IURA
REVISTA JURÍDICA

Revista académica interdisciplinaria de información e investigación jurídica

ISSN N° 2312-1645
VOL. 7, N° 1, ENERO-JUNIO 2022
TRUJILLO, PERÚ

DIRECTOR:
Dr. Víctor Hugo Chanduví Cornejo

EDITORES ASOCIADOS:
Dr. Raúl Yván Lozano Peralta y
Mg. Domingo Varas Loli

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO



ASMAT CHIRINOS ZAVALA

- El referendum y la lucha anticorrupción
- Razonabilidad en la filosofía del Derecho
- Las afecciones de la cadena perpetua
- La compraventa de alícuotas de propiedad
- Discrecionalidad y control gubernamental
- Consideraciones doctrinales sobre el acoso a la mujer y la equidad de género en Colombia

IURA
REVISTA JURÍDICA
Revista académica interdisciplinaria de información e investigación jurídica

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Rectora
Dra. Felícita Yolanda Peralta Chávez

Vicerrector Académico
Dr. Luis Antonio Cerna Bazán

Vicerrector de Investigación
Dr. Julio Luis Chang Lam

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Dr. Raúl Yván Lozano Peralta

IURA
REVISTA JURÍDICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

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 Rafhael 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
Universidadde 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. 7 N° 1, Enero - Junio de 2022 - 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: Jorge Arévalo

ÍNDICE

EDITORIAL **5**

EL REFERENDUM Y LA LUCHA ANTICORRUPCIÓN. **7**
Dr. Víctor Hugo Chanduví Cornejo.

OTRA PROPUESTA DE RAZONABILIDAD EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. **13**
José Caballero-Hernández.

LA HISTÓRICA DIVISIÓN DE LA POBLACIÓN EN LOS ANDES. **21**
Manuel Bermúdez-Tapia

LAS AFECCIONES DE LA CADENA PERPETUA A PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES. **35**
Ms. Clodomira Ocampo Vargas.

LA COMPRAVENTA DE ALÍCUOTAS DE PROPIEDAD COMO SUPUESTO DE FRAUDE A LA LEY Y EVASIÓN AL PROCEDIMIENTO DE HABILITACIÓN URBANA. **61**
Carlos Fernando Yamamoto Suga.

LA DISCRECIONALIDAD Y EL CONTROL GUBERNAMENTAL. **71**
Dr. Henry Armando Carbajal Sánchez.

CONSENSOS Y MANDATOS DEL FORO DE LA CELAC COMO ORGANISMO INTERNACIONAL. ¿EXISTE O NO UN CONSENSO REAL COMO DECISIÓN JURÍDICA EN LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES SUBCONTINENTALES COMO LA CELAC? **79**
Henry Valle Benedetti, Doris Ortega Galindo y Paula Andrea Cortina Hernández

IGUALDAD Y MERITOCRACIA DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN ECUADOR. **95**
Daniel Frías Toral.

CONSIDERACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES PARA CONCEPTUALIZAR EL ACOSO CONTRA LA MUJER EN COLOMBIA. **103**
Tulia Del Carmen Barrozo Osorio, Elsa Marcela Quintana Vargas, Jennifer Jolie Morales Vásquez y Lina Marcela Herrera Rámirez.

UN ENFOQUE DE LA EQUIDAD DE GÉNERO DESDE LA PERSPECTIVA HISTÓRICA Y FILOSÓFICA EN EL MARCO NORMATIVO COLOMBIANO. **125**
Doris Ortega Galindo y Paula Andrea Cortina Hernández.

BRAZIL BURNS, ANNUALLY, A LARGER AREA THAN ENGLAND, SUTDY REVEALS. **139**
Valquiria Goncalves Sousa y Deilton Ribeiro Brasil.

CULTURALES **157**

LA PINTURA DE ADOLFO ASMAT ZAVALA: UN PINTOR TRUJILLANO EN MADRID **159**

RESEÑA DE LIBROS **163**

JEREMÍAS GAMBOA Y SU NOVELA SOBRE LOS “COLLEGES” ESTADOUNIDENSES **164**

MAESTRO DE LA CRÓNICA **167**

LADISLAO PLASENCKI, PREMIO NOVELA BREVE JULIO RAMÓN RIBEYRO EL ARTE ES UN CAZADOR SOLITARIO **169**

PÁGINAS LIBRES **173**

LA VIDA AZAROSA DE CERVANTES **173**
Por Domingo Varas Loli

http://doi.org/10.22497/iura/71. 7100

EDITORIAL

LOGROS Y DESAFÍOS

Nuestra participación institucional en la X Reunión Anual de la Red Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho, organizada por la Universidad Bernardo O´Higgins en Santiago de Chile el 19, 20 y 21 de mayo pasado, representa un hito en el proceso de fortalecimiento y avance institucional. Esta participación no solo se limitó a la lectura de nuestras ponencias y demás cuestiones de protocolo. En este evento hemos entablado, en algunos casos y reforzado en otros, nuestras relaciones académicas e interinstitucionales con facultades y escuelas de Derecho líderes en Iberoamérica.

Uno de los aspectos, en los que hemos incidido con éxito, consistió en ampliar nuestra red de colaboradores de la revista IURA, que en esta edición cumple cuatro años consecutivos de publicarse, ininterrumpidamente, cada semestre. Esta fue una de las metas que nos planteamos, cuando asumimos por acuerdo de nuestro Consejo de Facultad, el decanato y la dirección de esta publicación especializada. En estas ocho ediciones hemos contado con el apoyo del Ms. Domingo Varas Loli y del Dr. Eduardo Paz Esquerre en su calidad de editor asociado.

Quisiera aprovechar esta ocasión para agradecer a los miembros del Comité Editorial que me acompañaron desde que asumí la dirección de esta revista en abril del año 2018. 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 Pontifica 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.

Nuestra Facultad de Derecho -la segunda Facultad acreditada de nuestra universidad- ha cumplido 33 años de vida institucional, comprometida en seguir liderando el proceso de enseñanza-aprendizaje, orientado a formar no solo abogados de alto nivel profesional, sino juristas investigadores que contribuyan a la solución de los problemas regionales y nacionales. Por eso, convencidos de la importancia de un medio de comunicación en la aplicación de una política sostenida de promoción de la investigación científica, hemos realizado los esfuerzos necesarios para que, a pesar de la crisis sanitaria e inestabilidad política e institucional, nuestra revista IURA continúe su ciclo normal regularizando sus ediciones. IURA cumplirá su rol de caja de resonancia de los hallazgos y descubrimientos que hagan los docentes y alumnos en el proceso de enseñanza-aprendizaje, así como en la ejecución de sus propios proyectos en las diversas líneas de investigación.

Aguardo que se den las condiciones para seguir editando nuestra revista institucional.

Dr. Víctor Hugo Chanduví Cornejo

IURA
REVISTA JURÍDICA
Revista académica interdisciplinaria de información e investigación jurídica

http://doi.org/10.22497/iura/71. 7101

EL REFERÉNDUM Y LA LUCHA ANTICORRUPCIÓN[1]

Víctor Hugo Chanduvi Cornejo[2]

RESUMEN

Esta ponencia analiza la figura jurídica del referéndum en el contexto de una democracia, participación ciudadana y la proliferación de casos de corrupción en las más altas esferas del Estado peruano que han suscitado iniciativas de la sociedad civil para emprender diversas acciones políticas y de reforma constitucional, especialmente a raíz de la manipulación del servicio de justicia en el poder judicial, el Ministerio Público y elk Consejo Nacional de la Magistratura.

Se analizará, además, el impacto que ha tenido el referéndum, como elemento y referencia constitucional, conforme detalla el artículo 31 de la Constitución Política del Perú, ampliado por la Ley Nº 26300 y que en los últimos años ha tenido una connotación política relevante como herramienta en la lucha anticorrupción con efectistas repercusiones en el discurso político.

Asimismo se evaluará el contenido de las políticas públicas punitivas para así comprender el alcance generado en la última reforma constitucional sometida a una etapa preliminar con la ejecución del último referendum en el Perú, en el año 2020.

Palabras clave: Democracia, gobernabilidad, políticas públicas, corrupción de funcionarios.

1 Ponencia presentada en el X Encuentro de la Red Iberoamérica de Facultades y Escuelas de Derecho- Chile-19 de mayo al 21 de mayo del 2022

2 Abogado, maestro en Derecho y doctor en Derecho. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego.

ABSTRACT

This paper analyzes the legal figure of the referendum in the context of a democracy, citizen participation and the proliferation of cases of corruption in the highest spheres of the Peruvian State that have sparked initiatives from civil society to undertake various political actions and constitutional reform, especially as a result of the manipulation of the justice service in the judiciary, the Public Ministry and the National Council of the Magistracy.

It will also analyze the impact that the referendum has had, as a constitutional element and reference, as detailed in article 31 of the Political Constitution of Peru, expanded by Law No. 26300 and that in recent years has had a relevant political connotation as tool in the fight against corruption with dramatic repercussions in political discourse.

Likewise, the content of punitive public policies will be evaluated in order o understand the scope generated in the last constitutional reform submitted to a preliminary stage with the execution of the last referendum in Peru, in the year 2020.

Key words: Democracy, governance, public policies, corruption of officials.

1. ANTECEDENTES

La inestabilidad política del país en los últimos cinco años ha generado algunas referencias importantes, en particular cuando se analiza la sucesión presidencial del entonces presidente de la República Pedro Pablo Kuczynski (en adelante PPK), luego de haber tenido muchos enfrentamientos con la bancada parlamentaria del fujimorismo. El gobierno efímero de PPK (28 de julio de 2016 - 23 de marzo de 2018) provocó la sucesión presidencial, siendo el ingeniero Martín Vizcarra Cornejo el que ocupó la más alta investidura en la gestión pública del país, de conformidad con el artículo 115 de la Constitución Política del Perú (Chanduví et al, 2016)

Debido a la turbulencia política generada por la renuncia de PPK y para diferenciarse de la bancada fujimorista en el Congreso de la República, cuyo líder histórico estaba preso por corrupción, Vizcarra empleó la lucha contra la corrupción como su caballito de batalla.

De forma paralela se registró un hecho significativo: empleados y funcionarios que ocupaban altos cargos en el poder judicial, en el Ministerio Público y en el entonces Consejo Nacional de la Magistratura habían sido identificados como parte de una organización denominada “Los cuellos blancos del puerto”.

Se había evidenciado corrupción en el más alto nivel en las entidades que impartían justicia en el país y ello provocó que la presidencia de la república plantee una reforma constitucional que debería ser aprobada por referéndum el 9 de diciembre de 2018. Se trataba de cuatro propuestas de reformas constitucionales que presentó el ejecutivo al Congreso y que este aprobó y se llevó a cabo con éxito.

No se va a evaluar o debatir la pertinencia de un referéndum para tratar estos asuntos. El objetivo de este texto es evaluar el impacto que tiene una reforma constitucional en el desarrollo de políticas públicas en el ámbito punitivo para ejecutar un verdadero control de la corrupción estableciendo mejores mecanismos de gestión pública en beneficio de la población (ACDI, 2022).

Es importante señalar que el presidente Vizcarra aprovechó la oportunidad para encausar el descontento popular para validar su propuesta electoral, porque materialmente se encontraba en una situación política inestable al asumir la presidencia de la República sin una bancada parlamentaria y sin tener aliados en la sociedad, con un peso significativo.

La necesidad de vincularse con el descontento popular tambien implicaba un rédito político, especialmente por el hecho de no tener respaldo en el diálogo con el Congreso de la República y con otras entidades públicas. Así logró superar la debilidad de su gobierno hasta que finalmente cayó abatido por el peso de la coyuntura política.

Este contexto de crisis, sin embargo, no provocó un cambio en la estrategia política del entonces presidente Martín Vizcarra, por cuanto los enfrentamientos con las diferentes bancadas parlamentarias en el Congreso de la República provocaron la *disolución* del primer poder del Estado, generándose un interregno parlamentario que provocó una elección especial en enero del 2021.

Esta situación tampoco evitó su vacancia por incapacidad moral permanente en el 2020, luego de haberse ejecutado un procedimiento previo sin el resultado propuesto por las bancadas parlamentarias del Congreso de la República (Miró Quesada, 2019, p. 19). Hasta que fueron descubiertos los *planes políticos* que se debían desarrollar tras la sucesión presidencial. El entonces presidente de la mesa directiva del Congreso de la República, Manuel Merino de Lama, estaba involucrado en una acción fraudulenta cuyo objetivo era acceder al poder tras declarar la vacancia del presidente Vizcarra.

2. UNA REFORMA EN LAS INSTITUCIONES PERO SIN LEGITIMIDAD FUNCIONAL

El Congreso de la República Al destituir a los consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, el Congreso de la República desactivó esta institución y la reemplazó por la Junta Nacional de Justicia.

Sin embargo, desde la etapa de conformación de sus primeros integrantes y el desarrollo de sus primeras actividades se reveló una profunda crisis institucional tras haberse descubierto que tres fiscales supremos de un total de cinco estaban vinculados a los “cuellos blancos del puerto”.

Varios jueces supremos del poder judicial también estaban vinculados a la mencionada banda y fueron investigados por el Congreso de la República y el Ministerio Público.

Los que habían integrado el Consejo Nacional de la Magistratura fueron identificados negativamente en la sociedad y en el ámbito profesional, especialmente porque se había difundido el nivel deficiente y limitado de sus funcionarios frente a la elevada exigencia social e institucional.

La Junta Nacional de Justicia también registró algunas situaciones negativas, como el que una de sus integrantes fuera sindicada como partícipe de una organización política y que había participado en algunos actos de tráfico de influencia. Uno de los candidatos a esta junta tenía a un colega de profesión, "evaluándolo" en el concurso de méritos profesionales. Al no dar buenos resultados ante la opinión pública, se generó incertidumbre sobre la Junta Nacional de Justicia.

Después de superarse el proceso de nombramiento de autoridades, la evaluación de los nombramientos de jueces y fiscales en los últimos años ocupó la mayor parte de las actividades de la nueva institución. Se destituyó a varios fiscales y jueces de la más alta instancia en el Ministerio Público y en el poder judicial, lo que generó inestabilidad en el ámbito jurisdiccional ante la falta de magistrados nombrados con la categoría de "titular" en el despacho.

La Junta Nacional de Justicia hasta ahora no ha logrado convocar un solo proceso de nombramiento de jueces y fiscales con éxito y sin cuestionamientos (Bermúdez-Tapia, 2007), debido a que se debía cumplir con atender todas las críticas expuestas en relación con la labor del Consejo Nacional de la Magistratura.

3. UN NUEVO PRESIDENTE Y UN CONTEXTO EN CRISIS

El profesor José Pedro Castillo Terrones asume la presidencia del Perú el 28 de julio del 2021 después de una dura campaña en la que proliferaron referencias negativas a organizaciones políticas, candidatos presidenciales, candidatos al Congreso de la República y personajes públicos representativos.

La escasa legitimidad del presidente de la República y del Congreso de la República son datos significativos que debieron ser tomados en cuenta desde el inicio de la gestión, el 28 de julio del 2021, fecha en la cual se celebró el bicentenario de la proclamación de la independencia del país por don José de San Martín.

Sin una base política y social que pudiera respaldar la gestión del presidente Castillo, este ha empleado la misma estrategia de Martín Vizcarra de *apelar* al pueblo para convalidar sus estrategias políticas y así reformar la Constitución, sobre la base de la lucha contra la corrupción y el desgobierno.

En este sentido, el gobierno nacional ha presentado proyectos de ley que plantean la ejecución de un referéndum en forma paralela al desarrollo de las elecciones regionales y municipales el 2 de octubre del 2022.

De este modo se aprovecharía la oportunidad de ejecutar en un único acto la aprobación del procedimiento para la instalación de una Asamblea Constituyente que redacte una nueva Constitución a la par se desarrolla el cambio de autoridades regionales y municipales en el país.

El discurso político que justifica esta propuesta se basa en elementos que no han sido sustentados en lo técnico o en lo político y se apela a la insatisfacción ciudadana que no ha tenido acceso a servicios públicos de calidad debido a los elevados niveles de corrupción, especialmente porque todos los presidentes democráticos elegidos desde 1985 han registrado actos que han sido identificados en un proceso judicial y que tienen elevados niveles de ratificarse en condenas efectivas (Bermúdez-Tapia, 2019 a: 277).

4. UNA INSTITUCIÓN MAL EMPLEADA: EL REFERENDUM

El artículo 31 de la Constitución Política del Perú establece que los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum a través del cual se desarrolla la iniciativa legislativa, la remoción o revocación de autoridades y el trámite que puede generar una rendición de cuentas por parte de alguna autoridad política en el país (Blancas, 2004: 193).

Complementariamente, los ciudadanos tienen el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica, sobre la cual se desarrollan los *derechos políticos* en un contexto de democracia, con la esperanza de desarrollar un ambiente de gobernabilidad y progreso (Wieland, 2011: 42).

En el ámbito de la regulación del procedimiento, el artículo 206 de la Constitución Política del Perú dispone que toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso de la República con mayoría absoluta del número legal de sus miembros y ratificada mediante referéndum.

Consecuentemente, este requisito resulta ser muy empleado en situaciones de crisis y de ingobernabilidad debido a los elevados niveles de confrontación entre los principales poderes e instituciones del Estado pero que pueden tener un objetivo específico: el de garantizar una legitimidad funcional, especialmente para la ejecución de acciones políticas derivadas (Bermúdez-Tapia, 2019 b: 277).

El efecto más democrático del referendum es la posibilidad de que sean los ciudadanos los que puedan ejercer una *acción directa* en los actos del Estado y ello permite no sólo consolidar la relación entre la población con sus autoridades políticas sino que además permite un mejor desarrollo de los niveles de gestión pública en el gobierno nacional con el presidente de la República y en el Congreso de la República.

5. CONCLUSIONES

El referéndum permite reducir el descontento ciudadano por situaciones de conflicto, de actos de corrupción u otros aspectos que tienen que ver con la gobernanza en el país y, en algunos casos, limita la amenaza de quebrar el statu quo político sobre el cual se sostiene la débil institucionalidad y democracia en el país.

