su naturaleza social o jurídica. La evaluación de la política pública sobre control social está fracasando debido a la negligente evaluación de algunos elementos extrajudiciales en los casos de feminicidio. El proceso penal se ha concentrado en la evaluación del hecho penal sin tomar en cuenta el contexto humano, social y familiar en ciernes. Este artículo detalla algunas omisiones graves en el diseño de políticas públicas respecto del control social en situaciones de violencia familiar.

Palabras clave: Derecho procesal de familia. Constitucionalización del derecho de familia. Violencia familiar. Feminicidio. Política pública de control social.

¹ Abogado graduado con la mención de summa cum laude por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho. Profesor investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista y profesor de la Facultad de Derecho y Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Código RENACYT PO140233, ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1576-9464>.

- Manuel Bermúdez Tapia

INTRODUCCIÓN

En el contexto de violencia social que registra en el ámbito judicial un elevado volumen de casos de violencia familiar -violencia psicológica, violencia física en la modalidad de lesiones leves y lesiones graves y casos de feminicidio -se genera una apreciación incorrecta para el diseño de una política pública que luche contra este tipo de violencia (Bermúdez-Tapia et al, 2020 a, p. 10).

La esencia de este error parte de considerar que la “violencia familiar” solo se genera entre “parejas” -sean estas matrimoniales, convivenciales, concubinarias o en situación de inestabilidad, crisis o separación – sin discernir que todas estas categorías de “relaciones” son muy diferentes entre sí (Bermúdez-Tapia, 2017 a, p. 125).

Un error inicial consiste en creer que la violencia familiar es exclusiva a nivel de pareja, cuando se trata de relaciones disfuncionales entre “progenitores e hijos” y “entre parientes colaterales”. También en situaciones de alienación parental (Bermúdez-Tapia, 2007, p. 7), peticiones de nulidad de compraventa entre familiares, nulidades de sucesiones intestadas, etc.

La política pública de control social en casos de violencia familiar, sin embargo, se planifica tomando como elemento material básico un error inconmensurable al describir sólo situaciones de violencia entre personas que han tenido o tienen una relación afectiva. Esta perspectiva excluye muchos elementos jurídicos que provocan procesos judiciales en el contexto judicial civil, de familia o constitucional (Bermúdez-Tapia, 2011 a, p. 21).

Un error material al momento de planificar una política pública consiste en sobredimensionar unos casos de violencia familiar y preterir otros que no han encontrado solución en el sistema judicial entre personas que han formado o forman parte de una relación familiar disfuncional o en crisis (González, 2013, p. 219).

La negligencia del Estado permite apreciar un error que luego se expone en forma amplificada en la deslegitimidad de las funciones y actividades del poder judicial, ministerio público, tribunal constitucional, ministerio de justicia, ministerio de la mujer y otras entidades públicas vinculadas a la atención de conflictos sociales (Bermúdez-Tapia, 2018 a, p. 167).

Esta condición negativa permite proyectar un error en el ámbito de la realidad nacional (Bermúde-Tapia et al, 2020 b), donde las situaciones de violencia familiar pueden provocar una crisis aguda en el país a raíz de la disfuncionalidad del sistema judicial, sin tomar en cuenta que el problema material está “fuera” de la evaluación de los expedientes judiciales que evalúan casos de violencia familiar.

En este contexto se plantea una investigación derivada del proyecto “Análisis del impacto político, económico y social de la corrupción en la gestión pública”, ejecutado en la Facultad de Derecho de la Universidad Privada San Juan Bautista aprobado por Resolución del Vicerrectorado de Investigación N° 017-2021-VRI-UPSJB. Esta investigación da cuenta del error en el diseño de políticas públicas que se vinculan al ámbito de la gestión pública en el país.

Esta investigación presenta un documento que, desde una metodología cualitativa, descriptiva y causal basada en el estudio y contraste de las estadísticas judiciales, evalúa la crisis social peruana y hace un registro de los diferentes niveles de violencia entre integrantes de una familia en crisis o disfuncional. Como objetivo de investigación se plantea la necesidad de evaluar los contextos prejudiciales y extrajudiciales que preexisten a la crisis familiar que no son analizados en el estudio jurídico de un expediente judicial.

I. UNA REALIDAD CRÍTICA: LA VIOLENCIA FAMILIAR EN EL PAÍS

Las estadísticas sobre casos de violencia familiar en el país progresan numéricamente en forma alarmante. Desde la promulgación de las primeras normas sobre violencia familiar en el año 2000 hasta la fecha, las modificaciones normativas no han logrado atenuar o ejecutar un verdadero control preventivo sobre cifras de violencia en el Perú (Mendoza, 2011, p. 45).

A pesar que los juzgados han cambiado de denominaciones y de funciones, se han incrementado en cuanto al número, se han sub especializado y se han implementado numerosos procesos de actualización de conocimientos a los jueces, servidores judiciales, fiscales, asistentes de función fiscal y abogados litigantes, los resultados parecen ser ineficaces. (Bermúdez-Tapia, 2012, p. 209).

El registro de casos de violencia familiar ha provocado una sobrecarga procesal en los diferentes órganos judiciales, donde las sentencias, medidas de protección, recursos cautelares y resoluciones preliminares no logran tener efectividad entre las partes en conflicto (Chávez, 2005).

El sistema judicial no ha logrado identificar correctamente la génesis del conflicto, por cuanto esta no suele ser detallada en las denuncias o demandas, según sea el caso. La sobrecarga procesal limita la *inmediación judicial*, esencial en este tipo de situaciones.

Una constante es que solo el contexto jurídico especial es registrado y evaluado, por lo que el conflicto familiar preexistente subsiste y se amplifica permitiendo que las *partes procesales* puedan ejecutar otros procesos judiciales en otras especialidades y órganos judiciales.

La realidad permite detallar el siguiente esquema:

- a. En los juzgados penales, los casos de *violencia física* que pueden ser casos de “lesiones leves”, “lesiones graves” o “feminicidio”, en sus modalidades de tentativa o de ejecución de acto punible, no se evalúan las situaciones que han pre existido entre las personas identificadas como “sujeto activo” y “sujeto pasivo” del delito.

Los casos de “alimentos”, “tenencia”, “régimen de visitas” o “filiación” quedan excluidos de toda evaluación en el expediente judicial porque estos procesos deben ser evaluados en el ámbito judicial civil o de familia.

Esta situación no permite determinar si los *elementos probatorios* de un tipo de proceso tienen el

mismo nivel de vinculación o producen el mismo resultado en otros procesos.

- b. En el ámbito judicial de familia, los contextos multidiversos que desarrollan las *partes en conflicto* son totalmente diferentes a las realidades judiciales que pueden desarrollar las *partes procesales* (Alonso et al, 2006, p. 253). Las exigencias de adecuarse y de tener *legitimidad e interés para obrar* pueden excluir del derecho de acción a una persona que materialmente puede tener una vinculación con una parte en un proceso de “alimentos”, “tenencia”, “filiación” o “régimen de visitas” (Bermúdez-Tapia, 2021, p. 487). El trámite de medidas de protección o de procesos penales en curso no provocan una mayor condición procesal o judicial en relación con el trámite del proceso en la especialidad y por eso las *partes débiles* de la familia en crisis pueden verse más perjudicadas ante la violencia que se registra fuera del juzgado y que provoca situaciones como el Síndrome de Burnout. Esto hace que se *desistan de procesos* o ejecuten un *abandono procesal*.
- c. La violencia parece formar parte de un “punto ciego” en el ámbito judicial civil y parece influir en la configuración de la legislación sobre violencia familiar. La diferenciación entre “conflicto civil puro” y “conflicto civil-familiar” es un elemento muy importante y significativo, aunque no ha logrado modificar las reglas procesales y probatorias que usualmente se aplican en el trámite del proceso civil. Es posible inadvertir que en casos de “ayudas y salvaguardias” a personas con incapacidad, en situaciones de nulidad de sucesiones intestadas o planteamientos de nulidad de actos jurídicos, el verdadero origen del problema es un *conflicto familiar* sobre todo por la mala fe de una persona que ha generado un abuso de derecho respecto de su propia familia, a la cual perjudica y divide.

Esta situación permite evidenciar que en las diferentes *especialidades judiciales* no existe una correlativa comunicación y por eso los jueces no llegan a tener conocimiento de lo que se está ejecutando en “forma paralela”. De esta manera se genera una *ampliación del conflicto familiar*, porque las partes procesales pueden “atomizar” el problema familiar para así generar un proceso de “alimentos”, otro proceso de “tenencia o régimen de visitas” y otro sobre “violencia familiar”.

Esta situación limita al propio Estado en la reformulación de un marco normativo que pueda dar solución a un problema que enfrentan las partes en varios procesos judiciales.

II. ELEMENTOS FAMILIARES, SOCIALES, PROBATORIOS, PROCESALES, JUDICIALES Y ECONÓMICOS A SER REFORMULADOS EN EL ÁMBITO DE LA EVALUACIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR

Tomando en cuenta que los casos de violencia familiar implican una evaluación multidisciplinaria y transversal surge la necesidad de identificar algunas condiciones dogmáticas para generar una mejor evaluación de una realidad que en el tiempo se transforma.

a. Respeto de la identificación de las personas y sujetos procesales.

Este es el primer elemento cuestionado en un caso de violencia familiar, especialmente porque todas las entidades vinculadas al ámbito del servicio de impartición de justicia no se han percatado que surge una diferenciación entre las *partes procesales* y los *sujetos involucrados en un conflicto familiar*.

Esta diferenciación permite detallar que las “partes procesales” son aquellos que por ley están legitimados y tienen interés para obrar, con lo cual se les habilita el *derecho de acción* para la ejecución de alguna iniciativa judicial en el ámbito civil y de familia.

Una condición diferente al contexto penal, por cuanto la “notitia criminis” permite que cualquier sujeto pueda plantear una denuncia o dar aviso a una autoridad policial, fiscal o judicial sobre un hecho considerado presuntamente delictivo (Gómez et al, 2017, p. 139).

Los hijos, los abuelos, las segundas parejas o los hijos de una segunda relación familiar no pueden formar parte del proceso judicial que un “familiar” tiene con otros sujetos, porque sus “derechos, intereses y condiciones subjetivas” deben ser evaluados en forma autónoma (Bermúdez-Tapia, 2020 c, p. 117).

Una referencia sencilla puede graficar esta situación: Si un varón tiene hijos en dos parejas y con ambas registra una situación de separación o de conflicto en el ámbito económico, probablemente deberá ejecutar varios procesos judiciales para atender, cubrir o solicitar la reducción de la pensión de alimentos que le sea impuesta.

Los hijos de esta persona, pese a tener los mismos derechos, los hijos de esta persona podrían tener una vinculación a resoluciones judiciales que diferencien las condiciones económicas del obligado a prestar alimentos hasta que todos los hijos tengan una pensión económica alimentaria proporcional y equivalente. El sistema judicial tiene una legislación que no ha tomado en cuenta estas situaciones, pese al registro material de *familias ensambladas, paralelas o sucesivas* en la realidad social peruana.

b. Respeto del trámite de varios procesos.

El segundo error en la evaluación de situaciones de violencia familiar es el hecho del trámite en *paralelo, complementario, derivado, secundario y extraordinario* de otros procesos judiciales.

Los conflictos familiares son “divididos” o “atomizados” en varios procesos y la legislación permite esta condición porque al momento de promulgar las leyes penales, civiles, procesales, no se tomaba en cuenta que las situaciones de violencia familiar podían provocar una serie de acciones judiciales autónomas y contradictorias entre sí.

La legislación inclusive permite que el proceso pueda iniciarse en instancias judiciales de diferente nivel, en particular respecto de las competencias que se registran en los juzgados de paz y en los juzgados especializados en el ámbito del derecho de familia.

- Manuel Bermúdez Tapia

Estas situaciones provocan que las partes en conflicto puedan ejecutar varias acciones judiciales con el objetivo de generar una mayor condición negativa entre ellas y así tener un mejor margen de dominio sobre el conflicto. Esto permite generar el *efecto Doppelganger* (Bermúdez-Tapia, 2019 a, p. 110).

c. La nula evaluación del “tiempo” en la evaluación del conflicto familiar (Bermúdez-Tapia, 2016, p. 319).

El tercer elemento que no logra ser analizado diligentemente en el diseño de políticas judiciales y de políticas públicas de control social es la invisibilidad del factor “tiempo” en el desarrollo de una situación familiar en crisis, que luego se extiende a la “invisibilización de *nuevas víctimas*”, como por ejemplo se ha registrado en Colombia al final del conflicto armado interno con respecto de las FARC-EP. (Sierra-Zamora et al, 2020 a)

El tiempo no es tomado en cuenta en el trámite del proceso ni en los efectos de la sentencia, porque se asume que el “expediente” sólo se limita a evaluar los petitorios en la demanda civil o de familia o en la denuncia formulada en casos penales (Bermúdez-Tapia, 2017 c, p. 45).

Este error no permite percatarse que en los casos de alimentos, el alimentista tiene expedita la opción de solicitar el incremento de la “pensión de alimentos” en la medida en la que va creciendo o requiriendo la atención de otras necesidades.

Consecuentemente, los jueces no perciben que los “alimentos” deben ser ajustados en el tiempo, tanto a favor de quien lo pueda sustentar como para “reducir” la obligación en caso de que el prestador de la obligación acredite tener otros hijos.

Estos tres elementos referenciales permiten afirmar que es importante evaluar otros aspectos tangenciales. En caso contrario no será posible evaluar el contexto de violencia social en el país.

III. EN LA SOCIEDAD PERUANA SE REGISTRA UNA VIOLENCIA FAMILIAR PROGRESIVA

Los niveles de violencia familiar son *progresivos* y se van agudizando en la medida en que las *personas involucradas* no plantean la tutela de sus derechos, intereses o no exteriorizan el conflicto con algún familiar o pareja.

Tanto la víctima como el agresor no toman en cuenta que este problema se incrementará hasta llegar a niveles insostenibles, el agresor sentirá una mayor necesidad de imponer su voluntad agresiva y la víctima cada vez más insegura (Rodríguez et al, 2006, p. 50).

Tomando en cuenta las estadísticas del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2014), las

que no han podido ser actualizadas porque las referencias judiciales se han incrementado en forma desmedida, es posible enumerar las siguientes referencias puntuales:

- a. El 91% de situaciones de feminicidio se producen en un contexto íntimo.
Sucedee en el interior de una casa, la habitación de un hospedaje o residencia temporal o en un ambiente en el cual la pareja ha tenido intimidad, tanto en lo afectivo como en los hechos de violencia.
- b. El 87% de los casos de feminicidio se producen contra mujeres adultas, especialmente porque de por medio se registra una condición *familiar*, que se relaciona con la progenie.
En los casos de feminicidios de mujeres menores a los 20 años, la estadística detalla una condición familiar en crisis. Los casos de feminicidio son excepcionales contra mujeres menores de 18 años.
- c. El 84% de casos de feminicidio se producen por la acción directa de la pareja afectiva o sexual. La evaluación de la “relación” entre el agresor y la víctima suele estar caracterizada de compleja y violenta.
- d. El 74% de casos de feminicidio registra hijos entre el agresor y la víctima. En estos casos suelen preexistir crisis familiares ocasionadas por ruptura, infidelidad o adulterio.
- e. El 48% de las causas de feminicidio responde a los celos del agresor, lo cual demuestra que la *salud mental* de las personas que no toleran la frustración o registran patologías pre existentes a la misma relación familiar no han sido materia de ninguna evaluación a nivel de política pública y por ello en la sociedad peruana muchas personas que provienen de contextos familiares críticos o violentos o que hayan sufrido los estragos del terrorismo exteriorizan su violencia en el ámbito familiar (Pueyo, 2012, p. 199).
- f. El 40% de las causas de feminicidio responde a la decisión de la víctima de separarse del agresor, lo cual demuestra una situación de inestabilidad psicológica y económica que afecta a la víctima que suele padecer el Síndrome de Estocolmo (Bermúdez-Tapia, 2019 b, p. 11).

Cabe señalar, sin embargo, que solo se ha evaluado a las relaciones nucleares sin tener en cuenta que en nuestro país se han registrado casos de “nuevos tipos de relaciones familiares” como la *familia ensamblada*, *familia paralela* o la *familia sucesiva*.

Estas características de las crisis de las relaciones familiares no solo se producen en el contexto peruano sino que se registran a nivel de Latinoamérica. (Bermúdez-Tapia, 2017 b, p. 539)

IV. LAS PARTES EN UNA RELACIÓN AFECTIVA TIENEN ELEVADOS NIVELES DE DEPENDENCIA EMOCIONAL

Centrándonos en la evaluación de las relaciones familiares disfuncionales derivadas de una relación matrimonial (a), convivencial (b), concubinaria (c) o afectiva (d), las parejas en situación de violencia familiar suelen desconocer sus problemas psicológicos y psiquiátricos y trasladan los niveles de responsabilidad de sus acciones a factores externos, generalmente vinculados al manejo del perfil personal frente a contextos sociales amplios (Robichaux, 2008)

Así los principales “factores” denunciados por las parejas en crisis por violencia suelen ser:

a. Problemas económicos

Los casos de feminicidio revelan que el agresor es usualmente el *proveedor* económico de la familia y que el nivel de dependencia económica de la víctima reduce el hecho de que esta persona busque un nivel de autoprotección (Maldonado et al, 2020, p. 511).

Según el análisis de las estadísticas, las parejas que han protagonizado casos de feminicidio procrearon un promedio de dos o tres hijos.

b. Contextos disfuncionales en la interacción afectiva.

Las personas involucradas en relaciones disfuncionales que las han llevado a niveles de agresión física, *incluso hasta el feminicidio*, suelen registrar problemas de salud mental o un nivel de dependencia emocional muy notorio.

Los celos, las contradicciones y los problemas derivados de relaciones con terceras personas suelen provocar el incremento de la tensión en la pareja hasta situaciones de violencia física o psicológica.

c. Evaluación de derechos con respecto del acceso a servicios públicos.

A consecuencia de los dos elementos preliminares, las *partes débiles* de una situación de violencia familiar pueden no percibir inconvenientes en el ámbito del acceso a los servicios de justicia. Un hecho que se puede detallar y ampliar al contexto del sistema interamericano de derechos humanos, con casos que evalúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que ha registrado múltiples sentencias vinculadas a la evaluación de conflictos familiares y sociales (Aguilar et al, 201, p. 25).

La falta de atención a las víctimas de violencia familiar que no acuden a requerir algún tipo de auxilio legal o apoyo judicial suelen amplificar los niveles de desprotección en estos casos. (Bermúdez-Tapia, 2001, p. 333).

V. LA SALUD MENTAL DE LAS PERSONAS EN SITUACIONES FAMILIARES DISFUNCIONALES O EN CRISIS

Existe una *negligente visión estatal* en la evaluación del problema de la violencia familiar en nuestro país, principalmente debido al hecho de que se traslada y limita todo el problema al contexto jurisdiccional, sin tomar en cuenta que son las partes las que se encuentran en una situación personal de grave afectación debido a que no son conscientes de los problemas psicológicos o psiquiátricos que los afectan.

A continuación enunciaremos algunos factores que no se observan o analizan en el ámbito de la evaluación de un expediente judicial:

- a. El registro de patologías en las partes involucradas en un contexto de violencia.

La evaluación de las condiciones y capacidades psicológicas y psicosociales de las personas en una relación de pareja disfuncional permite diagnosticar el estado de la salud mental individual de cada una de estas personas.

En este sentido, es posible detallar que las siguientes patologías no logran tener impacto en el trámite del proceso judicial:

- i. El síndrome de Estocolmo respecto del secuestrador emocional en contextos de violencia psicológica contra las víctimas (Rizo- Martínez, 2018, p. 81).
 - ii. La Hybristophilia respecto del *personaje perjudicial o dañino* a la víctima en casos de procesos de violencia familiar en el ámbito penal, donde la víctima no tiene un comportamiento procesal acorde a la necesidad de tutelar sus propios derechos o integridad física (Pettigrew, 2019, p. 419).
 - iii. El factor de *fertilidad socio múltiple* respecto del progenitor con familias con varias parejas. Esta situación pone en evidencia casos de violencia en los *núcleos familiares disfuncionales* y no se registre el mismo nivel negativo en los segundos *núcleos familiares* (Piña et al, 2019, p. 53).
- b. Casos en los que se registra contextos de alienación y obstrucción del vínculo que limita la relación familiar.

Los progenitores con hijos menores de seis años suelen no valorar el contexto negativo que generan respecto de los hijos y esta situación se incrementa cuando se analizan casos de alienación parental, que en los ámbitos judiciales no generan una evaluación pericial objetiva (Bermúdez-Tapia, 2011 b, p. 43).

- Manuel Bermúdez Tapia

En este ámbito, las situaciones de alienación parental provocan casos de *sustracción de menores* y por ello el nivel de violencia se traslada a los progenitores. La parte más débil de la relación corre mayor riesgo de sufrir daños en su integridad física por agresiones físicas o feminicidio.

Hasta la actualidad el sistema de impartición de justicia no ha logrado generar una línea de acción uniforme para reformular la legislación sobre violencia familiar en el país.

CONCLUSIONES

- Los diferentes órganos que componen el sistema de impartición de justicia -poder judicial, ministerio público, tribunal constitucional -no han logrado complementar tareas y objetivos comunes en los casos de violencia familiar judicializada. Por eso la *legislación* nacional resulta insuficiente para la atención de estos casos.
- La evaluación negligente del conflicto familiar permite evidenciar que pocos agentes que participan en el diseño de políticas públicas, tanto en lo penal como en lo civil y familiar, han percibido la imperiosa necesidad de complementar líneas de evaluación para así plantear una solución eficiente a un problema que se va incrementando en los últimos años.
- Urge una línea uniforme de acción procesal, probatoria y judicial para la construcción de una política judicial mucho más eficiente que se base en las líneas dogmáticas del *derecho procesal de familia*. *Esta sinergia permitirá* acumular procesos y trámites judiciales cuando se registren a las mismas personas en otros procesos judiciales diferenciados por razón de la especialidad (Sierra-Zamora et al, 2020 b).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar Cavallo, Gonzalo; Algarín Herrera, Gloria; Arcaro Conci, Luiz; Bermúdez-Tapia, Manuel; Garat, Paula; Mendieta, David (2021) *El control de convencionalidad: Ius Constitutionale Commune y diálogo judicial multinivel latinoamericano*. Santiago de Chile: Tirant lo Blanch

Alonso Varea, J. M., & Castellanos Delgado, J. L. (2006). Por un enfoque integral de la violencia familiar. *Psychosocial intervention*, 15(3), 253-274.

Bermúdez-Tapia, M. (2001). Categorías de Ciudadanía en el Perú, por el goce de derechos fundamentales. *BIRA Boletín del Instituto Riva Agüero* (28), 333-343.

Bermúdez-Tapia, M. (2007) La violencia familiar invisible provocada por la separación o divorcio. *Campus (Revista de la Escuela de Postgrado de la UPAO)*, 2(3), 07-33.

Bermúdez-Tapia, M. (2011 a) *La constitucionalización del derecho de familia*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante

Bermúdez Tapia, M. (2011 b). Redefiniendo el Derecho de Familia en la tutela del vínculo familiar en la jurisprudencia peruana. *Revista de Derechos Fundamentales de la Universidad Viña del Mar*, (5), 43-62 <https://repositorio.uvm.cl/xmlui/bitstream/handle/20.500.12536/632/05.043-062.Bermudez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Bermúdez-Tapia, M. (2012) *Derecho procesal de familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de familia*. Lima: Editorial San Marcos

Bermúdez-Tapia, M. (2016) “Derechos Humanos en el ámbito judicial. La tutela del plazo razonable y de la economía procesal”, en Escalante López, Sonia; Armienta Hernández, Gonzalo; De Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc; López Castro, Marín y Martínez Lazcano, Alfonso (Coordinadores) *Derecho procesal convencional y la inconventionalidad. Textos jurídicos en homenaje a Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, pp. 319-332

Bermúdez-Tapia, Manuel (2017 a) *Los Derechos y Obligaciones Paterno Filiales*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica

Bermúdez-Tapia, M. (2017 b) “La Tutela de los Derechos de Naturaleza Familiar en la CIDH”, en Cucarella Galiana, Luis Andrés (Director) *Justicia Convencional, Neoprocesalismo Internacional*. Bogotá [Colombia]: Editorial Nueva Jurídica - Universitat de Valencia, pp. 539-545

Bermúdez-Tapia, Manuel (2017 c) *El Derecho de Familia en la postmodernidad*. Trujillo: UPAO

Bermúdez-Tapia, M. (2018 a) Legitimidad de la legislación en el Estado de Derecho, en Martínez Lazcano, A. J. e Islas Colín, A. (Eds.) *Derechos humanos y su interacción en el Estado Constitucional*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, p. 167-186

Bermúdez-Tapia, Manuel (2019 a) *Elementos procesales y probatorios en el Derecho de Familia*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica

Bermúdez-Tapia, Manuel (2019 b) *La evaluación constitucional de derechos en el Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica

Bermúdez Tapia, M. A., Sierra Zamora, P. A., y Fernández Osorio, A. E. (Eds.) (2020 a). *La tutela de derechos individuales y colectivos en el Estado de derecho*. Sello Editorial ESMIC

Bermúdez-Tapia, M., Sierra-Zamora, P.A, y Fernández-Osorio, A.E. (2020 b) (Eds.) *El Estado ante emergencias sociales*. Bogotá: ESMIC

Bermúdez-Tapia, M. (2020 c) El bloque de convencionalidad en el desarrollo del ISN que evalúa derechos de orden multidimensional e interdependientes a favor de niños y adolescentes”. *Revista oficial del Poder Judicial*. 11(13), 117-138 <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.41>

Bermúdez-Tapia, Manuel (2021) La incidencia de los derechos individuales en el contexto familiar como una proyección de un nuevo modelo de evaluación de derechos sociales, en Aguilar Cavallo, Gonzalo y Nogueira Alcalá, Humberto (Coordinadores) *La evolución de los derechos sociales en un mundo global*. Santiago de Chile: Tirant lo Blanch, pp. 487-504

Chávez, J. (2005). Violencia familiar. *Cuadernos de Investigación del Centro de Estudios de la Mujer, Número Uno*. México: ENTS-UNAM.

Gómez Afanador, D. M., & Estrada Jaramillo, L. M. (2017). Dificultades en las competencias jurisdiccionales en materia de violencia intrafamiliar de las comisarías de familia. *Revista CES Derecho*, 8(1), 139-155.

González Ramírez, I. X. (2013). Justicia restaurativa en violencia intrafamiliar y de género. *Revista de derecho (Valdivia)*, 26(2), 219-243.

Maldonado, V., Álvarez, J. C. E., Cabrera, E. P., & Zurita, I. N. (2020). Violencia económica y patrimonial. Acceso a una vida libre de violencia a las mujeres. *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas*, 5(8), 511-526.

Mendoza, J. L. (2011). Determinantes de la violencia familiar contra las mujeres en el Perú: una estimación econométrica. *Pensamiento crítico*, (15), 45-60.

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2014) *Resumen estadístico de casos con características de feminicidio consumado y tentativa a nivel nacional (enero – octubre 2014)*. http://www.mimp.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=1407&Itemid=431

Pettigrew, M. (2019). Aggressive hybristophilia in men and the affect of a female serial killer. *The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, 30(3), 419-428.

Piña López, J. A., & Rivera Icedo, B. M. (2009). Predictores del comportamiento sexual con múltiples parejas en estudiantes de educación superior: un análisis por género. *Acta Colombiana de Psicología*, Vol. 12, no. 1 (ene.-jun. 2009); p. 53-65.

Pueyo, A. A. (2012). Presente y futuro de la violencia interpersonal en las postrimerías del estado del bienestar. *Anuario de psicología/The UB Journal of psychology*, 199-211.

Rizo-Martínez, L. E. (2018). El síndrome de Estocolmo: una revisión sistemática. *Clinica y Salud*, 29(2), 81-88.