El referéndum, por supuesto, no excluye a otras iniciativas en el orden político o constitucional porque no resuelve todos los problemas políticos existentes, pero en el caso de nuestra realidad política ha permitido reducir los contextos de crisis y de ingobernabilidad registrados especialmente en el período 2018-2021.

Su alta empleabilidad en situaciones críticas tambien permite evidenciar la volatilidad de los objetivos políticos que lejos de proponer esquemas de trabajos programáticos y estables solo plantean solucionar problemas coyunturales. No se han observado acciones complementarias que permitan desarrollar políticas públicas punitivas o de control de la corrupción en forma eficaz o en la cual participen las principales entidades del Estado en aras de una mayor transparencia y mejor gestión en el ámbito judicial, político y constitucional.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACDI (2022) *Sobre la gobernanza.* http://www.acdi-cida.gc.ca/CIDAWEB/acdicida.nsf/En/JUD-111883426-HX4.
- Bermúdez-Tapia, M. (2007) El control de la administración a través de la información pública como garantía de acceso a los servicios públicos. *Foro de Córdoba*, 22(116).
- Bermúdez-Tapia, M. (2019 a, noviembre) Enfrentando al macrodelito desde el Estado. *Actualidad Penal.* (65), 277-288
- Bermúdez-Tapia, M. (2019 b) El costo económico provocado por la corrupción. *Actualidad Penal,* (59), 297-306
- Blancas Bustamante, C. (2004). El referéndum en la Constitución peruana. Fernando Tuesta Soldevilla, F. (Ed.) *Reforma política Perú.* Lima: ONPE.
- Chanduví Cornejo, V. H. & Bermúdez-Tapia, M. (2016) *Temas de Gestión Pública*. Trujillo: Fondo Editorial de UPAO.
- Miró Quesada Rada, F. (2019). El referéndum como respuesta a la crisis de representatividad en el perú. *Ius Inkarri*, (8), 19-33.
- Wieland Conroy, H. (2011). *El referéndum en el Perú: doctrina, regulación legal y jurisprudencia constitucional*. Pontificia Universidad Catolica del Peru-CENTRUM Catolica

IURA
REVISTA JURÍDICA
Revista académica interdisciplinaria de información e investigación jurídica

http://doi.org/10.22497/iura/71. 7102

OTRA PROPUESTA DE RAZONABILIDAD BASADA EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO[1]

Joe Caballero-Hernández[2]

RESUMEN

Este artículo es producto de una investigación realizada con el objetivo de analizar las criticas al principio de razonabilidad aplicado por los tribunales constitucionales. Se trata de evaluar la propuesta de Robert Alexy muy usada a nivel internacional y otra alternativa distinta sobre el principio de razonabilidad que puede ser aplicado por los tribunales constitucionales.

Palabras clave: Racionalidad, razonabilidad, amicus curiae, control de constitucionalidad, filosofía del Derecho.

ABSTRACT

This article is the product of an investigation carried out with the objective of analyzing the criticisms of the principle of reasonableness applied by the constitutional courts, which is the proposal of the author Robert Alexy, which is widely used internationally. However, based on the criticisms found, it is also intended to provide a completely different proposal on the principle of reasonableness that may be viable for application by the constitutional courts..

Keywords: Rationality, Reasonableness, amicus curiae, judicial review, Law philosophy.

1 Este artículo es producto de una investigación realizada como docente de la Universidad de Cartagena, efectuada en el lapso de un año con recursos propios.

2 Abogado y magister en Derecho, Universidad de Cartagena. Integrante del grupo de investigación: *Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales Phronesis*. Email: joecaballeroh@hotmail.com , Orcid: 0000-0002-5657-5845.

I. INTRODUCCIÓN

En el nacimiento de los Estados de Derecho modernos, el papel del poder judicial, desde la Revolución Norteamericana, al igual que la francesa, empezó como una labor puramente técnica u operativa, ejercido por jueces profesionales e independientes que debían aplicar la justicia con base en el derecho dictado por el órgano legislativo. Sin embargo, en el siglo XX se empieza a desarrollar una transformación funcional del papel judicial en el Derecho de occidente. Esta función consiste en ejercer una revisión constitucional de todas las leyes del Estado de Derecho.

En el nuevo rol los jueces constitucionales apelan al llamado principio de razonabilidad, como un mecanismo de interpretación que permite mediar entre las múltiples controversias complejas que llegan a sus despachos judiciales, las cuales, por lo general, no tienen solución legal y necesitan una argumentación jurídica basada en elementos extrajurídicos. El principio de razonabilidad más utilizado en la práctica es el desarrollado por el autor alemán Robert Alexy, que considera la técnica de la ponderación de los principios o valores argumentados y la escogencia de los mismos por parte de los jueces constitucionales. No obstante, puede existir otro principio de razonabilidad distinto al de Alexy.

En esta investigación pretendemos analizar el principio de razonabilidad de Robert Alexy, pero enfocándonos mucho más en otra propuesta de razonabilidad, tanto conceptual como teleológicamente. Mediante una metodología analítica - descriptiva y crítico – constructivista explicaremos la racionalidad y razonabilidad judicial y sus críticas, así como la distinta razonabilidad judicial que puede ser viable a la hora de aplicarlo en los tribunales constitucionales.

II. EL CONTEXTO JUDICIAL

La idea de la transformación funcional del papel judicial surge con el famoso debate académico entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, como una forma de solucionar la crisis político institucional que agitaba a Europa por entonces, y en particular, como un agudo diagnóstico de la compleja coyuntura que atravesaba el Reich Alemán bajo la constitución de Weimar (Gasio, 1995). El debate académico se centró en proponer una institución política que pudiera salvaguardar la constitución del Estado en tiempos de crisis. Entre las variadas respuestas y el calor del debate, Kelsen consideró la creación del tribunal constitucional.

Schmitt, por su parte, era partidario de brindar mayor poder al *Reichpresident*, quien se encontraba a la cabeza del poder ejecutivo, para que se fortaleciera políticamente y protegiera a la constitución. Kelsen consideró que fortalecer políticamente al órgano ejecutivo podría ser muy complejo, por lo que su propuesta, principalmente, se centraba en los tribunales constitucionales, los que podían realizar debates jurídico-políticos y conceptuales sobre las controversias constitucionales para resolver las indeterminaciones del derecho con el objetivo de garantizar la coherencia del sistema jurídico (Kelsen, 1995).

En efecto, Kelsen se enfocó en otorgarles ese papel a los jueces debido a que el órgano ejecutivo en sus funciones políticas siempre tiende a ceñirse por intereses particulares. Por otro lado, los jueces pueden ejercer un control sobre las leyes y sobre los contenidos de las mismas para salvaguardar la Constitución Política, garantizando la lógica yla coherencia del sistema jurídico. Este último argumento permite la legitimación y validez de la Constitución.

El principio de razonabilidad, desarrollado por Robert Alexy surge después como método epistemológico utilizado por los jueces para ponderar entre las distintas argumentaciones jurídicas al momento de controlar las leyes y sus contenidos. No obstante, antes de analizar el aporte de Alexy, es importante enfocarnos en las discusiones sobre la racionalidad jurídica que se explican a continuación.

III.RACIONALIDAD EN LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Uno de los autores más reputado en la teoría de la racionalidad judicial es el estadounidense Ronald Dworkin. Este ha realizado una división conceptual sobre la justificación o tipo de razones que se dan en el ámbito jurídico según la funcionalidad del Estado. El autor explica que existen fines u objetivos sociales que defienden los derechos colectivos. Este papel lo ostenta el órgano legislativo del Estado y lo realiza basado en la política del contexto social, deliberando y desarrollando las leyes del Estado (Dworkin, 2002).

Por otro lado, existen principios que defienden los derechos individuales. Este papel lo ostenta el órgano judicial, en el caso de encontrar casos difíciles (Dworkin, 2002) o complejos (Bulygin, 2003), en los cuales los jueces que no puedan resolver un problema jurídico les corresponde apelar a principios morales o jurídicos para realizar la respectiva interpretación constitucional, con el propósito de garantizar los derechos constitucionales. De hecho, Robert Alexy, que defiende esta tesis de razones mediante principios, y que además configura la metodología para usarlos mediante la técnica de ponderación constitucional, respalda esta posición y es la base teórica conceptual que utilizan los jueces en su razonabilidad (Alexy, 1997) (Nino, 1989).

Hablar de racionalidad en el ámbito judicial para resolver un problema jurídico – político le permite a los jueces crear normas jurídicas (Dworkin, 2004). Esto implica justificar con base en fines u objetivos sociales, así que, en últimas, los tribunales constitucionales también ejercen un papel políticos y creador de leyes, suplantando al órgano legislativo. Si los tribunales constitucionales utilizan principios jurídicos o morales seleccionados mediante el método de ponderación con el propósito de garantizar la coherencia del sistema jurídico (Alexy, 1990) bajo el manto de la racionalidad judicial a un caso en particular, entonces estaría incurriendo en soluciones egoístas que involucran sus ideologías políticas para crear normas jurídicas que involucran a todos los ciudadanos.

Los tribunales constitucionales no solamente utilizan razones mediante principios sino que también apelan a razones mediante fines y objetivos sociales, porque entonces se estaría omitiendo derechos a los demás ciudadanos que presentan los mismos elementos facticos. Los derechos sociales pueden verse desde esta perspectiva como una prolongación de los mismos derechos individuales o fundamentales, que tal vez, por razones políticas, ajenas al contexto social, el legislador allá omitido garantizar. No podemos olvidar que esas sentencias son precedente judicial a todos los casos similares.

Desde esta perspectiva, es cierto, entonces, que los jueces no tienen legitimidad democrática porque la ponderación de principios para la creación normativa, en realidad, es una competencia que la constitución siempre le ha otorgado al legislador (Forsthoff, 1975), debido a que es una actividad meramente política, en la cual los tribunal carecen de legitimación popular directa para ejercerla (Aleinikoff, 1987) (Elster, 2002) y una actitud paternalista (Alemany, 2005). No poseen, por lo tanto, la conmensurabilidad de la sociedad para elegir principios o políticas certeras (Frantz, 1963) (Hart Ely, 1997). No obstante, existen otras posibilidades epistemológicas que pueden resolver ese problema de legitimidad que posee el principio de razonabilidad de Robert Alexy. Lo explicaremos a continuación enfocándonos en otro principio de razonabilidad.

IV. EL OTRO PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Los tribunales han usado el concepto de razonabilidad para explicar la discusión de razones ejercidas por los magistrados para resolver un caso en concreto, es decir, una razonabilidad que debemos considerar en estricto sentido, mientras que la razonabilidad a la cual se debe apelar para mejorar el componente epistemológico del control de constitucionalidad es una razonabilidad más amplia.

Según Juan Carlos Bayón los jueces utilizan dos tipos de discrecionalidad: una discrecionalidad en sentido débil cuando a un funcionario judicial le corresponde tomar una decisión apoyado en la prudencia, en el sentido común o en la lógica para resolver un asunto, que desde la primera perspectiva de interpretación tiene una solución definitiva que no necesita una revisión posterior; y otra discrecionalidad en sentido fuerte cuando el mismo funcionario considera que su decisión no está vinculada por pautas, normas o principios impuestos por autoridad y tiene toda la legitimidad para resolver el caso según sus propias concepciones (Arango, 1999).

El segundo tipo de discrecionalidad puede considerarse un poco abusivo. El primer tipo de discrecionalidad, en cambio, puede ser el concepto viable para la razonabilidad en sentido estricto. Entonces, ¿cuál sería la razonabilidad en sentido amplio?

En esta investigación pretendemos conceptualizar la razonabilidad en sentido amplio, pero no sin antes aclarar que no es igual al termino de racionalidad. La racionalidad posee un amplio contenido empírico de conocimiento, esta es una posición sobre un estado de cosas austeramente egoísta, es decir,

enfocada en el pensamiento de una sola persona o un grupo de personas en específico. Por otro lado, la razonabilidad en sentido amplio está basada en un cierto tono moral que sugiere algún grado de consideración con respecto a la opinión de los demás, es decir, enfocada en una concepción consensuada de todos los participantes que intervienen con un margen amplio de apreciación admisible (Aarnio, 1991), (Atienza, 1987).

Desde esta perspectiva, es importante considerar que el concepto de lo razonable siempre debe ser aplicado desde un sentido espacio-temporal y lógico determinado, ya que es dependiente de lo que la sociedad entienda por ese estado de cosas o caso difícil evaluado o discutido. Como lo explica Atienza: *"*Lo razonable, adolece (…) de una cierta ambigüedad pues, por un lado, se configura como un acuerdo o un consenso ideal y, por otro lado, parece estar ligado a hechos contingentes de carácter social y cultural*"* (1987, pág. 191). Es decir, lo razonable se apega mucho a lo que se dialogue en el contexto. No es un consenso que se pueda aplicar a todos los tiempos sino que puede ser variable dependiendo del contexto.

Para aplicar esta concepción sobre la razonabilidad que permita el dialogo social sobre derechos, es necesario utilizar una institución judicial viable. Precisamente, Bruce Ackerman, intentando brindar opciones de discusión social consideraba que existen dos formas de ejercer las decisiones políticas: 1. Las primeras decisiones son las ejecutadas por el constituyente primario que se expresan por medio del dictado de la constitución, de sus reformas y de otras decisiones igualmente trascendentales. 2. Las segundas decisiones están basadas en las ejecutadas por los representantes del soberano, es decir el pueblo, ya sea mediante el legislador o el gobierno, las cuales se expresan con las leyes promulgadas o las políticas aplicadas, respectivamente (Ackerman, 1991).

Para Ackerman, las decisiones del primer tipo son muy inusuales, por lo cual se necesita una enorme movilización social, debates amplios sobre temáticas específicas, marchas y constante confrontación de ideas, para que exista una influencia en los órganos de poder. Por otro lado, el segundo tipo de decisiones son más normales o rutinarias y hacen parte de la política diaria de una sociedad organizada. Los representantes intentan satisfacer los intereses de la ciudadanía, dictando leyes y haciéndolas cumplir con el gobierno. No obstante, los representantes de la ciudadanía no tienen autoridad para revocar las más sustanciales expresiones de la ciudadanía, que se reflejan en las primeras decisiones (Ackerman, 1991).

Tanto el gobierno como el legislador pueden tomar múltiples soluciones con respecto a los intereses de la ciudadanía, pero en lo que concierne a decisiones netamente trascendentales en la esfera constitucional no pueden intervenir (Ackerman, 1991). No obstante, los jueces son los intermediarios entre la decisión de la ciudadanía y la creación normativa de carácter constitucional. Pero no como interpretadores de la Constitución del pasado, sino como adaptadores de las ideas constitucionales de la carta magna adecuándolas al contexto para decidir en base a lo que expone la ciudadanía (Tushnet, 2014) (Waldron, 2005).

Por lo tanto, la mejor propuesta institucional para desarrollar el concepto de razonabilidad debe ser la ampliación del *Amicus Curiae*. Esta figura, en la práctica, se ha desarrollado por iniciativa de algunos

grupos sociales que presionan a las instituciones públicas para actuar en favor de los más necesitados, facilitando a la ciudadanía argumentos a su favor.

Estos argumentos en favor de los menos favorecidos complementan la deliberación expuesta por las partes del proceso para brindarle al tribunal constitucional un panorama extendido del contexto en el cual debe resolver el caso jurídico. Estos argumentos tienen un peso importante en el resultado, tal vez, en contra de argumentos de grupos de abogados prestigiosos de las clases privilegiadas que participan en la deliberación del caso (Gargarella, 2012).

El *Amicus Curie* es el referente más próximo del principio de razonabilidad que deben utilizar los tribunales constitucionales. La única objeción es que no deben ser limitados; por el contrario, debe convocarse al dialogo a todos los interesados en la discusión del caso difícil.

Este mecanismo no solo promueve el dialogo entre la ciudadanía y las altas cortes para entender el contexto en el que se desarrolla un problema jurídico, sino que también permite disipar las críticas en torno a la falta de legitimidad en las discusiones constitucionales, configurándose en un método epistemológico certero para la práctica judicial del Derecho. Además, toda la ciudadanía debe ser notificada sobre la existencia del problema jurídico, previo a la sentencia, para poder enviar los alegatos razonables del caso en cuestión.

V. CONCLUSIONES

El resultado de esta investigación es un nuevo principio de razonabilidad. En los tribunales constitucionales se debe permitir un entorno dialógico mediante la ampliación del mecanismo del *Amicus Curiae*. Según este principio debe existir una creación de acuerdos materiales teóricos en el proceso de reconstrucción argumentativa del Derecho. Es decir, el juez constitucional propiciará el dialogo, en el cual, se resolverán los casos acorde con argumentos de principios y valores constitucionales; y fines u objetivos políticos colectivos del contexto, con el fin de garantizar una razonabilidad en las decisiones en el marco de la ampliación del mecanismo. La ciudadanía en general debe ser notificada para que intervenga mediante todo tipo de escritos en el caso en cuestión. La sentencia constitucional, entonces, será una norma jurídica solida y aceptada por toda la sociedad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, A. (1991). *Lo racional como razonable.* Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Ackerman, B. (1991). We the people: Foundations. En C. Rosenkrantz, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad.* Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Aleinikoff, A. (1987). *Constitutional law in the age of balancing.* Michigan: The yale law school.
- Alemany, M. (2005). El concepto y la justificacion del paternalismo. *DOXA*, 265-303.
- Alexy, R. (1990). The concept of coherence and its significance for discursive rationality. *Ratio Juris*, 130-147.
- Alexy, R. (1997). *Teoria de la argumentacion juridica.* Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Arango, R. (1999). *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* . Bogota: Siglo del hombre.
- Atienza, M. (1987). Para una razonable definicion de razonable. En *Cuadernos de filosofia del derecho* (págs. 189-200). Alicante: DOXA.
- Bulygin, E. (2003). Los jueces ¿crean derecho? *ISONOMIA*, 7-25.
- Díaz Correa, N. E. (2021). Conveniencia del Amicus Curiae en la jurisdicción especial para la paz en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo*, *13*(25), 68–87. https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.13-num.25-2021-3614
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio.* Barcelona: Ariel.
- Dworkin, R. (2004). La lectural moral y la premisa mayoritarista. En R. Slye, *Democracia deliberativa y derechos humanos* (págs. 101-139). Barcelona: Gedisa.
- Elster, J. (2002). *Ulises desatado (estudio sobre racionalidad, precompromiso y restricciones).* Barcelona: Gedisa.
- Forsthoff, E. (1975). *El Estado de la sociedad industrial.* Madrid: Instituto de estudios politicos.
- Frantz, L. (1963). *is the first amendment law- a reply to profesor mendelson.* California: California law review.
- Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al gobierno.* Quito: Pensamiento Juridico Contemporaneo.
- Gasio, G. (1995). Estudio Preliminar. En H. Kelsen, *¿Quien debe ser el defensor de la constitucion?* (págs. 9-43). Buenos Aires: Tecnos.
- Hart Ely, J. (1997). *Democracia y desconfianza: una teoria del control constitucional.* Bogota: Siglo del hombre.
- Kelsen, H. (1995). *¿Quien debe ser el defensor de la constitucion?* Madrid: Tecnos.