Robichaux, David & Vera, Ana (2008) *Familias y culturas en el espacio latinoamericano*. México: Universidad Iberoamericana.

Rodríguez, L. C., García, A. C., González, H. L., & Manzur, J. N. R. (2006). Violencia intrafamiliar. Un punto de vista. *Acta Pediátrica de México*, 27(1), 50-52.

Sierra-Zamora, P. A. y Bermúdez-Tapia, M. (2020 a) La invisibilidad de la identificación de víctimas en las fuerzas militares y el inicio de una crisis en la defensa y seguridad nacional a raíz del Acuerdo de Paz. *Vniversitas* (69). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.iivf>

Sierra-Zamora, P.A., Bermúdez-Tapia, M. y Arango Calderón, I.Y. (2020 b) (Eds.) *Elementos judiciales y procesales en contextos de cambios sociales*. Bogotá: ESMIC,



Cóndores - Víctor Humareda

INTRODUCCIÓN AL DERECHO EDUCATIVO EN EL PERÚ *INTRODUCTION TO EDUCATIONAL LAW IN PERU*

Nuccia Seminario Hurtado¹
Miriam Lorena Leonor Cruz Patricio²

RESUMEN

El presente artículo analiza el estudio de la gestión educativa desde una perspectiva pedagógica, institucional y jurídica. Además determina las características principales de la gestión educativa a nivel universitario con la finalidad de fortalecer la política de gestión educativa para brindar una enseñanza de calidad y excelencia académica.

Palabras Clave: Gestión, calidad, educación, derecho, sistema educativo.

-
- 1 Abogada. Maestría en docencia universitaria y gestión educativa. Candidata a magíster en defensa de los Derechos Humanos (México). Especialista en Derecho Educativo y Derecho Indígena. Articulista y conferencista internacional en temas relacionados con la educación indígena y los derechos lingüísticos. ORCID. <https://orcid.org/0000-0002-1805-7780> Contacto: nuccia.seminario@unach.mx
 - 2 Estudiante de noveno ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo, miembro de la secretaría interdisciplinaria del círculo de estudios Logos y Ethos. Actualmente se desempeña como encargada del área de investigación del Instituto de Capacitación Jurídica. ORCID. <https://orcid.org/0000-0002-8469-1026> - micruzpatricio@gmail.com

ABSTRACT

This article analyzes the study of educational management from a pedagogical, institutional and legal perspective, together with this, it determines the main characteristics of educational management at the university level in order to strengthen the educational management policy and provide quality teaching and excellence.

Key Words: *Management, quality, education, law, educational system.*

INTRODUCCIÓN

La educación es un derecho humano, constitucional, convencional y social que contribuye con los fundamentos necesarios para el desarrollo del pensamiento, de la ideología y de su libertad, permitiendo que el hombre produzca su cultura y transforme su sociedad en un determinado espacio geográfico (Bermúdez, 2000). Este es un derecho fundamental reconocido a nivel nacional e internacional en instrumentos jurídicos que conciben a la educación como derecho y como garantía gratuita y obligatoria..

El Estado garantiza la educación a la sociedad a través de políticas públicas, normas jurídicas y criterios que fortalezcan a las instituciones educativas, además de aplicar un plan estratégico que brinde una gestión pedagógica, académica, administrativa y financiera de alta calidad educativa. En strictu sensu, este conjunto de gestiones y/o actividades forman parte de la gestión educativa y garantizan la legitimidad del Estado ante su población (Bermúdez, 2018, p. 167)

En nuestro país se ha regulado la gestión educativa como derecho. Así nace el derecho educativo como disciplina jurídica, científica y autónoma que tiene como finalidad el desarrollo de la educación y de la gestión educativa a través del sistema nacional educativo que posee nuestro Estado.

En este artículo abordaremos la integración y/o evolución de la educación y la gestión educativa como pilas fundamentales para el desarrollo del derecho educativo que forma parte del derecho público. Finalmente, se abordará específicamente las políticas públicas y los cambios normativos a nivel universitario, ya que consideramos que una educación y gestión de la calidad educativa impactarán en favor de la futura generación de nuestro país.

I. LA EDUCACIÓN COMO PILASTRA FUNDAMENTAL DEL SER HUMANO

La palabra educación proviene del vocablo latín «*educare*», cuyo significado es ‘criar’, ‘nutrir’ o ‘alimentar’, y «*educere*» significa promover al desarrollo intelectual del educando. Es el proceso de facilitar el aprendizaje, conocimientos, habilidades, valores, creencias y hábitos de un grupo de personas que los transfieren a otras a través de diversos métodos. (Cifuentes, Pineda & Torres, 2021, p.297)

La definición sustantiva de educación versa en diversas concepciones atribuidas de acuerdo con el tiempo, el espacio y el contexto. Por ello es preciso abordar su ámbito conceptual desde una mirada crítica de los autores clásicos.

En su segundo libro Diálogos, Platón (siglo II A.C.) describe a la educación desde fuera y desde dentro de la persona. Educar es dar el cuerpo y alma a toda la belleza y perfección de la que son capaces. En el caso de Aristóteles, en su libro VIII sobre “Política” se refleja como un autor y filósofo que entiende la educación desde los sentimientos de placer y dolor hacia el orden ético. (Renes, 2020, p.21)

Esta definición de la educación clásica basada en el aprendizaje del arte con un pensamiento crítico enfocado en los valores y principios morales se centró en un proceso de desarrollo integral, humanista y virtuoso, que tiene como finalidad el progreso moral y cultural de los aprendices. La educación clásica ha sido el primer estudio de los discentes en la sociedad griega, donde la educación se impartía desde la perspectiva artística, humanística y axiológica.

Seguidamente, Fullat i Genis expresa que “los pensadores clásicos, mayoritariamente, hicieron un uso axiológico del significante educación. Platón y Aristóteles utilizaron *paideia*³ refiriéndose simultáneamente a la cultura, a la estética, a la moral y a la política. No definieron el hecho educacional en su autonomía procesual, sino que mezclaron juicios facticos y juicios de valor. Aquí radica otra fuente de peligros si uno traduce, tan tranquilo, *paideia* por educación.” (...) (1992, p.149)

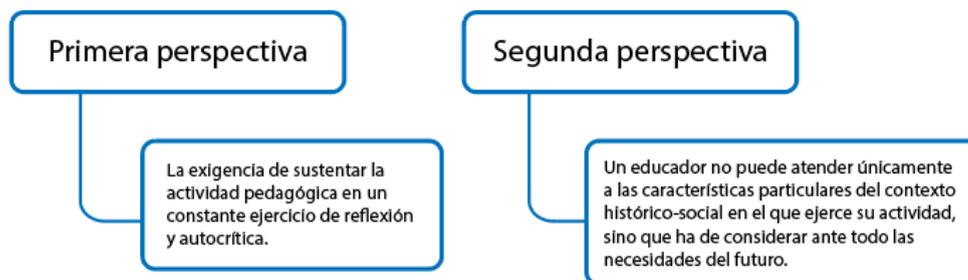
A propósito de ello, Durkheim (1975) señala que:

En las ciudades griegas y latinas, la educación enseñaba al individuo a subordinarse ciegamente a la colectividad; en Atenas se trataba de formar mentes delicadas, cautas, sutiles, amantes de la medida y de la armonía; en Roma se deseaba ante todo que los niños se hicieran hombres de acción, entusiastas de la gloria militar. En el Medioevo la educación era ante todo cristiana; en el trascurso del Renacimiento adopta un carácter más laico y más literario; hoy en día la ciencia tiene tendencia a ocupar en la educación el puesto que el arte tenía antaño. (p.44)

Durante la época de la Ilustración se atribuyó al concepto de educación como una “una significación eminentemente a la moral y a la política que Kant atribuyó; en efecto, tales reflexiones se sustentan en una concepción del hombre como ser perfectible y en la idea de un progreso constante del género humano, y se hallan vinculadas, por consiguiente, con principios y conceptos fundamentales de la doctrina crítica.” (Beade, 2017, p. 650)

3 En griego *παιδεία* significa educación o formación.

En ese sentido, ilustramos el concepto de educar desde una doble perspectiva, a partir de la filosofía kantiana:



Fuente: Beade, 2017, p.651

Cuadro: Elaboración propia

Beade (2011) señala que Kant en sus *Lecciones de pedagogía* expresa que toda empresa educativa se halla naturalmente orientada al futuro en el siguiente escenario:

Un principio del arte de la educación [...] es que no se debe educar [...] conforme al presente, sino conforme a un estado mejor de la especie humana, posible en el futuro; es decir, conforme a la idea de humanidad y de su completo destino. Este principio es de la mayor importancia [...] Una buena educación es precisamente el origen de todo bien en el mundo. (Ak. IX: 446)

Rojas- León (2014), en este sentido, expresa que:

Para Max Weber la educación interviene en la sociedad por medio de los estamentos. Se enfoca en el tema del poder detrás del nombramiento de profesores universitarios y sostiene que inevitablemente las influencias políticas condicionan el avance o estancamiento de algunos. Le interesa destacar el factor ideológico de la educación detrás de la dominación y la reproducción de las condiciones de producción y la marginalidad que sufre la clase proletaria respecto a las condiciones en las que se desarrolla su educación. (p.50)

Durante el siglo XIX se determinó que la educación sería entendida como un “proceso de adaptación progresiva de los individuos y de los grupos sociales al ambiente, por el aprendizaje, valorizado, y que determina individualmente la formación de la personalidad, y socialmente la conservación y la renovación de la cultura”. (Bittencourt, 1954, p.299).

Para Émile Durkheim (1999) la educación es un ente eminentemente social, tanto por sus orígenes como en sus funciones. Por ello la pedagogía depende de la sociología más estrechamente que de cualquier otra ciencia. Es decir, para el sociólogo francés la educación se debe percibir como un hecho social donde se pone en contacto al niño con una sociedad.

Posteriormente, el autor definió a la educación como la acción ejercida por las generaciones adultas sobre aquellas que no han alcanzado todavía el grado de madurez necesario para la vida social; es decir, la educación tiene por objeto suscitar y desarrollar en el niño un cierto número de estados físicos, intelectuales y morales que exigen de él tanto la sociedad política en su conjunto como el medio ambiente específico al que está especialmente destinado.

El norteamericano Thorstein Veblen afirma que el ser humano goza de instintos que involucran a la consciencia y proveen al actor de propósitos básicos; es decir, dirigen la conducta al imprimirle metas a las acciones. Estos instintos humanos orientados a la sobrevivencia del grupo son el del trabajo, que está dirigido a la creación y la producción eficiente de objetos útiles; el parental, cuyo fin es la sobrevivencia y la mejora de la especie por medio del cuidado y la educación de las nuevas generaciones; y el de la curiosidad ociosa, que impulsa hacia el conocimiento como un objetivo valioso en sí mismo.

Este autor considera que la educación es fundamental en el desarrollo de hábitos mentales y éstos, a su vez, tienen un valor económico importante. La cultura pecuniaria de la clase ociosa, es decir, su esquema general de vida, se expresa en las instituciones educativas, así como en los conocimientos que se imparten en ellas. Por tanto, se propuso “poner de manifiesto el método y la tendencia de la influencia ejercida por esa clase ociosa sobre la educación” (Veblen, 1899/2005, p 371)

Según Maturana -citado por Mora-Olate (2020) -“la tarea de la educación consiste en crear un espacio relacional en el que nuestros niños puedan crecer para vivir en el presente, en cualquier presente, conscientes del futuro posible o deseado, pero no alineado en ninguna descripción de él”. (p.203) De nuestra parte, consideramos que la educación implica un conjunto de métodos, sapiencia y valores que moldea la personalidad del individuo, a través de los conocimientos y experiencias adquiridas en el proceso de aprendizaje concebido; es decir, es un medio por el cual la persona humana puede desarrollarse en la sociedad, a efectos de cumplir su proyecto de vida mediante las habilidades, destrezas y competencias adquiridas. Por tal razón la educación genera cambios y transforma vidas.

En la actualidad, la educación ha sufrido cambios debido a la globalización, así como a la exigencia de competitividad, eficiencia y calidad de la neotecnología. Estos factores han causado que la UNESCO fije nuevos pilares para la educación de este siglo: aprender a conocer, aprender a hacer, aprender a ser y aprender a convivir; además de valorar lo emocional y la multidimensionalidad de la inteligencia. Es decir, la educación se va a enfocar en el desarrollo de capacidades múltiples y la práctica de valores de sus educandos de manera simultánea, equilibrada, dinámica e integrada.

II. LA EDUCACIÓN COMO DERECHO HUMANO

En la actualidad, la educación es inclusiva como resultado de una firme y perseverante actitud por lograr su reconocimiento como derecho inherente a la persona sin importar su condición económica, social, sexo, raza, religión, ideología, entre otros.

De acuerdo con el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se remarca que toda persona tiene derecho a la educación, siendo el Estado quien debe garantizar su libre acceso y de forma gratuita para todos, además de promover la instrucción obligatoria a nivel primario y secundario.

La educación es un derecho fundamental intrínseco y un medio indispensable para la plena realización de otros derechos fundamentales, y permite al ciudadano participar plenamente en la vida social y política de sus comunidades, caso contrario podría generar un contexto de exclusión y de marginación que genera categorías de ciudadanía, las cuales contradicen el principio constitucional de igualdad (Bermúdez, 2001, p. 333).

Como ha denotado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, expediente N°0091-2005-PA/TC en su fundamento jurídico 6 “(...) a través de este derecho que se garantiza la formación de la persona en libertad y con amplitud de pensamiento, para gozar de una existencia humana plena, es decir, con posibilidades ciertas de desarrollo de las cualidades personales y de participación directa en la vida social.”

Desde una perspectiva constitucional, Rodríguez (2008) detalla:

El derecho a la educación se encuentra reconocido como un derecho fundamental en los diferentes instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en los cuales se han establecido una serie de obligaciones para los Estados parte, siendo ratificados por el Perú los siguientes: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, la Convención sobre los derechos del Niño, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el Protocolo Adicional a la convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- o Protocolo de San Salvador. (p.75)

Por ello indicó la normatividad internacional e interna que protege el derecho a la educación de los individuos:

Gráfico N° 1: Base normativa a nivel internacional de la protección del derecho a la educación

Tratado Internacional	Contenido
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	<p>Artículo 12.- Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas.</p> <p>Asimismo, tiene el derecho de que, mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad.</p> <p>El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado.</p> <p>Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos.</p> <p>Artículo 26.</p> <p>1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.</p>
Declaración Universal de Derechos Humanos	<p>2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.</p> <p>3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.</p>
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	<p>Artículo 13.</p> <p>1.- Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.</p>

Tratado Internacional	Contenido
Convención sobre los derechos del Niño	<p>Artículo 28.-</p> <p>1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:</p> <p>a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;</p> <p>b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad; c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;</p> <p>d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas; e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.</p> <p>2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.</p> <p>3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.</p>
Convención Americana sobre Derechos Humanos	<p>Artículo 26.- Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.</p>
Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos.	<p>Artículo 13.</p> <p>1.- Los Estados parte en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades a favor del mantenimiento de la paz.</p>

Fuente. Elaboración propia.

Gráfico N° 2: Principios del derecho a la educación	
Principios constitucionales nacionales dictados por el TC	Obligaciones derivadas de la interpretación hecha por el TC al derecho a la educación
<i>Principio de coherencia</i>	Coherencia con la Constitución (art 13.)
<i>Principio de libertad y pluralidad de la oferta educativa</i>	Opción para el desarrollo educativo (art 13.)
<i>Principio de participación</i>	Intervención del padre en aspectos educativos de su hijo/a (art 13.)
<i>Principio de obligatoriedad</i>	Obligatoriedad de contenidos éticos, cívicos y de derechos humanos en la currícula (art 14.)
<i>Principio de contribución</i>	Formación moral, cívica y cultural de la población (art 14.)
<i>Principio de libertad en el sistema educativo</i>	Libertad de enseñanza (art 13.); libre elección del centro docente (art 13.); libertad de conciencia de los estudiantes (art 14.); libertad de cátedra (art 17.); libertad de creación de colegios y universidades (art 17.)
<p><i>Fuente: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano, STC 4646-2007-PA.</i> <i>Elaboración: "El derecho a la educación en el Perú y sus componentes en un Estado Constitucional" del autor Jorge Luis Agüero Lovatón.</i></p>	

Con la intención de resaltar la importancia del derecho a la educación en el plano legislativo, normativo y jurisprudencial, nos hemos visto en la necesidad de realizar dicho análisis con el fin de ratificar que la educación es un derecho inalienable e inherente a las personas humanas.

Para Luque Ticona y otros (2019) la educación favorece el progreso social y económico de una región o país porque consiente el desarrollo de capacidades personales, es por ello que el objetivo fundamental de la educación consiste en dar una formación plena a los ciudadanos que les permita estructurar su identidad y fomentar sus capacidades para participar en la construcción de la sociedad (Bermúdez, 2020, p. 61).

Por nuestra parte, consideramos que el sistema educativo es el pilar responsable en promover el respeto, la tolerancia y empatía por la diversidad cultural en la sociedad y por la transformación de los ciudadanos en las distintas dimensiones: personales, sociales, políticas, tecnológicas y económicas, que se potencian a través de la educación integral, continua e inclusiva.

III. GESTIÓN EDUCATIVA

La gestión educativa es el conjunto de teorías, técnicas, principios y procedimientos aplicados al desarrollo del sistema educativo a fin de lograr un óptimo rendimiento en beneficio de la comunidad a la cual sirve. (Alvarado, 1990).

De la misma manera, Martí (2005), define a la Gestión Educativa como el conjunto de las distintas situaciones a nivel administrativo, político, económico que se llevan a cabo para alcanzar los objetivos de un plan educativo.

De nuestra parte, la gestión educativa debe entenderse como la disciplina encargada de emplear técnicas, métodos e instrumentos en el sistema educativo con el propósito de integrar las estrategias y elementos que componen el plan educativo para así conseguir fortalecer el desempeño en las instituciones educativas.

A continuación, las características que implica la gestión educativa:

- a. Centralidad en lo pedagógico, consiste en linear el aprendizaje a cada institución educativa y a todo el sistema en el logro de la formación.
- b. Reconfiguración, nuevas competencias y profesionalización, implica la transformación al rediseño del trabajo educativo bajo ciertos principios.
- c. Trabajo en equipo, esto tiene que ver con procesos que faciliten la comprensión, planificación, acción y reflexión conjunta acerca de qué se quiere hacer y cómo.
- d. Apertura al aprendizaje y a la innovación, trata de disponer estrategias sistemáticas para desplegar soluciones creativas y apropiadas para cada nueva situación problemática.
- e. Asesoramiento y orientación profesional consiste en aplicar distintas estrategias de gestión educativa que promuevan soluciones específicas a los procesos de enseñanza

La gestión educativa es el proceso de planificación, supervisión, ejecución y dirección de proyectos educativos y desarrollo institucional de manera integral de una institución educativa que vela por cumplir los actores en el ámbito académico, pedagógico, financiero, institucional, investigación y otros pertinentes que involucren el planeamiento y estrategias generales.

Botero Chica -citado por Ramírez, García y Ruiz (2017) -expresa que “la gestión educativa como disciplina es relativamente joven; su evolución data de la década de los setenta en el Reino Unido y de los ochenta en América Latina. Desde entonces han surgido y se han desarrollado diversos modelos que representan formas de concebir la acción humana, los procesos sociales y el papel de los sujetos en el interior de éstos.” (p.381)

Por nuestra parte, consideramos que la gestión educativa puede denominarse como la gestión del entorno interno de la entidad docente o también como gestión y liderazgo en la educación porque permite que el

desarrollo del perfil directivo y su interrelación con la comunidad educativa, a efectos de cumplir con el planeamiento estratégico educativo brindando una calidad total en el desarrollo de todos los aspectos que involucren el proceso formativo-educativo.

A continuación, las dimensiones que involucran la gestión en una institución educativa:

Gráfico N° 3: Gestión Universitaria	
Dimensión	Definición
Pedagógico	Involucra la construcción de los modelos educativos, metodologías de enseñanza y el acompañamiento pedagógico en pertinencia y coherencia con la oferta educativa.
Didáctica	Permite que la plana docente de una determinada institución pueda elaborar estrategias de enseñanza y enfoques pertinentes, a efectos, de impartir una enseñanza de alta calidad en los criterios de evaluación y resultados de planificación en las mallas curriculares, elaboración de clases, seguimiento al alumnado, entre otros.
Organizacional	La comunidad, los directivos, profesores, estudiantes y/o personal administrativo se involucran en la organización de la actividad educativa cumpliendo con las exigencias de estructura, control y evaluación de sus tareas y/o funciones que se evidencian en el mapa de perfil de puestos y en el organigrama de la institución.
Administrativa	Los directivos y/o personal administrativo involucran estrategias de gestión para el manejo de todas las áreas en tiempos requeridos y/o prudenciales, a efectos de realizar los determinados actos que involucran la gestión interna de la universidad, con el objetivo principal de conciliar los intereses individuales, colectivo e institucionales.
Comunitaria	Es el modo en el que todos los interactores de la gestión educativa comprenden las condiciones y necesidades de la comunidad de la que conforman, aunado a ello se involucran en la participación y gestión descentralizada de las actividades institucionales. En este ámbito es que se vinculan las políticas bilingües interculturales (Bermúdez, 2001, p. 14)
<i>Cuadro: Elaboración propia</i>	

IV. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA GESTIÓN EDUCATIVA A NIVEL UNIVERSITARIO

El derecho educativo es una disciplina jurídica que forma parte del Derecho Público, considerado como una disciplina autónoma que permite garantizar la calidad educativa en todos los niveles educativos. Su objetivo principal garantizar los derechos y deberes de todos los actores que actúan en el proceso educativo.

La gestión educativa a nivel universitario se encuentra regulada en nuestro sistema normativo interno como una pilastra, ya que actúa como un proceso de planificación, supervisión, ejecución y dirección

de proyectos educativos y desarrollo institucional de manera integral de una institución educativa que vela por cumplir en el ámbito académico, pedagógico, financiero, institucional, investigación y otros pertinentes que involucren el planeamiento y estrategias generales.

La gestión educativa a nivel universitario se encuentra regulada en nuestra carta magna vigente en sus artículos:

Artículo 18°.- La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica. El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia. Las universidades son promovidas por entidades privadas o públicas. La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento. La universidad es la comunidad de profesores, alumnos y graduados. Participan en ella los representantes de los promotores, de acuerdo a ley. Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes.

Artículo 19°.- Las universidades, institutos superiores y demás centros educativos constituidos conforme a la legislación en la materia gozan de inafectación de todo impuesto directo e indirecto que afecte los bienes, actividades y servicios propios de su finalidad educativa y cultural. En materia de aranceles de importación puede establecerse un régimen especial de afectación para determinados bienes.

Aunado a ello, el 08 de julio del 2014 se publicó en el diario oficial la ley universitaria- Ley N° 30220 -que regula el sistema de gestión educativa de las universidades en función a su formación profesional, investigación, extensión cultural y proyección social, educación continua y contribución al desarrollo humano.

Al respecto, Chanduví Cornejo (2016) expresó que:

Al promulgarse y publicarse la nueva Ley Universitaria N° 30220, esta causó una serie de cuestionamiento de diferentes sectores debido a la creación de la Superintendencia Nacional de Educación Superior SUNEDU, en reemplazo de la Asamblea nacional de Rectores (ANR) y el Consejo Nacional para la autorización del funcionamiento de las Universidades (CONAFU), el SUNEDU. La SUNEDU cuenta con las funciones básicas de otorgar licencias de funcionamiento, verificar la calidad mínima y fiscalizar el movimiento de los recursos económicos de las universidades públicas y privadas del país. (p.248)

Por ende, se interpuso un recurso de garantía constitucional tras alegar que la creación de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria -SUNEDU- vulneraba el principio de autonomía universitaria contenida en el artículo 18 de la Constitución Política del Perú. Así el pleno jurisdiccional en el expediente 0014-2014-P1/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014- P1/TC y 007-2015-PI/TC, con fecha 10 de noviembre del 2015, expidió sentencia indicando que la dicha

disposición normativa no vulnera los principios de autonomía y coherencia de las universidades; por el contrario, fomenta el avance en un sistema educativo que busca garantizar excelencia académica.

A continuación, los fundamentos y contenidos esenciales de la sentencia:

Gráfico N° 4: Pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el principio de autonomía universitaria	
Fundamentos	Contenido
La capacidad de control de políticas públicas que tiene el tribunal constitucional	El Estado aplica políticas públicas que promueven la existencia de medios organizacionales, procedimentales y legales a fin de prevenir, investigar y reparar actos violatorios. Frente a esto el Tribunal Constitucional participa verificando que la aplicación de las políticas no genere vulneraciones de derechos o que estos se afecten por su omisión.
La educación como servicio público	Les corresponde a las universidades realizar el servicio público de la educación mediante la investigación, la docencia y el estudio. Para alcanzar ello deben impulsar la creación, el desarrollo, la transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica, de las artes y de la cultura, así como la difusión, valorización y transferencia del conocimiento para lograr una mayor calidad de vida.
La regulación constitucional de la universidad	<ul style="list-style-type: none"> • Gratuidad de la universidad pública (Artículo 17) • Finalidad y creación de universidades (Artículo 18) • Autonomía universitaria (Artículo 18) • Régimen tributario especial (Artículo 19)
Análisis de constitucionalidad de las disposiciones impugnadas de la Ley Universitaria	<ul style="list-style-type: none"> • El cierre se refiere a la cancelación de la licencia de la universidad. Esto no supone la disolución de la persona jurídica del promotor (Artículo 1) • La autonomía de las universidades se encuentra bajo la sujeción del ordenamiento jurídico (Artículo 8) • La formulación de recomendaciones por parte de la SUNEDU no vulnera el derecho a la autonomía; por lo contrario, deben ser vistos como bases que deben considerar los diferentes actores que se desenvuelven en este sector. (Artículo 9) • Las universidades públicas manejan fondos del Estado y, además, tanto estas como las privadas gozan del régimen tributario especial que se describiera supra. (Artículo 11)
La creación y funciones de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria	La creación de la SUNEDU como órgano regulador no es una restricción ilegítima de la autonomía universitaria. Asimismo, la SUNEDU ejecuta sus funciones conforme a las políticas y planes nacionales y sectoriales aplicables, y a los lineamientos del Ministerio de Educación.

Cuadro: Elaboración propia

- Nuccia Seminario Hurtado / Miriam Lorena Leonor Cruz Patricio

Al año siguiente, se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Supremo N° 016-2015-MINEDU, Política de aseguramiento de la calidad de la educación superior universitaria, que en su artículo primero estableció “Aprobar el “Modelo de licenciamiento y su implementación en el sistema universitario peruano” que contiene: el modelo de licenciamiento institucional (Anexo N° 01), las condiciones básicas de calidad – CBC, (Anexo N° 02), el plan de implementación progresiva del proceso de licenciamiento (Anexos N° 03) y el cronograma - solicitud del licenciamiento institucional (Anexo N° 04).”

Las condiciones básicas de calidad aprobadas fueron las siguientes:

Gráfico N° 5: Pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el principio de autonomía universitaria

Condiciones	N° de Indicadores
Condición I: Existencia de objetivos académicos, grados y títulos a otorgar, y planes de estudios correspondientes	8
Condición II: Oferta educativa a crearse compatible con los fines propuestos en los instrumentos de planeamiento	7
Condición III: Infraestructura y equipamiento adecuado al cumplimiento de sus funciones (aulas, bibliotecas, laboratorios, entre otros)	15
Condición IV: Líneas de investigación a ser desarrolladas	8
Condición V: Verificación de la disponibilidad de personal docente calificado con no menos de 25% de docentes a tiempo completo	4
Condición VI: Verificación de los servicios educacionales complementarios básicos (servicio médico, social, psicopedagógico - gógico, deportivo, entre otros)	8
Condición VII: Existencia de mecanismos de mediación e inserción laboral (Bolsa de Trabajo u otros)	4
Condición VIII: CBC Complementaria: transparencia de las universidades	1

Cuadro: Elaboración propia

Dicha política constituyó un alcance para “lograr un servicio educativo de calidad es una responsabilidad de todos los actores involucrados en el Sistema Universitario Peruano (...) Asimismo, la presente política debe servir como marco orientador para las acciones de todas las instituciones públicas, a nivel sectorial e intergubernamental las instituciones políticas y a la sociedad civil organizada en su servicio educativo superior universitario”⁴

Adicional a ello, mediante Resolución del Consejo Directivo N° 043-2020-SUNEDU/CD de mayo 2020 se aprueba el reglamento del procedimiento de licenciamiento para universidades nuevas, el cual en su artículo 2 establece que tiene por finalidad asegurar que las universidades nuevas cumplan las condiciones básicas de calidad para la prestación del servicio educativo en el territorio nacional.

Es así que “siguiendo la ruta de la mejora continua, la SUNEDU ha normado el procedimiento de licenciamiento para universidades nuevas, estableciéndose una serie de condiciones que aseguren la incorporación de universidades nuevas que respondan a la situación actual del sistema universitario. Así, los nuevos proyectos que deseen ofrecer el servicio universitario deberán cumplir con 6 Condiciones básicas de calidad.” (SUNEDU, 2021).

Hasta la fecha, de las 141 universidades que presentaron su solicitud, 92 universidades demostraron cumplir con las condiciones básicas de calidad luego de su evaluación (SUNEDU, 2021).

Ahora bien, la normativa de la gestión educativa a nivel universitario también ha tenido cambios normativos debido a la pandemia de la COVID-19, tales como la publicación del Decreto Legislativo N° 1496 de fecha 10 de mayo del 2020 que establece disposiciones en materia de educación superior universitaria en el marco del estado de emergencia sanitaria a nivel nacional. Dicho decreto tiene como finalidad garantizar la continuidad y calidad de la prestación de los servicios de educación superior universitaria en el marco de la emergencia sanitaria producida por la pandemia del COVID-19.⁵ Tales como las siguientes:

4 Decreto Supremo N°016-2015. Aprueban la Política de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Universitaria. Recuperado de: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/105041/_016-2015-MINEDU_-_21-10-2015_04_19_56_-DS_N__016-2015-MINEDU.pdf

5 Estudio Echeconpar. (2020). Modificaciones a la ley universitaria para hacer frente al covid-19: primeros ajustes necesarios. Recuperado de: <https://www.echeconpar.com.pe/publicaciones-modificaciones-a-la-ley-universitaria-para-hacer-frente-al-covid-19-primeros-ajustes-necesarios.html>

Gráfico N° 6: Decreto Legislativo N° 1496

Modificaciones	Cambio en la normativa
Estudios bajo las modalidades semipresencial y a distancia	Se modificó el artículo 47 de la Ley Universitaria (Ley N° 30220), la misma que posibilita seguir estudios a modalidad a distancia en su totalidad debido a la coyuntura.
Ampliación del plazo para la adecuación de docentes	Se ha ampliado hasta el 30 de noviembre de 2021 el plazo para que los docentes puedan regularizar la obtención del grado de magíster y doctor.
Sesiones virtuales	Se ha facultado a las asambleas universitarias, consejos universitarios, consejos de facultad y demás órganos de gobierno de las universidades brindar sesiones virtuales, las mismas que tienen validez de carácter presencial.
Prórroga del mandato de autoridades durante el estado de emergencia sanitaria	El órgano máximo de gobierno de la universidad, la asamblea universitaria u otro órgano, podrá optar por las siguientes opciones ante el vencimiento del mandato de autoridades (por ejemplo, decanatos o jefaturas de departamento académico) durante el estado de emergencia.
Obtención del grado y/o título por estudiantes y bachilleres de universidades, escuelas de posgrado o programas con licencia denegada	Con esta modificación se estableció que, para la obtención de grados y títulos de otras universidades, se debe cumplir con los requisitos que establece cada institución y a las disposiciones que apruebe la SUNEDU para aplicar esta nueva disposición.

Cuadro: Elaboración propia

Información extraída del Estudio Echeconpar. (2020). Modificaciones a la ley universitaria para hacer frente al covid-19: primeros ajustes necesarios. Recuperado de: <https://www.echeconpar.com.pe/publicaciones-modificaciones-a-la-ley-universitaria-para-hacer-frente-al-covid-19-primeros-ajustes-necesarios.html>

Se promulgó, además, la Ley N°28740: Ley del Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la calidad educativa el 23 de mayo del 2008, que estableció los procesos de evaluación de la acreditación, certificación y evaluación de la calidad educativa del SINEACE como órgano rector.

El SINEACE es el conjunto de organismos, normas y procedimientos estructurados e integrados funcionalmente, destinados a definir y establecer los criterios, estándares y procesos de evaluación, acreditación y certificación a fin de asegurar los niveles básicos de calidad que deben brindar las instituciones.

Este sistema garantiza a la sociedad que las instituciones educativas públicas y privadas ofrezcan un servicio de calidad, y a su vez logren superar las debilidades y carencias identificadas en las evaluaciones, a fin de optimizar los factores que inciden en los aprendizajes y en el desarrollo de las destrezas y competencias necesarias para alcanzar mejores niveles de calificación profesional y desempeño laboral.

Gráfico N° 7: Principios que rigen los procesos de evaluación y acreditación

Principios que rigen los procesos de evaluación y acreditación	
Transparencia	Permite que los resultados del sistema sean confiables, se expresen con claridad, accesibilidad y sean difundidos a la comunidad educativa y opinión pública oportunamente.
Eficacia	Procura lograr una cultura y práctica de la calidad educativa en todo el país, cautelando la racionalización en el uso de los recursos
Responsabilidad	Orienta para que las instituciones comprendidas en la presente ley asuman su propia responsabilidad en el logro de los propósitos y objetivos de la calidad, así como en el ejercicio responsable de la autonomía que, en el caso de las universidades, la Constitución les reconoce.
Participación	Aplica un conjunto de mecanismos y estrategias que buscan la participación voluntaria de las instituciones educativas en los procesos de evaluación y acreditación.
Objetividad e imparcialidad	Tiene por objeto que los procesos de evaluación y acreditación, así como otras actividades que llevan a cabo las instituciones educativas prioricen la búsqueda de la mejora de la calidad educativa, en un marco de legalidad y probidad.
Ética	Garantiza una actuación basada en la honestidad, equidad y justicia.
Periodicidad	La evaluación es periódica y permite apreciar la evolución de los logros hacia la meta de la calidad.

Cuadro: Elaboración propia

Hemos dado énfasis a la principal normativa que regula y garantiza el derecho educativo a nivel universitario, con la finalidad de brindar una excelencia académica a la población en proceso formativo superior.

V. CONCLUSIONES

- La educación tiene una nueva visión en este siglo a causa de factores externos como la competitividad, eficiencia y calidad de la neotecnología, pues se busca que la educación se enfoque en el desarrollo de capacidades múltiples y en la práctica de valores.
- La gestión educativa es aquella disciplina encargada de integrar y aplicar diversos procesos, métodos, instrumentos, así como estrategias y elementos que conforman un plan educativo con políticas que garanticen mejoras en las instituciones del sistema educativo.
- El derecho educativo se encuentra en la rama del derecho público porque aborda la regulación de la gestión y normatividad educativa en el Estado. En ese sentido tiene como fundamento esencial regular el sistema educativo nacional.

- El derecho educativo a nivel universitario permite regular el sistema superior desde la creación de las universidades, condiciones de licenciamiento, acreditación de carreras profesionales y otras condiciones esenciales para el funcionamiento de las universidades, así como para garantizar la excelencia académica.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alvarez Laveriano, N. (2010). La descentralización educativa en el Perú. En: *Educación*, 19(37), pp. 7-26. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/educacion/article/view/2549>

Beade, I. P. (2011) En torno a la idea de educación: Una mirada desde la reflexión pedagógica kantiana. En: *Sig. Fil* [online], vol.13, n.25, pp.101-120.

Beade, I. P. (2017). Educación y progreso en la reflexión pedagógica kantiana. En: *Revista Complutense de Educación*, 28 (2), pp. 649-662.

Bermúdez Tapia, M. (2000) *Derecho a la educación bilingüe intercultural en el Perú. 1974-1999*. Tesis para optar el título de Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Bermúdez Tapia, M. (2001) *Los derechos lingüísticos*. Lima: Ediciones Legales

Bermúdez Tapia, M. (2001) Categorías de ciudadanía en el Perú, por el goce de Derechos Fundamentales. *BIRA, Revista del Instituto Riva Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. (28), 333-343

Bermúdez Tapia, M. (2018) Legitimidad de la legislación en el Estado de Derecho, en Martínez Lazcano, A. J. e Islas Colin, A. (Eds.) *Derechos humanos y su interacción en el Estado Constitucional*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, p. 167-186

Bermúdez Tapia, M. (2020). La tutela, promoción y ampliación de los derechos lingüísticos como factor promotor de identidad étnica y nacional en Perú. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Cusco)*, 4(12), 61-73.

Chanduví Cornejo, V. (2016). La autonomía universitaria en el marco de la Ley N° 30220 - nueva ley universitaria. En: *Revista Pueblo y Continente*. Vol. 27[1] enero – junio, pp. 247- 255.

Cifuentes-Medina, J., Pineda-de-Cuadros, N., & Torres-Ortiz, J. (2021). Aportes de la sociología de la educación la formación de profesores de educación primaria. En: *Cultura, Educación y Sociedad*, 12(1), pp. 297-310.

Durkheim, É. (1975). *La educación, su naturaleza y su papel*. Educación y sociología. Barcelona: Península.

Fullat i Genis, O. (1992). Educación y sus saberes. En: *Revista Educación*, 1(2), pp. 145-166.

García Colina, F., Juárez Hernández, S., & Salgado García, L. (2018). Gestión escolar y calidad educativa. En: *Revista Cubana de Educación Superior*, 37(2), 206-216. Recuperado de: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0257-43142018000200016&lng=es&tlng=pt.

García Leiva, L. A. (s.f.). *El derecho educativo: sus relaciones con el desarrollo en la sociedad del conocimiento*. OEI – Revista Iberoamericana de Educación. Recuperado de: <http://www.rieoei.org/deloslectores/060garcialeiva.PDF>

Gonzáles Alonso, F. & Guzón Nestar, J. la educación en valores: axiología, naturaleza y derecho educativo. En: *Revista de Educación* Vol 18, pp. 90- 120.

Huapaya Capcha, Y. (2019). Gestión por procesos hacia la calidad educativa en el Perú. En: *Revista Arbitrada Interdisciplinaria Koinonía*, Vol. 4, N° 8, pp. 243-261

Loreto Mora-Olate, María. (2020). Educación como disciplina y como objeto de estudio: aportes para un debate. En: *Revista Desde el Sur*, 12(1), pp. 201-211.

Romero Vela, S. L., & Santa María Relaiza, H. R. (2021). Factores que intervienen en la gestión educativa. En: *Revista Varela*, 21(58), 77–85. Recuperado de: <http://revistavarela.uclv.edu.cu/index.php/rv/article/view/110>

Rojas-León, A. (2014). Aportes de la sociología al estudio de la educación. En: *Revista Educación*, vol. 38, núm. 1, enero-junio, pp. 33-58.



Habitación - Víctor Humareda

LA PREVALENCIA DE LAS ORDENANZAS DE BILBAO EN EL DERECHO COMERCIAL PERUANO

THE SURVIVAL OF THE ORDINANCES OF BILBAO IN THE PERUVIAN COMMERCIAL LAW

Víctor Hugo Chanduví Cornejo¹

RESUMEN

El presente artículo examina la influencia de las Ordenanzas de Bilbao en el Derecho Comercial en el Perú colonial y su influencia en la gestación y conformación del Derecho nacional de los siglos XIX y XX. El descubrimiento y conquista de América en el siglo XVI planteó un cambio muy importante en la concepción del mundo, en la concepción de la sociedad, en la idea del derecho y de la justicia. Se inicia la aplicación de la legislación castellana y de lo que se conoce como Derecho Indiano, o sea el Derecho de Castilla, incluyéndose algunas ordenanzas españolas que por cédulas especiales pasaron a regir en las colonias. Estas ordenanzas podrían llamarse de Derecho Indiano no por su origen sino por su naturalización. Las llamadas ordenanzas del consulado de Bilbao de 1737, que representa el momento culminante de toda la actividad legislativa relativa al comercio de Bilbao en el siglo XVIII, aprobadas y confirmadas por Felipe V el 2 de diciembre de 1737 estuvieron vigentes en España hasta la aprobación del Código de Comercio español de 1829 y en el Perú hasta la promulgación del primer Código de Comercio de 1853.

Palabras claves: Ordenanzas de Bilbao, Derecho Comercial, Código de Comercio.

¹ Decano de la Facultad de Derecho, docente principal en el área de Derecho Comercial e Historia del Derecho.

ABSTRACT

This article aims to examine the influence of the Bilbao Ordinances on Commercial Law in colonial Peru and its influence on the gestation and formation of national law in the 19th and 20th centuries.

The discovery and conquest of America in the sixteenth century will have to pose a very important change in the conception of the world, in the conception of society, in the idea of law and justice. The application of the Castilian legislation begins and what is known as Indian Law, that is, the Law of Castile, including some Spanish Ordinances that by special certificates came into force in the colonies; ordinances that could be called Indian Law, not because of their origin but because of their naturalization. The so-called ordinances of the Bilbao Consulate of 1737, which represents the culminating moment of all the legislative activity related to Bilbao's trade in the 18th century, approved and confirmed by Felipe V on December 2, 1737 and which were in force in Spain until the approval of the Spanish Commercial Code of 1829 and in Peru until the promulgation of the first Commercial Code of 1853.

Key Words: Bilbao Ordinances, Commercial Law, Commercial Code

1. EVOLUCION HISTÓRICA DEL COMERCIO Y DEL DERECHO COMERCIAL

El comercio ha jugado un papel importante en la gestión económica productiva de los pueblos, más aun de las incipientes naciones que iban logrando su independencia de España.

Según lo afirma Sánchez Cornejo (1963), la consolidación de los derechos de los comerciantes y el robustecimiento de la jurisdicción fueron las causas de que estos derechos incluso se mantuvieran después de la Independencia. Según este tratadista español, no sólo se buscó una conjunción armónica de las normas ius comerciales, sino también la posibilidad de simplificar la tarea mercantil. León Montalbán (1964) también sostiene que las instituciones privadas comerciales requirieron en todo momento seguir adoptando la normatividad consular.

En otras legislaciones se cuenta con códigos o leyes que regulan la actividad mercantil. Examinando los sistemas legales se halla una triple distinción: El Derecho Consuetudinario que predominó en la Edad Media; el Derecho Colonial con su orientación recopiladora y el Derecho codificado, que es peculiar de los tiempos contemporáneos.

La existencia de códigos, en el sentido moderno, no se llega a concebir hasta fines del siglo XVII; pero se divulga a principios del siglo XIX. A fines del siglo XVIII regía el Estado absoluto. Convivían con él una serie de dificultades de orden jurídico de un mismo Estado, se daba el caso de un derecho nacional y un derecho señorial, o sea aristocrático, de derechos territoriales correspondientes a determinadas

regiones y de derechos municipales. Al desarrollo de la necesidad de unificación contribuyó la teoría jusnaturalista que consagra que el fundamento del Derecho es la razón y que por consiguiente puede enunciarse en forma escrita y coordinada. El filósofo Leibniz planteó la conveniencia de los códigos secundado por el jurista y profesor Wolff, quien cristalizó esta aspiración con la dación del Código austriaco (1767) y prusiano (1794).

Luego aparece el Código de Napoleón que es impuesto a los países conquistados por la Espada del general francés. Ante esta invasión jurídica surge el nacionalismo alemán y como fruto de ella nace la "Escuela Histórica" de Savigny, con su teoría de que la codificación obstaculiza el proceso del derecho que es un fenómeno espontáneo y popular.

Detenida la corriente codificadora en Alemania recibió, sin embargo, impulso favorable del Código de Napoleón llevado a diversos países europeos. No obstante la fascinación francesa y el movimiento a favor de la codificación durante los primeros treinta años de la vida republicana del Perú continuó el Derecho Colonial en su forma recopilada. Los legisladores peruanos fueron prolíficos en expedir constituciones, pero se mostraron indiferentes o impotentes para dar códigos. No era mejor la mejor situación en los demás países americanos.

La transformación del Derecho Privado empieza a operar dentro de las disposiciones tomadas por los primeros gobiernos del Perú independiente, sea en la forma de constituciones, leyes o decretos.

En relación con Bilbao, aunque algunos autores se refieren a unas "ordenaciones" de Bilbao que datan de 1399, los datos históricos comprobados se refieren a una primera norma de la "Casa De Contratación" de Bilbao de 1459.

Felipe V, el 2 de diciembre de 1737, aprobó las últimas y más completas ordenanzas de Bilbao, antecedente de los códigos de comercio.

Faustino Álvarez de Manzano, Adolfo Bonilla y Emilio Miñana (Tratado de Derecho Mercantil Español comparado con el extranjero. Madrid, 1915) sostienen que regulan todas las instituciones del comercio en general, y nada hay que racionalmente se oponga a considerarlas como un verdadero "Código".

En efecto, las ordenanzas de 1737 constaban de 29 capítulos con 723 números o artículos y su relación capitular ya explica claramente su carácter de legislación general mercantil.

Cuando las Cortes de Cádiz, en 1810, acordaron el nombramiento de una comisión para que redactar el primer Código de Comercio General de España, las Ordenanzas de Bilbao ya tenían un reconocimiento ipso facto como tal. Pedro Sainz Andino, en 1829, elevó una exposición al rey señalando la urgencia de promulgar un Código de Comercio y ofreciendo un proyecto basado en una mixtura entre las Ordenanzas de Bilbao y el Código Francés.

- Victor Hugo Chanduví Cornejo

Oído el parecer de expertos en esta materia, el proyecto de Sainz de Andino fue aceptado y promulgado como ley del Reino el 30 de mayo de 1829, para que entrara en vigor el 1 de enero de 1830. El gran jurista francés Pardessus opinó que este Código es mucho más perfecto que todos los que habían salido a luz hasta entonces, su base técnica, las Ordenanzas de Bilbao de 1737, facilitó la consecución de tal altura jurídica mercantilista.

Las Ordenanzas de Bilbao de 1737 rigieron en el Perú hasta el 15 de junio de 1853 en que se promulgó el primer Código de Comercio peruano. En efecto, recién por ley del 10 de enero de 1852 se dispuso la adopción de un Código de Comercio, el español de 1829 que como ya hemos señalado se formó por la mixtura de las Ordenanzas de Bilbao de 1737 y el Código de Comercio Francés de 1807.

2. EVOLUCION HISTORICA DEL COMERCIO Y DEL DERECHO COMERCIAL

a. Edad Antigua

En la Edad Antigua el comercio no tiene una orientación bien definida. Por eso después de la destrucción del Imperio Romano por la invasión de los bárbaros y del establecimiento del feudalismo, el comercio terrestre casi se extingue totalmente por falta de buenos caminos, pues la mayor parte de las comunicaciones estaban cerradas por los señores feudales y el resto no ofrecía seguridades. En esta época el comercio marítimo se desarrolla más que el terrestre, ya que el mar ofrecía mayores facilidades de transporte y comunicación y la nave mayores comodidades y seguridades que el pesado carromato, constantemente asaltado por los bandoleros y que, además, debía interrumpir su tráfico para pagar tributos a los señores feudales por derecho de tránsito por sus feudos. A medida que declina el feudalismo se forman en los burgos clases libres, que son las que van a dar auge al comercio. Además, durante las cruzadas los señores feudales, en su afán de recuperar el Santo Sepulcro, vendían sus propiedades a bajo precio para equipar sus fuerzas, con lo que terminan por debilitarse y facilitar el afianzamiento de esas clases libres, que son el antecedente de la actual burguesía.

En la Edad Media aparece ya un derecho especial para regir las relaciones comerciales.

- **LAS LEYES DE WISBUY**

Se denomina así a una colección del siglo XV, muy en boga en los mares del Norte. Al principio tuvo carácter particular, pero después fue adoptada por todos los países escandinavos.

Wisbuy es una villa de la isla de Gotland (Suecia), isla situada en el mar Báltico entre Suecia y Finlandia y alrededor de 10 millas al norte de la costa alemana, en la que se reunían suecos, moscovitas, flamencos, escoceses, franceses, ingleses, etc. Los usos y costumbres fueron

imperantes, muchos de los cuales se tomaron de los Roolos de Olerón y se formó una compilación conocida con el nombre de Ordenanzas de Wisbuy. Su verdadero nombre era “Ordenanzas que los mercaderes y patronos de nave formaron antiguamente en la antigua ciudad de Wisbuy”.

- LA GUÍA DEL MAR

Fue redactada de 1556 a 1584. Es una compilación hecha por los comerciantes de Ruan.

Tiene como material el seguro marítimo. Puede decirse que la mayor parte de las codificaciones actuales han conservado los principios fundamentales de la Guía del Mar.

- ORDENANZAS MARÍTIMAS DE LA HANSA TEUTONICA

La Liga Hanseática tuvo como objetivo proteger el comercio de las ciudades alemanas de las incursiones de los piratas de los mares Báltico y del Mar del Norte.

La región del Báltico era una excelente ruta comercial desde mucho tiempo atrás, pero solo en los siglos XII y XIII experimentó otra dirección. Como consecuencia del estado jurídico de la época, se formaron asociaciones de comerciantes destinadas a obtener, por la unión que presentaban, la protección legal que les era difícil lograr por la falta de relaciones de carácter internacional.

Se generalizaron los tratados y alianzas comerciales entre las ciudades ribereñas del Báltico y del Mar del Norte y fruto de ellos fue lo que se conoció con el nombre de Hausa Teutónica o Hausa Alemana, que dejó sentir su influencia en el desarrollo del comercio y del Derecho Comercial.

El carácter singular de todas las compilaciones estudiadas es el de ser consuetudinarias, llegando a adquirir mucha fuerza, costumbre. Los usos mercantiles derogaron los principios del Derecho Privado Común, en cuanto eran nocivos para el desarrollo del comercio.

b. Edad Moderna

La Edad Moderna se inicia con dos grandes acontecimientos históricos: La caída de Constantinopla y el descubrimiento De América. El descubrimiento de una nueva ruta a las Indias y el descubrimiento de América trajeron como consecuencia el progreso del comercio y de la navegación.

Dos rasgos distinguen el comercio de esta época y el comercio de la Edad Media. En la primera predominan el cabotaje y los transportes terrestres; en la segunda surge la navegación de altura o travesía, como resultado de la invención de la brújula.

En esta época el Derecho Comercial adquirió verdadera importancia, siendo objeto de una sistemática regulación. Se establecieron rápidos, sencillos y eficaces procedimientos para ventilar los juicios ante tribunales especiales. Si la Edad Media aportó al Derecho Comercial numerosas y voluminosas compilaciones; la Edad Moderna una serie de principios coordinados en un conjunto armónico.

De esta época datan importantísimas compilaciones de Derecho Comercial, tales como:

Las "Ordenanzas de Comercio" de 1673 y las "Ordenanzas de Marina" de 1681, dadas a iniciativa de Colbert por comisión de Luís XIV.

La primera Ordenanza ha sido llamada Código Savary, como homenaje al comerciante marsellés Jules Savary, autor de la obra publicada en 1675 bajo el título de "El perfecto negociante", quien dejó sentir su influencia en la redacción de dicha ordenanza. Las

"Ordenanzas de Comercio", que se promulgaron con el nombre de "Reglement pour le commerce des negocians marchandas", fueron redactadas por una comisión compuesta de magistrados y de comerciantes, los cuales no sólo utilizaron los usos mercantiles admitidos en las plazas francesas sino además los aceptados en España y otros países.

En cambio, "Las Ordenanzas de Marina" de 1681 fueron redactadas por una comisión compuesta exclusivamente de comerciantes expertos en el conocimiento de los usos propios de comercio marítimo.

Las Ordenanzas de Colbert, como también se les llama, fueron consideradas como una obra maestra por la gran autoridad y sapiencia de sus disposiciones, constituyendo, por decirlo así, el Código de Europa en la Edad Moderna y que sirvió de base para la redacción del Código Francés de 1807 y de la mayor parte de los códigos contemporáneos.

Como rezago de la Edad Media aparecen las Hermandades de Comerciantes con centro en Burgos, las cuales propendían al desarrollo del comercio y a su libertad, así como a consolidar el derecho de los comerciantes a cobrar gravámenes y al robustecimiento de la jurisdicción consular.

La institución consular es una de las más antiguas en el Derecho Comercial e Internacional. El cónsul es un funcionario local que llega a ser o es privativo de comercio. Los comerciantes de las ciudades italianas de Pisa, Venecia y Génova se internaron en el Egipto y el Asia Menor y establecieron factorías o estapas, las que fueron exoneradas del pago de impuesto por razón de su utilidad social. Disponían también de cuarteles o edificios seguros, en donde residían los comerciantes extranjeros. En sus relaciones comerciales estos comerciantes seguían las costumbres de su país de origen; y de allí surgió la necesidad de una persona que conociera tales usos y estuviera en condición de aplicarlos, como sucedía con los cónsules en los países de origen de estos comerciantes. Por eso salieron cónsules a los puertos del Mediterráneo y del Asia Menor.

No se comprendería el origen de la jurisdicción consular si no se tuviera nociones de los sistemas jurídicos vigentes en la época. Primeramente, imperaba el sistema de la ley territorial, que consagraba el principio exagerado de que todo Estado no ejerce jurisdicción sino dentro de los límites de su territorio. Posteriormente, como este criterio no dejaba en libertad a las personas, y atentaba contra

la fijeza del Estado y la capacidad civil de las personas, se pensó en el sistema de las comitas gentium o cortesía Internacional.

Pero la adopción de este sistema no solucionó el problema, ya que quedaba sujeto a la benevolencia de cada Estado el aceptar o no la aplicación de la ley extranjera y por consiguiente el Estado y la capacidad civil de las personas no ofrecían un criterio de juzgamiento uniforme. A fines del siglo XII aparece la teoría de los estatutos, la que hace una división de la ley: la ley relativa a la capacidad de las personas y a su estado civil y la ley relativa a los bienes que constituye el Estatuto Real. Según este sistema el estatuto real es territorial y el estatuto personal es extraterritorial, sigue a la persona en cualquier lugar en que se encuentre.

En España durante la Edad Moderna debemos citar como obras legislativas de Derecho Comercial las Ordenanzas de la Villa Bilbao, que fueron tres: La Primitiva del siglo XV, la Nueva del siglo XVI -complementada en el siglo XVII -y la Novísima, sancionada por Felipe V en 1737.

Las Ordenanzas de Bilbao rigieron en el Perú hasta 1853 en que se promulgó nuestro primer Código de Comercio; pero dichas ordenanzas solo fueron derogadas en lo que se opusieran a dicho Código (Basadre, a. 1999)

En el Perú es notable el avance que experimenta el comercio de esta época. El 20 de diciembre de 1595 Felipe II dispuso la creación del consulado y de la Universidad de Comerciantes de Lima, con iguales privilegios que los de Sevilla y Burgos, a pedido del

cabildo y mercaderes de esta ciudad. Se dictaron después 49 ordenanzas sancionadas por Felipe IV en 1672, relativas a la organización de los comerciantes y al establecimiento de la jurisdicción consular.

El Tribunal del Consulado fue suprimido en 1826 y restablecido en 1829. Se dispuso por esta ley de 1829 que en las capitales de departamento y en los lugares de crecido tráfico comercial se eligieran anualmente tres diputados, para que conocieran, uno en defecto de otro, de los juicios de comercio en primera instancia.