- Nino, C. (1989). La filosofia del control de constitucionalidad. *Centro de Estudios Constitucionales*, 79-88.
- Tushnet, M. (2014). Revision judicial dialogica. En R. Gargarella, *Por una justicia dialogica. el poder judicial como promotor de la deliberacion democratica* (págs. 105-116). Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos.* Madrid: Marcial Pons.

IURA
REVISTA JURÍDICA
Revista académica interdisciplinaria de información e investigación jurídica

http://doi.org/10.22497/iura/71. 7103

LA HISTÓRICA DIVISIÓN DE LA POBLACIÓN EN LOS ANDES

Manuel Bermúdez-Tapia[1]

RESUMEN

Uno de los problemas más significativos en la historia republicana peruana ha sido la división de la población, especialmente en situaciones críticas. La época previa y posterior a la independencia, la Guerra del Pacífico, la Reforma Agraria, la época del terrorismo, durante la pandemia provocada por el Covid-19 la población peruana siempre se ha representado excluyente, lo que generaba condiciones socioeconómicas, políticas y geográficas muy particulares y antagónicas. Pese a las evidencias y al registro histórico, pocos gobiernos peruanos han observado la división entre la población peruana como uno de los principales factores que configura a un país reacio al desarrollo. Es conveniente hacer un repaso sobre los procesos históricos y políticos que se han registrado en los Andes como antecedentes para explicar esta situación.

Palabras clave: Población peruana, microrregionalismos, políticas públicas de integración demográfica.

1 Abogado graduado con la mención de Summa Cumme Laude por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho. Profesor ordinario auxiliar de la Facultad de Derecho y unidad de postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista. Registrado en Min Ciencias en Colombia y en RENACYT PO140233, ORCID: http://orcid.org/0000-0003-1576-9464

ABSTRACT

One of the most significant problems in Peruvian republican history has been the division of the population, especially in critical situations. The time before and after independence, the Pacific War, the Agrarian Reform, the time of terrorism, during the pandemic caused by Covid-19, the Peruvian population has always been represented as exclusive, which generated socioeconomic, political and geographic conditions. very particular and antagonistic. Despite the evidence and the historical record, few Peruvian governments have observed the division among the Peruvian population as one of the main factors that make up a country that is reluctant to develop. It is convenient to review the historical and political processes that have been recorded in the Andes as background to explain this situation.

Key words: Peruvian population, microregionalisms, public policies of demographic integration

I. INTRODUCCIÓN

El surgimiento de las nacionalidades luego del proceso de independencias en América del Sur ha permitido registró un patrón característico en el ámbito de los Andes: los países andinos no tienen una *población* unida y este patrón se registra en forma objetiva cuando se analiza la realidad política y social interna en cada país.

Este problema se extiende a otras latitudes porque el concepto de *Estado* nunca fue aceptado por las poblaciones, especialmente porque este concepto responde a una realidad política europea que no ha logrado ser interiorizada por la población.

En este contexto se plantea el estudio de un contexto histórico vinculado no sólo al siglo XIX sino que puede detallarse desde la expansión del Tahuantinsuyo en los Andes. Y este estudio puede extenderse hasta abordar la realidad social y política en todos los países andinos.

Esta investigación se realiza desde el enfoque metodológico cualitativo de corte histórico, sociológico y politológico para dilucidar porque el Estado como una figura de naturaleza jurídica y política no ha logrado ser asimilado por la población en todos los Andes de América del Sur.

1.1. La realidad de los Andes: un presente con mucha carga del pasado

El estudio de la "ciudadanía" en el ámbito peruano es un área de trabajo interesante para aquel que conoce de historia, ciencia política, derecho constitucional, sociología jurídica y realidad nacional. Cabe señalar que esta condición y categoría jurídica no ha sido *fácil* de desarrollar en más de doscientos años de vida republicana.

A cualquier investigador de la realidad peruana le suscita interés evaluar el porqué los peruanos no son "un colectivo unido", no logran asumir el concepto de "derechos", tanto para sí mismos como para reconocer los derechos de "otro peruano", el porqué al peruano promedio no le interesa mucho el "bien común", el desarrollo de la sociedad o la institucionalidad del Estado.

Estas cuestiones pueden dar cabida a varias explicaciones sobre la densidad y negatividad del contexto político contemporáneo. Se trata de un *problema de carácter sistémico, histórico y político* que se vincula a la débil institucionalidad de las formas de gobierno y de Estado en los Andes en América del Sur.

Este problema supera el período temporal republicano del Perú, porque este factor ya se registraba en la época de la conquista y el virreinato peruano bajo el dominio de la corona española (Bermúdez-Tapia, 2020: 291).

Este "problema" data de 1438, cuando Pachacútec derrotó a los Chancas por el dominio del Cusco e inició la expansión del Tahuantinsuyo.

Desde 1438 hasta el 2022 se han registrado cuatro períodos que representan *tipos de estado* que no han logrado ni tener legitimidad ni ejercer su *ius imperium* en los territorios bajo su jurisdicción, sea por efectos de una guerra, sea por efectos de la administración de un territorio o por efectos del *uti posidetis.*

La configuración de un *modelo de Estado* permite detallar que se registraron cuatro modelos políticos:

a) El modelo estatal del Tahuantinsuyo configurado bajo una monarquía absolutista que no logró consolidar su dominio en todo el territorio nacional, especialmente al permitir la *conservación* de los valores socioculturales y lingüísticos de las poblaciones en las regiones subyugadas bajo dominio político.

   Las situaciones extremas de oposición eran evaluadas bajo dos condiciones: el extermino de la población o su *movilización* a otro territorio para evitar el incremento demográfico de la comunidad dominada.

   Los *mitimaes* eran parte de los sobrevivientes de una comunidad vencida en armas por los Incas y movilizados a otros territorios del Imperio, tal como pasó con los *quechuas* de Lamas en la actual región de San Martín en la Amazonía peruana. Los *mitimaes* no eran parte de una población que buscaba *colonizar* otras regiones. Esta función estaba asignada a la nobleza cusqueña que podía dirigir a un grupo de yanaconas para implantar el sistema normativo, las costumbres y el modelo económico-cultural incaico.

b) La Guerra Civil incaica y el proceso de conquista del Tahuantinsuyo entre los años 1529 y 1532 implicó el desgobierno incaico y la consiguiente *búsqueda* de autonomía de las comunidades subyugadas, generándose *alianzas* entre la mayor parte de las comunidades indígenas con las tropas de Francisco Pizarro (Decoster, 2015).

La histórica *enemistad* entre Perú y Ecuador registra un primer antecedente forzado en la enemistad que surgió entre incas y cañaris, especialmente por las alianzas y traiciones que se generaron entre estos con Huáscar y Atahualpa. Este al vencer a Huáscar optó por *exterminar* a los cañaris y durante su captura a manos de los de Castilla sabía que los *enemigos* de dos mundos diferentes se habían unido en su contra (Benito, 2001).

Pizarro empleó la misma técnica que Hernán Cortés en la conquista de Tecnochtitlan al generar alianzas político militares con las comunidades Cempoala, Quiahuiztlan, Texcoco, Chalco, Xochimilco, Azcapotzalco y Mixquic en contra de los *mexicas* bajo el liderazgo de Cuahtémoc.

Estas alianzas se generaron por tener a la dinastía incaica como un *enemigo en común, la* que podía mantener algún predominio con algunas comunidades aliadas, especialmente por la reacción de Manco Inca de 1536 que amenazó restablecer el Tahuantinsuyo si se derrotaba a los españoles y se les obligaba a retirarse de Lima que había sido fundada en 1535 (Guillén, 1994). Un dato histórico que explica el porqué "Felipillo", un indígena *tallán,* fue muy acomedido con los españoles en la expedición a Cajamarca en 1532.

Las alianzas provocaron *castas, las* que eran una condición medieval europea que establecían privilegios a favor de los advenedizos a la corona española y permitió que se registren varios *indígenas conquistadores,* entre los cuales están:

i. Don Apo Jerónimo Guacrapaucar, curaca de los Hurin Huanca.
ii. Mama Condorhuacho, curaca de los Hanan Huaylas. Envió tropas para defender la "Ciudad de los Reyes" ante el ataque liderado por Quizu Yupanqui, general bajo el mando de Manco Inca.
iii. Don Alonso Titu Atauchi Inca, alcalde mayor de los 4 suyos y capitán. Derrotó al capitán Francisco Hernández Girón en 1554 en la Batalla de Pucará tras la rebelión de este contra la corona.
iv. Fernando Pizarro Lucana Pachaca, curaca de Pausamarca y Caxamarquilla. Lideró un ejército de nativos que aplastó a los rebeldes de Cumba.
v. Don Alonso Pizarro Lucana Pachaca, curaca de Pausamarca y Caxamarquilla.
vi. Don Francisco Auqui Atahualpa, encomendero de Conocoto, Cotocollao, Chambo y otras tierras. En 1554 fue designado como "Capitán de los indios auxiliares de Quito" y participó en la derrota de los indios rebeldes de Lita, Quilca y Caguasqui. En 1578 neutralizó la rebelión de los indios de Riobamba, Cuenca y Loja, consolidando la conquista de Quijos.
vii. Don Francisco Chillche, cacique y principal de Yucay. Fue capitán de las tropas cañaris en las campañas de 1533-1534 y 1536-1537.
viii. Don Cristobal Chuquimis, cacique y principal de los Chachapoyas. Participó en la conquista del Reino de Vilcabamba y captura del soberano Túpac Amaru.

ix. Tomalá, curaca de la isla de Puná. Apoyó con provisiones, guerreros y guías a Francisco Pizarro y a sus tropas.

x. Don Francisco Cusichaca, curaca de los Hatun Jauja. Participa en la captura del capitán Francisco Hernández Girón.

xi. Don Apo Diego Guasco, curaca de los Andahuaylas. Se enfrentó al capitán Francisco Hernández Girón en la batalla de Huancacocha.

Estos privilegios sociales fueron derogados recién en 1926 con Simón Bolívar, quien pretendía lograr la uniformidad de la población tal como aparecía en el discurso oficial. Los discursos oficiales, en realidad, reflejaban el desprecio por la población indígena y la intención de sustraerles sus territorios para pasar a dominio del Estado. En la actualidad esta condición social se mantiene desde la Colonia para las "dos repúblicas, de criollos e indígenas", especialmente en los grupos sociales con mayor poder económico (Bermúdez-Tapia, 2019: 137).

c) El virreinato peruano desde 1542 hasta 1824.

   En este período, el poder de la corona española estaba bien constituido y pese a las reformas borbónicas que desmembraron el territorio sudamericano en *capitanías* y nuevos *virreinatos,* es innegable que el poder hegemónico tenía una capital definida: la *ciudad de Los Reyes* que, posteriormente, adoptó el nombre de Lima por la onomatopeya de "Rímac", el rio que pasaba por la ciudad.

   Durante este período, las revueltas, insurrecciones, capturas de ciudades por parte de piratas e ingleses no modificaron sustancialmente la hegemonía del poder imperial español y por eso se asume que hubo una única condición estatal en lo político.

d) República peruana desde 1821 hasta el presente

   Aunque el peruano asuma que la *proclamación* de la independencia haya sido el 28 de julio de 1821, en realidad el Perú asume su independencia el 27 de noviembre de 1820, cuando don José de San Martín *declara* la independencia peruana en la ciudad de Huacho.

   La escasa tropa que había llegado desde Chile, el bajo entusiasmo de la población criolla por acceder a la independencia porque se asumía la pérdida de privilegios y la condición de *iguales* a los indígenas generó la imposibilidad de una campaña militar por parte de San Martín y por eso se optó por *forzar* la independencia, obligando a los ciudadanos del cabildo de Lima a aceptar este hecho.

Durante estos cuatro períodos temporales, la condición de *referencia a un tipo de Estado* resulta muy determinante y permite el tránsito del Tahuantinsuyo al virreinato y luego a la república, motivo por el cual el título expone una condición especial a los Andes, toda vez que es el único referente que se ha mantenido.

El que un *país* tenga como referente histórico, geográfico, territorial y social una realidad preexistente sólo formará parte de su *acervo cultural* pero no influirá en su condición político-estatal, más aún

cuando se detalla el tránsito de la época imperial del Tahuantinsuyo a otro virreinal con un poder monárquico en Europa y una república bajo absoluto dominio de Lima sobre el resto de las ciudades del país (Yepes, 1971: 127).

1.2. Las consecuencias de más de 500 años en la persona que habita los andes. De poblador a ciudadano en el siglo XIX

Debido a que nuestro país presenta múltiples variables respecto del término ciudadanía (Bermúdez-Tapia, 2001 a, p. 333), categoría que también es evaluada por Sinesio López cuando expone sobre la *ciudadanía invisible* (1999). *Cabe señalar* que existe una referencia histórica sobre la vinculación de una persona con el Estado, según la época y que en la actualidad explica el porqué el *peruano* no se siente "ciudadano" y es consciente que el Estado y toda la administración pública es ineficiente y ajena a su realidad.

Para desarrollar nuestra hipótesis esta investigación pretenderá determinar y explicar cómo fue la relación existente entre el ejercicio de derechos civiles (ligados estrechamente a los constitucionales) y la condición civil de cada miembro de la sociedad republicana peruana del siglo XIX, sobre la base de la "libertad republicana" que se había implantado desde 1821 y que no fue determinante sino hasta la Batalla de Ayacucho, el 9 de diciembre de 1824.

Aunque la república ya se había fundado, las bases materiales, sociales, económicas, culturales y sobre todo políticas todavía no encontraban una posición firme en la mayor parte del territorio nacional. La mayoría de los habitantes del virreinato no podía determinar con objetividad su relación con el nuevo Estado, especialmente cuando aún Simón Bolívar no había eliminado las *castas* y San Martín ya había abolido la esclavitud y decretado la igualdad de los indígenas con los criollos.

Este elemento fáctico se trasladó a los individuos de la época, lo cual se tradujo en un "límite personal" encontrado en todos los individuos y clases sociales peruanas, lo cual no sólo representa un elevado grado de inmadurez cívica y política sino que puede responder a la tesis que nuestro país fue invertebrado (y aún se mantiene así).

Es conveniente detallar que los criollos de la época no lucharon por la independencia y que mas bien emplearon *le fait accompli* (Bonilla, 2001: 73).

En el otro lado de la sociedad peruana, los sectores indígenas prácticamente fueron excluidos del "desarrollo" nacional hasta fines del siglo XX[2] y la población afrodescendiente recién obtuvo su

2 A título personal consideramos que en realidad con la constitución de 1979, recién la población indígena está en los planes de "desarrollo nacional" al lograrse la plena ciudadanía, lo que les otorgaba el derecho de participar en el ejercicio de sus derechos políticos, civiles y económicos. El porqué de la afirmación radica en que al darse el voto a los analfabetos, indirectamente se le dio el voto a la población indígena que era en su mayoría absoluta analfabeta. Este hecho sólo ha variado recién en la última década del siglo. Ver: Bermúdez Tapia, Manuel. Tesis para optar el grado de abogado, "Derecho a la educación bilingüe en el Perú". Lima: PUCP, 2000.

"libertad" el 3 de diciembre de 1854 por Ramón Castilla (Hünefeldt, 1922). Consecuentemente, en el siglo XIX los *peruanos* no eran "iguales". No obstante que este principio se encontraba regulado en el Código Civil de 1852 (Aguirre, 1993: 229).

Un detalle significativo porque A efectos de mantener el status quo político-social de la época a favor de las élites, la *evolución* de conceptos políticos y ciudadanos se produjo por parte de los *juristas civilistas* (Ramos, 2005).

La legislación civil permitió una evolución doctrinaria e institucional más acelerada que la constitucional respecto de la fundamentación de las "libertades" y del concepto de "ciudadanía" respecto de la configuración de la "capacidad" porque estas acciones fueron propuestas por las clases sociales altas, validando parcialmente y bajo determinada conveniencia el ideal de "libertad e igualdad" de la Revolución Francesa y de la independencia americana (de Trazegnies, 1992: 52).

1.3. Una nueva república, pocos ciudadanos

A partir de 1821 el Perú comienza su vida independiente, las instituciones y organizaciones sociales y políticas se estaban estructurando y tenían por objetivo fundarse o adecuarse a la realidad social y política. La independencia había constituido un duro traspaso de la vida como colonia a república y esto se manifestaba en todos los aspectos de la vida nacional, a cada momento y en cada situación.

Las fechas que registran la *promulgación* de normas autónomas permiten detallar la verdadera generación del *ius imperium estatal* por parte del gobierno en el país. Téngase en cuenta que luego de la independencia, se siguió empleando la *legislación de indias* o el *Derecho Indiano.* Los códigos civiles y de comercio fueron promulgados décadas después de la independencia y esto fue consecuencia de la necesidad de tener una legislación mucho más próxima a la realidad que se estaba registrando.

En forma complementaria, el Estado peruano debía generar también:

a) La delimitación de su territorio, especialmente con tratados internacionales de límites porque a la fecha se generaron varios problemas fronterizos:
    i. Con Ecuador por los territorios amazónicos, luego de registrar su autonomía en 1828 al desmembrarse de la Gran Colombia.