Los juicios de comercio eran conocidos en primera instancia por el tribunal del consulado en Lima y fuera de la capital las diputaciones territoriales. Los tribunales de alzada en segunda instancia y la Corte Suprema por recurso de nulidad. Este sistema se copió en las Ordenanzas de Minería en cuyo preámbulo textualmente dice Carlos III (Real Cédula de 12 de mayo de 1783) "que organice a los miembros en cuerpo formal y unido a semejanza de los consulados de Comercio".

Los tribunales de alzada fueron suprimidos entre nosotros en 1875 y el tribunal del consulado y diputaciones territoriales en 1887. Los comerciantes formaban una clase especial, sujeta a las leyes especiales y fueron también especiales. Como un rezago de esta organización quedan hoy las cámaras

de comercio, que no son otra cosa que la reunión de los comerciantes de una ciudad que vela por el fomento de sus intereses.

En la época de las Ordenanzas de Bilbao el comercio deja de ser un oficio menospreciado, pues a mérito de una Ordenanza de 1775 se estableció que la condición de comerciante no resta privilegios a la nobleza. Esta ordenanza tiene su antecedente en la autorización que Luis XIV dio a los nobles en 1701 para ejercer el comercio sin menoscabo de sus privilegios. Esta disposición se copió de las Ordenanzas de Minería de Nueva España, en donde se reconoció a la minería científica el carácter de una industria noble, por ser la "mayor fuente de ingreso de ml patrimonio" (Carlos III).

En 1786 se instaló el tribunal de minería con sede en Lima y se fundó el Colegio de Metalurgia (Basadre, 4. 1997).

En alboros del siglo XVIII España se encontraba sumida en una postración producida por el caos económico y fiscal. El estado español, a pesar de las grandes remesas de oro y plata que llegaban de América, estaba incapacitado de proveerse el capital necesario para el financiamiento de las guerras. Durante la época de los Austrias, la Corona intentó obtener fondos por cualquier medio para lo cual se vio forzada a la venta de cargos públicos. Los monarcas comenzaron a ceder atribuciones a organismos locales hasta llegar a una situación de gran debilidad y deterioro del poder central.

Según lo manifiesta Cristina Ana Mazzeo en su libro *El comercio libre en el Perú*, tres guerras importantes jalonaron la primera mitad del siglo XVIII y gravitaron fuertemente en la reestructuración colonial americana y por ende en la economía española (1701. 1713): la guerra de Sucesión Austriaca (1740-1748) y la Guerra de los Siete Años (1756-1763). A través de ellas las grandes potencias expansionistas, ávidas por ganar nuevos mercados, se vieron envueltas en conflictos bélicos que más que políticos fueron económicos y repercutieron notablemente en el espacio colonial americano. En este contexto España fue perdiendo poder y se deterioró el sistema monopólico sobre el cual sustentaba su poderío, debido fundamentalmente a la acción de los corsarios y los barcos neutrales que hacían su aparición en épocas bélicas.

Comenzó el siglo con la guerra de Sucesión Española en 1701, a cuya culminación en 1713 se firmó la Paz de Utrecht, importante documento que intentó consolidar el equilibrio de poderes. Este documento aseguró la hegemonía de Inglaterra en el dominio del comercio con América, así obtuvo de Francia la Bahía de Hudson y Terranova; y de España: Gibraltar y Menorca, el navío de permiso, el tratado de asiento de negros y la legalización de la explotación del palo campeche en Belice, convirtiéndose esta zona en la primera base territorial inglesa en las posesiones españolas.

La paz se mantuvo hasta 1740 gracias a la diplomacia europea que intentó nivelar los recursos y el poder militar de los estados. Cuando estos poderes se desnivelaron, cuando los intereses económicos y los beneficios arancelarios pesaron más que los intereses políticos, el equilibrio se rompió y se accedió a una nueva crisis: la guerra de Sucesión Austriaca de 1740 a 1748. Esta guerra fue

indiscutiblemente una guerra mercantil en la que se manifestaron las eternas rivalidades entre Gran Bretaña, Francia y España.

El tratado de Aquisgrán, en 1748, puso fin a esta contienda y, en 1750, se firmó un nuevo tratado comercial entre España e Inglaterra que llevó a un acuerdo en casi todos los aspectos del comercio angloespañol. No menos importante fue la finalización del asiento por la South Sea Company. Esta compañía había sido, por casi 40 años, la principal causa de las malas relaciones entre los dos países. Las condiciones de este tratado establecieron las bases de siete años de concordancia, amistad y mutuos intereses comerciales entre ambos países.

A partir de 1750 España comenzó a recuperarse por la acción indiscutida de los reyes borbónicos - entre los cuales destacan Carlos III (1759-1789) y sus colaboradores que llevaron a cabo una serie de medidas tendientes a robustecer el estado y restablecer la autoridad de la metrópoli en las colonias. La fundación de los virreinos de Nueva Granada y Río de la Plata y el ascenso de Chile y Venezuela a la categoría de capitanías son claros ejemplos del deseo de centralizar la autoridad y de reforzar el control sobre regiones supeditadas antes a los grandes núcleos virreinales. A estos fines ayudó la obra escrita por José del Campillo en 1743 que exponía los principios básicos para una explotación efectiva de las colonias y para el aumento de la producción en la metrópoli. Las visitas generales hechas por Gálvez y Areche a América demostraron los verdaderos recursos coloniales; se estableció el sistema de intendencias en España; se llevó a cabo el concordato mediante el cual se reconocía la autoridad de la Corona por encima de la Iglesia. Todo ello sumado a un aumento en la explotación de metales tanto en México como en Perú contribuyó a fortalecer las finanzas reales.

A pesar de la tranquilidad de esos años, cuando llegó al trono Carlos III, en 1759, había comenzado una nueva guerra, la Guerra de los Siete Años, que reunió en la contienda a los cuatro continentes. Este monarca tuvo como principal objetivo detener a Inglaterra en su campaña de creciente expansión marítima. Con esa idea firmó con Francia el tercer pacto de familia, en 1761. La guerra terminó en 1763 con la firma de la Paz de París. Por tercera vez se reestructuró totalmente el mapa colonial de Francia, Inglaterra y España.

En 1776 las colonias de Norteamérica iniciaron su guerra emancipadora y Francia, que se apresuró a reconocer la independencia de los Estados Unidos, se comprometió a garantizarla. España debía optar entre permanecer neutral o situarse al lado de Francia, lo que hizo finalmente debido al tercer pacto de familia. La guerra culminó con la Paz de Versalles, 1783. El saldo positivo para España, si es que lo hubo, se limitó a Europa a la recuperación de Menorca y en América a la cesión inglesa de la Florida oriental y occidental. Mantuvo el poder en la costa del Golfo de México, pero no pudo retener Gibraltar y Belice que quedaron en poder de Inglaterra.

Barcos perdidos, negocios arruinados e indemnizaciones por daños fue el saldo negativo de esta guerra. España se fue desgastando en el difícil objetivo de defender sus posesiones y recuperar el comercio colonial.

Por otro lado, Portugal avanzaba a ojos vistas sobre las posesiones españolas al sur del virreinato peruano. Era cada vez mayor el contrabando a través de la Colonia del Sacramento y del estuario del Plata. Las mercaderías extranjeras, que ingresaban desde 1713 en el navío de permiso, inundaban el puerto de Buenos Aires. A esto se sumaban los productos que llegaban en los barcos neutrales, los cuales, por una Real Orden de 1783, estaban autorizados a abastecer a las colonias en épocas de guerra.

Luego de algunos años de tranquilidad en las relaciones internacionales, en 1788 falleció Carlos III y le sucedió en el trono Carlos IV. Al poco tiempo se inició en Francia la Revolución de 1789, la cual condicionó, desde esa fecha, todo el proceso histórico español y el de las colonias americanas. Por primera vez España firmó un tratado de alianza con Inglaterra, de mutuo apoyo para luchar contra Francia, y esto le costó muy caro. En 1793 Francia invadió Cataluña y, por una mala jugada de Manuel Godoy, España dio la espalda a Inglaterra y en 1795 firmó con Francia la llamada Paz de Basilea quedando nuevamente unidos ambos países. Inglaterra se cobró con creces este abandono y el 18 de agosto de 1796 España declaró la guerra a Inglaterra.

Esta guerra fue desastrosa para España, "la más desdichada de las alianzas que conducirán a nuestra patria al borde de la ruina". La invasión napoleónica puso en evidencia la debilidad de la monarquía española y agudizó el proceso de deterioro. La guerra terminó en 1805, cuando el almirante Nelson venció a las escuadras española y francesa en el memorable combate de Trafalgar. Inglaterra quedó dueña de los mares y, en consecuencia, las colonias de Francia y España a merced de su flota. Francia había perdido sus colonias, no así España, por lo que Inglaterra intentó una invasión directa a las colonias españolas en el Río de La Plata en 1806 y 1807. No logró apoderarse de ellas, pero sembró en las mismas el germen de la independencia que, a partir de 1810, España ya no pudo detener.

Un siglo de guerras internacionales había deteriorado el poderío de España en beneficio de Inglaterra que fue ganando terreno sobre las colonias de América. El objetivo se había cumplido. La brecha estaba abierta para la obtención de nuevos mercados que ayudarían al desarrollo capitalista industrial de los ingleses. El modelo económico sobre el cual se estructuraba la política de España durante el siglo XVIII era el mercantilismo. Este sistema tenía como base la intervención del Estado con el fin de desarrollar al máximo sus posibilidades y se venía utilizando en Europa desde mediados del siglo XVI, cuando comenzó a surgir la conciencia de una comunidad de intereses nacionales. EL mercantilismo no se definió como sistema de pensamiento sino hasta finales del siglo XVII, cuando los liberales intentaron descalificarlo argumentando prácticas que repudiaban.

El mercantilismo fue la política económica de un periodo de acumulación primitiva. Esto se llevaría a cabo mediante la estructuración de la sociedad sobre bases eminentemente comerciales y mediante el fortalecimiento del poder estatal. Todas las monarquías, en mayor o menor grado, se empeñaron en la vía del intervencionismo económico y poco a poco se constituyó una ciencia de la riqueza. Se pensaba que el poder de un país residía en sus reservas de oro y plata y los gobiernos dedicaron toda

su atención a los movimientos monetarios tratando de poner fin a la salida de numerario, imponiendo restricciones a la libre importación y, en el caso de Francia, límites a la exportación de insumos para sus manufacturas.

Esta situación llevó a las potencias expansionistas a una competencia internacional en la que se vieron comprometidas la Francia de los Borbones y la Inglaterra de Isabel, con el objetivo de apoderarse de la riqueza del imperio español. Richelieu codiciaba los metales preciosos que las flotas de América traían cada año a Sevilla y alentó la formación en Francia de grandes compañías de navegación. Fue Colbert quien formuló los principios más estrictos del mercantilismo: "es necesario aumentar el dinero en el comercio público obteniéndolo de los países de donde proviene, conservándolo en el interior del reino, impidiendo que salga y ofreciendo medios a los hombres para que saquen de él provecho". Colbert incitaba a esa "guerra de dinero". No obstante fue en Inglaterra donde el mercantilismo fue una creación empírica y nacional. Se ha exagerado la idea de fascinación que existía en los mercantilistas por la acumulación del oro y la plata.

Si se le dio mucha importancia a las especies preciosas fue porque éstas eran los recursos de los príncipes y el medio para la supervivencia de las cortes y de la aristocracia. Pero fue también importante el desarrollo manufacturero sin el cual no hubiera habido comercio.

Cuando el mercantilismo triunfó en España, Inglaterra y Francia ya estaban en pleno desarrollo las fuerzas productivas y el espíritu individualista que tendían a dejar de lado la antigua reglamentación. Para estos países la plenitud del mercantilismo era un logro del pasado, las doctrinas económicas de los fisiócratas y las ideas de los filósofos de la ilustración les habían marcado ya un futuro nuevo y más avanzado, que la revolución industrial vendría a potenciar tanto en lo tecnológico como en lo económico. En el siglo XVIII la mentalidad de los asesores de los monarcas españoles, tras el fracaso de la política de los Austrias, estaba dispuesta a un cambio radical. Fue con los Borbones que se intensificaron las prácticas mercantilistas. Estos vieron la necesidad de revitalizar las relaciones mercantiles con sus colonias rescatándolas de las manos extranjeras y resolvieron hacer algunas modificaciones al sistema. Fue así que, durante la época del marqués de Ensenada, surgió la Idea de diseñar una política ultramarina que reformara la administración indiana y transformara la organización del comercio trasatlántico.

Todos los autores recomendaban la misma táctica aduanera favorable a las exportaciones de manufacturas y prohibitivas para las importaciones competitivas. Las armas para llevar a cabo esta idea eran las compañías de navegación, las manufacturas y las colonias. El mercantilismo español giró en torno al comercio que ayudaría a conseguir una balanza comercial favorable, es decir que las exportaciones excedieran a las importaciones, desprendiéndose de mercancías y recibiendo metales preciosos.

La industria española no se desarrolló como debía porque no existió una burguesía con espíritu de empresa que pudiera secundar al estado en su tarea de renovar la industria nacional. Tampoco hubo

un mercado interior debidamente articulado que sirviera de estímulo al desarrollo de la producción en gran escala, y la industria nacional no consiguió liberarse de la dependencia extranjera. Sólo a fines del siglo XVIII se alcanza un desarrollo industrial estrictamente imprescindible para el consumo local.

El neomercantilismo aplicado en la política comercial con las colonias estaba estructurado en base a los trabajos de Ustáriz, Feijoo, Campillo, Ward y Campomanes. Intentó en un primer momento controlar el contrabando, luego desarrollar el comercio, potencializar el mercado nacional colonial sin que éste entrara en competencia con la Industria de la metrópoli y en una tercera etapa poner en movimiento capitales inutilizados, para lo cual era necesario derogar las leyes que impedían la libre circulación.

Se identificaba la riqueza con los metales preciosos, por lo tanto se debían retener en España los que llegaban de América para lo cual proponía una discriminación aduanera. Se debía prohibir la salida de materias primas industriales y reducir los derechos de importación y exportación. También creía necesario dar impulso a la industria. Se afirmaba que la libertad es el alma del comercio y el monopolio su mayor adversario y que ni la prohibición ni las tasas crean la abundancia sino la libertad de los negocios, reclamaba la libertad de comercio con América y la supresión del monopolio de Cádiz a favor de catalanes, valencianos, gallegos, montañeses y vascos. Se difundía el pensamiento de que se debía dejar a los hombres en la mayor libertad posible a cuya sombra crecerían el comercio, la población y la riqueza. Estas fueron las bases de las reformas implantadas en España a mediados del siglo XVII.

El mercado colonial pasó entonces a un primer plano, pero todos los mecanismos innovadores se realizaron dentro del mayor control, más aún la legislación comercial, en muchos casos, no concuerda con su situación real. Con la Revolución Industrial el código de Napoleón necesitó grandes reformas para dar cabida a nuevas instituciones (bancos, almacenes generales de depósito, cámaras de compensación, bolsas de valores, efectos al portador, cheques, etc.) y a las modificaciones que el desarrollo del comercio había introducido en los contratos antes conocidos (compañías anónimas, prenda mercantil, cuenta corriente, etc.)

Cuando se promulgó el Código de Comercio francés de 1807, hacia siglo y medio que regían las ordenanzas de comercio y de marina; Francia había aumentado su territorio; su comercio y su industria habían adquirido mayor vuelo; y, por tanto, existían nuevas costumbres y usos comerciales, pero los relativos especialmente al comercio terrestre no habían sido fijados. Con tal efecto desde 1787 se pensó en Francia en reformar las Ordenanzas de Colbert.

Con este fin se nombró una comisión; pero como sobrevino la revolución dicha comisión no pudo llenar su cometido. En 1791 la asamblea constituyente acordó la dación de un Código Civil y de un Código de Comercio. Se hicieron los estudios y trabajos con respecto al Código Civil; pero no se abordó el estudio relativo al Código de Comercio. El decreto del 3 de abril de 1801, expedido por el

gobierno consular francés, nombró una comisión presidida por el Ministerio del Interior para que redactara el proyecto de Código de Comercio; el cual debía ser revisado por el Consejo del Estado.

La comisión cumplió, a fines de ese año, con formular un proyecto de código que fue enviado a las cámaras de comercio y a los tribunales de casación y apelación para que hicieran las observaciones pertinentes; a mérito de cuyo estudio por 3 miembros designados del seno de la comisión, se hicieron algunas modificaciones en el articulado del proyecto.

Los comisionados enviaron su trabajo al Consejo de Estado para su revisión; pero allí permaneció sin trámite y casi olvidado hasta 1806 en que Napoleón hizo que se estudiara, empleándose para dicho estudio 61 sesiones, 4 de las cuales las presidió él mismo. Este trabajo se sometió finalmente a discusión en las cámaras legislativas, que lo sancionaron por partes, y la ley de 15 de septiembre de 1807 ordenó que empezaran a regir desde el 1 de enero del año siguiente. Lo que indujo a Napoleón a acelerar la promulgación del Código de Comercio fue la serie de quiebras fraudulentas que se produjeron en Francia en 1806, las que arruinaron a muchos ciudadanos, mientras que los quebrados seguían después de la quiebra derrochando un lujo irritante.

El Código de Comercio francés de 1807 consta de cuatro libros y 648 artículos. El primer libro se titula "Del comercio en general", el segundo "Leyes particulares del comercio marítimo", el tercero "Quiebra" y el cuarto "Juicios y procedimientos a seguir en el comercio".

Después del Código francés tiene importancia para nosotros el Código español de 1829. En España regían, antes de la promulgación de este Código, las Ordenanzas de Bilbao y las leyes contenidas en el Libro IX de la Novísima Recopilación. En las Cortes de Cádiz de 1810 se acordó la formulación de un Código de Comercio y, en conformidad con dicho acuerdo, se nombró la comisión respectiva; pero los disturbios políticos originados por la rebelión americana dejaron en suspenso los trabajos. En 1827 Don Pedro Sainz de Andino elevó al rey una exposición manifestando la necesidad de codificar el Derecho Mercantil español, adjuntando a su exposición un proyecto de código.

El rey de España, que era entonces Fernando VII, nombró una comisión para que redactara el respectivo proyecto, cosa que se hizo; pero más tarde, dejando de lado el proyecto elevado a él por la Comisión, sancionó el proyecto de Sainz Andino por Real Cédula de 30 de mayo de 1829, disponiendo que el código empezara a regir el 1 de enero de 1830. Posteriormente se hizo extensivo a Cuba, Puerto Rico y Filipinas. En 1833 lo adoptó Portugal y luego las repúblicas sudamericanas, pudiendo afirmarse que fue el Código de la raza hispanoamericana. En su tiempo fue considerado como una obra perfecta. Tuvo como fuentes las antiguas leyes españolas y el Código francés de 1807.

El Código español de 1829 consta de 5 libros. Atendiendo a la época en que se promulgó sostiene que el Derecho Mercantil es un derecho de excepción o sea una rama del Derecho Civil, es decir, que es el derecho aplicable a una clase especial, a la de los comerciantes. Por esta razón resultan de gran importancia las formas y solemnidades que deben llenarse para la adquisición de la calidad de comerciante, pues sólo a ellos se aplica la ley comercial.

Como la ley comercial se aplica sólo a una clase especial, es necesario que dicha clase quede bien determinada y en tal virtud se exige la inscripción de los comerciantes en una matrícula especial que permita su identificación. El acto de comercio era juzgado por el Código de 1829 con un criterio subjetivo. Acto de comercio era realizado por un comerciante entendiéndose por tal el que se dedicaba al comercio en forma habitual, como una profesión y estaba además inscrito en la matrícula de comerciantes.

El Código de 1829 envejeció pronto por el avance del comercio, por lo que se hizo necesario dictar leyes especiales para regular nuevas instituciones, tales como los bancos de emisión y de descuento, las empresas de ferrocarriles y de construcción de obras públicas y letras de cambio, etc. Estas razones hicieron pensar en dictar un nuevo Código de Comercio y el 22 de agosto de 1885 se promulga el proyecto redactado por una comisión presidida por el Ministro de Gracia y Justicia Don Alonso Martínez.

El Código empezó a regir el 1 de enero de 1886. Esta comisión presentó junto con su proyecto una exposición de motivos, que es la misma que arreglada corre inserta en las ediciones del Dr. de la Lama de nuestro Código de Comercio de 1902. El Código español de 1885 preconiza que el Derecho Comercial es un derecho autónomo, independiente, por consiguiente, no exige la inscripción de los comerciantes en libros o matrículas, pues ya no se requiere ser comerciante para realizar válidamente actos de comercio; en defecto de él se aplicarán los usos mercantiles y sólo a falta de estos, en último término, el derecho común.

El 28 de febrero de 1895 se nombró en el Perú una comisión para que adoptara el Código de Comercio español de 1885. La comisión estuvo integrada por los doctores Luis Felipe Villarán, Felipe de Osma y José Payón, Esta comisión no adoptó totalmente para el Perú el Código Español de 1885, ya que procedió a introducir algunas modificaciones.

El segundo Código de Comercio fue sancionado en la legislatura de 1901 y promulgado el 15 de febrero de 1902, rigiendo a partir del 1 de Julio de ese año. (Chanduví, 1997). Nuestro código siguiendo al español de 1885 establece el principio de autonomía del Derecho Comercial y consagra la objetividad como criterio de apreciación de los actos de Comercio. Dentro de sus innovaciones están las siguientes:

1. Se tomó del Código italiano la parte referente a letra de cambio, la que a su vez se había inspirado en los preceptos que sobre la materia consagraba el derecho germánico, que consideró a la letra como instrumento de crédito, mientras que en el código español de 1885 la letra de cambio era una expresión del contrato de cambio trayectivo.
2. Se adoptó del Código argentino el título sobre "rematadores o martilleros" y de "Cuenta Corriente". Cabe observar que el título sobre cuenta corriente del Código argentino no fue tomado literalmente, sino que se le modificó y completó con la ley que sobre la misma materia se expidió el año 1901; y

3. Los títulos sobre cheques, bancos hipotecarios y prenda mercantil del Código español fueron sustituidos por las leyes especiales vigentes en estas tres materias.

Con posterioridad al código se han dictado leyes que lo complementan y lo modifican.

El 6 de mayo de 1999 se publicó en el diario oficial "El Peruano" el proyecto del nuevo Código de Comercio, con la denominación de "Ley marco del empresariado". Este proyecto no se concretó hasta la fecha, habiendo quedado aún vigente el Código de Comercio de 1992.

CONCLUSIONES

1. En el Perú, después de proclamada la Independencia, continuaron rigiendo las Ordenanzas de Bilbao.
2. Por ley del 10 de enero de 1835 se dispuso la adopción del Código español de 1829 y este fue promulgado por ley de 30 de abril de 1853, empezando a regir el 15 de junio de 1853. Las ordenanzas rigieron en lo que no se opusieran al Código.
3. La excelencia de las Ordenanzas de Bilbao hizo que fueran referentes para otros tipos de comerciantes tanto en España como en las colonias americanas (extendiéndose a 19 naciones de Iberoamérica) adelantándose al primer Código de Comercio del mundo, el francés de 1807.
4. Bajo el reinado de Carlos I de España, el 16 de noviembre de 1532, los castellanos con la captura de Atahualpa terminan con el Tahuantinsuyo de los Incas, se impone un nuevo orden administrativo y nace el Derecho Indiano, o sea el Derecho de Castilla, incluyéndose algunas ordenanzas españolas que por cédulas especiales pasaron a regir en las colonias.
5. Las llamadas ordenanzas del consulado de Bilbao de 1737, que representa el momento culminante de toda la actividad legislativa relativa al comercio de Bilbao en el siglo XVIII, aprobadas y confirmadas por Felipe V el 2 de diciembre de 1737 y que estuvieron en vigor en España hasta la aprobación del Código de Comercio español de 1829 y en el Perú hasta la promulgación del primer Código de Comercio de 1853.

BIBLIOGRAFÍA

- BASADRE, Jorge (1997). *Historia del Derecho Peruano*. Lima-Perú: Editorial Rochas.
- Basadre, Jorge (1999). *Los fundamentos de la Historia del Derecho*. Lima- Perú: Edit. San Marcos.
- BENITO, Lorenzo (1929). *Bases del Derecho Mercantil*. España: Edit. Espasa S.A.
- BOLAFFIO ROCCO, V. (1959). *Derecho Mercantil*. Italia: Edit. Edit.
- (1947). *Derecho Comercial*. Bs.As.-Argentina: Edit. Edit. S.A.T. – II.
- BRASETA PONT, Manuel (1978). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid – España: Editorial Tecnos
- Chanduví Cornejo, Víctor Hugo (2005). *Derecho Indiano y legislación societaria peruana*. Trujillo- Perú: Fondo Editorial UPAO.
- Chanduví Cornejo, Víctor Hugo (2003). *El comerciante y los actos de comercio*. Trujillo-Perú: Editorial Nuevo Norte S.A.

ENTREVISTAS EN CÁMARA GESELL COMO PRUEBA PRECONSTITUIDA DE LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD EN EL PERÚ

Ms. Karina Mercedes Castañeda Hinostraza¹

RESUMEN

En la presente investigación se analiza la posibilidad de valorar como prueba preconstituida a las entrevistas a menores de edad realizadas en cámara Gesell durante las investigaciones preliminares de delitos sexuales. En la mayoría de los casos estos actos ilícitos se perpetran en el seno de la familia y producen un daño psicofísico que deja traumas graves por el resto de la vida. Por eso es necesario contar con la declaración de la víctima desde que se toma conocimiento del hecho, ya que transcurrido o dilatado el tiempo se corre el riesgo de que los menores agraviados desistan de declarar por diversas razones o circunstancias: temor, vergüenza, sentirse culpable de la pérdida de libertad de su agresor por ser un familiar directo. Durante la entrevista en cámara Gesell, con las garantías del debido proceso como la presencia de un abogado defensor para garantizar el derecho de la defensa y contradicción por parte del presunto autor, se registra la declaración o testimonio de los menores de edad para esclarecer la verdad de los hechos, evitando la re-victimización de la víctima que cada vez que comparece ante el juzgado, fiscal y abogados sufre alteraciones en su estado emocional y mental al revivir hechos nefandos e ignominiosos. La entrevista única en cámara Gesell protege los intereses y la personalidad

¹ Fiscal Adjunta Provincial Penal en la 3FPPC de Trujillo La Libertad. Doctorando en Derecho por la Universidad Privada Antenor Orrego. Maestra en Derecho por la misma casa de estudios.

del menor puesto que cuenta con la asesoría de un sicólogo especialista que brinda soporte emocional a la víctima para que pueda narrar los hechos con tranquilidad. Nuestra Constitución Política otorga rango constitucional a algunos tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 25278, que reconoce el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente. Al ser considerada una persona vulnerable los estados parten de estos tratados y convenios deben adoptar medidas de protección de los menores. Así el Comité de los Derechos del Niño recomienda que cuando se trate de delitos sexuales estos sean investigados con arreglo a un procedimiento judicial favorable al menor y a la protección del derecho a la intimidad del niño. La Convención sobre los Derechos del Niño señala que los Estados parte se comprometen a asegurar el bienestar del menor de edad, su cuidado y protección, la satisfacción plena de sus derechos cuando adopta decisiones ya sea como órganos de la administración pública o tribunales de justicia. En el expediente N° 01665-2014-PHC/TC-Ica el Tribunal Constitucional ha ratificado este compromiso del Estado peruano.

Palabras Claves: Entrevistas en cámaras Gesell-menor de edad- prueba preconstituida-delitos sexuales contra menores de edad-Interés superior del niño.

ABSTRACT

This research analyzes the possibility of evaluating as pre-constituted evidence the interviews with minors who are victims of sexual crimes carried out in the Gesell chamber during the preliminary investigations. In most cases, these illegal acts are perpetrated within the family and cause psychophysical damage that leaves serious trauma for the rest of life. For this reason, it is necessary to have the victim's statement from the moment the fact is learned, since after or after time there is a risk that the aggrieved minors will give up declaring for various reasons or circumstances: fear, shame, feel guilty for the loss of freedom of his aggressor for being an immediate family member. During the Gesell chamber interview, with the guarantees of due process such as the presence of a defense attorney to guarantee the right of defense and contradiction on the part of the alleged perpetrator, the statement or testimony of the minors is recorded to clarify the truth of the facts, avoiding the re-victimization of the victim who every time he appears before the court, prosecutor and lawyer suffers alterations in his emotional and mental state when reliving criminal acts. The unique Gesell camera interview protects the interests and personality of the minor since it has a specialist psychologist who provides emotional support to the victim so that he can narrate the facts with tranquility. Our Political Constitution grants constitutional status to some international human rights treaties, including the Convention on the Rights of the Child, approved by the United Nations General Assembly and ratified by

the Peruvian State through Legislative Resolution No. 25278, that recognizes the constitutional principle of protection of the superior interest of the boy, girl and adolescent. Being considered a vulnerable person, the states party to these treaties and conventions must adopt measures to protect minors who are victims of this abuse. Thus, the Committee on the Rights of the Child recommends that when it comes to these cases they be investigated in accordance with a judicial procedure favorable to the minor and with respect to the protection of the child's right to privacy. The Convention on the Rights of the Child indicates that the States parties undertake to ensure the well-being of minors, their care and protection, the full satisfaction of their rights when adopting decisions either as organs of the public administration or courts of Justice. In file No. 01665-2014-PHC / TC-Ica, the Constitutional Court has ratified this commitment of the Peruvian State.

Keywords: : Gesell camera interview-Younger-Pre-made test- Sexual crimes against minors- Best interests of the child,

I. INTRODUCCIÓN

En el Ministerio Público se tramitan diversas denuncias de delitos de violación de la libertad sexual en agravio de menores de edad. Hechos ilícitos que son cometidos en forma clandestina, siendo muchas veces ocasionados por los miembros del entorno familiar de la víctima (Bermúdez-Tapia, 2020 a, p. 109). Por esta razón es necesario contar con la declaración de la víctima desde el momento en que se toma conocimiento de los hechos, ya que si se deja pasar más tiempo se corre el riesgo de que estos menores agraviados ya no deseen declarar por muchas razones, tales como tener que revivir este hecho traumático y como consecuencia de ello sufrir de nuevo una afectación emocional; entre otros también como sentir temor de que si declara, el agresor pueda tomar represalias; presión familiar o por último hasta sentirse culpable de que este familiar al ser encontrado responsable se vea privado de su libertad.

Los agresores de estos delitos actúan de manera oculta, aprovechándose además del estado de desvalimiento de la víctima. Por este motivo no existe más medio probatorio que la versión propia del menor agraviado. Al no recibirse este testimonio en forma oportuna se corre el riesgo de que estos delitos queden impunes (Bermúdez-Tapia, 2011, p. 19).

Ante esta situación, dado que las víctimas no acuden muchas veces a declarar en juicio oral o en la etapa de juzgamiento, el Ministerio Público cuenta con la cámara Gesell o sala de entrevista única, la misma que fue implementada por la referida institución (mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 589-2009-MP-FN publicada el 05 de mayo del año 2010). En este lugar se reciben las declaraciones de las víctimas en presencia de un psicólogo especializado, el fiscal de familia, el fiscal penal y el abogado defensor del presunto implicado cuando este es identificado. La entrevista es filmada y grabada para evitar además algo muy importante la re-victimización de los agraviados. Con estas precauciones las declaraciones obtenidas en cámara Gesell adquieren la condición de prueba preconstituida para ser ofrecida en la etapa intermedia, luego ser actuada y valorada en la etapa de juzgamiento.

- Ms. Karina Mercedes Castañeda Hinostraza

Asimismo, el artículo 19 de la Ley N° 30364 (ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar fue publicada el 23 de noviembre del año 2015) señala que “Cuando la víctima sea niña, niño y adolescente o mujer, su declaración debe practicarse bajo la técnica de entrevista única y se tramita como prueba anticipada. La declaración de la víctima mayor de edad a criterio del fiscal puede realizarse bajo la misma técnica...”

Así también el Decreto Supremo N° 0009-2016-MIMP -Reglamento de la Ley 30364- desarrolla y complementa esta norma para garantizar la protección de las víctimas en condiciones de vulnerabilidad. En este caso recibir las declaraciones de las víctimas bajo el protocolo de entrevista única, tendrá la calidad de prueba preconstituida. El uso de esta técnica se restringe a la investigación de hechos de connotación sexual en agravio de los mayores de edad.

Mediante Resolución N° 002-2018-MP-FN del 10 de abril del año 2018 el Ministerio Público aprobó la “Directiva para la adecuada administración y uso de las cámaras Gesell y salas de entrevistas única en el Ministerio Público” con el objetivo de brindar protección a las víctimas de violencia sexual, así como evitar la re-victimización.

El artículo 242 inciso 1 del Código Procesal Penal señala: “*Durante las diligencias preliminares o una vez formalizada la investigación preparatoria, a solicitud del Fiscal o de los demás sujetos procesales, podrá instarse al juez de la investigación preparatoria la actuación de una prueba en los siguientes casos:*

“d) Declaración de las niñas, niños y adolescentes en su calidad de agraviados por delitos comprendidos en los artículos 153 y 153 –A del capítulo I: Violación de la libertad personal y en los comprendidos en el capítulo IX: Violación de la libertad sexual, capítulo X: proxenetismo y capítulo XI: Ofensas al pudor público correspondientes al título IV: Delitos contra la libertad del Código Penal”.

Esta referencial desarrollada bajo la directrices del Ministerio Público debe ser considerada como prueba pre constituida, pues estas entrevistas dada su naturaleza son actos urgentes e irrepetibles y debe ser desarrollado con la inmediatez que lo amerita; más aún si se trata de un acto de investigación de carácter netamente material, realizado con anterioridad formal del proceso penal, cuyo fin es asegurar o mantener la disponibilidad de las fuentes de prueba y desarrollarse con las garantías del debido proceso y lo mas importantes aún se va a proteger el interés superior del niño.

En esta investigación se va a conocer la regulación de las entrevistas únicas de los menores de edad víctimas de delitos sexuales practicada en Cámaras Gesell en la legislación nacional y extranjera (Argentina, Colombia y Chile); a efectos de saber el valor probatorio que les dan a estas entrevistas.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL USO DE LA CÁMARA GESELL

Fue creada por el psicólogo y pediatra estadounidense Arnold Lucius Gesell, quien puso en práctica esta nueva modalidad, su objetivo fue observar las distintas conductas de los niños, sin que ellos sientan perturbación. Gesell aplicó lo último en tecnologías disponibles en vídeo y fotografía. Hizo uso de espejos unidireccionales que le ayudaron a observar el comportamiento infantil; esta cámara conocida en los medios científicos como cámara de Gesell, la misma que consiste en dos habitaciones con una pared divisoria en la que un espejo unidireccional de gran tamaño permite ver lo que ocurre en una de ellas desde la otra, pero no al revés.

Al escribir sobre el *domo de Gesell*, Salgado (2012) señala que éste fue mutando con el pasar los años. Así se pasó de utilizar un cedazo a espejos de una sola vía que permitían ver desde el exterior a las personas que interactúan en el interior sin que estas se den cuenta que sus interacciones están siendo observadas y analizada. Así, Sierra (2013) señala que:

(...) El mecanismo panóptico de la cámara Gesell, permite que un grupo de personas conocedoras de su metodología como juezas/es, defensoras/res, peritas/os, etc., observen que las persona agraviadas o testigos, mientras brindan su declaración, no se visualicen; generando así un ambiente íntimo y apto para dialogar y realizar el proceso de la entrevista, sin inhibir ni ofender a quienes, usualmente al realizar estas diligencias, desarrollan ansiedad, tensión, dolor, sentimientos de culpa, vergüenza y traición, constituyéndose así una herramienta o método de investigación que reduce los daños que se ocasionan en la toma de las declaraciones de niños, víctima y testigos, evitando la exposición directa con los agresores, así como también el amedrentamiento y re-victimización y traumas adicionales que exponen a los niños en los procesos penales (Pg. 54).

En la etapa de investigación preparatoria de los delitos contra la libertad sexual en agravio de menores de edad, las referenciales de los menores se recibe en Cámara Gesell, evitando que estos se sientan intimidados al percibir a terceras personas (Bermúdez-tapia, 2015, p. 195). En esta diligencia se aprecia, sobre todo, las gestualidades del menor, las interrogantes y las respuestas, así como las reacciones en cada situación particular. Esta diligencia será grabada para ser utilizada como prueba y así evitar que el menor declare nuevamente en la etapa de juzgamiento.

III. MARCO TEÓRICO

3.1. La Prueba

Autores como Sánchez Velarde (2019), definen a la prueba como una cuestión capaz de afirmar, negar, asentir y/o demostrar la presencia o ausencia de cierto hecho, con la única finalidad de alcanzar la verdad. En otros términos, prueba debe ser considerado aquello que “confirme o desvirtúe una hipótesis o afirmación precedente en el proceso. Asimismo, constituye una de las más altas garantías contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales” (Neyra, 2015: 220).

Rosas Yataco (2015) define a la prueba desde tres diferentes criterios: Un criterio ecuaníme, en virtud del cual se conceptualiza al mismo como aquel que se practica con la intención de generar certeza jurisdiccional; un criterio personal que llega a considerar a la prueba como generadora de convencimiento o grado suficiente de convicción del órgano jurisdiccional y un criterio misceláneo que reúne aspectos relevantes de cada criterio anterior.

3.1.1. Prueba Anticipada

Miranda Estrampes (1997), citado por Cubas (2016), define a la prueba anticipada como aquella diligencia extraordinaria que no puede considerarse como un acto de investigación, sino más bien como un verdadero acto probatorio, a pesar de que su actuación se lleve a cabo antes del juicio oral.

La prueba anticipada tiene carácter de extraordinaria debido a su pertinencia y utilidad puede ser actuada antes de la realización del juicio oral (Sánchez, 2009, Pág. 233). Talavera (2017) agrega que otro de sus rasgos característicos es la indisponibilidad de esta prueba por lo que resulta predecible que no pueda ser actuada en la etapa tercera del proceso penal.

3.1.1.1. *Requisitos para la valoración de la prueba anticipada*

Uno de los requisitos procedimentales para realizar la prueba anticipada es que la solicitud sea presentada ante el juez de investigación preparatoria antes de emitir el auto de enjuiciamiento, constituyéndose así el requisito denominado *tiempo suficiente* (Sánchez, 2009, Pág. 235). La necesidad de contar con un ente imparcial que presencie la actuación probatoria (inmediación), así como la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción son los dos pilares considerados indispensables para la aplicación de la prueba anticipada (Cubas, 2016, Ph. 403).

El valor probatorio no depende de actuarla con las debidas garantías procesales y materiales, sino con diligencia, puesto que al ser grabada ya sea en audio o audiovisualmente, deberá ser reproducida en juicio oral. Así su valoración se encuentra condicionada a que se practique la audición de dicha diligencia, la visualización de la misma o, en su defecto, la lectura del acta donde se haya consignado la realización de la diligencia (San Martín, 2015, Pg 584).

3.1.2. La prueba pre constituida

En virtud de circunstancias estrictamente esenciales que median para obtener cierto medio probatorio, al tener la característica principal de irreproducible es que se considera válido dicho acto de prueba como prueba pre constituida (Sánchez, 2009, Pág. 236).

Esta referida además a la prueba material y a la documental, en este último caso las actas de constatación, decomiso, incautación, hallazgo, pesaje, detención, intervención, allanamiento de registro, de control de comunicaciones son actuadas por la policía o el fiscal

Esta clase de prueba es definida como “aquella fuente de prueba adquirida antes del juicio oral, ya sea en la etapa de investigación o etapa intermedia, conforme a las normas procesales de validez y observando la garantía de inmediación (en los que corresponda) y la garantía de contradicción simultánea o sucesiva” (Rodríguez, 2017, Pág. 82).

3.1.2.1. Requisitos para su validez

La validez de la prueba preconstituida requiere que ésta sea adquirida bajo los parámetros establecidos por la ley procesal; esto es que se encuentren válidamente realizados respecto a la forma y circunstancias. Guzmán Fluja, citado por Rosas (2015), señala que la prueba preconstituida debe realizarse antes que comience el proceso formalmente y no ya formalizado; es decir, comúnmente debería realizarse en la etapa preliminar antes de formalizar la investigación preparatoria.

Asimismo, para considerarse válidamente como prueba preconstituida debe necesariamente cumplirse de forma irrestricta con los principios que enmarcan la actuación probatoria, tales como la inmediación y la contradicción (Rodríguez, 2017, Pág. 83).

Finalmente, esta prueba debe llevarse a cabo cuando se corre el riesgo de que pueda ser irreproducible, pérdida con el transcurso del tiempo, difícil de llevarse a cabo posteriormente. Estas circunstancias son ajenas a los sujetos procesales, sobre todo hasta que se instale el juicio oral y se debe garantizar el derecho de defensa, el cumplimiento de las garantías constitucionales y legales si el autor de los hechos es individualizado y realizarse antes de que se formalice la investigación preparatoria.

3.2. Diferencias entre la prueba anticipada y la prueba preconstituida

La prueba anticipada es practicada en la segunda sub-fase de la etapa de investigación preparatoria, la prueba pre constituida sólo puede materializarse en la primera sub-fase de la etapa de investigación preparatoria; es decir, en diligencias preliminares.

Otra diferencia advertida es que, en el caso de la prueba anticipada se requiere la presencia del órgano jurisdiccional para su validez, mientras que la prueba pre constituida no requiere las formalidades probatorias de la actuación probatoria en el juicio oral.

En el anticipo de la prueba la irrepetibilidad es derivada, ya que, a pesar de que la actuación del medio probatorio pueda llevarse a cabo en juicio, existen circunstancias sobrevinientes que perjudican su actuación posterior; sin embargo, en la prueba pre constituida es originaria, puesto que se trata de un hecho que no podrá trasladarse hasta el proceso.

Respecto a la valoración en juicio oral del acto de prueba obtenido, la prueba anticipada requiere para que sea valorada que su actuación sea analógada al procedimiento regular del juicio oral. En el caso de la prueba pre constituida, sin embargo, se requiere que el procedimiento aplicable tan solo sea colegible con el debido proceso; es decir, mediando el debido cumplimiento de los principios probatorios.

Otra diferencia es que la prueba anticipada es introducida en la sub-fase de lectura de documentales; sin embargo, el debate contradictorio ya se produjo durante su actuación, en presencia del juez. Por otra parte, la prueba preconstituida es introducida en la sub-fase de la lectura de documentales y se encuentra abierta al debate contradictorio.

Por último, la prueba anticipada se actúa bajo una circunstancia extraordinaria de suma urgencia, mientras que la prueba pre constituida nace obligatoriamente, al realizarse con base en un hecho irrepetible.

3.3. Entrevista única en Cámara Gesell

“Existen determinadas circunstancias que obligan a que las declaraciones de las víctimas se realicen bajo cierto procedimiento especial, para evitar la re-victimización, esto se da generalmente en el caso de niños, adolescentes o víctimas de violación sexual” (Villegas, 2017, Pg. 56).

La cámara Gesell se encuentra constituida por dos ambientes divididos por una pared de vidrio espejado univisual; es decir, un vidrio que sólo permite que se visualice de un ambiente a otro, pero no viceversa. En una de las salas, la entrevistada perjudicada, acompañada con una psicóloga especialista logra declarar, siendo visualizada por el fiscal penal a cargo del caso, el abogado defensor y el fiscal de familia (Villegas, 2017, Pág. 60).

Villegas (2017) agrega que la entrevista única tiene como propósito principal la no victimización de la niña/o adolescente víctima de delitos de connotación sexual y que ésta sea considerada como prueba preconstituida, con la fortaleza suficiente para ser sus-tento valorable en una sentencia condenatoria. Por esta razón la cámara Gesell debe ser guardada audiovisualmente, conservada con cadena de custodia para su reproducibilidad en la etapa de documentales del juicio oral.

3.3.1. Finalidad de la Cámara Gesell

La cámara Gesell cumple con la finalidad principal de recoger mediante grabación audiovisual la versión primigenia del menor agraviado por la comisión de un delito sexual, en una declaración vertida en la fiscalía, contando con la presencia del abogado defensor, evitando así la re-victimización del menor, lo cual genera consecuencias psicológicas negativas para este (Álvarez, 2016, Pág. 128).

La declaración brindada por los menores debe ser visualizada en el juicio oral o en la etapa de juzgamiento, evitando que la víctima rememore los hechos traumáticos ante varias personas. Las audiencias deben llevarse a cabo en privado y el imputado abandonar la audiencia cuando la víctima preste sus declaraciones.

3.3.2. Etapas del procedimiento de entrevista única en Cámara Gesell.

Tanto el órgano jurisdiccional como el Ministerio Público han elaborado guías operativas para la aplicación adecuada en diversas etapas de las entrevistas únicas en cámara Gesell. El Ministerio Público cuenta con su guía de procedimiento de entrevista única a víctimas en el marco de la Ley N° 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar (2016). En esta guía se señalan que la entrevista única en cámara Gesell consta de tres etapas procedimentales, las cuales serán descritas a continuación.

3.3.2.1. Etapa previa

En esta fase inicial se pretende recabar el hecho delictivo. Dicho en otras palabras, en la primera etapa se busca conocer la versión más fidedigna del presunto hecho delictivo que vulnera la libertad sexual.

Así, en esta etapa se regulan las formas de tomar conocimiento del delito, las cuales pueden ser: (i) de oficio mediante la visualización del delito en medios televisivos, sitios web, entre otros; (ii) denuncia de parte ante el Ministerio Público o ante la misma Policía Nacional, en virtud de la cual la parte agraviada o su representante (en caso de menores) asiste a la autoridad competente a fin de informar el presunto hecho delictivo.

El Ministerio Público cuenta con varias instituciones adheridas, entre las cuales se encuentra el Instituto de Medicina Legal, encargado de realizar los reconocimientos médicos legales de los agraviados, las pericias psicológicas, psiquiátricas, entre otros. Asimismo, cuenta con una unidad de protección y asistencia de víctimas y testigos, que asume la responsabilidad social, psicológica y hasta económica de los gastos irrogados por los agraviados.

3.3.2.2. Etapa de la entrevista única

Una vez tomado conocimiento del hecho delictivo, el fiscal, dependiendo de la flagrancia del hecho delictivo o de la comunicación posterior del hecho, emite una disposición de apertura de diligencias preliminares, en donde programa, conforme a disponibilidad, la realización de la diligencia de entrevista única en cámara Gesell.

Para tal efecto, de conformidad con el principio constitucional del debido proceso, se notifica a la agraviada, a su representante legal (en caso el/la agraviado/a sea menor), al abogado defensor de la parte agraviada, al abogado defensor del imputado, el fiscal de familia y al Instituto de Medicina Legal para que designe a un psicólogo especialista para la realización de la diligencia.

La entrevista única propiamente dicha cuenta con características procedimentales y materiales. Respecto a las primeras, la entrevista se documenta en un acta firmada por todos los participantes, así como también es grabada en un medio audiovisual, la cual es lacrada con su respectiva cadena de custodia, firmado y enviado a la carpeta fiscal donde consta la investigación del delito. Asimismo, es plausible que alguna de las partes ofrezca un perito psicólogo de parte, para lo cual su participación será limitada a observar la entrevista desde el ambiente de observación, junto con los fiscales y los abogados. Respecto a las características materiales, la entrevista es única e irreplicable, por lo que su realización deberá ser lo más eficiente posible, con la finalidad de ser utilizada como medio probatorio (documental). Asimismo, con la finalidad de proteger al agraviado, es un procedimiento exclusivamente reservado, por lo que la presencia de estudiantes de cualquier universidad se encuentra prohibida (División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2018, Pg. 304 y 305).

3.3.2.3. Etapa posterior

Tal como se mencionó precedentemente, una vez culminada la entrevista única que tiene una duración usual de dos (02) horas, esta queda consignada en un acta firmada por todos los intervinientes.

El acto seguido a la firma es el lacrado, el cual consiste en conservar el acta junto con el CD que contiene la grabación audiovisual en un sobre cerrado debidamente firmado y entregado al fiscal responsable de la investigación con su debida cadena de custodia, a fin

de que sea presentado en la instancia correspondiente como medios de prueba.

Posteriormente se requiere la pericia del psicólogo. Para tal evaluación, el Instituto de Medicina Legal cita una vez más a la menor, con la finalidad que pase una entrevista personal con el psicólogo y éste le realice los exámenes respectivos. Con dicha información puede emitir su pronunciamiento sobre la alteración psicológica del menor.

Del mismo modo aparece la unidad de protección y asistencia a víctimas y testigos encargada de darle un seguimiento continuo al menor agraviado, quien deberá encontrarse apto para las demás diligencias procesales.

3.4. La No Revictimización

No es posible trastocar el término re-victimización y su prohibición sin antes no haber conceptualizado a la víctima. Así víctima debe entenderse a toda aquella persona que sufre daño directo, indirecto o colateral respecto a la comisión de un ilícito penal. En este supuesto específico, víctima es todo niña, niño o adolescente que ha sufrido la comisión de un delito que vulnera un bien jurídico de connotación sexual.

La cámara Gesell fue instituida en el Ministerio Público con la finalidad de evitar tal re-victimización; es decir, lo que pretende el Ministerio Público es brindarle pacificidad y un espacio con total libertad e intimidad a la víctima para que esta rinda su testimonio. Así, tal como lo señala Malca (2015):

“la actuación de las declaraciones de niños y adolescentes víctimas de violencia sexual, han sido considerados como supuestos de prueba anticipada o prueba pre-constituida, porque el testimonio de la víctima se convierte en irreplicable pues de lo contrario se le estaría re-victimizando, generando una profunda afectación a su integridad en especial en su ámbito espiritual y psicológico” (Pg. 33).

Ahora bien, respecto a la re-victimización, por fuentes confiables se concluye que, al 2018, un 20 % de las personas que son agraviadas por un hecho delictivo nuevamente son sometidas a diligencias, sin contar a los menores de 15 años de edad. Esto es un número sumamente alto, considerando la forma y circunstancias en la que se comete el delito y el trastorno mental que ocasiona (INEI, 2018).

Ahora bien, respecto a la no re-victimización o estigmatización secundaria, la Corte Suprema ha emitido el Acuerdo Plenario N° 01-2011 mediante el cual concluye que para evitar dicha re-victimización en los menores de edad se deben cumplir tres reglas, las cuales son “a) Reserva de las actuaciones judiciales; b) preservación de la identidad de la víctima; c) promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima” (Roy Freyre et al, 2014: 241).

Respecto al primer punto es claro que la reserva es una institución muy bien utilizada en los delitos cometidos en agravio de la intimidad de la víctima. La publicidad como principio queda avasallada cuando se pondera con los principios de intimidad y otros. Respecto al segundo presupuesto, la identidad del/de la menor es vital y estrictamente salvaguardada, puesto que su intimidad se ve vulnerada a tal punto de verse afectada no solo física, sino también psicológicamente. El último punto, que lo desarrolla muy bien la Corte Suprema, señala extensamente la posibilidad que la declaración de la víctima sea actuada bajo las reglas de la prueba anticipada. Sin embargo, entra en contradicción cuando señala que, en caso de víctimas menores de edad, es obligatoria su declaración en Cámara Gesell, debiendo regirse por las prerrogativas que imponga el Ministerio Público; es decir, en la cámara Gesell preliminar y no judicial (Acuerdo Plenario N° 1-2011, acápite 38).

3.5. La calidad del agraviado

El Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público cuenta con dos ambientes diferenciados, uno para recabar las declaraciones que vierten los menores de edad denominado Cámara Gesell y otro para recabar la declaración de los agraviados mayores de edad víctimas de delito contra la libertad sexual denominado sala de entrevista única.

Para la aplicación de la entrevista única en cámara Gesell se requiere que la víctima sea menor de 18 años de edad, no solo al momento del hecho delictivo sino al momento de practicarse la diligencia. De no ser así, la declaración será vertida en la sala de entrevista única.

3.6. El interés superior del niño

El interés superior del niño ha sido concebido como un principio irrestricto, evaluable de poder ser estrictamente cumplido por cada Estado miembro de los tratados que consignan este principio. La finalidad ulterior de este acápite es explicar qué abarca la citada directriz, partiendo, por tanto, desde la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) que precisa de forma detallada que:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, así como tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos, le dan una consideración primordial al interés superior del niño (art. 3 inc. 1, el subrayado es nuestro).

Respecto a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la autora Garay (s.f.) prescribe que:

El interés superior del niño es un principio inspirador, tiene su origen en el Derecho Común, sirve para solucionar conflictos de interés entre el niño y otra persona, donde va a primar los intereses del niño; implica que este principio favorece la protección de los derechos de los niños, el lugar central que ocupa en la Convención constituye un valioso aporte a la ideología de los derechos del niño (pág. 6).

En ese sentido, el principio del interés superior del niño es considerado una directriz en la aplicación y/o realización de la diligencia de la cámara Gesell, en la medida que la condición del niño y su personalidad, así como su aspecto físico pueden ser vulnerados.

IV. LA CÁMARA GESELL EN EL DERECHO COMPARADO

La Cámara Gesell, a diferencia de la regulación peruana, prevé numerosas aristas divergentes con otras latitudes supranacionales. En este acápite, se pretenderá describir cada regulación extranjera, desde la más convergente a la más diferenciada, con la finalidad de percibir su importancia.

4.1. Regulación Argentina

El procedimiento para la entrevista única en Cámara Gesell en el país de Argentina, se encuentra estrictamente limitado a la actuación en el sistema del poder judicial. Por tanto, el Ministerio Público deja de tener una actuación activa en este tipo de actuaciones, dejándose en manos del Órgano Jurisdiccional dicho procedimiento.

Sin embargo, el Poder Judicial realiza dicho procedimiento ante la sola sospecha que un menor de edad ha sido trasgredido sexualmente, para tal medida se utiliza esta cámara que consta de dos ambientes, la misma que se encuentra dividida por un vidrio espejado unidireccional (Ávila, 2008).

Así, tenemos también que el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (1992) estipula que:

“Cuando se vea afectado a la víctima o al testigo de alguno de los delitos señalados en el Código Penal, Libro Segundo, Título III, Capítulos II, III, IV y V, que a la fecha se requiera su comparecencia no haya cumplido los dieciséis (16) años de edad, se seguirá el siguiente procedimiento:

1) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo del Poder Judicial de la Provincia, pudiendo estar acompañado por un especialista cuando el caso particular lo requiera, ambos designados por el órgano que ordene la medida, (...)” (El resaltado es nuestro, art. 221 BIS).

Lo resaltante de lo anterior es, que sólo se considerará, para la aplicación de la Cámara Gesell, a una persona menor de dieciséis (16) años. Y, tal como se mencionó precedentemente, la actuación del mismo queda en manos de un solo psicólogo del Poder Judicial.

Asimismo, existen estudios en donde concluyen que el imputado perfectamente puede participar de la diligencia de Cámara Gesell en Argentina; sin embargo, como mero espectador de la misma,

con la posibilidad de emitir ciertos cuestionamientos al fiscal en-cargado de la investigación o al juez de la misma. Es acatable también que toda diligencia en donde no haya sido notificado el imputado a declarar, posee el vicio de nulidad (Herre-ra, 2017, Pg. 10-11).

4.2. Regulación Chilena

La Cámara Gesell en Chile no corre una suerte cercana, a pesar de su creación como tal desde mediados de 1950. Según investigaciones chilenas, es recién a partir del 2012 en el que el Poder Judicial instó un plan piloto en un Tribunal de Familia, a fin de realizar la entrevista única a niños y adolescentes (Oyanedel & Ortúzar, 2018).

Su implementación tardía cumplía un propósito similar, disminuir la victimización secundaria en los niños y adolescentes víctimas de abusos de connotación sexual.