       Por entonces Ecuador sólo registraba un dominio sobre Guayaquil y Quito y el resto del territorio no estaba correctamente delimitado.
    ii. Con Colombia fue un problema recurrente hasta 1932 cuando el gobierno de los Estados Unidos influyó a su favor por haber participado en la independencia de Panamá.

iii. Con Brasil, especialmente porque fue Bolivia la que impulsó la necesidad de establecer los límites fronterizos debido a que el país altiplánico podía verse dominado casi de forma inmediata luego de la Guerra del Pacífico.

iv. Con Bolivia, especialmente por la delimitación de la frontera amazónica y la delimitación de territorio insular en el Lago Titicaca.

b) Una política económica bajo la dirección de una administración pública, especialmente para administrar los recursos que el territorio podía brindar.

c) La creación de instituciones estatales, el establecimiento de una división territorial en función a jurisdicciones y niveles de gobierno.

d) La generación de una conciencia nacional bajo un ideal político colectivo que no tenía antecedentes necesarios y que pudiera constituirse en un referente vinculante respecto del ejercicio de derechos en una república.

Esta condición recién se pudo establecer en forma referencial durante el período denominado de *La república aristocrática cuando se puso* énfasis en el pasado incaico, asumiendo que toda la población indígena era "incaica". De esta manera se generó un error material en la identificación de los *ciudadanos* en el país.

1.4. Un desarrollo normativo constitucional casi reglamentario

A inicios del siglo XIX, el Perú se encontraba regido por constituciones que eran *nominales*, *reglamentarias* y no tenían un nivel de eficacia porque no estaban vinculadas con la realidad política, social y económica del país.

Esta condición negativa en los orígenes de la república permite explicar la vigencia, valor político y alcance jurídico-social que cada una había tenido durante el periodo de estudio, especialmente la de 1823 y la de 1826 que fueron derogadas a poco de su promulgación.

La "juventud política" de los "ciudadanos peruanos" del siglo XIX explica por qué no se había asumido una autonomía absoluta en lo económico y en lo político, especialmente porque la realidad de Lima era diferente de la del resto de ciudades del país. La inexperiencia, las ansias de configurar un sistema acorde a sus intereses y el vivir en una sociedad clasista e individualista se amalgamaron para dar inicio a nuestra vida republicana llena de errores respecto a la construcción de una *nación*. Este concepto aún en la misma Europa del siglo XXI no ha logrado ser un elemento objetivo, conforme se aprecia en los contextos de Cataluña en España, Córcega en Francia, Irlanda y Escocia en Inglaterra, entre otras referencias.

En cuanto a la legislación y a la actuación del Congreso ya sea tanto en forma de asamblea constituyente o a la actuación de las cámaras de senadores y diputados, no se puede considerar como pro-formación y pro-establecimiento de la nación peruana.

Ante el panorama descrito, la consecuencia natural generaba una condición negativa que no permitía desarrollar conceptos jurídicos tan significativos como los de "igualdad" y "libertad" de forma parecida a la ejecutada en países como Argentina, Chile o Venezuela. En estos países sus mismos ciudadanos procuraron la independencia nacional, lo que les permitió generar una conciencia nacional mucho más temprana.

II. CONSTRUYENDO EL CONCEPTO DE CIUDADANÍA

Para analizar el término jurídico de "ciudadanía" y encuadrarla en la presente investigación, se requiere evaluar la sociedad sociopolítica en la época en la que se ejecuta el estudio. Esto último es significativo porque la realidad peruana del siglo XIX es diferente a la que se registró en el siglo XX y es diferente en el nuevo milenio.

Chantal Mouffe señalaba: "El modo en que definimos la ciudadanía está íntimamente ligado al tipo de sociedad y de comunidad política" (1991: 1). Esta referencia dogmática permite sostener que en el país del siglo XIX, los peruanos no eran ciudadanos y que dicha categoría sólo estaba asignada a un reducido grupo de personas.

Las relaciones entre realidad política, administración del territorio y atención de las necesidades de la población definen la capacidad del Estado de generar una "ciudadanía", como condición que posee el individuo en una comunidad sociopolítica. La "ciudadanía" comprende un conjunto de derechos y responsabilidades ejercitables frente al Estado y al resto de integrantes de dicha comunidad, cuyo ejercicio es garantizado constitucional e institucionalmente por el Estado con la finalidad de construir y fortalecer una comunidad política.

De este modo, el individuo para generar una condición política vinculante con el Estado debe *pertenecer* a una comunidad sociopolítica porque solo de este modo puede acceder a los *beneficios* que le puede generar en función a la atención inicial de sus *obligaciones* con el país.

El concepto de ciudadanía está integrado por:

a) Un estatus legal regulado en una norma constitucional que detalla un conjunto de derechos y obligaciones.
b) Un estatus moral vinculado a un desarrollo ético-filosófico detallado por Kant respecto del conjunto de responsabilidades asumidas ante la comunidad derivado del *imperativo categórico* que debe desarrollar.
c) Una identidad vinculada a la pertenencia a una comunidad que puede estar determinada por razones étnicas, lingüísticas, sociales, culturales, económicas o políticas.

En el siglo XIX, sin embargo, estos elementos no formaban parte del consciente social de los peruanos, por lo que es posible refutar la tesis que en el Perú del siglo XIX hubiese existido una condición de ciudadanía en la población por las siguientes razones:

a) Solo un pequeño grupo de individuos en toda la república podían ser considerados ciudadanos.
b) El nacimiento no generaba una ciudadanía de forma automática. Las comunidades indígenas y las poblaciones negras se asumían *diferentes,* no accediendo a derechos políticos equivalentes a los que tenían las personas que pertenecían a las clases sociales altas.
c) En las primeras constituciones, los *extranjeros* que optasen por residir en el país obtenían la ciudadanía peruana en una clara muestra de *discriminación* en función a condiciones étnicas, sociales, culturales y políticas.
d) La sociedad política era muy limitada, al nivel que las entidades que desarrollaban *gobierno* en el territorio nacional no tenían una función que pudiera gozar de legitimidad social, especialmente porque la demarcación territorial aún en el siglo XXI sigue siendo una tarea pendiente en el país.
e) En el ámbito de una evaluación sobre el estatus moral del Perú del siglo XIX, el mantenimiento de costumbres españolas permitió mantener la percepción de un *Estado Feudal* que se mantiene en la psiquis social moderna, conforme se puede detallar en la elevada feudalización del *poder municipal* en Lima metropolitana.
f) Respecto a la eficiencia de la administración pública, desde la emancipación hasta la actualidad el país no ha logrado un equilibrio fiscal en la gestión de sus recursos y por eso es posible detallar una serie de conflictos que se pueden representar en los *conflictos socio ambientales* de la actualidad.

Se puede concluir sobre la delimitación conceptual de ciudadanía en el siglo XIX que el ejercicio de los derechos ciudadanos estaba limitado a una determinada clase social, tal como se afirmó previamente y se encontraba encuadrado en determinados requisitos[3], que por la época tenían tratamiento constitucional[4].

Estos requisitos están referidos a las condiciones personales (tanto económicas como sociales y culturales) del individuo[5] para poder realizar el ejercicio de sus derechos políticos, los cuales impedían que las poblaciones indígenas, afroperuanas y mujeres pudieran materializar la plenitud de sus derechos.

3 Bartolomé Herrera, en su proyecto de reforma constitucional en el siglo XIX, puso más énfasis en las condiciones personales del individuo para el acceso a cargos públicos que otro pensador de la época.

4 Ver artículo 17 de la Constitución de 1823. Para ser ciudadano es necesario: 1.- Ser peruano. 2.- Ser casado, o mayor de veinticinco años. 3.- Sabe leer y escribir, cuya calidad no se exigirá hasta después del año de 1840. 4.- Tener una propiedad, o ejercer cualquiera profesión, o arte con título público, u ocuparse en alguna industria útil, sin sujeción a otro en clase de sirviente o jornalero. (subrayado nuestro) Artículo que es precedente para constituciones posteriores, como por ejemplo en la de 1826, en el art. 14.

5 La referencia a "tener algún empleo o industria" (artículo 14 Constitución 1826) es un claro indicio de las condiciones económicas que debía tener un individuo si quería participar en la vida política nacional. Esta condición además se observa para el acceso a determinadas funciones políticas, siendo el requisito el llegar a una determinada suma de renta anual.

III. UN PROBLEMA RECURRENTE QUE AMPLIFICA LAS ACCIONES DE DIFERENCIACIÓN ENTRE PERUANOS

Conforme se ha expuesto, la *división* en la población peruana no ha sido debidamente desarrollada en las acciones del gobierno peruano, en políticas públicas que puedan enfatizar las políticas de Estado de promoción de la ciudadanía en todos los peruanos.

La visión de la ciudadanía -tema ideal en la estructura política administrativa del país - se refleja en el ámbito del diseño de políticas públicas porque no se ha logrado asumir el impacto negativo de las diferencias estructurales en el país que se exponen en varios ámbitos, como los siguientes:

a) En el ámbito económico, en el país se pueden ubicar *poblaciones en pobreza endémica* que registran patrones étnicos, sociales, culturales, lingüísticos y políticos comunes a los cuales no se atiende de forma *directa* debido a la generalidad de la asignación de presupuesto público para la ampliación de servicios púbicos en dichas localidades.
b) En el ámbito político, la regulación de una *cuota indígena* que permita la participación de las minorías étnicas en las listas parlamentarias para el Congreso de la República o para los puestos de consejero regional en los gobiernos regionales permiten afirmar que estos no logran atender las necesidades colectivas de dichas poblaciones. La política nacional está sujeta a la discrecionalidad de *caudillos* que utilizan las debilidades del sistema democrático para atender determinados "intereses" en demérito de la atención a las necesidades del país.
c) En el ámbito sociocultural, el desarrollo de políticas de *inclusión social* permitieron casi la extinción de las lenguas nativas en la mayor parte de la Amazonía peruana y no ha sido sino hasta 1969 en que se desarrolló una política oficial lingüística (Bermúdez-Tapia, 2001 b: 7), elevándose esta condición a un derecho fundamental, individual y social en las constituciones de 1979 y 1993 (Bermúdez-Tapia, 2000: 41). Esto generó la transformación de la sociedad nacional en los últimos cuarenta años cuando se obligó a asumir el paso de "indígena a campesino" a una población que étnicamente no entendía el odio que le profesaban las otras comunidades en el país, debido al elevado racismo y discriminación (Spalding, 1974: 63).

Estas referencias permiten detallar y enfatizar los aspectos que dividen a la población peruana y que no han sido evaluados en función de patrones de identificación, de desarrollo social, cultural y económico bajo un ideal político uniforme. Esta situación supera a la realidad peruana porque también se registra en Colombia, Ecuador, Bolivia, Chile y los Andes argentinos.

El conflicto armado interno de más de cincuenta años en Colombia permite observar un nivel de antagonismo equivalente al desarrollado en el Perú entre los años 1980 al 2000 durante la época del terrorismo de Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (Sierra-Zamora et al, 2020: 85).

En Ecuador, en septiembre y octubre del 2019, se observó un nivel de división política del país que evidenció la inmensa diferencia de su población, especialmente cuando se generó una contradicción en función a la exposición de elementos étnicos.

En Bolivia, durante los primeros años del gobierno de Evo Morales se evidenció la división poblacional entre los colectivos de Santa Cruz y los de La Paz o Cochabamba. Nuevamente el factor étnico fue determinante para que la primera región plantee su *escisión* de la república antes de que se configure su condición de *república pluriétnica.*

Durante el 2021 y 2022 en el proceso de reforma constitucional en Chile, las antiguas reivindicaciones indígenas dominaron el escenario político y por eso es conveniente detallar que este problema *invisibilizado* por el gobierno chileno será parte de su realidad política en los próximos años.

Situación similar se ha registrado en los Andes argentinos, conforme se puede detallar de la incidencia del caso propuesto por la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (Corte IDH, 2019), donde se ha exigido que el gobierno argentino dise**ñe** políticas públicas en materia de inclusión social, cultural y lingüística a favor de poblaciones indígenas que registran antecedentes aimaras y quechuas.

IV. CONCLUSIONES

La evaluación del histórico nivel de antagonismo en las poblaciones peruanas permite observar que esta realidad no está centrada en la época republicana dado que se puede registrar como antecedente inicial a la expansión del Tahuantinsuyo en los Andes, continuándose durante el virreinato, especialmente porque a ningún gobierno o poder estatal les resultó importante *legitimarse* ante su población.

Los conceptos de *legitimidad y legalidad* que usualmente se asumen en los Estados democráticos de Derecho y sociales en la actualidad difieren cuando se ejecuta una evaluación histórica en los Andes de América del sur. Por ello es importen *ampliar* el panorama que se registra en el Perú porque este problema es también parte de la realidad argentina, boliviana, chilena, colombiana y ecuatoriana.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguirre, C. (1993). *Agentes de su propia libertad.* Lima: PUCP
- Benito, J. B. (2001). Derechos Humanos de indígenas en el siglo XIX. Ponencia. Primeras Jornadas de Historia del Derecho, Ayacucho junio 2001
- Bermúdez-Tapia, M. (2000) *Derecho a la educación bilingüe intercultural en el Perú. 1974-1999* (2000). Tesis para optar el título de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú
- Bermúdez-Tapia, M. (2001 a). Categorías de Ciudadanía en el Perú, por el goce de derechos fundamentales. BIRA Boletín del Instituto Riva Agüero (28), 333-343.
- Bermúdez-Tapia, M. (2001 b). *Los derechos lingüísticos.* Lima: Ediciones Legales
- Bermúdez-Tapia, M. (2019). Las dos repúblicas en el Perú: Indios y Criollos de 1821 a 2019. *Iura,* 4(1), 137-146.
- Bermúdez-Tapia, M. A. (2020). La influencia de la capacidad bélica sobre la soberanía nacional en las relaciones internacionales. *Revista Científica General José María Córdova*, *18*(30), 291-306. https://doi.org/10.21830/19006586.568
- Bonilla, H. (2001). *Metáfora y realidad de la independencia del Perú.* Lima: IEP
- De Trazegnies, F. (1992) *La idea del Derecho en el Perú Republicano del siglo XIX*. Lima: PUCP
- Decoster, J. J. (2015) *Incas e indios cristianos.* Lima: Open Edition
- Guillén Guillén, E. (1994) *La guerra de la reconquista Inka. Vilcabamba: epílogo trágico del Tawantinsuyo.* Lima: El Virrrey
- Hünefeldt, C. (1922) *Las manuelos, vida cotidiana de una familia negra en la lima del s. Xix. Una reflexión histórica sobre la esclavitud urbana.* Lima: Instituto De Estudios Peruanos
- López Jiménez, S. (1999) Perú: Perspectivas comparadas y Mapas de la ciudadanía. Lima: Instituto de Dialogo y Respuestas
- Mouffe, C. (1999) *El retorno de lo político.* Barcelona: Paidós
- Ramos, Carlos (2005). *El Código Civil de 1852. "Orquesta de instrumentos discordantes".* Lima: PUCP.
- Sierra-Zamora, P.; Bermúdez-Tapia, M. y Fernández Osorio, A. E. (2020) Las diferencias entre Colombia y Perú en la finalización del conflicto armado interno, pp. 85-100, en Bermúdez-Tapia, M., Sierra-Zamora, P. y Fernández Osorio, A. E. (Editores) *El Estado ante emergencias sociales.* Bogotá: ESMIC. https://doi.org/10.21830/9789585284869.04

- Spalding, K. (1974). *De indio a campesino.* Lima: IEP
- Yepes del Castillo, Ernesto. Perú 1820-1920 un siglo de desarrollo capitalista. Lima: IEP: Campodónico ediciones, 1971. pp. 127

Referencias jurisprudenciales

- Corte IDH (2019) *Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina.* https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf

IURA
REVISTA JURÍDICA
Revista académica interdisciplinaria de información e investigación jurídica

http://doi.org/10.22497/iura/71. 7104

LAS AFECTACIONES DE LA CADENA PERPETUA A PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES

Ms. Clodomira Ocampo Vargas[1]

RESUMEN

Esta investigación titulada "La cadena perpetua y su afectación a principios y derechos constitucionales" tiene como objetivo principal identificar los principios y derechos constitucionales vulnerados por esta pena, una de las más severas equiparable a la pena de muerte. También pondremos énfasis en las similitudes y diferencias con la legislación comparada.

Este estudio, de naturaleza jurídico social, es descriptivo exploratorio y dogmático-jurídico; analiza la cadena perpetua y los principios y derechos constitucionales como variables, sin manipulación porque nuestro análisis versa sobre fenómenos ya ocurridos.

Asimismo comprende el estudio y análisis de legislación nacional vigente, así como de la normativa considerada como antecedente el estudio de doctrina convenientemente seleccionada (tanto nacional como internacional), con miras a determinar e identificar los principios y derechos constitucionales de la persona que son afectados con la cadena perpetua; siendo estos la dignidad humana, el derecho a vivir dignamente, a ser tratados con respeto y de resocialización, aun existiendo disposiciones regulatorias contenidas en los artículos 2 y 139 de la Constitución Política del Estado, además de normas convencionales que el Perú debe cumplir.

Palabras claves: Cadena perpetua, sistema penitenciario, fin resocializador, principio de proporcionalidad de las penas, derechos humanos.

1 Jueza provisional del "Juzgado mixto y penal unipersonal de Rodríguez de Mendoza - Corte Superior de Justicia de Amazonas". Maestra en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad Nacional de Trujillo. Master propio: magistratura contemporánea: Justicia en el siglo XXI por la Universidad de Jaén-España.

ABSTRACT

The main objective of this research entitled "Life imprisonment and its impact on constitutional principles and rights", is to identify the constitutional principles and rights that are affected by life imprisonment, one of the most severe penalties comparable to the death penalty; To this end, an exhaustive analysis is carried out on its regulation and imposition, accepted in the Peruvian penal system in relation to differentiated features similar to comparative legislation.

The present study, of a social juridical nature, is exploratory descriptive and dogmatic-juridical; analyzing life imprisonment and constitucional principles and rights as variables, without manipulation, when our analysis deals with phenomena that have already occurred.

It also includes the study and analysis of current national legislation in force, as well as regulations considered antecedent of the same, together with the study of suitably selected doctrine (both national and international), with a view to determining and concluding in identifying the principles and constitutional rights of the person who are affected by life imprisonment; these being human dignity, the right to live in dignity, to be treated with respect and resocialization, even though there are regulatory provisions contained in the Political Constitution of the State, as in its articles 2 and 139, in addition to conventional norms that Peru must comply with.

Keywords: Life imprisonment, penitentiary system, resocializing purpose, principle of proportionality of penalties, human rights.

I. INTRODUCCIÓN

La cadena perpetua -conocida como el más gravoso de los castigos por la comisión de conductas delictuales de máxima gravedad -es una institución jurídica del derecho penal cuya regulación es apreciada en diversas legislaciones internacionales, así como en nuestro ordenamiento jurídico.

Según Oré, (2018) "La cadena perpetua es reconocida como la sanción que priva uno de los máximos derechos de la persona humana; esto es, del derecho a su libertad personal".

Por su parte, Aguirre S. (2011) sostiene que "La cadena perpetua se origina y se legisla a consecuencia de la violencia social que se mantuvo a lo largo de la historia mundial; así, en diferentes Estados la aparición de esta pena fue incluida en su normativa penal con el carácter de "emergencia", como una legitima reacción frente a una serie de circunstancias externas ocasionadas por el nefasto fenómeno del terrorismo".

En nuestro país, la cadena perpetua sigue siendo considerada como la máxima sanción que priva la libertad, impuesta solo por graves delitos, eludiendo lo que prevé el Código Penal peruano de 1991, específicamente lo prescrito en su Título Preliminar, que contiene principios como el de proporcionalidad

de las sanciones y la finalidad resocializadora como fin de la pena, conforme sus artículos VIII y IX, respectivamente.

Esta máxima pena o prisión perpetua está contenida en el artículo 29 de nuestro Código sustantivo penal y también está regulada en el Decreto Ley Nº 25475 del 6 de mayo de 1992 como pena por terrorismo. Este decreto prevé el procedimiento a seguir en la investigación, en la instrucción y en el juicio.

Desde entonces han surgido diversas críticas sobre su severidad, las condiciones en que el condenado la cumplirá considerando las falencias y carencias del sistema penitenciario y la imposibilidad de alcanzar la finalidad resocializadora inherente de la pena, al menos dogmáticamente.

Montero, D (2018) entiende que con la cadena perpetua se ha desnaturalizado la finalidad de las penas y no respeta las mínimas garantías que debe brindar todo Estado de Derecho.

Bach, F (2017) expresa que la motivación en el Perú para adoptar penas más drásticas fue el interés por crear un clima de "seguridad", de imponer su poder político frente a las normas antiterroristas. Por esta razón se extendieron y se calificaron como delitos graves, llegando a sobrecriminalizar y generar contradicciones doctrinarias dentro de nuestra normativa penal , sobrepasando los principios conocidos como rectores regulados en el Título Preliminar del Código penal, como el contenido en su artículo VIII que prescribe la proporcionalidad de las sanciones.

Sin embargo, nos preguntamos si es necesario que nuestros órganos judiciales sigan imponiendo una pena de tal magnitud, considerando que vulneran estos principios.

Es sabido que en el Derecho Penal existen nuevas tendencias doctrinales respecto a la determinación de las penas, en defensa y beneficio de los derechos humanos, que buscan reducir las sanciones de larga duración. Se plantean alternativas debido a la gravedad de la cadena perpetua que, conjuntamente con la pena de muerte deben ser analizadas, debatidas y estudiadas a profundidad considerando que somos un Estado social de Derecho, cuyo sistema jurídico normativo se cimienta sobre la base del respeto a la dignidad de la persona humana, fin supremo de la sociedad y del propio Estado, logrando así promover un cambio en las penas inhumanas reguladas en las diferentes legislaciones en pleno siglo XXI.

Es un hecho que nuestros legisladores han seguido las recomendaciones de organismos internacionales (la Comisión y la Corte Interasmericana de Derechos Humanos) a los que estamos adheridos a fin de proteger los derechos de la persona humana. Así el Tribunal Constitucional peruano en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC emitió sentencia considerándola como un antecedente importante en el ámbito penal – jurídico. El TC expresó que existe una intemporalidad de la pena respecto al establecimiento de la cadena perpetua, por ello en virtud al Decreto Legislativo N º 921 publicado el 18 de enero de 2003 estableció un régimen jurídico para la cadena perpetua y disposiciones para que vencido su límite de hasta 35 años, pueda ser revisada la pena y la sentencia, deduciendo la existencia de argumentos para su exclusión de nuestro ordenamiento jurídico.

La aplicación de la cadena perpetua atenta contra los paradigmas más sublimes como el de humanidad y el de proporcionalidad de las sanciones, al advertirse como rasgo esencial el de ser permanente, inhumana, intemporal y cruel. Al no permitir que la persona condenada pueda reincorporarse a la sociedad siendo colisiona con el fin resocializador de las penas.

Diversos autores han estudiado bajos diversos enfoques a la cadena perpetua concluyendo que nuestro sistema jurídico penal se ha mantenido jurídicamente en el tiempo y no ha evolucionado, incluso que el derecho penal ha sufrido un retroceso. Bach (2017)

Las penas que impone el Estado, si bien tienen un fin sancionador deben respetar los derechos humanos. De esta manera se exterioriza y da por hecho la existencia de un Estado constitucional de Derecho.

El Estado está facultado para reprimir a un sujeto por el delito que haya cometido; sin embargo, resulta injustificable que lo realice por medio de mecanismos sustentados en violencia y a través de penas privativas de libertad de extensa e ilimitada duración, como bien puede ser considerada la misma cadena perpetua.

La cadena perpetua representa un problema para el Derecho e inclusive para el propio Estado de Derecho y la misma sociedad que exige la sanción de conductas ilícitas que deben ser analizadas considerando que no hayan devenido en desuso y sin eficacia para luchar contra el delito; pues su aporte es nulo o ninguno al interno de todo Estado Social y Democrático de Derecho.

Pese a la sobrecriminalización de determinados comportamientos que quebrantan el orden jurídico y el endurecimiento de las penas se puede observar cómo cada vez más la criminalidad presenta nuevas y más sofisticadas modalidades imposibles de controlar en nuestro país. Esta realidad se hace extensiva a las conductas ilícitas sancionadas con cadena perpetua, lo que nos conlleva a deducir que la consecuencia inmediata de tal bagaje punitivo del Estado lo podemos sintetizar en que representa una amenaza grave para los Derechos Humanos.

La cadena perpetua forma parte de nuestra realidad social y jurídica, no habiendo superado las observaciones de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a su vigencia y sus efectos vinculados a estándares que garanticen el respeto irrestricto a los derechos humanos. Tal problemática no se circunscribe al tiempo por el que se impone, sino además por la forma en que se ejecuta.

Es sabido que las condiciones carcelarias y el propio sistema penitenciario sufren de diversas carencias, a pesar del control que realiza la Defensoría del Pueblo, especialmente en los centros penitenciarios conocidos como de “máxima seguridad”, en que las penas en general y la de cadena perpetua en especial resultan crueles, inhumanas, degradantes e inconstitucionales.

Cada vez resultan más serios los cuestionamientos a la permanencia en el tiempo de aquellas penas privativas de libertad de extensa o prolongada duración por su contenido gravosos e inhumano, totalmente vejatorias de la dignidad de la persona humana. Así en nuestra realidad, resulta manifiesta

su colisión con principios en que se sustenta el Derecho Penal y otros regulados en nuestra carta magna como el principio y derecho de la función jurisdiccional a través del cual "*el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, la rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad*", conforme el numeral 22 del artículo 139 y el principio a través del cual se precisa que "*la resocialización, es una de las funciones de la pena*", conforme el artículo IX del Título Preliminar del Código penal.

Por lo antes señalado, deviene en necesaria la investigación sobre el fin ineludible de resocialización de la pena y que el Estado social y democrático diseñe una mejor política criminal y la modernice los tipos de pena.

En tal sentido nos preguntamos ¿Cómo afecta la cadena perpetua a la finalidad resocializadora de la pena, que tiene cimiento constitucional y de principio convencional? Para encontrar una respuesta consideramos necesario analizar si la cadena perpetua como sanción supera o no el juicio de necesidad que toda pena debe satisfacer, así como si cumple con la resocialización que como fin debe alcanzar dentro del marco punitivo.

Imponer sanciones gravosas como la cadena perpetua no solo implica anular el bien jurídico personal, además de truncar el proyecto de vida del condenado quien bien podría haber sido condenado a temprana edad que apenas supera el límite legal. Por ello se hace necesario analizar el contexto socio - cultural, jurídico y político en el que fue regulada a fin de determinar su vigencia o proponer modificaciones legislativas que satisfagan los bienes jurídicos tutelados; así como determinar la existencia de estudios con base criminológica, de respaldo científico y sustento psicológico u otro criterio técnico, que sustente razonable y válidamente que aplicándola se redujeron los índices de delitos con los que se los sanciona.

El presente estudio encuentra su justificación social y jurídica al abordar derechos fundamentales como el respeto a la dignidad humana y el derecho a la libertad, y principios que aseguran la resocialización y la rehabilitación de la pena. El objetivo es aportar nuevos conocimientos para una correcta aplicación de la cadena perpetua, en estricta concordancia con los lineamientos que la propia Constitución Política del Estado prevé y garantiza.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS

Como consideraciones generales al estudio de la cadena perpetua se hace necesario conocer las distintas posturas de especialistas a nivel exterior como interior. Prado, G. (2016) sostiene que en los últimos años en Ecuador se ha dejado en evidencia del fracaso de las políticas de índole criminal, sobre todo en lo que a endurecimiento de penas, evidenciándose los errores cometidos y exaltando los acuerdos para lograr una correcta imposición de las penas y una reducción del crimen en este país.

El aumento de las penas solo tendrá un buen resultado si se garantiza con eficacia la baja de la criminalidad social, para lo cual se requiere de una serie de estudios científicos. Si el objetivo es prevenir el delito, la ley debe erradicar todo tipo de sanciones arbitrarias, penas desproporcionales a la falta cometida, pues la efectividad de ellas depende de su estricta necesidad. Se ha demostrado que el uso de la represión o políticas penales más estrictas tienen un resultado opuesto a la prevención de delitos y generan más conductas violentas que se pretendían disminuir.

Cabe señalar que el proceso penal genera un gran impacto en las vidas tanto de la víctima como del acusado, este tiene iguales derechos por su condición de ciudadano, por lo que existe la necesidad de humanizar la función de las instituciones penitenciarias, policiales, fiscales y judiciales. A pesar del rechazo social, es imprescindible que los derechos humanos del imputado e inclusive del condenado sean respetados con la misma intensidad con la que se garantiza la protección del interés de la víctima.

Icuza, I. (2019) hace un análisis comparado de las posiciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del sistema inglés sobre la regulación de la prisión permanente revisable. Así concluye que, aun cuando sea revisable, la prisión permanente es de una de duración indeterminada y que su posibilidad de graduación dependerá de las condiciones del hecho y de la culpabilidad.

Rodríguez, L. (2018), autor mexicano, al analizar e identificar los orígenes de la sanción de prisión vitalicia en el Estado de Chihuahua, con énfasis particular en la elaboración discursiva del delincuente como "enemigo público", estudia y pone énfasis en el sufrimiento humano categoriza los usos políticos del sufrimiento en este tipo de prisión.

Además, de calificar a ciertos jueces como crueles, desmoralizadores y devastadores pues no miden el efecto de imponer una cadena perpetua ni el impacto que puedan tener en las familias de los condenados; pues solo aplican penas que generan alta aprobación social por ser más "crueles", pese a conocer las deficiencias del sistema administrativo y que muy difícilmente la sanción impuesta será sometida a a revisión.

Al analizar el respeto de los derechos fundamentales de los internos conforme a estándares constitucionales nacionales y extranjeros, Ramírez, P. (2012) concluyó que resulta necesario el reconocimiento de una relación marcada por la sujeción y el dominio que se genera entre la administración penitenciaria y el recluso. Por ello, según los parámetros de la Corte Interamericana ciertos derechos fundamentales de los reclusos como a la vida, a su salud, su integridad, a su dignidad humana no deben ser restringidos Cuando se impone una pena, ésta no será arbitraria, carente de razón o ausente de proporcionalidad, porque a fin de cuentas lo que se persigue es la resocialización del ser humano.

Al estudiar la sanción perpetua desde una perspectiva doble: doctrinaria y teórica, ésta resulta no compatible con la figura del Estado Social y Democrático de Derecho. Por eso, Aguirre, S. (2011) sostiene que son necesarias introducir modificaciones en nuestro ordenamiento penal para adecuarlo a la legislación internacional que cautela los derechos humanos.

Asimismo concluye que la cadena perpetua promueve un injusto derecho penal, por cuanto se distancia de los derechos humanos como de la dignidad humana; del mismo modo soslaya preceptos universales que protegen a la persona humana, deviniendo en ilegítimo e injusto.

Tras sostener que la cadena perpetua afecta derechos humanos por ser una pena alejada del verdadero fin resocializador, Aguirre además supone tratos inhumanos que resultan contradictorios con el ordenamiento jurídico interno y las normas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

III. MARCO CONCEPTUAL

- Cadena perpetua: Ramos, D. (s.f) considera que es la máxima pena que priva a una persona de su libertad de forma indeterminada, intemporal y rígida. El propósito de esta pena es mantener al ser humano encerrado de por vida en un centro penitenciario con restricción de ciertos derechos.
- Derechos Humanos: Este término es explicado por Carpizo, J (2011, quien afirma que es la facultad y la protección que posee la persona humana por su propia naturaleza. La libertad, la igualdad y la dignidad humana son derechos inalienables regulados en los ordenamientos nacionales e internacionales y que benefician a todos los integrantes de una comunidad política.
- Fin resocializador: Rodríguez, J (2012) explica que este fin y principio legal significa el regreso a la sociedad de un sujeto que cometió falta contra un tercero. Este principio busca la resocialización del condenado; es decir, no solo busca la reforma del convicto, sino también su reincorporación a la sociedad, su rehabilitación e inminente reeducación. La resocialización es la transformación e integración de un condenado con mejoras en su relación intrapersonal, ofreciéndole la oportunidad de seguir participando y prosiguiendo su proyecto de vid después de recuperada su libertad.
- Penas: Recurso utilizado por el Estado para restringir ciertos derechos a aquellos sujetos que cometen un delito.
- Sistema penitenciario: según Pinaud, M (2019) el sistema penitenciario está orientado a restringir la libertad individual de las personas como consecuencia de una sentencia condenatoria.

IV. MARCO TEÓRICO

a. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CADENA PERPETUA

Según García F. (2020), en el año 3500 a.C. se aplicaba la ley del talión. Esta era una especie de venganza, pues se trataba de devolver el daño generado a un sujeto en la misma o similar proporción. Con el desarrollo histórico esta venganza no solo fue asumida directamente por el sujeto, sino también por los representantesde la comunidad para sancionar la comisión de una conducta abusiva y lesiva mediante

castigos que, en lugar de devolver el daño en la misma proporción o similar, desarrollaron distintos tipos de castigo social como marcas sobre la piel con metal caliente, la expulsión del seno social y los encierros.

En el Código de Hammurabi en Babilonia, según refiere Lara F. (1992), las sanciones previstas por conductas que causaban daño o lesión se sustentaban en la ley del Talión; destacando principalmente el uso de la tortura física o la ejecución de la persona, dependiendo de la gravedad de la acción.

Posteriormente se desarrolló un marco normativo mucho más ligado a la religión. Así de acuerdo con García-Hernández (2017) las sanciones fueron evolucionando hasta la dación de la ley de las 12 tablas. En estas se pueden encontrar aún rezagos de la ley del Talión. Cicerón explicaba cómo el daño debía ser castigado; apreciándose distintas gravedades. La última pena era la pena de muerte.

Sin embargo; y como corolario a lo antes señalado, podemos advertir un avance en el derecho, pues además de observar la ley del talión, en la ley de las doce tablas podría admitirse cualquier otro pacto que se haya acordado entre los sujetos involucrados. Esto último es relevante porque se admite la posibilidad de aplicar un castigo diferente. De esta manera se podía adoptar un acuerdo libre como el pactar trabajo por jornales o de cualquier otro pacto de similar naturaleza que restringen la libertad personal en cuanto a decisión y acción.

Siguiendo con el desarrollo histórico, la cultura islámica desarrolló códigos conductuales, estos al igual que el romano se sustentaban en el valor moral del respeto y el orden religioso. El Corán es el máximo referente sobre las conductas deshonestas que se castigan devolviendo el daño. Establecía 3 categorías: *la persona libre*, entendida como el hombre que no se encontraba sometido a otro; *el esclavo*, que por su naturaleza dependía de otro quién respondía por aquél y, finalmente, *la mujer*.

En la cultura musulmana se aprecia cómo se invita a las personas a que juzguen las conductas y actitudes de los demás; siempre que sea de acuerdo a las normas de Dios, pues los injustos han de ser castigados, entendiendo que al aplicar este castigo Dios perdona la conducta violenta. Ello explica cómo el castigo y la sanción son cuestiones necesarias que la misma religión incentiva a realizarse sin comprender hasta cierto punto cuestiones referentes a derechos humanos inherentes ni a su integridad.

De los anteriores datos históricos, se puede advertir que en la antigüedad ya se consideraba la cadena perpetua, siendo uno de sus promotores el filósofo Platón, originando con ello "los pensamientos de Platón sobre las prisiones". Para él, cada tribunal debía contar con su propia prisión para que quienes cometan delitos puedan ser encarcelados de por vida.

Lo que no se tiene claro es dónde surgió específicamente la cadena perpetua, pues ha tenido un constante cambio a lo largo de la historia. Las culturas más antiguas como Grecia, China e Israel sancionaban a los que contravenían las buenas costumbres o los que estaban contradiciendo los propósitos de sus dioses con la pena de muerte y/o reclusión.

Aguirre, S. (2011) nos explica que, en Roma, por ejemplo, encontramos penas de prisión desde la época del Imperio. De esta manera, se registran los inicios de la esclavitud perpetua. Los romanos influenciados por los griegos impusieron penas similares al poder de sus dioses; es decir un sistema de castigo tan severo y, a menudo, inhumano. Asimismo, se advierte también como castigo la deportación permanente a un lugar específico que colectivamente perdía la nacionalidad.