A diferencia de la regulación peruana, la legislación chilena ha implementado la Ley N° 21,057 (2017), que regula las entrevistas las mismas que son grabadas en video y que se aplican otras medidas de resguardo a menores de edad, que son víctimas de delitos sexuales. Esta ley, se hace una interesante diferencia entre Entrevista investigativa video grabada y las declaraciones vertidas judicialmente. La primera de ellas se realiza ni bien se recepciona la denuncia y, tiene como objeto reunir todos los hechos materia del delito co-metido, así como sus partícipes. Esta entrevista inicial se encuentra a cargo de un profesional denominado *Entrevistador*, quien se encuentra debidamente acreditado en el llamado Registro de Entrevistadores, el cual es elaborado por el Ministerio de Justicia y de los Derechos Humanos de Chile (art. 6).

Por otro lado, la Declaración vertida judicialmente, la cual cuenta con características similares a la Entrevista Única en Cámara Gesell vertida como prueba anticipada, se encuentra también regulada en la ley antes mencionada. La circunstancia similar entre ambas clases de entrevistas es que, el lugar donde se realiza la misma encuentra un acondicionamiento especial, idéntico a la Cámara Gesell. La Ley prescribe que:

“Las entrevistas investigativas videos grabados y las declaraciones judiciales se realizarán en condiciones que:

- a) Protejan la privacidad de la interacción con el niño, niña o adolescente.
- b) Resguarden la seguridad del niño, niña o adolescente.
- c) Permitan controlar la presencia de participantes.
- d) Sean tecnológicamente adecuadas para video grabar el relato que preste el niño, niña o adolescente y, en el caso de la declaración judicial, para su reproducción instantánea y su intercomunicación” (art. 21).

4.3. Regulación Colombiana

La legislación colombiana sufre una suerte de intromisiones similares a la peruana. El Código Procesal Penal de Santa Fé, Colombia prevé que la Cámara Gesell debe llevarse a cabo ni bien se tome conocimiento del hecho presuntamente delictivo (delito de connotación sexual contra menor); sin embargo, esta no es considerada, como medio de prueba hasta su incorporación en el proceso, en virtud de la figura jurídica de Anticipo jurisdiccional de prueba.

Del Río & Biaggini (2019), investigadoras colombianas, señalan que la exigencia de incorporación de la Cámara Gesell como prueba anticipada, vulnera la labor fiscal, quien se encuentra previamente legitimado para tomar la determinación de forma de incorporación, toda vez que genera un desperdicio de tiempo, materiales y métodos a realizar doble vez una Cámara Gesell. Una, a nivel sumario y posteriormente como prueba anticipada.

V. CONCLUSIONES

1. La declaración del menor de edad víctima de violación sexual recibida en Cámara Gesell como diligencia preliminar, constituye un elemento de convicción que conforme al artículo 325 del Código Procesal Penal, solo es una actuación de investigación válida para fundar una resolución judicial ante el requerimiento de la investigación preparatoria, porque cuenta con las garantías del debido proceso, si es así con mucha más razón debe ser acogida como Prueba Preconstituida, más aún si esta es recibida de forma inmediata cuando se tiene conocimiento del hecho delictivo y con el debido emplazamiento de los sujetos procesales; así también en esta diligencia se cuenta con la participación del Psicólogo forense de medicina legal, quien es el que acompaña en todo momento al menor agraviado en esta entrevista; su participación le va a servir para que posteriormente realice los exámenes respectivos, es decir con dicha información puede emitir su pronunciamiento sobre la alteración psicológica del menor.
2. De valorarse la entrevista en Cámara Gesell de menores de edad víctima de delitos sexuales, solucionaría inmediatamente los problemas de interpretación y práctica judicial, se protegería de alguna manera eficaz los intereses de la víctima, que es uno de los eslabones de la Ley 30364, aunque si bien el principio de intervención inmediata y oportunidad es un parámetro rector de la mencionada ley, que expresamente prohíbe que haya retraso en atender a la víctima de un hecho de violencia evitando dilaciones formales o procedimentales, pues un aspecto que constituye una actuación inmediata es recabar su declaración a través de una entrevista y si se cumple con las formalidades de ley poder actuarla a futuro por ser una prueba pre constituida
3. Cada declaración sobre violencia sexual conlleva a que el niño, niña o adolescente se coloque frente a los hechos que le han causado daño, causándole sufrimiento y por tanto se le coloca

en una nueva situación de vulnerabilidad: En ese sentido, el proceso penal debe estar diseñado para que sean necesarias el menor número de declaraciones, es decir el menor solo debe declarar una sola vez, para evitar ser llevado a juicio oral; es por ello que con la declaración recibida en Cámara Gesell dirigida por el fiscal, se cuenta con un equipo multidisciplinario, para evitar consecuencias dañosas al desarrollo de su personalidad, de lo contrario sino se cuenta con profesionales especializados se estaría vulnerando el interés superior del niño;

4. Con la valoración de su primera declaración, no se re victimiza a la víctima; por el contrario, se evita que el menor agraviado tenga que pasar nuevamente por la experiencia negativa de tener que narrar frente a desconocidos lo que ha tenido que sufrir. Con su regulación y aceptación como prueba pre constituida, podría superarse tal situación.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aliaga et al. (2016). Guía de procedimiento de entrevista única a víctimas en el marco de la ley N° 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; y, a niños y adolescentes varones víctimas de violencia. Lima: Jefatura Nacional del Instituto de Medicina Legal. Recuperado de: <https://www.mpfm.gob.pe/Docs/iml/files/manual09.pdf>

Arbulú, V. (2019). Delitos sexuales en agravio de menores de edad. Lima: Gaceta Jurídica. Primera Edición.

Asamblea General de la ONU. (1985). Reglas mínimas de las naciones unidas para la administración de la justicia de menores. Resolución 40/33. Recuperado de: <http://www.cidh.org/ninez/pdf%20files/Reglas%20de%20Beijing.pdf>

Ávila, M. (2008). Niño víctima de abusos sexuales “Cámara Gesell”. *Sistema Argentino de Información Jurídica*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina. Recuperado de: http://www.saij.gob.ar/doctrina/daof080041-avila-nino_victima_abusos_sexuales.htm#

Bermúdez-Tapia, M. (2011) Principios de política criminal: a proósito de la imprescriptibilidad de delitos. *RAE, Revista de Análisis Especializado en Jurisprudencia*. 4(40), 19-24

Bermúdez-Tapia, M. (2015) Las restricciones a la patria potestad por comision de delitos graves. *Gaceta Civil & Procesal Civil*. (24), 195-198

Bermúdez-Tapia, M. (2020) La reparación civil en los procesos penales y la garantía del acceso a la justicia a las víctimas ante los delitos cometidos por familiares, pp. 109-127. Tello Gilardi, J. y Calderón Puertas, C. (Compiladores) *Reglas de Brasilia: justicia para transformar vulnerabilidad en igualdad*. Lima: Poder Judicial,

Congreso de la República del Perú (2015). Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Recuperado de: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-para-prevenir-sancionar-y-erradicar-la-violencia-contra-ley-n-30364-1314999-1/>

Congreso Nacional de Chile. (2017). Ley N° 21,057 que regula entrevistas grabadas en vídeo y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1113932>

Consejo de Ministros (2004). Decreto legislativo N° 957 que promulga el código procesal penal. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/nuevo-codigo-procesal-penal-peruano-actualizado/>

Corte Suprema de Justicia (2011). Acuerdo plenario N° 1-2011/cj-116. Recuperado de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/10b3e2004075b5dcb483f499ab657107/ACUERDO+PLENARIO+N°+1-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=10b3e2004075b5dcb483f499ab657107>

Cubas, V. (2016). El nuevo proceso penal peruano – Teoría y práctica de su implementación. Lima: Palestra. Segunda Edición.

Del Río, A. & Biaggini, D. (2019). El uso de Cámara Gesell en la declaración de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual en la investigación penal en Santa Fe. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 162-178. Recuperado de: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKewjTt9PajvjnAhVvEbKGHcU2CgIQFjABegQIBBAB&url=https%3A%2F%2Fbibliotecavirtual.unl.edu.ar%2Fpublicaciones%2Findex.php%2FNuevaEpoca%2Farticle%2Fdownload%2F6221%2F9199&usq=AOvVaw3iEYePiUc530fAWoV9gpZQ>

Fiscalía de la Nación (2016). Resolución de la fiscalía de la nación N° 3963-2016-mp-fn. Aprueban cuatro guías elaboradas en mérito a lo dispuesto por la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Lima. Recuperado de:

Herrera, H. (2017). ¿La utilización de la Cámara Gesell en el proceso penal colisiona con el derecho de defensa del imputado? Argentina. *Pensamiento Penal*. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/doctrina45985.pdf>

Malca, E. (2015). Protección a víctimas de abuso sexual (Tesis de Postgrado). Universidad Privada Antenor Orrego. Recuperado de: http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/973/1/MALCA_ELIANA_PROTECCIÓN_VÍCTIMAS_ABUSO%20SEXUAL.pdf

INEI (2018). Victimización en el Perú 2010-2018. Recuperado de: https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1652/libro.pdf

■

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2018). Reglamento de la ley N° 30466, ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño – Decreto supremo n° 002-2018-MIMP. Recuperado de: <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/ds-002-2018-mimp.pdf>

Neyra, J. (2015). Tratado de derecho procesal penal. Lima: IDEMSA. Primera Edición. Tomo I y II.

Oyanedel, J. & Ortúzar, H. (2018). Sistematización de una experiencia piloto de implementación de una sala gesell para la entrevista de niños en un tribunal de familia. Revista Chilena de Pediatría, 89, 694-700. Recuperado de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rcp/v89n6/0370-4106-rcp-00813.pdf>

Rosas, J. (2018). Derecho procesal penal – Doctrina, jurisprudencia y legislación actualizada. Lima: CEIDES. Primera Edición.

Roy Freyre, et al (2014). La irrepetibilidad de la entrevista única en Cámara Gesell de la menor agraviada por abuso sexual. Gaceta Penal, 66, 241-242.

Sánchez, P. (2009). El nuevo proceso penal. Lima: IDEMSA. Primera Edición.

San Martín, C. (2015). Derecho procesal penal – lecciones. Lima: INPECCP. Primera Edición.

Senado y Cámara de Diputados de Córdoba. (1992). Código Procesal Penal. *Ley N° 8,123*. Recuperado de: <http://www.sajj.gob.ar/8123-local-cordoba-codigo-procesal-penal-provincia-cordoba-lpo0008123-1991-12-05/123456789-0abc-defg-321-8000ovorpyel>

Talavera, P. (2017). La prueba penal. Lima: Instituto Pacífico. Primera Edición.

Villegas, E., Rodríguez, W., et al (2017). Cómo probar el delito de violación de menores. Lima: Gaceta Jurídica. Primera Edición.

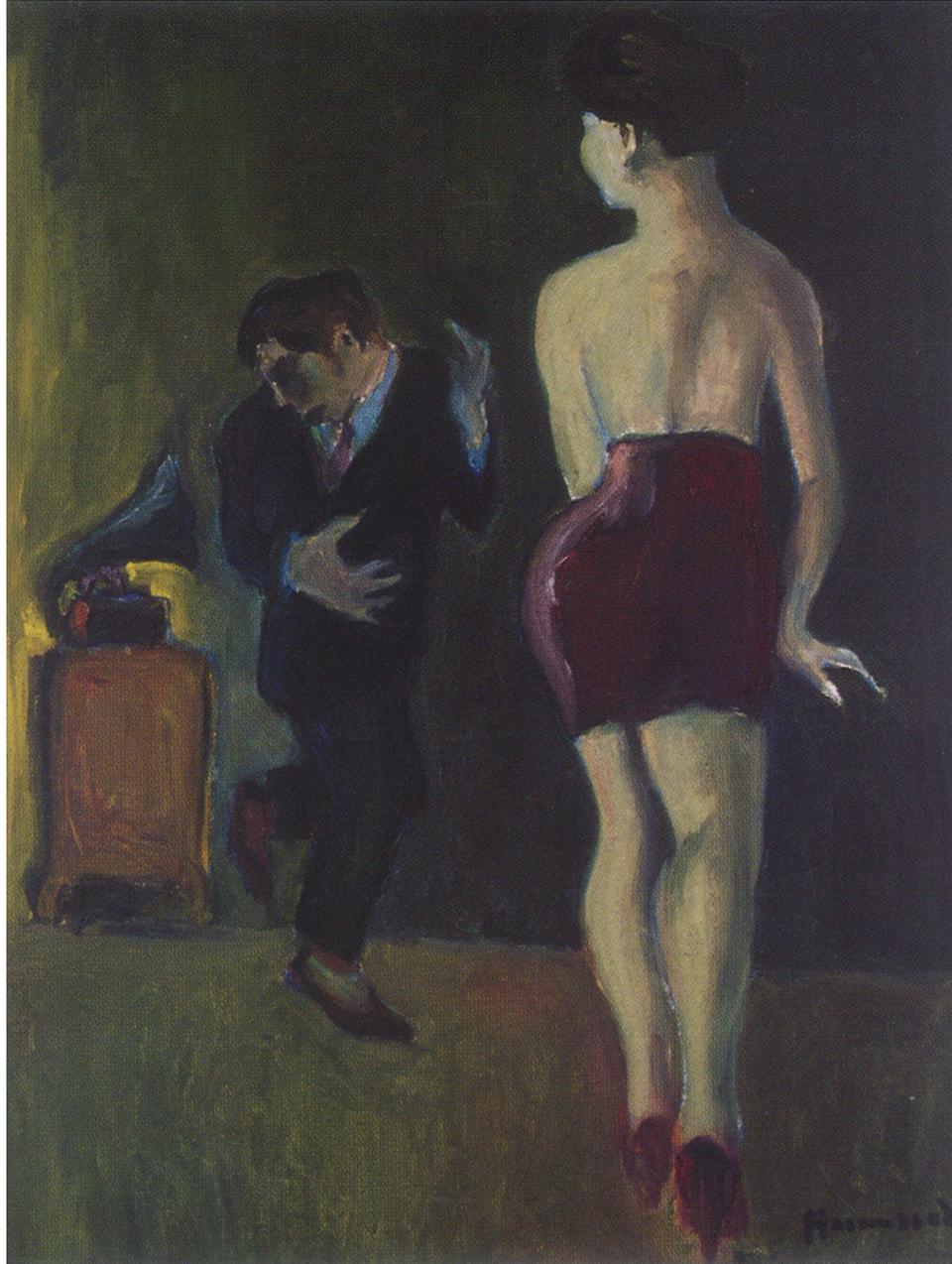


El Burdel - Víctor Humareda





Arte



Marilyn, la vitrola y yo - Víctor Humareda

HUMAREDA PINCEL GENIAL

Por José Vadillo Vila



- ▶ El pintor Víctor Humareda habitó en un cuarto del hotel Lima, a tiro de piedra de Gamarra. El 6 de marzo del 2020 se cumplieron 100 años de su nacimiento.

- Victor Humareda

Un apostolado del arte y fetichista total de Marilyn Monroe (su odalisca de celuloide). Un pincel de los marginales que insuflaba al pálido lienzo un caudal de colores emocionantes; un carboncillo ágil –sobre mesas de bares y cafés– al que convertía en lámpara Petromax para iluminar los rostros y contornos que conformaban la cara B de Lima, escondidos tras el esmog, los chavetazos de los faites, los gritos de las ambulantes o las parejas que bailaban guarachas pegaditos en el Cinco y Medio.

Un hijo de los expresionistas franceses y españoles que vio la luz en Lampa, Puno; un descendiente de huantinos y arequipeños que daría “voz” –a pinceladas– a los migrantes que bajaban de los camiones de La Parada para remodelar los pelados cerros limeños con huainos y sueños, yaravíes y silencios.

Víctor Humareda Gallegos era del color bronce de los hijos del Ande. Fue un Peter Pan de cabellos alborotados, cuerpo breve y boca bembona. De carcajada ostentosa y rostro sudoroso.

Le aterraba por igual la muerte, no pagar el día de su hotel o que lo busquen para cobrarle impuestos. Y se convertiría en el pintor de la agreste capital. Como escribió Enrique Sánchez Hernani, Humareda era consciente “que ser mestizo y pobre en el Perú te expone a ciertos riesgos”.

Y no es exageración. A este genio del expresionismo, por su facha, aunque andaba con saco y corbata, lo botaron del Haití de Miraflores, de una galería en Camino Real y otros espacios.

Entonces el artista aprendió a posar para periodistas y fotógrafos, a ser la versión que ellos querían: el rostro extravagante, el andar chaplinesco, el sombrero de bombín, los ternos desmedidos adquiridos en Tacora. Los citaba los jueves, día de cambio de sábanas, en la habitación 283 de ese hotel sin estrellas que era atelier y morada. Se sentaba en un hambriento “sillón Sócrates”. Pero en el fondo, quienes lo conocieron, reconocían a un hombre sencillo, tímido y cariñoso.

El desaparecido narrador José Antonio Bravo, quien en 1966 se encontró en París con Humareda, en el único y corto viaje que hizo por el Viejo Mundo, tenía otra mirada: “creó alrededor de su figura marginal una leyenda sacada de la vida de los grandes artistas que él admiró; un mito simbiotizado: entre él, su obra y esa inagotable fantasía de la que hacía gala”. De su fugaz aventura europea solo quedaría un apretón de manos con Pablo Picasso y una frase “Me voy a Tacora. ¡Tacora es mejor que París!”.

Artista de a pie

Humareda daba largos paseos por Barrios Altos, por el Centro de Lima... para dar con sus toreros de octubre; sus vendedores de la calle Capón. ¿Acaso no eran objetos bellos? Solo basta la mirada de un artista talentoso para elevarlos. El fotógrafo Carlos “Chino” Domínguez lo recordaba frecuentando los lugares de bohemia, compartiendo con el resto siempre alrededor de una taza de té o manzanilla, elaborando apuntes y bocetos; se sacudía de la soledad.

A Domínguez le sorprendería ese cuarto de hotel de La Victoria –la investigación de Herman Schwarz concluye que Humareda se estableció ahí en febrero de 1954–: Había cuadros guardados debajo de la

cama; dulces; tarros de pintura; imágenes de una blondísima y voluptuosa Marilyn desnuda en la pared. Y, en medio de todo, el talento de Humareda, uno de los cinco máximos de la plástica peruana.

El camino al artista

Humareda se trajo la luz andina de Lampa dispuesto a estudiar en Bellas Artes de Lima. Inició sus estudios en 1939, cuando el cajamarquino José Sabogal era el director y el indigenismo la dirección; luego abandonó los estudios por falta de recursos y pudo terminar en 1946.

En 1950, se fue becado a estudiar a la Escuela Superior de Bellas Artes Ernesto de la Cárcova, en Buenos Aires, donde permaneció un año. Ahí inició su adhesión irrestricta a los pintores clásicos ligados a lo dramático. Estudió, por ejemplo, las “Pinturas negras” de Francisco de Goya y desarrolló su gusto por los arlequines.

En la construcción del artista puede sentirse la huella –en personajes, de espacios, de énfasis– de Picasso, Renoir, Toulouse-Lautrec. Pero al final del camino está Humareda. Aquel que logró hacer de su pintura, como lo definió Luis Enrique Tord, “una alucinación, un sueño flamígero”. Pocos artistas lo logran.

El 16 de noviembre de 1986, Víctor Humareda comenzó a pintar Quinta Heeren de noche, su cuadro final. Ya no hablaba. Cinco días después falleció en el INEN.



Quinta Heeren de noche - Víctor Humareda

MI ENCUENTRO CON EL GUERNICA



Por Domingo Varas Loli



En el Museo Reina Sofía de Madrid me he terminado de convencer que una obra maestra es aquella capaz de hacerle vivir al espectador una experiencia sobrenatural. La Gioconda en el Museo de Louvre captó mi atención y me deslumbró cuando la vi hace algunos años; hace pocas semanas los retratos de Rembrandt me hicieron sentir la transfiguración de la realidad por el arte, pero nada se compara con el estallido de sensaciones que despertó en mí la contemplación del Guernica de Pablo Picasso. No sabía qué hacer: dar unos pasos, mirar a los otros espectadores, regresar a ver los bocetos o pararme a escudriñar el cuadro que me interpelaba.

Opté por esta última alternativa. Me paré frente al cuadro y comencé a deconstruirlo. Identifiqué en medio del tropel de figuras que cuatro mujeres, un caballo, un toro, un pájaro, una bombilla y un hombre componen su iconografía, la que logra transmitir el horror y la piedad que inspiraron en el creador los episodios de la Guerra Civil española.

Estos poderosos sentimientos intimidan y sobrecogen a más de ochenta años después de pintado el cuadro y de los acontecimientos históricos que lo inspiraron. La potente carga simbólica de sus motivos pictóricos me estremece porque nos hace reencontrarnos con lo más esencial de la condición humana. En la exasperada superficie del Guernica se halla reflejado el terror de la muerte y, en medio de esta traumática experiencia, una débil señal de esperanza.

Muchas interpretaciones y valoraciones se han hecho del Guernica, pero ninguna de ellas ha logrado hacerle perder su condición de enigma. Los críticos han señalado que las mujeres simbolizan el sufrimiento y el dolor; el caballo y el toro la idiosincrasia del pueblo español y los avatares de la vida personal. El pájaro el afán de la libertad y la bombilla una especie de ojo que representa la divinidad o la esperanza. El hombre en el suelo con sus brazos abiertos nos hace evocar la crucifixión como sufrimiento y sacrificio del hombre. Pero el cuadro sigue intrigando a los miles de espectadores que hacen un verdadero peregrinaje para observarlo en vivo y en directo.

Polisémico y ambiguo, el Guernica admite diversas interpretaciones. En los últimos tiempos la más reciente lectura es que el Guernica, antes que los horrores de la Guerra Civil española, testimonia la agitada vida sentimental de Picasso.

El Guernica no fue pintado por la libre voluntad artística de Picasso, fue un encargo del gobierno de la Segunda República española que deseaba publicitar la causa republicana y no encontró mejor ocasión que la Exposición Internacional de París de 1937. A principios de enero de este año, una delegación encabezada por el diseñador Josep Renau, el arquitecto Luis Lacasa e integrada por los escritores Juan Larrea, Max Aub y José Bergamín lo visitaron en su taller para plantearle la propuesta del gobierno republicano. Picasso los escuchó, escéptico, sin mostrar entusiasmo, impermeable a la posibilidad de poner su arte al servicio de una causa política.

Ante la tenaz insistencia de los delegados terminó por aceptar. Muchas imágenes se agolpaban en la mente de Picasso, pero ninguna de ellas lo impulsó a emprender el proceso creativo. Hasta que la mañana del 27 de abril de 1937 se enteró por un reportaje publicado en el diario comunista *L Humanité* de la masacre contra la pequeña villa vasca de Guernica cometida por la siniestra *Luftwaffe* alemana y una división de la aviación italiana. Conmoverlo y acicateado por las horribles imágenes de esta masacre se puso a hacer los primeros bocetos.

En su taller Picasso entregado con furor a sus demonios creativos.

El Guernica fue pintado en tiempo récord. Casi cinco semanas, entre el primero de mayo y fines de la primera semana de junio de 1937, le tomó a Picasso dar vida a sus fantasmas y componer el cuadro que se ha vuelto parte del imaginario universal. Su entonces compañera sentimental, la fotógrafa Dora Maar, hizo un registro fotográfico del proceso de creación del Guernica, lo que ha permitido arrojar luces sobre la gestación de esta obra maestra-

Se trata de un cuadro de gran formato, de 3,49 metros de altura por 7,77 de ancho, un óleo sobre lienzo, pintado de blanco, negro y gris para dotar al cuadro de mayor potencia expresiva. Picasso declaró alguna vez que la ausencia de colores obedecía al propósito de que el cuadro comunicara una atmósfera de mayor "oscuridad y brutalidad". Visto más de ochenta años después de creado uno se da cuenta que fue una acertada elección del pintor.

▪

En realidad, fue una de las pocas elecciones racionales que hizo. Lo demás fue una irrupción del instinto creativo, un develamiento progresivo de imágenes concebidas en medio de un sueño lúcido. Ya desde el primero de los 45 bocetos que jalonaron la creación del Guernica aparecen los iconos de esta obra maestra. Durante la fulminante ejecución de la obra variaron la posición de estos iconos y algunos detalles de su fisonomía. Como si solo se tratara de recuperar las formas concretas sumergidas en la imaginación del pintor. No hay una solución de continuidad entre el Guernica y su vasta y versátil obra anterior. Los críticos han filiado en la tauromaquia, una serie de cuadros alrededor de la figura emblemática del toro, el primer antecedente de la obra más importante del siglo XX.

La pintura de Picasso no hizo concesiones de ningún tipo, siempre estuvo dispuesta a convertirla en un arma para la toma de conciencia sobre el estado de la condición humana. “La pintura no está para decorar apartamentos, el arte es un instrumento de guerra ofensivo y defensivo contra el enemigo”, declaró Picasso antes de pintar su opus magna. El pintor más dotado en el uso de las técnicas literarias, que protagonizó diversos ciclos creativos y pudo haberse regodeado más de la cuenta en alguno de ellos, se reinventaba permanentemente.

Exaltado, ensimismado, abrumado en estas disquisiciones no me había percatado que otros espectadores aguardaban su turno para vivir una experiencia similar a la mía. Antes de abandonar la sala miro por última vez el cuadro de Picasso tratando de atesorarlo en mi mente. Salí apurado del museo. Ya no quise contemplar más cuadros, porque sentía que mi capacidad de asombro había llegado a su límite.



Humareda y sus espíritus - Víctor Humareda





RESEÑAS DE LIBROS

HUACO RETRATO

► «Seguirle la pista a Gabriela Wiener, caminar detrás de ella, soñando con alcanzarla, es uno de los pocos lujos que nos quedan.»
Alejandro Zambra



Gabriela Wiener

Editorial: Literatura Random House

Año: 2021

Un huaco retrato es una pieza de cerámica prehispánica que buscaba representar los rostros indígenas con la mayor precisión posible. Se dice que capturaba el alma de las personas, un registro que ha sobrevivido oculto en el espejo roto de los siglos.

Estamos en 1878, y el explorador judío-austriaco Charles Wiener se prepara para ser reconocido por la comunidad académica en la Exposición Universal de París, una gran feria de “progresos tecnológicos” que cuenta entre sus atracciones con un zoo humano, culmen del racismo científico y del proyecto imperialista europeo. Wiener ha estado cerca de descubrir Machu Picchu, ha escrito un libro sobre el Perú, se ha llevado cerca de cuatro mil huacos y también un niño.

Ciento cincuenta años después, la protagonista de esta historia recorre el museo que acoge la colección Wiener para reconocerse en los rostros de los huacos que su tatarabuelo expolió. Sin más equipaje que la pérdida ni otro mapa que sus heridas abiertas, las íntimas y las históricas, persigue las huellas del

patriarca familiar y las de la bastardía de su propia stirpe -que es la de muchos-, la búsqueda identitaria de nuestro tiempo: un archipiélago de abandonos, celos, culpas, racismo, vestigios fantasmales ocultos en las familias y la deconstrucción de un deseo tercamente anclado en un pensamiento colonial. Hay temblor y resistencia en estas páginas escritas con el aliento de quien recoge los pedazos de algo que se rompió hace tiempo, esperando que todo vuelva a encajar.