Durante la época de los hebreos, la "prisión" también se utilizaba como sanción o pena real, que se podía comparar con una cadena perpetua moderna pues la persona que cometía un delito era considerada indigna de vivir en sociedad, y por la misma razón era encarcelada en un calabozo alto y estrecho, para que los criminales no puedan extrema esparcirse en él y dicho solo dependía del agua y el pan hasta que su debilidad y fragilidad le ocasionaba la muerte.

En la Edad Media existió una mezcla del derecho romano con el germánico y el canónico para sancionar un delito, siendo el más reconocido el canónico que introdujo las "*celdas monasteriales*". De ahí, el nombre de "*penitenciaria*" como penitencia a los pecados.

Conforme Gómez A. (2020), durante el mandato de Alejandro el derecho canónico aplicó lo más similar a la cadena perpetua en celdas en las que se eran sometidos a torturas y cuando el sujeto sobrevivía era encadenado a su propia celda. Estas penas se imponían a fin que los sujetos acepten a Dios y renuncien a las conductas que estuvieran a merced del pecado. La persecución del delito se sustentaba en una sólida base religiosa, dejando en segundo plano a los preceptos de la ley del Talión que se sustentaba en la venganza, impulsando el castigo divino contra las conductas dañinas.

En la Edad Media se registró distintos tipos de privación de la libertad a perpetuidad. En Europa la iglesia jugó un papel importante orientando a los países europeos sobre las prisiones. Así, por ejemplo, se construyó el Monasterio de San Martino del Campi, la primera cárcel subterránea.

En la Edad Moderna, toda Europa se regía por el absolutismo y el Ius puniendi del soberano que podía disponer que se aplique la pena de muerte. En este contexto en el siglo XVII surgió como como alternativa la cadena perpetua.

Beccaria C. (2015) refiere las características del encierro perpetuo, exponiéndolo como eficaz ejemplo para la comunidad con efectos que no serían posibles de alcanzar con la sanción a muerte, así postula la esclavitud de modo perpetuo en lugar de la muerte como sanción.

La prisión perpetua logra relevancia en distintos códigos de países aplicable a delincuentes clasificados como muy peligrosos. Así el predominio de esta novísima disposición pudo advertirse fuertemente en los códigos de Brasil, Italia, Suiza, Noruega, Dinamarca y Polonia; así como una marcada orientación en leyes como en la inglesa y la ley alemana para sancionar a los delincuentes habituales.

El siglo XIX fue relevante para la historia del Derecho penal, pues durante este período en España la dictadura de turno empezó a practicar el encadenamiento de los presos a fin de limitar su movilidad

e imposibilitar su escape. Décadas después, sin embargo, se propuso dejar de lado todas las cadenas vinculadas a los presos otorgando así una visión más humana a los derechos y limitando la violencia de por vida.

En el periodo contemporáneo, y en referencia a los derechos humanos se consideró 30 años como el periodo máximo para encarcelar a una persona considerando su dignidad, considerando su asociación a la necesidad de readaptación a la sociedad; luego se propuso su reducción a través del desarrollo de trabajos o estudios dentro del centro penitenciario. Esta segunda oportunidad, sin embargo, procuraba asegurar la integridad de la persona.

La Revolución Francesa, en la Edad Contemporánea, dio inicio al pensamiento de eliminar la cadena perpetua con motivo de la existencia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Así empezó la evolución de un sistema garantista de las penas hasta la actualidad. La cadena perpetua no se eliminó, así contrariamente es más frecuente su uso y se expande por las distintas legislaciones penales del orbe.

Actualmente diversos doctrinarios confieren a la cadena perpetua un concepto de "máxima pena". Así entre ellos podemos citar a:

Rincón M. (2018) considera que la imposición de una pena con carácter ilimitado, en muchas ocasiones es reconocida como una pena cruel y radical pues su fin es quitar la libertad personal y excluir al reo de la sociedad disminuyendo sus fundamentales derechos como el de la igualdad y dignidad humana sobreponiendo el interés del bienestar material de la ciudadanía, encerrando al reo en una cárcel de por vida.

Para Cámara (2019), la cadena perpetua es aquella sanción que no permite al reo ninguna posibilidad de salida, es una sanción privativa de la libertad de extensa duración.

Según Gonzales D. (2017); la cadena perpetua contenida en el artículo 29 de nuestro Código Penal peruano es la máxima de las penas, una sanción degradante, radical, inhumana y no protege los principales objetivos de la pena; es decir, carece de carácter protector y resocializador. Además, de forma legítima, elimina la posibilidad de una nueva reinserción del reo a la sociedad, despojándolo de toda posibilidad de desarrollar su vida.

Dicho en otras palabras, al conceptualizar la cadena perpetua como sanción máxima reconocida en todo el mundo (en reemplazo de la pena de muerte), deviene en radical y cruel que lesiona los verdaderos fines que debe satisfacer la pena como el de resocializar, además de la dignidad humana condenando a un hombre de sociedad a la vida en prisión sin posible revisión.

En el Perú; hasta 1992 se aceptaba a la cadena perpetua como parte de nuestro sistema penal y punitivo. Aquel año aconteció la ruptura del orden constitucional y democrático producto del autogolpe del

ex presidente Alberto Fujimori. A los constantes abusos de autoridad la cadena perpetua aplicada al terrorismo, generó caos y miedo en la sociedad peruana. El Decreto Legislativo N° 921 contiene los mecanismos procesales para que el sentenciado pueda solicitar la revisión de su condena; tal situación no nos impide señalar que la cadena perpetua representa entre las sanciones, la más drásticas y retrógrada que se pueda aceptar en la legislación peruana.

b. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CADENA PERPETUA

Analizar la naturaleza jurídica de la cadena perpetua inexorablemente nos conduce a ratificar que es una pena por la que se privará al condenado de su libertad. En el desarrollo de la historia ha sufrido cambios en su trayectoria, habiendo siedo aceptada en diferentes sistemas jurídicos como el romano germánico, en la legislación francesa e inclusive la italiana, así como en el sistema anglosajón, el sistema jurídico hindú, en que la cadena perpetua o vitalicia no solo es considerada una pena privativa sino que además afecta otros derechos del condenado relacionados con la vida misma y su dignidad humana pues se le condena a una muerte civil sin posibilidad de contacto con la sociedad por el resto de sus días de vida, lo que podría equipararse a la pena de muerte.

Linares (2019), citando a Prado Saldarriaga, señala que la cadena perpetua deviene como una consecuencia jurídica de la comisión de un delito, dispuesta en una condena judicial por ir en contra de los parámetros sociales permitidos. Del mismo modo señala que la naturaleza de la pena se fundamenta en la protección de los bienes jurídicos tutelados por la Constitución misma.

La cadena perpetua es concebida como pena de periodo largo e ilimitado, Aguirre A. (2011) sostiene que si se analiza esta pena con más profundidad debería otorgarse el término “pena de encierro”, pues precisa que su verdadero fin tienecierta similitud con la sanción de muerte.

Si bien la cadena perpetua no quita la vida en un instante, lo hará a largo plazo; el condenado a muerte sabe el día de su extinción, el condenado a cadena perpetua vive en la incertidumbre esperando una nueva revisión de su pena o esperando que por el ciclo de vida fallezca dentro de una prisión.

Para cierto sector de especialistas, la cadena perpetua como máxima pena es de naturaleza *“sui generis”* al tener que cumplirse con toda la sanción dentro de una prisión penal y en muchas ocasiones en condiciones deplorables e inhumanas encerrando de por vida al condenado, frenando su derecho a la resocialización. Esta situación podría ser considerada como una muerte psicológica para él mismo y para sus familiares dentro de la sociedad, atribuyéndole una muerte civil en todos los sentidos.

Cámara (2019) adiciona que debe ser considerada como una prisión permanente, aunque si bien puede ser revisada no existe la garantía que sea cumplida, pues su indeterminación subyuga al condenado de máxima peligrosidad criminal; quedando, por ende, solo interpretarla como una forma de encarcelamiento, pues de lo contrario, “*si pensamos que es una pena autónoma, encontraremos decenas*

de lagunas en la supervisión de una prisión permanente que se pueden revisar ". Es una especie de privación autónoma de la libertad, su control no ha sido exhaustivo en cuanto a su verdadera naturaleza jurídica ni a los requisitos impuestos ni a las condiciones para su realización. Algunos autores definen a la cadena perpetua como una fórmula de "low cost", en tanto otros la clasifican directamente como un eufemismo.

Por otro lado, García – Amado (2017) respecto al establecimiento de la cadena perpetua refiere que es una retribución y una justificación como castigo penal aplicado al condenado calificada de justa, racional, razonable y en todos los parámetros merecida por lo que no podría ser denominada como alguna especie de venganza por los actos cometidos.

c. LA CADENA PERPETUA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Nuestro Código Penal regula la cadena perpetua prescribiéndola expresamente en su artículo 29 e indicando: "*La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años*". Al referirse al concurso real de delitos, el artículo 50 señala: *"Cuando concurran varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente está*". Tal regulación bien puede ser concebida como la extrema manifestación del ejercicio del ius puniendi por perpetrar un delito, por extrema gravedad de los hechos que pudiera generar.

En relación con el concurso real de delitos, existe la posibilidad que se aplique la cadena perpetua. La imposición de esta sanción será consecuencia de la determinación judicial en un proceso penal en el que se observen las garantías y principios procesales, considerando las particulares circunstancias para cada caso en particular. observando la presencia supuestos y situaciones regulados en el mismo Código positivo y en que El juzgador sustentará su sentencia en supuestos y situaciones reguladas en el mismo código positivo, en consideraciones fácticas y jurídicas para disponer de la cadena perpetua en los ilícitos prescritos.

En nuestro país la máxima pena viene aplicándose en la actualidad por cometer las conductas ilícitas siguientes:

- Por robo agravado conforme el artículo 189 del código sustantivo penal, que comprende dos supuestos:
  (i) Cuando el agente es integrante de organización criminal,
  (ii) Se genere el fallecimiento de la víctima o graves lesiones a su integridad mental o física, como consecuencia del robo agravado.

- Por sicariato conforme el artículo 108-C del mismo dispositivo legal, ante la concurrencia además con alguno de los presupuestos siguientes:
  (i) Se hubiere apoyado en menor de edad u otro inimputable,
  (ii) Obedezca al cumplimiento de una orden de una organización criminal,
  (iii) Se advierta que hubieren participado dos o más sicarios,
  (iv) Cuando sean dos o más personas las víctimas,
  (v) Se empleen armas de guerra; y,
  (vi) Cuando se refiere a víctimas en el parricidio, homicidio calificado por la condición de la víctima y feminicidio.
- El delito de secuestro, regulado en el artículo 152; por ser considerado un grave delito se sanciona con la pena máxima cuando:
  (i) La víctima es menor de edad o mayor de setenta años,
  (ii) El agraviado sufre de discapacidad; condición aprovechada por el autor,
  (iii) En el agraviado se producen graves lesiones o su fallecimiento.

Asimismo, con la dación de Ley Nº 30819, se implementó en nuestro código sustantivo penal la máxima pena para el feminicidio en caso de concurrir dos o más situaciones consideradas como agravante:

(i) Es menor de edad la víctima.
(ii) Se encuentra en estado de gravidez la víctima.
(iii) Adolece de discapacidad la víctima
(iv) Es sujeto de trata de personas, la víctima
(v) Padeció previamente de violación sexual o de algún acto de mutilación la víctima.
(vi) El agente es tutor de la víctima.

De igual modo, en el ilícito de violación sexual podrá aplicarse cadena perpetua cuando:

(i) La víctima sea menor de catorce años, conforme el artículo 173;
(ii) Fallezca la víctima y el autor lo pudo prever;
(iii) La víctima esté en incapacidad de otorgar su libre consentimiento en su modalidad agravada;
(iv) La víctima sea persona bajo autoridad o vigilancia del autor en su forma agravada;
(v) Se produzca por engaño en su forma agravada;
(vi) Ante tocamientos de índole sexual o actos libidinosos sin autorización en su modalidad agravada;

(vii) Ante tocamientos de índole sexual o actos libidinosos sin autorización cuando el agraviado es menor de edad, en su modalidad agravada

(viii) Ante explotación sexual de niños, niñas y adolescentes y la promoción de ello; en sus modalidades agravadas.

Y, finalmente, es posible su aplicación por el delito de extorsión conforme al artículo 200 cuando el rehén: (i) Es menor de edad. (ii) Adolece de discapacidad y ello es aprovechado por el autor. (iii) La víctima sufre lesiones graves o fallece a consecuencia. (iv) El autor se vale de menores de edad.

De igual modo se sancionará con cadena perpetua, conforme el artículo 279-B cuando el arrebato o sustracción de armas de guerra o municiones produzca que la víctima o un tercero fallezca o sufra graves lesiones.

De conformidad con el Decreto Legislativo Nº 921 se prescriben disposiciones respecto a la revisión de oficio o por petición de parte de parte, cuando el sentenciado cumpla 35 años de estar privado de su libertad, sujetándose al procedimiento del Capítulo V del Código de Ejecución Penal, por disposición del órgano judicial al consejo técnico penitenciario, que en quince días organizará los actuados requiriendo que el condenado sea sometido a las evaluaciones necesarias.

Asimismo se encuentra regulada la posibilidad de revisión de oficio, citando al Código de Ejecución Penal, en su artículo 59 – A que prevé la revisión de la sanción de cadena perpetua.

A manera de comentar el citado artículo podemos señalar que el procedimiento a seguir puede sintetizarse en: i) Su revisión será de oficio como a pedido de parte al cumplir el interno treinta y cinco años de estar privado de su libertad, disponiendo que el Consejo Técnico Penitenciario en 15 días prepare la documentación con la información requerida en el artículo 54 del mismo cuerpo normativo. Asimismo en el mismo plazo el interno será sometido a evaluaciones físicas, mental y otros que sean necesarios. ii) Contando con lo antes señalado, se traslada lo acopiado al Ministerio Público como también a la parte civil, con la finalidad que en 10 días presenten los medios probatorios pertinentes. iii) En privada audiencia reservada a efectuarse dentro de 10 días posteriores al cumplirse el plazo anterior, se actúan los medios probatorios presentados y los que el órgano jurisdiccional disponga, examinándose al recluso, pudiendo las partes expresar informes finales orales. La disposición que dispone la revisión es emitida al finalizar la audiencia o máximo dentro de 3 días posteriores. iv) 4. El juez dispondrá si mantiene la condena o disponerla se tenga por cumplida disponiendo sea excarcelado. Para ello se considerarán los presupuestos de la individualización de la pena considerando también situaciones positivas como la evolución del condenado para identifcar si se cumplieron los objetivos del tratamiento penitenciario. v) Lo resuelto podrá ser impugnado dentro de 3 días, elevándose el expediente de manera inmediata y corriéndose vista fiscal en el plazo de veinticuatro horas de haber sido recibido; quien deberá expedir su dictamen en el plazo de diez días y la decisión que absuelve el grado se emitirá en igual plazo. vi) De mantenerse la condena, luego de un año, podrá solicitarse nueva revisión, a pedido de parte o de oficio, observando igual procedimiento.

De esta forma, el citado Capítulo V instituye que la cadena perpetua será revisada a petición de parte o de oficio, una vez que el sentenciado hubiera cumplido treinta y cinco años de haber estado privado de su libertad personal, debiendo de ser sometido exámenes médicos y físicos, trasladando el pedido al Ministerio Público como al actor civil. De igual modo se precisa de la realización de una audiencia privada, en la que se actuarán las pruebas que hubieran sido ofrecidas, debiendo examinarse al interno, luego de lo cual el órgano jurisdiccional competente resolverá, en estricta sujeción a las consideraciones positivas que pudieran concurrir respecto a su evolución, con la finalidad de acreditar el cumplimiento de los objetivos del respectivo procedimiento penitenciario.

Al pronunciarse respecto al referido Decreto Legislativo N° 921, el máximo intérprete de nuestra Constitución consideró que el régimen jurídico de la cadena perpetua regulado en dicho dispositivo legal supera las objeciones de inconstitucionalidad y satisface lo dispuesto en su STC 0010-2002-AI/TC; lo que permite afirmar que el legislador considera distintos mecanismos a fin que sea la pena, prima facie, carente de límites temporales y por ello la cadena perpetua susceptible de devenir en limitada y temporal por medio del citado procedimiento de revisión.

d. LA CADENA PERPETUA Y LA AFECTACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

Analizar los derechos humanos y la imposición de la cadena perpetua revela y revelará siempre la existencia de debates intelectuales, doctrinarios y legales tanto a nivel interno como externo. Así; a partir de la conceptualización misma de los derechos humanos, se podrá entender su contenido y aplicación a fin de poder cumplir con sus alcances de manera razonable. Podemos afirmar que los derechos humanos están compuestos por una serie de poderes, privilegios y libertades básicas que atienden las necesidades de las personas; asegurando la existencia de más libertad, racionalidad y justicia.

En relación con los derechos humanos, podemos afirmar que son concebidos como la base para el ordenamiento constitucional y con ello se logra garantizar el respeto de las garantías internacionales y el propio Estado Social de Derecho, logrando evidenciar el nivel de desarrollo legislativo de nuestro Estado.

En este acápite resulta ineludible hacer referencia a la dignidad humana, entre los derechos fundamentales, la misma que es reconocida y respetada en la norma constitucional, concediendo en virtud de ella facultades y derechos subjetivos a todas las personas sin distinción. Cualquier ciudadano y titular de derechos puede disponer y accionar todos los mecanismos a fin de lograr la protección de estos derechos.

Prosiguiendo con el análisis de los derechos fundamentales debemos señalar que no son irrestrictos ni absolutos, pues en determinados supuestos existen ciertos límites como en el caso de aquellos sentenciados privados de su libertad, habiendo quedado racional y fácticamente justificado que exista limitación a dichos derechos fundamentales. Tal reconocimiento de límites afirma el citado carácter no absoluto de los derechos; pero siempre sobre la base de parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

De ahí la necesidad de su valoración desde sus múltiples niveles fácticos y fundamentalmente como axiología-valor, pues incluyen valores como la igualdad y libertad, que representan la más auténticas e inherentes muestras vinculadas con la dignidad de todas las personas.

De lo antes señalado resulta pertinente señalar que las decisiones que adopta el Estado sobre estos derechos fundamentales, como las normas jurídicas, no solo comprenden el comportamiento deseable en la sociedad, sino que institucionalizan el mecanismo de responsabilidad y sanción de los delincuentes; consecuentemente, es deber del Estado establecer un mecanismo de sanción para quienes violen la ley. Así es que por medio de órganos de poder y principios previamente establecidos se puede organizar un nuevo sistema garantista que protja los Derechos Humanos inherentes al hombre en sociedad.

La cadena perpetua como pena máxima no considera las notas características antes señaladas, pues afecta lícitamente a Derechos Humanos del condenado. Esta situación no se condice con la esencia misma de los derechos fundamentales de la persona, siendo que "la sociedad no debe arrebatárselos bajo una figura lícita".

e. TEORÍA NATURAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Al explicar la teoría natural de los derechos humanos, Rabossi E. (2009) refiere que estos son los preceptos más importantes que rigen nuestra visión del mundo, no solo desde una perspectiva social pues nuestros derechos permiten desarrollar y evaluar no solo materias personales sino también políticas.

Debido a estos derechos somos capaces de rechazar cualquier tipo de acontecimientos que atenten contra estos, manifestarnos y valorar nuestra condición de ser humano, defendiendo nuestra posición de grupo y preservando la neutralidad.

Los derechos humanos necesitan una razón moral para existir, es decir, para ser socialmente aceptados y regulados se requiere su interpretación filosófica.

f. PRINCIPIOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos son afectados por la imposición de la máxima pena. Consideramos que se deben seguir cinco principios normativos: *la libertad*, *la igualdad*, *la dignidad*, *la Justicia* y *el bien común* como inherentes a cada pena regulada en las diferentes legislaciones.

De acuerdo con Fuertes – Planas (2014), la libertad es el poder o facultad de obrar que se fundamenta con la propia naturaleza del hombre. Por eso el Derecho la reconoce y regula. El autor agrega que la libertad no es ni absoluta ni abstracta pues requiere de una normativa para existir y que la sociedad sea capaz de respetarla. Por otro lado, también existe la libertad política que es aquella libertad concebida como una autodeterminación; es decir participar, si lo creemos necesario, designar quién nos gobierne y controle.

Según Bayefsky (2000), la libertad es considerada como la no discriminación y es una de las normas declaradas con mayor frecuencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El principio de igualdad hace alusión a que todos los hombres poseen la misma naturaleza y dignidad; siendo ésta última un valor fundamental del aspecto individual del hombre como persona y en el que parecen asentarse la mayor parte de las declaraciones.

La dignidad del hombre es el fundamento de la autodeterminación, ya que el hombre es un ser libre en base a su razón humana.

En relación a la Justicia, este principio es desarrollado por la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8 que trata sobre las garantías judiciales, refiere que "*1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".*

En relación a la justicia, como valor jurídico, es válido afirmar que es el fin al que el Derecho tiende y armoniza los fines individuales y los sociales; y finalmente respecto al bien común es acertado precisar que no es individual, sino social, aunque facilita la obtención de bienes individuales.

Sobre la naturaleza de los derechos humanos existen dos perspectivas principales que la sustentan: *La primera, sostiene que los derechos humanos son aquellos que el Estado otorga en su orden jurídico;* y *la segunda, manifiesta que el Estado sólo los reconoce y los garantiza en alguna medida*. En la primera perspectiva se encuentran diversas concepciones o matices positivistas; en la segunda, la de derecho natural, las escuelas son muy diversas unas de otras.

Los que actualmente son denominados derechos humanos han recibido a través del tiempo diversos nombres como derechos del hombre, garantías individuales o sociales, derechos naturales, derechos innatos, derechos esenciales, libertades públicas, derechos de la persona humana, derechos públicos subjetivos hasta una denominación que se ha extendido como es la propia denominación de derechos fundamentales, a tal grado que existe una importante corriente doctrinaria que se basa en diferenciar éstos de los derechos humanos. Es probable que actualmente esta última corriente sea predominante.

Las definiciones de derechos humanos son infinitas; muchas enfatizan que son aquellos que la persona posee por su propia naturaleza y dignidad, son aquellos que le son inherentes y no son una concesión de la comunidad política; fueron concretados en cada momento histórico como exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por el orden jurídico nacional e internacional.

Los derechos humanos revisten las siguientes características que los singularizan:

- *Universalidad*: de acuerdo con la OHCHR (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) comprende que todos los seres humanos tienen los mismos derechos humanos simplemente por su condición de ser humanos, independientemente de donde vivan y quienes sean, así como de su situación o características particulares.
- *Igualdad*: los derechos humanos corresponden de manera igual a toda persona, sin discriminación alguna y sólo a la persona humana. Por lo tanto, pueden hacerse valer en la jurisdicción de cualquier Estado, en todo el mundo y frente a todo el mundo.
- Por ser inherentes a la condición humana, todas las personas son titulares de derechos humanos y no pueden invocarse diferencias de ninguna índole como políticas, sociales, culturales, religiosas, raciales, étnicas, de género ni de ningún otro tipo como pretexto para ofenderlos o menoscabarlos. Así, en concordancia con su universalidad surgió la internacionalización de los derechos humanos. En efecto, si los derechos humanos son inherentes a la persona como tal, no dependen de la nacionalidad de esta o del territorio donde se encuentre.
- *Historicidad*: Trejo (2013) identifica hasta tres aspectos: a) La evolución de la civilización; b) nuevos problemas, necesidades y retos y c) el contexto social y cultural de cada país. Tales aspectos conllevan a evidenciar una progresividad, por la cual la CNDH (Comisión Nacional de Derechos Humanos) refiere que el principio implica el gradual progreso para lograr su pleno cumplimiento, es decir, que para el cumplimiento de ciertos derechos se requiere la toma de medidas a corto, mediano y largo plazo. Esto implica que su concepción y protección nacional, regional e internacional va ampliándose irreversiblemente, tanto en lo que se refiere al número y contenido de ellos como a la eficacia de su control.
- *Indivisibilidad*: Nikken (2010) explica que los derechos humanos son indivisibles porque la dignidad humana es indivisible. No se permite la división o jerarquía entre derechos humanos, por lo que es imposible sostener que ninguno de ellos sea sustantivo o secundario. Es decir; todos los derechos forman una unidad.
- *Eficacia directa*: los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los instrumentos internacionales ratificados por un país devienen en vinculantes para todos los poderes y autoridades públicas, grupos e individuos. Así la ley no necesita establecer el alcance de los derechos humanos. Trejo (2013)

Estando a las características precedentes se puede afirmar que la cadena perpetua atenta contra los siguientes derechos humanos:

f. 1 DERECHO A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

La cadena perpetua atenta contra la dignidad y la existencia porque supone que la persona viva en prisión sujeta a las restricciones derivadas de este castigo. Violar las restricciones estipuladas por la Constitución Política de un país democrático no solo restringe la libertad personal natural, sino que también viola la dignidad que es un derecho individual básico. En otras palabras, la dignidad como

un derecho libre ante la comunidad significa que las restricciones y obligaciones del poder político se establecen para respetar los derechos fundamentales.

Los derechos y libertades fundamentales restringen todos los poderes públicos y son la fuente directa de derechos y obligaciones, no solo de principios prácticos. La dignidad guarda relación con la libertad; en tal sentido la obligación de legislar y administrar justicia está restringida por los estándares restrictivos de los derechos básicos, y la pena se manifiesta en sus decisiones legales. Desde la perspectiva de la teoría de los derechos básicos, la "libertad jurídica" se analiza como un fenómeno jurídico, y es concebido como un derecho básico, no es absoluto, porque reconoce los límites de la obediencia al ordenamiento jurídico. No cambia, sin embargo, su esencia.

f. 2 DERECHO A VIVIR DIGNAMENTE

En la doctrina penal se plantean serias dudas sobre la efectividad del encarcelamiento prolongado o perpetuo, porque es inhumano, atenta contra los derechos humanos y no se ajusta a la dignidad humana.

La cadena perpetua atenta contra los derechos humanos del condenado; sus consecuencias son tan graves que resultan tan perjudiciales como la pena de muerte. Por su incuestionable condición inhumana la cadena perpetua puede crear diferencias en la dignidad humana, llevando a creer que algunas personas son más valiosas que otras, ignorando los principios básicos de la ley natural.

El Estado plantea a través de sus normas el concepto de igual dignidad del ser humano, promoviendo los valores espirituales y morales como inherentes al ser humano. Por el concepto de dignidad se concibe al ser humano como un fin en sí mismo y no como herramienta o medio para desarrollar otros fines.

La cadena perpetua no se inventa en beneficio de la humanidad ni está hecha a la medida de la humanidad; es una medida subsidiaria dirigida contra las "personas peligrosas" que ponen en peligro a la sociedad. Debido a que las represalias sociales se basam en normas vengativas, se afirma que la cadena perpetua significa una flagrante violación de los principios humanitarios.

Aunque la cadena perpetua tiene limitaciones, debido a su largo período atenta contra la dignidad humana.

f. 3 DERECHO A SER TRATADO CON RESPETO

Este derecho está relacionado con la prohibición a no ser sometido a tratos inhumanos o humillantes; de acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR). Por esta prohibición universal no podrá someterse a persona alguna a torturas y malos tratos que pueden restringir su derecho a la dignidad por su naturaleza humana.

Las personas condenadas, por más culpables que sean o que la ley las haya sentenciado, tienen el derecho a ser tratados en forma humana y digna. No solo al momento de su detención sino cuando se encuentren privados de su libertad hasta que cumplan su condena.

Por los derechos humanos y los principios fundamentales la sociedad y el Estado deben asegurar el precepto que todos los seres humanos nacemos libres e iguales en derechos y dignidad. Por ello toda persona en un centro penitenciario deberá recibir tratos humanos, sustentados en el respeto irrestricto a su dignidad por su condición esencial de ser humano.

f. 4 DERECHO A LA RESOCIALIZACIÓN

Según Rodríguez, J (2012), el derecho a la resocialización está constituido por tres subprincipios: "*reeducación, rehabilitación y reincorporación".*

La "*reeducación*" evoca aquel proceso a través del cual el sentenciado adquiere ciertas actitudes que le facilitaran desarrollar y realizar su vida en sociedad. La "*reincorporación*" hace referencia a la recuperación social del sentenciado y la "*rehabilitación*" evoca aquella renovación con categoría jurídica al nivel de ciudadano por cumplir con aquella pena que fue impuesta. Consecuentemente, la rehabilitación conlleva intrínsecamente un procedimiento por medio del cual se "reeduca, reincorpora y, finalmente, se rehabilita al condenado".

De acuerdo con la dogmática penal, la resocialización se concibe como la concreción del fin preventivo que debe alcanzar la pena. Tal finalidad es conceptualizada como "prevención especial positiva", al tener como objeto prevenir que se cometan los delitos tras haber generado un cambio "positivo" en quien delinquió. En tal sentido asume vital relevancia la distinción entre función y fin. La "función" es inherente al plano descriptivo o del "ser", en tanto que el "fin" se enmarca en un ámbito prescriptivo o de "deber ser.

Ell "fin" del Derecho penal o de la pena está constituido por argumentos, fundamentos y valores que legitiman la liberación de la facultad punitiva del Estado. El Derecho penal debe satisfacer un fin de resocialización y de prevención especial, por cuanto el Estado cuenta con legitimidad para ejercer su ius puniendi e imponer a ciertas personas un modo de pensamiento o asunción de valores que considere el Estado con la finalidad de prevenir que se perpetren delitos. Este objetivo, no obstante, el Estado Constitucional debe cumplirlo respetando la libertad y autonomía del pensamiento de las personas.

No puede fundamentarse el Derecho penal en un valor que comprenda obligar el cambio de pensamientos o de valores. Aunque nuestra carta magna no hace referencia expresa a que el sistema penal o la pena considere a la resocialización como fin preventivo, contrariamente restringe su acción de aplicación a ciertas penas y determinada fase de aplicación del Derecho penal. Contrariamente a lo antes precisado, dicho cuerpo normativo reconoce que el objeto del sistema penitenciario es la rehabilitación, la reeducación y la reincorporación del sancionado a la colectividad.

En tales condiciones, la resocialización representa un principio que se circunscribe a la pena de privación de la libertad y a su ejecución en un centro penitenciario.

Al respecto; Meini (2009) sostiene el principio de resocialización como garantía del penado a una pena de privación de libertad dirigida por el Estado y, esencialmente, por los funcionarios del sistema penitenciario.

Mir Puig (2011) explica que el principio en análisis requiere que la pena de privación de libertad sea ejecutada y acompañada por distintos mecanismos enfocados al logro esencial de dos objetivos: *procurar que el encarcelamiento sea lo menos represivo posible*, con la finalidad de disminuir su concepción estigmatizadora y *que la pena de privación de libertad vaya conjuntamente a medios que permitan que el penado pueda participar libremente de la vida en sociedad.*

Citando a Cruz F. (2015), referirnos que la resocialización es emplear un concepto concordante a "reeducación", "reinserción social". "rehabilitación", etc. Tales acepciones comprenden la noción que la pena de privación de libertad será ejecutada con el objetivo de mejorar y corregir al delincuente.

El Derecho Canónico ha aportado variadas concepciones a la prisión moderna, esencialmente las primeras ideas relacionadas con la reforma del delincuente, en concordancia con la voz "penitencia". Así también del Derecho canónico emergieron las vocablos penitenciaria y penitenciario, siendo que tal influencia viene acompañada de concepciones morales y teológicas vigentes en el Derecho penal hasta el siglo XVIII, pues concebía al crimen como un pecado que atentaba contra las leyes divinas y humanas.

Considerando el fin resocializador de las penas aplicadas en el Perú, no resulta razonable mantener e imponer penas más drásticas y esperar que el sistema penitenciario logre reformar a los condenados. Los penales carecen de condiciones buenas, independientemente de la sobrepoblación, lo que conlleva a la afectación de derechos de los internos en el ámbito laboral, educativo, de asistencia y entre otros.

g. LA CADENA PERPETUA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

En Latinoamérica; se advierten rasgos diferenciadores y coincidentes en el tratamiento de la cadena perpetua. Así podemos señalar que por vía constitucional en Colombia está prohibida la cadena perpetua. El artículo 34 de la Constitución colombiana prescribe*: "se prohíben las penas de destierro,* **prisión perpetua** *y confiscación*".

La Constitución de El Salvador, sancionada con Decreto N° 38, prescribe en su artículo 27, segundo párrafo: *"Se prohíbe la prisión por deudas,* **las penas perpetuas***, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento".*

La Constitución del Uruguay de 1967, con las modificaciones plebiscitarias a la fecha, prescribe en el segundo párrafo de su artículo 26: *"En ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar, y sí sólo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito"*.

El Código penal de Argentina, Ley 11.179, contempla en su artículo 6 a la prisión perpetua como una clase de sus penas, en tanto en su artículo 13 refiere que habiendo cumplido treinta y cinco (35) años de condena, podrá acceder a la libertad, previo informe del centro penitenciario y de peritos que dictaminen individual y de manera favorable a la reinserción en la sociedad, cumpliendo determinadas condiciones.

No en todas las legislaciones está regulada la cadena perpetua. En algunas está proscrita, en tanto que en otras, como la Argentina, existe la posibilidad, al igual que en nuestra legislación, de revisión luego de haber transcurrido determinado periodo de tiempo.

V. CONCLUSIONES

1. La pena máxima de cadena perpetua afecta a principios y derechos constitucionales, propios de la persona humana, como a la dignidad, a vivir dignamente, la prohibición a no ser sometido a tratos humillantes o inhumanos y el derecho de resocialización del condenado. Esta condena no está acorde con la política criminal, sino por el contrario está inspirada como una figura inquisitiva – retributiva que rechaza la rehabilitación del condenado.

2. La dignidad es afectada con la aplicando de la cadena perpetua al desconocer que todos los seres humanos gozan de tal condición o valor moral y espiritual inherentes y consustanciales como la autodeterminación, consciente y responsable de su propia vida. El Estado y la sociedad tienen principalmente un fin proteccionista. De igual modo; en un contexto de democracia las personas son el centro de las relaciones, por lo que como eje social central de las leyes y reglamentos nacionales deben ser respetadas y tratadas de acuerdo con sus circunstancias personales.

3. El derecho a la resocialización es afectado por la aplicación de la cadena perpetua al ser concebida como un simple recurso de eliminación u exterminio de cosas peligrosas, incurables e incompatibles en la sociedad, después de la pena de muerte. Así, los discursos de "reeducación", "rehabilitación" y "rehabilitación" resultan mutuamente contradictorios, y su desgaste cuestiona el propósito de la resocialización, reconduciéndose a un mero simbolismo penal. En ese sentido existe un contraste entre la cadena perpetua y la responsabilidad del Estado de promover la reeducación del condenado, es decir, la reinserción social.

4. El derecho de prohibición a no ser sometido a tratos humillantes o inhumanos, es afectado por la aplicación de la cadena perpetua. Así conforme lo señalado por la OHCHR (Oficina Del Alto Comisionado De Las Naciones Unidas Para Los Derechos Humanos) la prohibición universal de someter a alguien a malos tratos y torturas restringen al ser humano en su derecho de dignidad por su naturaleza humana. Los condenados por más culpables que sean o que la ley les haya encontrado responsables, deben recibir un trato humano y digno, no solo al momento de la detención sino que también debe cautelarse, garantizarse y protegerse hasta en el mismo instante que la persona sentenciada se encuentre privada de su libertad e inclusive hasta que cumpla su condena.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina:

- Aguirre, S. (2011). *La Cadena Perpetua en el Perú*. Cybertesis Unmsm.
- Bayefsky (2000) Informe sobre desarrollo humano. Recuperado de: https://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2000_es.pdf
- Bach. F (2017) La aplicación de la cadena perpetua con relación al delito de secuestro agravado en el artículo 152 del código penal. Pimentel. Perù.
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas* Carlos III Universidad de Madrid. Recuperado de: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=1
- Cámara, S. (2019). Cadena Perpetua en España: la falacia de su justificacion en el Derecho Comparado y estado actual de la cuestión. *Derecho y Cambio Social*, 335-367.
- Carpizo, J. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y característica. .*Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (25). http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n25/n25a1.pdf
- Cruz F. (2015**)** La resocialización como objetivo fundamental de la pena privativa de libertad: análisis de la legislación costarricense y española. Madrid: España. Recuperado de: https://eprints.ucm.es/id/eprint/53045/1/5309863391.pdf
- Fuertes, C. (2014). Principios y caracteres normativos de los derechos humanos. *Revista de Comunicación de la SEECI,* (33), 44-58.
- García, F. (2020). *Mesopotamia: pueblo señero de oriente. Aportación cultural y jurídica.* Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
- García, J. (2017). *Retribución y justificación del castigo penal*. FICP.