Otras voces

«Con esa inteligencia tremenda y ese humor irreverente que la caracteriza, Wiener rescata del archivo familiar una historia íntima, que es también la historia infame de todo nuestro continente. La prosa a la vez sobria y desparpajada de Wiener es puro aire fresco, y bajo la claridad penetrante de su mirada podemos ser testigos de los ciclos de depredación y saqueo de América Latina.» Valeria Luiselli

«¿Se imaginan un libro donde cabe la búsqueda de un ancestro europeo ladrón de cerámica peruana, un bisabuelo bastardo y blanqueado, el poliamor y sus desengaños, el duelo por la pérdida de un padre, la familia heterosexual y sus secretos inconfesables, los talleres de sexo anticolonial#? Poco a poco, lo que parece el encuentro fortuito de una máquina de coser y un paraguas sobre una mesa de disección se acaba convirtiendo en el mejor libro que he leído sobre la filiación y el amor en la condición poscolonial contemporánea. ¡Gabriela Wiener inventa la psicogenealogía queer y descolonial!» Paul B. Preciado

«Wiener utiliza como materia prima la prepotencia de la violencia eurocéntrica para crear narrativas radicalmente hermosas e imprescindibles para las luchas antirracistas.» Daniela Ortiz

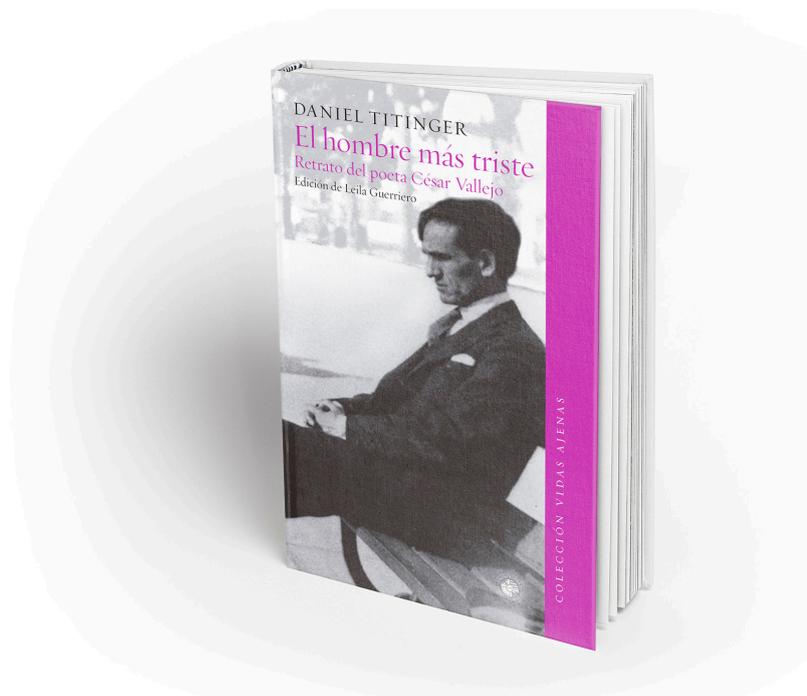
«Seguirle la pista a Gabriela Wiener, caminar detrás de ella, soñando con alcanzarla, es uno de los pocos lujos que nos quedan.» Alejandro Zambra

«Wiener destruye a martillazos de poesía los lugares comunes del Stand Up.» Fabián Casas

«Gabriela Wiener es pura rebeldía, humor y ternura a un mismo tiempo». Sara Mesa.

CÉSAR VALLEJO "EL HOMBRE MÁS TRISTE"

► Una nueva biografía magníficamente escrita que redonda en la imagen convencional de un poeta quejumbroso y apesadumbrdo.



Daniel Titingher

Editorial: Fondo Editorial Universidad Diego Portales

Año: 2021

El escritor y periodista peruano Daniel Titingher asegura haber hallado algunas claves en torno a la muerte enigmática de César Vallejo, y a partir de un maletín de papeles que guardaba la viuda del poeta ha hilado su libro biográfico *El hombre más triste* (Ediciones del Fondo Editorial de la Universidad Diego Portales).

“Creo que he aportado con mi granito de arena a esa respuesta”, dijo recientemente Titingher acerca de su “hallazgo inesperado” y del “misterio sin resolver” que siempre ha rodeado el fallecimiento en París, a sus 46 años, del gran escritor peruano.

Fiebre tifoidea y paludismo son las dos posibles causas que hasta hoy se barajaban. “De todas formas”, dijo, “lo importante es la vida y no la muerte. De hecho, para escribir un perfil sobre alguien que ha muerto, los que hacen posible el texto son quienes han sobrevivido”.

“Preferí escuchar y luego darle voz a gente en muchos casos anónima, quienes tenían historias por

contar que iluminaban en algo la vida del poeta”, comentó Titinger, autor además de *Un hombre flaco* (2014), perfil biográfico del narrador peruano Julio Ramón Ribeyro. “También me sucedió que algunos aceptaron hablar, pero no querían que pusiera sus nombres. Hay un pasaje en el libro en el que narro una conversación con uno de ellos. No querían aparecer porque iban a contarme cosas de Vallejo que justamente esos grandes vallejólogos nunca cuentan, como si fuera un pecado decir ciertas cosas.

Titinger ha confesado que muchas veces, a lo largo de un lustro de trabajo, lo paralizó “la idea de estar escribiendo sobre Vallejo [...]. Sentía que estaba explorando un territorio al que yo no estaba invitado, como invadiendo un espacio ajeno, que otros han hecho suyo. Existen cientos de biografías sobre Vallejo, miles de estudios, en todos los idiomas. ¿Qué podía aportar yo?, me preguntaba”.

El hombre más triste. Retrato del poeta César Vallejo –editado por la argentina Leila Guerriero, autora de la notable colección de perfiles titulada *Plano americano*— presenta al lector “un hombre genial y complejo, que durante buena parte de su existencia no fue uno de los poetas más grandes de habla hispana sino un desconocido que, después de haber publicado un par de libros en su país sin que nadie le hiciera mucho caso, vivía en París con Georgette, una mujer a quien muchos señalan como manipuladora y tiránica, y se ganaba la vida redactando artículos periodísticos mal pagos mientras escribía poemas que guardaba en un cajón”, se lee en la nota de presentación de la editorial de la Universidad Diego Portales, en Chile.

La obra de Titinger resulta “un notable trabajo de arqueología” en el que “recorrió las ciudades esenciales en la vida de Vallejo –Santiago de Chuco, Trujillo, Lima, París–, visitó su tumba y su casa natal, diseccionó los enfrentamientos que Georgette tuvo con todos sus biógrafos, siguió pistas a veces infructuosas, habló con familiares lejanos, con especialistas y con fanáticos celosos, dio con un mechón de pelo del poeta guardado por el artista plástico Fernando de Szyslo, encontró a un médico que pudo ser clave para entender los motivos nunca develados de su muerte y, finalmente, se topó con una pieza mayor: un maletín que la viuda de Vallejo le confió, antes de morir, a una vecina y en el que se conservan documentos, fotos, cartas y revelaciones impensadas”.

Titinger lanzó de igual modo una pista decisiva acerca de su biografiado: “Que Vallejo sea uno de los mejores poetas de todos los tiempos no lo hace distinto a cualquiera. Parafraseándolo, él también tose y se peina. He escrito este libro con honestidad y con respeto a su obra, que es monumental, pero a veces, mientras escribía el libro, pensaba que quienes hoy lo idolatran, de haberlo conocido, quizá no se atreverían a ser amigo suyo”.

Daniel Titinger (Lima, 1977) ha sido director de la revista *Etiqueta Negra* y del diario deportivo *Depor*, y en la actualidad encabeza *RPP Noticias*, la radio informativa líder en su país. También ha publicado los libros de crónicas *Dios es peruano* (2006), *Cholos contra el mundo* (2012) y *No quiero salir de casa* (2017).

HÉROES DE CARNE Y HUESO

► A manera de un caleidoscopio este libro nos presenta una lectura fragmentaria y epifánica de la historia del Perú.



Fernando Iwasaki

Editorial: Alfaguara

Año: 2021

En textos breves que componen una suerte de caleidoscopio del Perú, Fernando Iwasaki (Lima, 1962) despliega su mirada de narrador pero también de historiador para visibilizar a los personajes antes invisibles y reivindicar a héroes y heroínas marginados de la historia oficial. “Quería ser capaz de rescatar una serie de personajes que, en el momento más trascendente de sus vidas, nos pudieron transmitir un mensaje corporal, carnal. Siempre me ha parecido que los héroes son rehenes del mármol, del bronce, de la piedra. Lo que les falta es la piel, la carne, el hueso. Para mí, era muy importante que estas historias apelaran a estos rasgos profundamente humanos, que nos acerquen a sus tribulaciones. Por eso las historias tenían que ser muy breves, como una aguja que te clavan en ese momento y que te toca un punto vulnerable”, declaró el escritor peruano radicado en Sevilla.

¿Qué ha querido decir el autor de “Un milagro informal” con la frase “Historia Universal del Perú”? Pues se trata de la intención del escritor de precisar el lugar del Perú en el mundo, aportando una colección de personajes y hechos de nuestra historia que dialogan con otros acontecimientos o personajes similares en el planeta. “Lo que uno descubre cuando pasa tiempo fuera del país, es que verdaderamente la

historia de nuestro país reclama un lugar en la historia universal, explica Iwasaki.

Los textos están tan bien enfocados y escritos que parecen haber pasado por una larga etapa de gestación antes de ser plasmados en la escritura. Evitando caer en la grandilocuencia y la ampulosidad, el autor de este libro dirige su atención a componer estampas o instantáneas de personajes que figuraban en segundo o tercer plano, difuminados por la omnipresencia de los héroes oficiales. Así en este libro se rescata el legado de Micaela Bastidas o de María Parado de Bellido o de Fernando, el hijo menor de los Túpac Amaru, quien fue llevado a España, donde vivió una serie de peripecias hasta que murió enloquecido en una suerte de cárcel religiosa en las afueras de Madrid. “Siento que lo que buscan estos textos es iluminar un momento en un personaje de la historia peruana y ofrecernos la imagen de un tiempo. Si nosotros los deshumanizamos y los acartonamos y los convertimos en bustos de bronce, es imposible sentir su carnalidad”, añade.

En el elenco de personajes que atraen la atención del autor sobresalen aquellos que tuvieron una vida breve y que, a pesar de su prematura muerte, nos legaron lecciones de vida. Es el caso de Daniel Alcides Carrión que murió a los 26 años cuando estaba en el último año de su carrera de medicina y que no llegó ni siquiera a defender su tesis. Melgar muere con 24 años, Javier Heraud murió con 21. Tenemos a Alberto Flórez Galindo, que murió a los 40, igual que Sebastián Salazar Bondy. Y Mariátegui con 35. Creo que contemplar a estas figuras con la distancia de la edad es algo sobrecogedor. “A pesar de lo poco que vivieron, nos dejaron muchísimo”.

En uno de los breves -peruanismo que solo se usa en nuestra habla para designar a la licencia de conducir- Iwasaki hace un ejercicio de ucronía especulando sobre un posible encuentro entre Cervantes y nuestro Inca Garcilaso. Lo cierto es que Cervantes pasó en Montilla un par de meses, en la época en que Garcilaso radicaba allí, antes de asentarse en Córdoba. Alrededor de 1590, Montilla era un pueblo próspero, productor de vino, y por eso Cervantes ambientó allí “El coloquio de los perros”. El que descubrió la presencia de Cervantes en Montilla fue Raúl Porras Barrenechea, estableciéndose allí para investigar en los protocolos y tratar de descubrir la casa donde vivió el Inca Garcilaso. Porras descubrió además que el Inca, cuando vivía en Montilla, fue padrino de bautizo de más de 100 niños del pueblo, es decir que allí había dinero. El inca era un hombre generoso y rumboso. No me parece inverosímil que Cervantes haya sentido la curiosidad de conocerlo. Es más, sabemos que Cervantes leyó los “Diálogos de amor” de León Hebreo, en la edición que tradujo el Inca.

Otro texto que funciona como símbolo del libro es el que se refiere al inglés Peter Dennis Dasly, el residente en el Perú que fue parte de los pasajeros del Titanic y logró sobrevivir aferrado a unas estampitas de la virgen del Rímac. Esta es una anécdota que establece sincronía con nuestra historia colectiva en la que todavía seguimos dependiendo de esta suerte de milagro.

PÁGINAS LIBRES

► Con la publicación de “Angela Merkel: crónica de una era” la periodista española Ana Carbajosa nos brinda una mirada muy particular sobre la líder europea más relevante del siglo XXI. A continuación reproducimos el primer capítulo de este libro que ha causado mucho interés en el ámbito hispanohablante.



I

UNA FAMILIA DE RELIGIOSOS QUE CRUZÓ EL TELÓN DE ACERO

Aterricé por primera vez en Templin en septiembre de 2005. Faltaba una semana para las elecciones federales y Angela Merkel tenía entonces muchas posibilidades de convertirse en la primera mujer canciller de la historia de Alemania. En el periódico me habían pedido que escribiera un perfil de la aspirante a canciller y pensé que sería interesante viajar hasta esta pequeña ciudad del este de Alemania en la que empezó todo. Aquí creció y se forjó el carácter de la política alemana, que de forma inesperada escaló hasta la cima y acabó encandilando al mundo con su forma de hacer política.

Templin es una apacible ciudad de unos dieciséis mil habitantes, al norte de Berlín, con su centro empedrado, sus torres y su estación de tren. Entonces era y sigue siendo una ciudad tranquila con pequeños comercios. Como en gran parte de las ciudades alemanas, a las seis se cierran los comercios y la vida se apaga en las calles. El bosque y el lago están a tiro de piedra. Pero a diferencia de las ciudades del oeste del país, Templin formó parte hasta 1989 de la RDA, el régimen comunista en el que Merkel pasó los primeros treinta y cinco años de su vida. En el balneario cercano pasaban las vacaciones miles

de trabajadores. En Templin, además, estuvieron estacionadas las tropas soviéticas, con las que Merkel pudo practicar ruso, el idioma que fue su primera lengua extranjera. A ellos les decía que el día que se jubilara viajaría a Occidente. Tras la caída del Muro en 1989, el desempleo se disparó en Templin como en el resto del antiguo territorio de la RDA.

En aquella visita, pocos días antes de las elecciones, me sorprendió que la ciudad no vibrara. Al fin y al cabo, no sucede todos los días que una lugareña esté a punto de convertirse en jefa de Gobierno y que además vaya a ser la primera mujer que acceda al cargo. Pero allí comprendí que la historia de la partición de Alemania ha dejado cicatrices difíciles de borrar y que Merkel tuvo una infancia muy atípica, incluso para la época y el rincón del mundo en el que le tocó crecer.

Aquel septiembre en Templin apenas me crucé con carteles electorales de la candidata. Ya entonces, muchos la consideraban una traidora, vendida a los valores de la Alemania Occidental y la acusaban poco menos que de renegar de sus orígenes. La inclinación a la izquierda de buena parte de los habitantes de este rincón de la antigua RDA explicaba, además, que vivieran con escaso entusiasmo el ascenso de la vecina conservadora. «No hay euforia hacia ella», me reconoció entonces Hans Ulrich Beeskow, el que fuera su profesor de Matemáticas en el colegio y un admirador de la política. «Su pensamiento es muy analítico y sabe lo que quiere. Si tiene un objetivo, dará los pasos necesarios para lograrlo. Tiene capacidad de decisión, pero es distante», matizó. El entonces alcalde, Ulrich Schoeneich, un independiente, me explicó que en Templin pocos querían que fuera canciller. En parte porque no creían que con ella fueran a cambiar las cosas a mejor en la antigua RDA y también por su defensa inquebrantable del vínculo transatlántico, incluso durante la guerra de Irak. «En el este fuimos educados como amigos de la Unión Soviética y con Estados Unidos como enemigo», estimó el alcalde. Me contó que la población la veía como una representante del oeste y le achacaba además haber participado en la organización juvenil del régimen comunista. Aquel año 2005, Alemania se parecía bien poco al país que Merkel deja tras dieciséis años de gobierno. Entonces se le consideraba el enfermo de Europa y el desempleo alcanzaba récords históricos. Cundía el desánimo colectivo.

Doce años más tarde volví a Templin. Era también septiembre y víspera de otras elecciones generales, las de 2017. Tres mandatos consecutivos habían ablandado los corazones de la población local, que veía a la famosa canciller con otros ojos. Merkel aspiraba entonces a su cuarta legislatura y las encuestas daban por segura su reelección, pero también advertían del auge de la extrema derecha, Alternativa para Alemania (AfD), que hasta entonces no había pisado el Parlamento alemán. Me bajé del tren un día frío y lluvioso. Ese día, AfD celebraba uno de sus actos de campaña en La Termita, la bolera del polígono industrial de Templin. Cuando llegué, vi el local acordonado por activistas de izquierdas que protestaban por la presencia de los ultras. Puse mi mejor cara de póker, contuve la respiración y atravesé el cordón humano entre abucheos y pitidos para acceder al local. Dentro de aquel garito oscuro, rodeada de tipos que pedían a gritos como hooligans el cierre de fronteras, pude comprobar cómo la política de puertas abiertas para los refugiados de Merkel había alienado y radicalizado a un grupo de población minoritario, pero muy ruidoso incluso en su tierra, Templin. Allí comprendí con nitidez

▪ RESEÑAS DE LIBROS

de trabajadores. En Templin, además, estuvieron estacionadas las tropas soviéticas, con las que Merkel pudo practicar ruso, el idioma que fue su primera lengua extranjera. A ellos les decía que el día que se jubilara viajaría a Occidente. Tras la caída del Muro en 1989, el desempleo se disparó en Templin como en el resto del antiguo territorio de la RDA.

En aquella visita, pocos días antes de las elecciones, me sorprendió que la ciudad no vibrara. Al fin y al cabo, no sucede todos los días que una lugareña esté a punto de convertirse en jefa de Gobierno y que además vaya a ser la primera mujer que acceda al cargo. Pero allí comprendí que la historia de la partición de Alemania ha dejado cicatrices difíciles de borrar y que Merkel tuvo una infancia muy atípica, incluso para la época y el rincón del mundo en el que le tocó crecer.

Aquel septiembre en Templin apenas me crucé con carteles electorales de la candidata. Ya entonces, muchos la consideraban una traidora, vendida a los valores de la Alemania Occidental y la acusaban poco menos que de renegar de sus orígenes. La inclinación a la izquierda de buena parte de los habitantes de este rincón de la antigua RDA explicaba, además, que vivieran con escaso entusiasmo el ascenso de la vecina conservadora. «No hay euforia hacia ella», me reconoció entonces Hans Ulrich Beeskow, el que fuera su profesor de Matemáticas en el colegio y un admirador de la política. «Su pensamiento es muy analítico y sabe lo que quiere. Si tiene un objetivo, dará los pasos necesarios para lograrlo. Tiene capacidad de decisión, pero es distante», matizó. El entonces alcalde, Ulrich Schoeneich, un independiente, me explicó que en Templin pocos querían que fuera canciller. En parte porque no creían que con ella fueran a cambiar las cosas a mejor en la antigua RDA y también por su defensa inquebrantable del vínculo transatlántico, incluso durante la guerra de Irak. «En el este fuimos educados como amigos de la Unión Soviética y con Estados Unidos como enemigo», estimó el alcalde. Me contó que la población la veía como una representante del oeste y le achacaba además haber participado en la organización juvenil del régimen comunista. Aquel año 2005, Alemania se parecía bien poco al país que Merkel deja tras dieciséis años de gobierno. Entonces se le consideraba el enfermo de Europa y el desempleo alcanzaba récords históricos. Cundía el desánimo colectivo.

Doce años más tarde volví a Templin. Era también septiembre y víspera de otras elecciones generales, las de 2017. Tres mandatos consecutivos habían ablandado los corazones de la población local, que veía a la famosa canciller con otros ojos. Merkel aspiraba entonces a su cuarta legislatura y las encuestas daban por segura su reelección, pero también advertían del auge de la extrema derecha, Alternativa para Alemania (AfD), que hasta entonces no había pisado el Parlamento alemán. Me bajé del tren un día frío y lluvioso. Ese día, AfD celebraba uno de sus actos de campaña en La Termita, la bolera del polígono industrial de Templin. Cuando llegué, vi el local acordonado por activistas de izquierdas que protestaban por la presencia de los ultras. Puse mi mejor cara de póker, contuve la respiración y atravesé el cordón humano entre abucheos y pitidos para acceder al local. Dentro de aquel garito oscuro, rodeada de tipos que pedían a gritos como hooligans el cierre de fronteras, pude comprobar cómo la política de puertas abiertas para los refugiados de Merkel había alienado y radicalizado a un grupo de población minoritario, pero muy ruidoso incluso en su tierra, Templin. Allí comprendí con nitidez

que, en Alemania, el gran enemigo de la política conservadora ha sido en los últimos años la extrema derecha y que tres décadas después de la caída del Muro, los ultras han sabido explotar con maestría la frontera invisible que aún divide el este del oeste de Alemania. A todo esto volveremos más adelante. Antes analizaremos la huella indeleble que sus años de niñez y juventud en la RDA dejaron en la polít

Merkel llegó a Templin con tres años. Había nacido en un hospital al norte de Hamburgo el 17 de julio de 1954 con el nombre de Angela Dorothea Kasner. Solo años más tarde, cuando se casó con su primer marido, del que después se divorciaría, adoptaría su apellido actual, Merkel, con el que se daría a conocer en el mundo entero. Con apenas ocho semanas, su madre viajó con ella metida en un capazo para reunirse con su padre, Horst Kasner. El pastor protestante había viajado antes al este, comunista y oficialmente ateo, en misión evangelizadora. Mientras miles de refugiados huían de la RDA hacia el oeste, los Kasner viajaron en dirección contraria, donde los necesitaba la Iglesia. La primera parada de la familia rumbo a su nueva vida fue una tranquila parroquia rural en Perleberg, a medio camino entre Hamburgo y Berlín. «No teníamos un carrito porque las circunstancias eran muy modestas. Mi padre tuvo que aprender a ordeñar las cabras y mi madre tuvo que aprender de una señora mayor cómo cocinar cardos», le contó Merkel a la fotógrafa Herlinde Koelbl a principios de los noventa. Tres años más tarde, dieron el salto a Templin, donde se instalarían definitivamente. Allí, la familia de Merkel era una suerte de rareza, un cuerpo extraño en un mundo de uniformidad ideológica.

Su familia no era como las demás del este comunista. Pertenecía a una cierta élite intelectual, pero a la vez estaba apartada y excluida de la sociedad y de cualquier estructura de poder del régimen. El padre de Merkel era un pastor carismático, conocido en el entorno eclesiástico. Estaba influenciado por la teología de la liberación y no se opuso a la reunificación alemana, pero pensaba que las condiciones de vida del oeste tampoco eran las ideales, «en aquella época estaba muy entusiasmado con la teología de la liberación de América Latina», diría Merkel más tarde. Aseguró también que una persona no se hace creyente por crecer en la casa de un cura, «pero, por supuesto, yo asumí ciertos principios éticos, en particular la idea de la reconciliación y del perdón. Mucha gente venía a la parroquia porque habían hecho algo mal y mis padres fueron siempre muy generosos y capaces de perdonar». De su padre dijo que «trabajaba mucho. El trabajo y el ocio se entremezclaban. A veces, el trabajo le mantenía alejado de sus obligaciones familiares. Siempre estaba ocupado y era diligente. Como niña no era siempre fácil cuando todo tenía que estar en orden y perfecto. De pequeña, a veces me molestaba que fuera comprensivo con todo el mundo, pero cuando nosotros hacíamos algo mal, reaccionaba de manera totalmente diferente». Su madre, Herlind Jentzsch, a la que Merkel estuvo muy unida, perteneció transitoriamente al Partido Socialdemócrata Alemán (SPD) tras la caída del Muro y participó en el consejo local. Para ella solo tiene buenas palabras. «Era feliz, le encantaba la vida y tenía un gran corazón [...]. Fue muy difícil para ella seguir a mi padre a la RDA, porque tenía miedo de que fuera empobrecedor para nosotros desde un punto de vista intelectual.» Su madre era la que siempre estaba ahí. Jentzsch había estudiado Latín e Inglés y dio clases en la Escuela Oficial de Idiomas de Templin casi hasta su muerte con noventa años, en 2019. El día que trascendió la noticia de la muerte de su madre, Merkel estaba en una cumbre europea y, como

▪ RESEÑAS DE LIBROS

de costumbre, de cara al exterior aparcó sus emociones y continuó negociando. Merkel era la hermana mayor responsable. Marcus e Irene nacieron tres y diez años más tarde, y todos crecieron en Templin.

Los primeros años de su vida, recuerda, huelen a pino, heno y patatas asadas. Los Kasner vivían en un complejo conocido como el Waldhof, que ejercía también de centro para jóvenes con necesidades especiales y discapacidades psíquicas, en el que aprendían oficios. Había un vivero, una herrería y distintos talleres. Allí se desarrolló la cotidianeidad de la joven Merkel, en un lugar que se parecía poco a cualquier otro de la ciudad y en contacto permanente con personas con discapacidad. Merkel explicó que crecer junto a ellos fue una experiencia importante, que aprendió a relacionarse de una forma natural con personas con discapacidad. Recuerda que muchos internos no podían moverse de la cama y que en la RDA trataban muy mal a este tipo de personas. «Todavía tengo las imágenes en mi cabeza. A algunos de

ellos los ataban a los bancos. Cuando había un cumpleaños familiar, les gustaba venir a comer la tarta. Teníamos una buena relación con ellos», explicó Merkel. Se dio cuenta, sin embargo, de que había compañeros de clase a los que les daba miedo visitarla en el Waldhof. Contó también que había un hombre que los ayudaba mucho en el jardín y que era muy amable. Aspiraba a ser un militar de alto rango y cuando paseaba por la ciudad se comportaba como si realmente lo fuera. La gente se reía de él y los Kasner se encargaban de protegerle. Lo contó en un libro titulado *Mein Weg* [Mi camino], compuesto por una serie de entrevistas en profundidad que concedió antes de convertirse en canciller. Desde entonces, Merkel, poco dada a abrirse al público, no ha vuelto a hablar de su infancia con tanto detalle.

El de los Kasner era un hogar atípico porque tenían la posibilidad de tener contactos con el oeste. Recibían libros, ropa y hasta visitas. Sin los paquetes que llegaban del oeste, de su tía y de su abuela, su estilo de vida habría sido mucho más espartano. Casi no vestía ropa de la RDA ni veía la televisión local. «Siempre fuimos unos extraños.» En esa casa se hablaba de cosas que era mejor callar. Sospechaban, como tantas otras familias, que el teléfono estaba pinchado y que el espionaje de la Stasi escuchaba sus conversaciones. Por eso, había asuntos que era mejor tratar en el bosque. En su casa aprendió a ser discreta, a callar y a esperar. Aprendió a caminar entre campos minados, en los que el mínimo error era susceptible de provocar la detonación. La RDA fue una escuela de precisión, cuidado y serenidad. Aquellos aprendizajes resultarían claves más adelante en su carrera política, me explicó una vez Stefan Kornelius, uno de sus biógrafos. «Su educación, como hija de un pastor protestante en el este de Alemania, le enseñó a estar sentada a la mesa, a esperar y a ser consciente de que en cualquier momento podían ser espiados. Merkel aprendió a sospechar del mundo exterior, a tener cautela. Y eso se convirtió en uno de sus grandes talentos.»

El valor que Merkel concede a la familia, también como refugio frente a la opresión del régimen, lo verbalizó en un discurso pronunciado en el decimoctavo congreso de su partido en 2004 en Düsseldorf. «El comunismo ha atormentado y destruido a innumerables familias y ha necesitado de luchas

interminables de muchos —incluyendo a mis padres— contra los eternos absurdos del sistema. Sin embargo, el comunismo no ha sido capaz de destruir lo que es la familia, lo que el hombre anhela, y al final, queridos amigos, esto es exactamente lo que nos ha ayudado a superar el propio comunismo. [...] Los logros de nuestros padres y madres, la responsabilidad de los padres por los hijos y de los hijos por los padres no pueden ser subestimados.» Se refirió también ese día a la necesidad del reconocimiento de las vidas de quienes crecieron en la RDA, del que tanto se hablaría años después, cuando brotó la frustración y el resentimiento acumulado durante las décadas posteriores a la reunificación alemana.

Merkel estudió en la escuela Goethe de Templin y se graduó en 1973, fecha en la que se trasladó a Leipzig para continuar sus estudios. Fue una alumna muy aplicada, poco propensa al conflicto. «Necesitaba armonía», recordaría más tarde. Cuando tocaba organizar algo, ella se encargaba. «Puede que tenga que ver con que yo anticipaba las situaciones. Por ejemplo, dos meses antes de Navidad ya estaba pensando en qué regalos podían resultarme útiles. Quería preverlo todo. Lo más importante para mí era estructurar mi vida y evitar el caos.»

Fue entre los siete y los ocho años cuando Merkel comenzó a desarrollar un interés por la política. Recuerda especialmente la noche del fin de semana del 13 de agosto de 1961, cuando el Muro que separaría las dos Alemanias comenzó a cobrar forma. Recuerda cómo el alambre de espino estaba preparado en el bosque y cómo cuando su padre ofició una misa el domingo siguiente, el ambiente era terrible. Merkel vio a sus padres por primera vez sin saber qué hacer, consternados. La gente, incluida su madre, lloraba, como recordó cuando Barack Obama le entregó la Medalla a la Libertad en 2011 en la Casa Blanca. Merkel no alcanzó a comprender entonces qué significaba la construcción del Muro. Contó también lo difícil que era burlar el radar del régimen. Que para llamar la atención, en Uckermark, su región, bastaba con coleccionar postales de arte. A Merkel le resultaba especialmente difícil pasar desapercibida por su familia. Cuando llegaba un profesor suplente, Merkel sabía que le tocaba pasar por el calvario de decir su nombre y la profesión de sus padres. Sabía también que los hijos de los religiosos estaban sometidos a especial vigilancia. «Por ser hija de lo que para la RDA era una familia burguesa, yo siempre tenía mala conciencia. [...] Teníamos que ser mejores que los demás para poder estudiar en la universidad. Cualquier debilidad habría sido utilizada para privarnos de la oportunidad de ir a la universidad», explicaría Merkel más tarde.

Templin se encuentra a media hora del que fuera el campo de exterminio de Ravensbrück, que Merkel y sus compañeros de clase visitaban cada año. Sus asignaturas favoritas eran Inglés y Ruso, y el deporte no se le daba bien. Cuando el Club de Jóvenes Matemáticos invitó a los doce mejores alumnos del distrito, Merkel, alias Kasi, por su apellido, formó parte de ese selecto grupo. Uno de sus profesores aseguró a la prensa que nunca había conocido a una niña con tanto talento. El profesor hizo esas declaraciones en 2019, cuando a Merkel le entregaron el título de ciudadana de honor de Templin. Llevaba ya catorce años de canciller, pero las autoridades reconocieron que habían necesitado cierto tiempo para contar con mayoría entre los concejales para que la candidatura de Merkel saliera adelante.

▪ RESEÑAS DE LIBROS

En 1970, Merkel viajó a Moscú después de haber ganado las Olimpiadas de Ruso de su estado, Brandeburgo, un idioma célebre por su dificultad. Su maestra diría más tarde que era «una genia de los idiomas». Pero ser una alumna excelente no bastaba en la RDA, un régimen que exigía lealtad y adhesión sin matices. Probablemente por eso, Merkel se apuntó a la Freie Deutsche Jugend (FDJ, Juventud Libre Alemana), la organización juvenil del régimen, donde los miembros se convertían en socialistas de pro. Esa participación será recordada una y mil veces para reforzar las tesis de quienes la acusan de tibieza con el régimen, de no haber luchado todo lo que hubiera podido por la libertad cuando tocaba. Lo cierto es que pertenecer en aquellos tiempos a la FDJ no significaba demasiado, me explicaron antiguos disidentes. Quedarse fuera, sin embargo, implicaba limitarse las opciones vitales y convertirse en potencial sospechoso. Merkel fue también miembro de la Freier Deutscher Gewerkschaftsbund (FDGB, Federación Alemana de Sindicatos Libres) y de la Asociación para la Amistad Germano-Soviética. Membresías formales aparte, Merkel navegó por las peligrosas aguas de la dictadura comunista sin implicarse excesivamente; una habilidad que acabaría dominando y ejercitando a lo largo de su vida. Matthew Qvortrup detalla en su biografía cómo los archivos de la Stasi seguían de cerca al padre de Merkel, que tenía un agente encargado de él.¹³ De Merkel, sin embargo, no se conocen disidencias ni movimientos que hubieran podido poner en alerta a la Stasi. Ella asegura: «Viví mi vida de una manera en la que realmente no fui una disidente que luchara activamente. Nunca di tampoco esa impresión. Pero creo que actué de manera inteligente y decidí no doblegarme más de la cuenta. Eso implicaba quedarse callada cuando podría haber hablado sin demasiado esfuerzo en contra del estado y cuando desde el punto de vista de algunos debería haberlo hecho».

Una tarde en 2020 me acerqué a Berlín a visitar los archivos de la Stasi, donde habían inaugurado una exposición sobre las actas de los sospechosos. El conjunto que en su día llegó a ocupar cincuenta edificios es imponente. Allí tenía su sede el temible Ministerio de Seguridad, para el que llegaron a trabajar noventa mil empleados y ciento ochenta mil informantes. En enero de 1990, cuando ya había caído el Muro, los manifestantes tomaron aquel lugar siniestro que guardaba todavía once kilómetros de documentos. Días después, se decidió levantar allí un centro para la memoria e investigación de lo sucedido durante los años de plomo. En 1992, tres años después de la caída del Muro, por primera vez, los ciudadanos privados tuvieron acceso a aquellos papeles, a las actas que documentaban la vida de millones de personas espiadas. El régimen de la RDA desarrolló un sistema de cartas, tarjetas y archivadores siniestro. En aquella exposición se podía ver cómo el Partido Socialista Unificado de Alemania (SED) mantuvo bajo control a la población a la que vigiló durante cuatro décadas. Hay micrófonos de la época, microcámaras, aparatos para abrir cartas sin dejar rastro, hileras de archivadores metálicos, casetes...; es decir, toda una maquinaria de escucha y espionaje. Se podía ver también el mapa de los doscientos nueve distritos en los que tenía oficina el Ministerio de Seguridad, y aparecía un punto dibujado sobre Templin. En otro mapa estaban marcados un montón de pisos vigilados en Prenzlauer Berg, el barrio berlinés donde Merkel vivió de joven. La minuciosidad que destilaban esos objetos y la montaña de fichas almacenadas y clasificadas con mimo era escalofriante. Había también fotos de jóvenes melnudos con chupas vaqueras y trencas a las puertas de las iglesias. De punks que acabarían

entre rejas por ser «enemigos» que representaban «la decadencia occidental». Aquella visita me sirvió para recordar el terror bajo el que vivieron tantas familias alemanas en un Estado que había declarado la guerra psicológica a su población. Ahora, aquello puede parecer algo lejano, pero es la realidad histórica en la que creció la canciller alemana.

Ese es el mundo en el que aprendió a sobrevivir Merkel y que marcó los treinta y cinco primeros años de su vida. Imposible pensar que la libertad, los muros, el derecho a disentir y a organizar la vida de cada uno como le dé la gana no ocupe un lugar central en su cabeza. Por eso, como veremos más adelante, la irrupción de la pandemia de la covid-19 en 2020 supuso una prueba de fuego para todos los gobernantes del mundo, pero para Merkel implicó una adicional. Todo le resultaba demasiado familiar y traumático como para no afectarle personalmente. Dijo que, a la hora de imponer restricciones de derechos y libertades: «Mi infancia y mi juventud estuvieron muy presentes. Que hubiera que decirle a la gente que no podía estar en la calle si no era con miembros de su unidad familiar o que los hijos no pudieran visitar a sus padres en las residencias eran restricciones muy serias. Nunca ha habido una situación en la Alemania de la posguerra en la que las escuelas hayan estado cerradas durante tanto tiempo. Todo esto desencadenó asociaciones en mí».

Una mañana en Berlín fui a conocer a Rainer Eppelmann y lo que me contó me resultó extremadamente esclarecedor. Quería que este conocido pastor protestante y opositor del régimen me explicara qué significaba nacer y crecer en una familia de religiosos incrustada en la RDA. Él había conocido a la familia Kasner y años después su vida y la de Merkel se cruzarían precisamente cuando la alemana dio sus primeros pasos en la política. Eppelmann fue un conocido luchador por los derechos civiles en tiempos de la RDA y quedé con él en la sede de la fundación que preside, la Bundesstiftung zur Aufarbeitung der SED-Diktatur, algo así como la Fundación de la Revisión de la Dictadura de la RDA, dedicada a preservar la memoria y «promover la conciencia pública de la tiranía comunista». Me explicó que conoció a Kasner padre en Templin hacía muchos años. Que Merkel «creció con unos padres a los que les interesaba que sus hijos fueran capaces de hacer algo más que escribir y leer». Y que crecer en una parroquia, en el este y en aquella época, era una circunstancia que marcaba mucho, por ser un lugar en el que «la empatía está a menudo muy presente, como parte del estilo de vida cristiano». «Obviamente, [Merkel] está muy marcada por lo que vivió los primeros dieciocho años de su vida en la parroquia. En los lugares en los que luchar es inútil, no lo haces y optas por la discreción. Así es como pudo graduarse en la escuela secundaria y más tarde estudiar», me dijo. Curiosamente, Merkel no es la única política alemana marcada por la Iglesia protestante en el este. La destacada dirigente de Los Verdes, Katrin Göring-Eckardt, vinculada a la Iglesia evangélica durante muchos años y que se casó con un cura, o Frauke Petry, exlíder de la extrema derecha que también estuvo casada con un pastor, comparten de alguna manera parte de ese pasado, y ambas han sido muy relevantes en algún momento de la historia política reciente de Alemania.

La huella que dejaron su infancia y su juventud la reconocieron muchos en 2015, el año que marcó como pocos la carrera de Merkel. Fue cuando Alemania permitió la entrada de más de un millón de

- RESEÑAS DE LIBROS

demandantes de asilo, buena parte de ellos huían de la guerra de Siria. Aquella decisión de no cerrar las fronteras desató una crisis política y social en Alemania y se convirtió en el balón de oxígeno de una extrema derecha que acabó por entrar en el Parlamento en 2017. Qué llevó a Merkel a adoptar esa decisión lo analizaremos más adelante en este libro, pero para Eppelmann no hay duda de que la parroquia de Templin tiene mucho que ver. «Cuando Merkel, en 2015, dijo: “Si tenemos que disculparnos por enseñar nuestro rostro más amable en una situación de emergencia, entonces ese no es mi país”, es difícil no ver [...] la influencia de haberse criado en una parroquia como la de Templin, con el centro de discapacidad y la imagen presente de la necesidad de hacerse cargo de los que no pueden hacerlo por sus propios medios.»

A Eppelmann no le dejaron graduarse en el instituto por no pertenecer a la FDJ, pero el antiguo activista resta importancia al hecho de que Merkel sí perteneciera. La alemana se apuntó, «como el 95 % de los niños, pero también porque su padre se lo dijo. Probablemente eso le dio la oportunidad de estudiar en la RDA, algo que no era evidente para los hijos de los pastores [...]. Yo no estuve nunca en la FDJ ni en los Pioneros, la organización infantil del SED, pero eso supuso que yo no pudiera hacer la selectividad. Asumo que probablemente el señor y la señora Kasner consideraron que era importante para sus hijos continuar los estudios. En la FDJ, [Merkel] se encargaba de los temas culturales, una función neutral y modesta, nunca un papel determinante. Si hubiera tenido interés en escalar en la organización, lo habría logrado».

En 1973, Merkel comenzó sus estudios de Física en Leipzig, una gran ciudad del este, al sur de Berlín. Podría haber elegido una universidad más cercana, pero en Alemania salir de casa de los padres para cursar estudios universitarios es lo natural. Merkel estudió Física en la Universidad Karl Marx de Leipzig. En las fiestas estudiantiles, se ponía detrás de la barra y servía copas. Sus padres siguieron viviendo en Templin y allí volvía la joven estudiante a visitarlos cuando podía. Merkel ha explicado que, cuando era niña, en su casa a las seis en punto sonaban las campanas y cenaban. Entonces le molestaba, pero cuando se fue a vivir fuera de casa, como estudiante, a Leipzig, «a veces estaba muy triste de que esa rutina ya no estuviera allí. A veces comía, pero otras ni comía», aseguró en una entrevista poco antes de ser elegida por primera vez canciller. También entonces dijo que, para ella, el gran cambio se produjo al final de la pubertad, cuando se convirtió en mujer. «Creo que cuando más cambias es antes de cumplir veinte años. El cambio entre ser física y ser política solo está relacionado con mi trabajo, no conmigo como persona.»

No está claro hasta qué punto la física era su vocación, pero sí es evidente que era una de las carreras que escapaban de las garras ideológicas del régimen. Estudiar Sociología, Política, Derecho o cualquier otra ciencia social, hubiera supuesto un adoctrinamiento que Merkel quiso evitar. Aun así, estuvo obligada a estudiar a fondo una materia muy especial: ML, es decir, marxismo-leninismo. «La elección de mi profesión estuvo influenciada por las circunstancias de vida en la RDA, porque una actividad científica era la pro- mesa de un trabajo lo más cercano posible a la verdad», dijo una vez. En otra ocasión explicó que, si hubiera crecido en el oeste, probablemente habría elegido otra profesión, habría sido maestra.

Una tarde en el invierno de 2020 quedé a tomar café con Karin Habermann, la abuela de un amigo de mi hijo de la escuela. Ella había nacido el mismo año que Merkel, en un pueblo de la misma zona y, también como ella, había estudiado ciencias. Tuvo, además, de profesor ayudante de laboratorio al que hoy es el marido de Merkel, Joachim Sauer, a principios de los setenta. La señora Habermann me invitó al tradicional Kaffee und Kuchen, que ese día consistía en un pastel riquísimo que ella había horneado y que comimos en el refectorio de la iglesia de Prenzlauer Berg en la que su yerno trabajaba como pastor. Quería entender un poco mejor lo que suponía ser estudiante de ciencias en aquella época en la universidad. «En general, era una facultad donde había gente poco conformista», me explicó. Recordó que la vida estudiantil se enmarcaba en «una sociedad superestructurada, donde todo estaba regulado. La libertad era solo un sueño». Me habló también de lo que significaba, como en el caso de Merkel, pertenecer a una familia de religiosos. «Los hijos de los curas eran distintos. Había profesores que los trataban mal porque sospechaban que no eran leales al Estado o los castigaban. Había curas que intentaban buscar compromisos y de alguna manera hacían el papel de oposición. No eran tiempos fáciles. La gente del oeste no puede ni imaginarse cómo era aquello —recuerda—. En la universidad, al margen de la disciplina que fuera, había formación política obligatoria. Cada uno tenía su grupo de amigos, de gente de confianza con quien poder discutir asuntos delicados y con los que se iba formando. Fuera de ellos, no era posible.» Esta mujer, como tantas otras con las que me topé en Alemania me dijo que no era votante conservadora y que era muy crítica con la Unión Demócrata Cristiana (CDU), el partido de la canciller. «Pero con Merkel es distinto. Tal vez por ser alguien que no se deja corromper», me dijo.

Leipzig era junto con Dresde y Berlín una de las grandes urbes del este. Hoy Leipzig tiene más de medio millón de habitantes y es una ciudad espectacular, con una altísima calidad de vida. Hay grandes parques, estudiantes universitarios y un mar de bicicletas. La Nueva Berlín, el Hypezig, la empezó a llamar la prensa anglosajona hace unos años, porque la ciudad conserva parte del cool que la capital alemana ha ido perdiendo a golpe de gentrificación. Pero en tiempos de la RDA, cuando Merkel era estudiante, Leipzig era otro lugar. Me lo describió un día Uwe Schwabe, uno de los líderes de la revolución pacífica de finales de los ochenta que prendió precisamente en Leipzig y que acabó por derribar el Muro y el régimen de la RDA. Me explicó que, entonces, todo era oscuro, que el cielo era gris por la contaminación y que olía mal. Las calefacciones eran de carbón y había muchas enfermedades. Los muros de las casas se caían a trozos. La gente no quería vivir ahogada por la polución, mientras veía por la tele cómo se vivía fuera de la RDA. La ciudad, además, estaba rodeada de plantas industriales y minas de lignito a cielo abierto. Pero a la vez, Leipzig siempre fue una ciudad atípica para los estándares del este, porque allí se celebraba la Feria Internacional, lo que implicaba que llegaban extranjeros y gente del oeste, que había un cierto contacto con el mundo exterior. Ahora Schwabe es presidente del archivo ciudadano que documenta los años de la RDA y las protestas que tumbaron al régimen. Me explicó que Merkel «no fue una figura de la oposición, no fue una luchadora de la resistencia. Llevó una vida normal, por decirlo de alguna manera, dentro de las posibilidades que existían, y mantuvo una cierta distancia de la RDA, de la gente en el poder, pero no marcó esa distancia abiertamente». Que no fuera una revolucionaria, que no

▪ RESEÑAS DE LIBROS

participara en las protestas democratizadoras, no es para este hombre afable algo extraordinario. «Era lo normal. Si no tenías la oportunidad de tener amigos o conocer organizaciones que fueran críticas con la RDA, entonces pertenecías a la gran mayoría. Ibas al trabajo, a tus estudios... Por supuesto, si estudiabas Historia, Magisterio o Derecho estabas mucho más sometido a las directrices del Estado que si estudiabas una carrera de ciencias, como hizo ella.» La facultad en la que estudió, situada en el centro de la ciudad, está hoy re- construida, pero sigue siendo un campus muy agradable incrustado en el centro de la urbe.

En 1977, la canciller se casó con su compañero de estudios Ulrich Merkel y se trasladaron a vivir a Berlín oriental. Aquel fue un matrimonio «precipitado», en palabras de la propia Merkel, en un país en el que para obtener un empleo y una vivienda en el mismo lugar había que estar casado. «Nos casamos porque todo el mundo se casaba. Eso suena estúpido ahora, pero no nos tomamos el matrimonio con la necesaria seriedad», diría Merkel años después. En 1981 se separaron y un año después se divorciaron. Al señor Merkel no le gusta hablar de la que fuera su exmujer y apenas se prodiga en la prensa. «Angela vive ahora en un mundo diferente. Yo he seguido siendo un ciudadano normal», dijo en una entrevista concedida hace años y en la que aseguró no ser votante de la CDU. Dijo también que la separación le pilló por sorpresa, que su entonces mujer un día hizo las maletas, pero que fue una ruptura amistosa. Merkel coincide en que fue «una separación sin amargura ni trapos sucios». Cuando la política alemana se convirtió en presidenta de la CDU, el señor Merkel dijo: «Angela es capaz de hacerlo», algo que su exmujer dijo que le «alegró escuchar». La política adoptó, como tantas alemanas, el apellido de su entonces marido, que poco después desaparecería de su vida para siempre. Ese apellido, sin embargo, ha acabado grabado en el panteón de nombres ilustres de la historia política.

En 1998, Merkel se casó, por segunda vez, con Joachim Sauer, profesor de Química emérito de la Universidad Humboldt de Berlín. Sauer se deja ver poco y, como Merkel, protege al máximo su vida privada. Fue notoria su ausencia, por ejemplo, en la toma de posesión de la canciller durante su primer mandato en 2005. Se les ve poco juntos. En alguna cumbre internacional suelta, una vez al año en la ópera, en Bayreuth o haciendo senderismo, una de las aficiones que comparte la pareja. A él le prepara el desayuno por las mañanas, según explicó una vez Merkel, durante un vuelo desde Nigeria a Berlín, al presidente Goodluck Jonathan. De ellos y de su vida privada hablaremos algo más adelante en este libro.

Tras finalizar sus estudios en Leipzig, Merkel buscó trabajo. Fue en ese momento cuando la Stasi se interpuso en su camino. Hizo una entrevista muy desagradable para trabajar como profesora asistente en la Universidad de Ilmenau, cuando esta acabó la dirigieron a una habitación donde había gente de la Stasi esperándola. Sus padres le habían enseñado que si alguna vez trataban de reclutarla, debía decir que era incapaz de callarse, «solo tenías que decir: bue- no, probablemente no pueda mantener mi boca cerrada. Estoy bastante segura de que no sería capaz de frenarme y no decirle a mi marido que trabajo para ustedes». Su interlocutor en aquella entrevista era un cargo del partido que sabía exactamente quiénes eran sus contactos y cómo habían sido sus estudios. La joven física siguió los consejos de sus padres y le aseguró que era incapaz de guardar un secreto, lo que rápidamente puso fin al intento de

reclutamiento. Merkel no consiguió la plaza en Ilmenau.

Sí logró entrar a trabajar en la Academia de Ciencias de Berlín, en el Instituto Central de Física y Química, y se doctoró en 1986, con una tesis titulada El cálculo de las constantes de la velocidad de las reacciones elementales en los hidrocarburos simples. Para ir a trabajar a la Academia, pasaba cada día por delante del Muro de Berlín, de vuelta a casa. Lo recordó Merkel en la Universidad de Harvard en 2019, tras ser elegida para pronunciar el discurso de graduación. Les explicó a los alumnos de Harvard que ella no había sido una disidente: «El Muro de Berlín limitó mis oportunidades. Se interpuso literalmente en mi camino. Pero hubo una cosa que aquel Muro no logró en todos esos años: no logró limitar mis pensamientos, mi personalidad, mi imaginación, mis sueños y mis deseos».

En los ochenta, tras divorciarse del señor Merkel, la física de Templin llegó a vivir en un apartamento ocupado en el Berlín oriental. También viajó mucho. Ella siempre había soñado con volar a Estados Unidos, pero creía que solo lo lograría cuando se jubilase, a los sesenta años, cuando se lo habrían permitido las normas de la RDA. Quería conocer Estados Unidos «por su tamaño, su diversidad, la cultura. Ver las Montañas Rocosas, conducir escuchando a Bruce Springs teen. Ese era mi sueño», dijo en una entrevista.²⁶ No sospechaba entonces que sucedería mucho antes y que no recorrería las carreteras secundarias; que viajaría hasta el mismo corazón político de su admirado país. En 1990, después de caer el Muro, Merkel viajó a California, donde su marido Sauer había obtenido una beca para investigar. Que una parte del mundo le estuviera vetada durante décadas no le impidió a la joven física explorar otros países a su alcance. Antes de caer el Muro, viajó por el mundo ideológicamente compatible con el suyo. Se pateó Polonia, la entonces Checoslovaquia, Hungría, Georgia, Azerbaiyán y recorrió Rusia en autostop. En 1986 viajó sola también al oeste para asistir a la boda de una prima en Hamburgo y se quedó fascinada con los trenes que vio. Había logrado salir de la Alemania Oriental, pero regresó. Contó después cómo en ese viaje le había acompañado un sentimiento de inseguridad. «Tal vez había visto demasiadas películas de crímenes en la televisión occidental», reconoció

En el museo de Leipzig en el que trabaja Schwabe, el disidente, se puede ver un excelente recorrido por la historia reciente de Alemania; también la de la vida cotidiana de ciudadanos de a pie, como lo fue Angela Merkel. En la exposición permanente titulada Nuestra historia: dictadura y democracia después de 1945, un recorrido a través de objetos y material audiovisual de la historia reciente de Alemania y de la vida cotidiana de sus habitantes, se puede ver la reproducción de un taller textil, una furgoneta de la época, primeras páginas de periódicos... Se pueden ver también los legendarios pantalones vaqueros Wisent, una réplica socialista de los modelos occidentales, que se fabricaban precisamente en Templin. El descontento con la calidad del diseño era tal, que Erich Honecker, el jefe del Estado, accedió a la importación de un millón de pares de Occidente. No pude evitar pensar que no creo que un museo semejante pudiera existir en España, ante la imposibilidad de contar con una lectura compartida y consensuada de la historia reciente del país. En la muestra hay también una mesa del politburó del SED y una grabación de la mítica conferencia que Günter Schabowski pronunció el 9 de noviembre de 1989; la que precipitó la caída del régimen de la RDA.

Aquel año, el bloque soviético se resquebrajaba y la RDA se encontraba al borde del colapso financiero. La iglesia de San Nicolás en Leipzig, a escasos metros del museo de Schwabe, se convirtió en el epicentro histórico de una disidencia muy heterogénea que acabó por derribar el Muro. De allí emanaron las famosas manifestaciones de los lunes y allí se tejió la red de activistas de la que formaba parte Schwabe y que se multiplicó en las calles hasta dar forma a la revolución pacífica que pedía libertad de movimiento. La noche del 9 de octubre de 1989, del templo salió una muchedumbre que comenzó a marchar y terminó sumando cien mil personas. La mecha prendió después en otras ciudades del país. A principios de noviembre, había un millón de personas en Alexanderplatz, en el corazón de Berlín. El deseo de viajar más allá del muro de cemento que encerraba la RDA era a esas alturas casi irrefrenable.

A las seis de la tarde del 9 de noviembre de 1989, el comité central del SED comunista convocó a los periodistas extranjeros en el este para informarles de la aprobación de una nueva ley de viajes. Tuve la suerte de poder conocer a Peter Brinkmann, uno de los periodistas que acudió a aquella conferencia de prensa y que, junto con el italiano Riccardo Ehrman, hizo preguntas cruciales para el curso de la historia. Schabowski era el encargado de presentar la nueva regulación sobre viajes a los periodistas y se convertiría en el protagonista indiscutible de la jornada. El político no se había preparado el tema y acabaría haciendo el papelón de su vida. «Schabowski no estuvo en la reunión de la mañana y no se sabía los papeles. Tenía que haber estado, pero no estuvo», me contó Brinkmann. Así llegó al centro de prensa. Al fin y al cabo, estaba acostumbrado a transmitir a los reporteros lo que tenían que escribir y probablemente no anticipó la lluvia de preguntas a la que le someterían. Cuando faltaban ocho minutos para las siete de la tarde, se produjo, o mejor dicho, Schabowski produjo él mismo la Noticia con mayúsculas. Aseguró: «Hoy se ha adoptado una decisión [...] para que la gente pueda abandonar la República». Se generó un pequeño revuelo y los periodistas se interrumpieron los unos a los otros para preguntar. «¿Con pasaporte?», preguntó uno. «¿A partir de ya?», gritó Brinkmann. «¿También vale para Berlín oeste?», añadió. Schabowski volvió a los papeles sin saber muy bien lo que leía. «Yo entiendo que de manera inmediata, inmediatamente.» No leyó, sin embargo, la siguiente página, donde se hablaba de la expedición de visados a partir del día siguiente. Había lanzado la noticia bomba y las calles de Berlín se convirtieron en un hervidero. Aquella noche tuvo lugar uno de los acontecimientos más decisivos de la historia moderna. El Muro cayó, fruto de una revolución pacífica en la que no se derramó ni una gota de sangre como consecuencia de una peculiar conferencia de prensa, la de Schabowski. Esa noche, el noticiario de la televisión occidental, el Tagesthemen, anunció solemnemente: «Hoy es un día histórico. La RDA ha anunciado que las fronteras están abiertas para todo el mundo», y dio paso en directo a un enviado al pie del Muro al que la gente empezaba a acercarse. Luego llegaron las lágrimas, la euforia, las masas encaramadas al Muro y todo lo demás.

Aquel jueves, Merkel, que ya vivía en Berlín, fue como cada semana a la sauna en el Ernst Thälmann Park con una amiga a última hora de la tarde. Schabowski acababa de hablar en su célebre conferencia de prensa y Alemania ya era otra. Merkel no creía que fueran a tumbar el Muro esa misma noche, pero cuando salió de la sauna en torno a las nueve de la noche, vio a gente corriendo a la altura de la

Bornholmer Strasse, justo donde se abrió la primera grieta en la mole de hormigón. Siguió a la turba y cruzó al oeste, donde acabó en una casa de unos desconocidos y desde allí llamó a su familia de la parte occidental. Pero no se dejó embriagar por la euforia colectiva. Enseguida regresó a su apartamento en el este. El mundo vibraba, pero ella se fue a dormir porque tenía que madrugar para ir a la oficina al día siguiente. Semanas más tarde, Merkel tomaría una decisión que daría un vuelco a su vida.



UPAO

FONDO EDITORIAL