- Gonzales, D. (2017). *La cadena perpetua y la vulneracion a los principios de humanidad y proporcionalidad, distrito judicial de Anchash, años 2012 – 2014*. Repositorio UCV.
- Gómez, A. (2020). *Estructura del libro II (del pueblo de dios) Parte I (los fieles cristianos) del código de derecho canónico.*
- IIDH (2009). *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos de Sistema Interamericano*. https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1498/interpretacion-principios-en-si-esp-2009.pdf
- Icuza, I (2019) La prisión permanente revisable: un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tedh y del modelo inglés. Bilbao: España. Recuperado de: https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/35146/TESIS_ICUZA_SANCHEZ_IZARO.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Lara, F. (1992). *Código de Hammurabi*. Tecnos.
- Linares (2019) "La pena ó condena de cadena perpetua y su atentado contra la función resocializadora de la pena". Universidad Cesar Vallejo, Trujillo: Perú. Recuperado de: https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/38432/linares_cw.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Mendoza, A. (2019). Cadena Perpetua para el delito de violacion sexual con menores de 14 años de edad: es ¿eficaz y resocializador? *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 132-172.
- Meini (2009) Imputación y Responsabilidad penal. Lima: Ara.
- Mir Puig, S. (2011). Bases constitucionales del derecho penal. Madrid, España: Iustel
- Montero, D. (2018). Prisión perpetua revisable: El caso colombiano desde perspectiva constitucional. Bogotá, Colombia: Universidad Santo Tomás
- Nikken, P. (2010). La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista IIDH*, *52*. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25563.pdf
- OHCHR (2004). *Los derechos humanos y las prisiones. Manual de capacitación en derechos humanos para funcionarios de prisiones*. https://www.ohchr.org/documents/publications/training11sp.pdf
- Oré (2018**)** La cadena perpetua. Recuperado de: https://lpderecho.pe/cadena-perpetua-eduardo-ore-sosa/
- Pinaud, M. (2019). *Aplicación del sistema penitenciario y la finalidad del Derecho Penal en la resocialización del interno en el penal de San Pedro, período 2016* [Tesis de postgrado. UNFV]. http://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/3362/PINAUD%20CH%C3%81VEZ%20MAGIN%20ROSI%20-%20MAESTR%C3%8DA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Prado, G. (2016) El aumento de penas y sanciones como un mecanismo en el control de la criminalidad en el Ecuador. Quito: Ecuador: Universidad Andina Simon Bolivar. Recuperado de: https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4766/1/T1778-MDPE-Prado-El%20aumento.pdf
- Rabossi, E. (1990). La teoría de los Derechos Humanos naturalizada. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (5).
- Ramírez, P. (2012) "El ejercicio y limitación de los derechos fundamentales de los reclusos: análisis normativo y de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional". Universidad Pontificia Católica del Perú. Lima. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36854.pdf
- Rincón, M. (2018). *La viabilidad de la aplicación de la cadena perpetua*. Repositorio U. Católica.
- Rodríguez, J. (2012). Principio de resocialización y la inhabilitación permanente. Boletín anticorrupción y justicia penal. *IDEHPUCP*, 6-11. https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/Boletin-FEBRERO-IDEHPUCP-6-111.pdf
- Rodríguez L (2018) Hacia una genealogía del sufrimiento. El debate jurídico sobre la prisión vitalicia en Chihuahua. Ciudad Juárez: México. Recuperado de: https://www.colef.mx/posgrado/wp-content/uploads/2018/10/TESIS-Rodr%C3%ADguez-Lanuza-Luis-Fernando.pdf
- Trejo (2013) El régimen del trabajo penitenciario como medio de readaptación social del interno en el establecimiento penitenciario Víctor Pérez Liendo de Huaraz, durante el periodo 2000-20. Huaraz. Perú

Legislación nacional:

- Constitución Política del Perú
- Código Penal
- Decreto Legislativo N º 921 publicado el 18 de enero de 2003

Legislación comparada:

- Código Penal de la Nación Argentina; Servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#3, recuperado el 4 de abril de 2022.
- Constitución de Uruguay; https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion, recuperado el 3 de abril de 2022.
- Constitución de Colombia; https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf recuperado el 3 de abril de 2022.
- Constitución de El Salvador; https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_072857074_archivo_documento_legislativo.pdf, recuperado el 3 de abril de 2022.



PINTURA DE ASMAT
CHIRINOS ZAVALA

IURA
REVISTA JURÍDICA
Revista académica interdisciplinaria de información e investigación jurídica

http://doi.org/10.22497/iura/71. 7105

LA COMPRAVENTA DE ALÍCUOTAS DE PROPIEDAD COMO SUPUESTO DE FRAUDE A LA LEY Y EVASIÓN AL PROCEDIMIENTO DE HABILITACIÓN URBANA[1]

Carlos Fernando Yamamoto Suga[2]

RESUMEN

El fraude a la ley es una categoría jurídica que tiene como fundamento la aplicación de una ley a efectos de eludir la utilización de otra. El presente artículo tiene como finalidad que este fraude a la ley se evidencie en el campo del Derecho Inmobiliario, de este modo el contrato de compraventa de alícuotas de propiedad podrá ser considerado como un acto de evasión al procedimiento de habilitación urbana.

El gran problema de la informalidad inmobiliaria en el país limita el proceso de formalización de los procesos de habilitación urbana, motivo por el cual se identifica como elemento de estudio la evaluación del resultado del procedimiento legal por el cual un predio rústico llega a ser un predio urbano con todos los beneficios respectivos, generando como consecuencia que estos contratos de compraventa de alícuotas de propiedad provoquen un fraude a la ley.

Palabras Clave: Derecho de copropiedad, contrato de compraventa, habilitación urbana, predio urbano y alícuotas de propiedad.

1 El presente artículo es parte de la investigación para la tesis de maestría en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

2 Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos con estudios en maestría en Derecho Civil y Comercial por la misma casa de estudios. Correo: carlos.yamamoto@unmsm.edu.pe

Registro ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4509-1607

ABSTRACT

Fraud against the law is a legal category based on the application of one law in order to avoid the use of another. The purpose of this article is that this fraud against the law is evidenced in the field of Real Estate Law, in this way the contract of sale of property rates may be considered as an act of evasion of the urban habilitation procedure.

The great problem of real estate informality in the country limits the process of formalization of the processes of urban habilitation, reason why it is identified as an element of study the evaluation of the result of the legal procedure by which a rustic property becomes an urban property with all the respective benefits, generating as a consequence that these contracts of sale of aliquots of property cause a fraud to the law.

Key Words: Right of co-ownership, contract of sale, urban habilitation, urban property and property rates.

I. INTRODUCCIÓN

La independización del predio matriz en diversos lotes individuales es el efecto legal más trascendental que genera la habilitación urbana. De esta manera el titular del predio puede disponer de estas unidades registrales de forma exclusiva.

Al tratarse de predios de gran extensión, la habilitación urbana constituye un procedimiento administrativo complejo que, en varias ocasiones, su propietario evade tramitarla y opta por vender de forma "aparente" los lotes, bajo la modalidad de "compraventa de alícuotas de propiedad" conocido también como "compraventa de acciones y derechos". Mediante este acto jurídico, en realidad, se transfieren porcentajes de propiedad y no lotes de vivienda, provocando una situación maliciosa que atenta contra la seguridad jurídica y el sistema económico vinculado al ámbito de los derechos reales (Bermúdez-Tapia, 2011: p. 171). Esta figura que se detallará en el presente trabajo ya ha sido vista en la Resolución N° 698-2009-SUNARP-TR-L (21.05.2009) del tribunal registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos -SUNARP.

La jurisprudencia registral antes indicada podemos contextualizarla con el siguiente ejemplo: si "A" (propietario de un terreno matriz) celebra un contrato de compraventa de alícuotas de propiedad con "B", este último solo adquirirá un porcentaje de propiedad parcial convirtiéndose en un copropietario más y no en un titular exclusivo de un lote individual. Ante los registros públicos (SUNARP) solo se publicitará la titularidad de la cuota ideal de "B" mas no que es propietario de un lote individual. "A" evadió el trámite de habilitación urbana, dejando a "B" en una situación de informalidad inmobiliaria (desacuerdo entre la realidad registral y la extrarregistral).

1. Naturaleza jurídica de la habilitación urbana

La importancia de la habilitación urbana trasciende los intereses del propietario que la gestiona. Gonzáles señala que la habilitación urbana es un trámite complejo por el cual se concretan los planes urbanos dirigidos al interés público y no solo maximizan beneficios para el propietario (Gonzáles, 2013: 436).

Castro Pozo agrega que la habilitación urbana es una operación que conlleva necesariamente a la ejecución de una lotización, implementación de infraestructuras y de servicios públicos (2007: 409).

Con respecto a la habilitación urbana, Iván Ortiz Sánchez señala que es un proceso complejo mediante el cual un terreno rústico se transforma en una urbanización que tiene importantes consecuencias jurídicas (Ortiz, 2017: 122):

a) Sobre el bien: Modifica el uso del terreno, es decir, de terreno eriazo o agrícola a uno urbano.
b) Efecto registral: la independización en distintas hojas registrales por cada lote urbano, propio de la habilitación urbana.

Otro aspecto a destacar en una habilitación urbana es la obligatoriedad del propietario de entregar los aportes reglamentarios a favor del Estado. Los aportes reglamentarios son porciones del terreno matriz destinados a fines de recreación pública, para servicios públicos complementarios, para educación, salud y otros fines (parques, jardines, áreas verdes, pistas, campo deportivo, etc.) y tienen carácter de gratuitos y obligatorios, y se constituirán en bienes de dominio público (Francia, 2015: 354). Cabe precisar que si el propietario no entrega estos aportes reglamentarios al Estado puede redimirse en dinero a favor de éste.

Tal como se mencionó precedentemente, estos aportes reglamentarios corresponden a bienes de dominio público, por lo que, conforme al artículo 73 de la Constitución Política de 1993 (Bermúdez-Tapia, 2008), además de tener protección constitucional, estos predios son de uso público, inalienables (excluidos del tráfico jurídico y comercial) e imprescriptibles (no susceptible de ser adquirido por prescripción adquisitiva de dominio) (Becerra, 2019: 16).

Así es posible distinguir los efectos legales de la compraventa de alícuotas de propiedad con una habilitación urbana; que más allá de la informalidad de la primera frente a la segunda, se advierte notorias diferencias con respecto a sus consecuencias legales.

En la compraventa de alícuotas de propiedad, por ejemplo, no se altera el uso del terreno, mientras que en la habilitación urbana sí hay un cambio de uso urbanístico. De la misma manera, se destaca que, en esta modalidad de compraventa, no hay desmembración alguna del terreno, a diferencia de la habilitación urbana que sí la hay.

Por otro lado, en la habilitación urbana existe la obligatoriedad por parte del propietario de entregar aportes reglamentarios a favor del Estado o la redención en dinero a favor de éste, mientras que en la compraventa de alícuotas de propiedad el vendedor evade esta obligación perjudicando el interés común.

2. El contrato de compraventa de alícuotas de propiedad

La copropiedad es un derecho real en que la propiedad corresponde a muchas personas de forma indivisa, por lo que cada copropietario conoce el porcentaje de su propiedad, pero no sabe la parte material que le corresponde. La copropiedad tiene como signo distintivo de la propiedad individual en que en la primera existe una pluralidad de condóminos mientras que en la segunda se ejerce de forma exclusiva. (Cuadros, 1995: 613).

En efecto, la norma que corresponde a toda esta casuística es el artículo 977 del Código Civil que permite a los copropietarios transferir libremente su cuota ideal a terceros:

> *Disposición de la cuota ideal y sus frutos*
>
> *"Artículo 977° Código Civil. - Cada copropietario puede disponer de su cuota ideal y de los respectivos frutos. Puede también gravarlos."*

El contrato de compraventa de alícuotas de propiedad, como cualquier otro contrato de compraventa, es susceptible de inscripción registral; satisfaciéndose aparentemente los intereses tanto del vendedor (titular del predio matriz) como del comprador. Sin embargo, todo corresponde a una "simulación", toda vez que el comprador creerá ser propietario de un lote exclusivo, no obstante, ante la SUNARP será un condómino más junto con otros compradores del mismo titular. (Mejorada, 2016)

3. El fraude a la ley

La existencia del fraude a la ley data desde el Derecho Romano (Alcalde, 2005: 88). Por ejemplo, en la Antigua Roma se prohibía la celebración del contrato de donación de bienes sociales entre cónyuges (prohibición que se encuentra vigente en el artículo 312 del Código Civil Peruano[3]). A efectos de burlar los efectos de dicha norma, éstos se divorciaban, celebraban la donación y luego volvían a contraer matrimonio.

Por fraude a la ley se entiende al empleo de una norma (llamada también como "norma de cobertura") a efectos de eludir o evadir la utilización de otra (llamada también como "norma defraudada") (Santangelo, 2010, pág. 81). El fraude a la Ley suele estar asociado a un acto de las partes realizado con intención maliciosa (Alcalde Rodríguez, 2005, pág. 90) y como se mencionó anteriormente busca evitar la aplicación de una ley.

Los presupuestos de un fraude a la ley son los siguientes (Alcalde Rodríguez, 2005, pág. 97):

a) El acto o actos ejecutados deben ser en sí mismos lícitos: Este acto o actos deben estar acordes a lo prescrito por el ordenamiento jurídico, es decir, están amparados en una norma de cobertura.

3 Artículo 312° Código Civil. - Los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad.

b) Existencia de una ley defraudada: Referido a la infracción indirecta de una norma
c) Elemento intencional: Por el fraude a la ley se exige el propósito del agente de eludir o burlar los efectos de una determinada norma

Según Carpio, existen tres clases de fraude a la ley (Carpio, 2020: 36):

a) Fraude simultáneo: Se refiere que al acto en fraude a la ley se le va a aplicar tanto la norma de cobertura (la que permite la ejecución del acto) y la ley defraudada de forma simultánea (la norma cuya aplicación se evade).
b) Fraude retrospectivo: Corresponde al acto que se realizó en el pasado, pero sin ninguna intención fraudulenta ni maliciosa, pero con la emisión de una nueva ley se evade la anterior.
c) Fraude a la expectativa: Aquí estamos en presencia de dos actos, el primero que comienza en el pasado y es conforme a la legislación y un segundo que se comete con el objetivo de evadir los efectos legales de un determinado ordenamiento jurídico.

Como ejemplo de este tipo de fraude tenemos el caso de una pareja que vive en un país donde se encuentra prohibido el divorcio, para lo cual viajan a otro país en donde sí se encuentra permitido.

4. La compraventa de acciones y derechos como supuesto de fraude de la ley

La justificación del uso de este contrato de compraventa de alícuotas de propiedad es que es susceptible de inscripción registral, logrando que esta adquisición genere oponibilidad frente a terceros y el goce de la publicidad registral. Caso distinto hubiese sido un contrato de compraventa simple de un lote individual que, al no estar inscrita la habilitación urbana, no podría ser registrado (denegatoria de inscripción) al no existir independización (lotización) de por medio. En consecuencia, se infiere que este contrato de compraventa corresponde a un negocio jurídico indirecto.

Se advierte que esta figura del contrato de compraventa de alícuotas de propiedad correspondería a un negocio jurídico indirecto, en el que como bien apunta Bautista se presenta cuando se busca eludir sea de forma voluntaria o involuntaria ciertos efectos legales para otros contratos, sin embargo no conlleve a un asunto ilegal (Bautista Quispe, 2019, pág. 117).

A efectos de poder encuadrar a la compraventa de acciones y derechos como un supuesto de fraude a la ley, resulta necesario asociar las características de este último (Carpio, 2020: 39) con las del primero:

a) Al ser la compraventa de acciones y derechos una modalidad de contrato se registra un acto jurídico
b) El sustento se basa en que la legitimidad de la disposición de estas cuotas ideales se encuentra amparado en el artículo 977 del Código Civil, por el cual se permite que un copropietario pueda transferir porcentajes de propiedad a favor de terceros
c) El mecanismo legal que se emplea para estos casos es la celebración de un contrato

d) Se trata de una violación indirecta de la norma, toda vez que por la compraventa de acciones y derechos se vulnera indirectamente la Ley 29090 (Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones)
e) Respecto al medio subsidiario de invalidación, coresponde indicar que para los casos de fraude a la ley no existe una sanción legal específica (Carpio, 2020: 40) como es el caso del ordenamiento jurídico peruano.

Analizando este contrato bajo los alcances del fraude a la ley, se desprende que la norma de cobertura es el artículo 977 del Código Civil, que permite a los copropietarios transferir libremente su cuota a favor de terceros; eludiendo la aplicación de la Ley N° 29090 (norma defraudada), que constituye la norma que exige a tramitar una habilitación urbana. De la misma manera y por lo expuesto, debemos señalar que la compraventa de acciones y derechos genera el fraude de la ley.

5. Postura de la SUNARP frente al contrato de compraventa de acciones y derechos

Esta casuística se presenta ante el registro, por ejemplo, mediante la Resolución N° 698-2009-SUNARP-TR-L del 21 de mayo de 2009, dando lugar a un negocio jurídico que podría versar principalmente sobre la transferencia de alícuotas de propiedad haciendo la equivalencia al espacio físico.

Esta disposición debe deducirse de la intención mutua de ambas partes, como si existiera en el futuro. Es decir, una asignación dividida en particular es actualmente ineficiente porque está sujeta a una división posterior de activos físicos (Tribunal Registral, 2009).

Aquí tenemos principalmente las ideas planteadas por Gunther Gonzáles Barrón (2018: 168), quien se centra en la cláusula de conversión de la cuota en superficie física como solución práctica, en el sentido de dotar a dicha cláusula como de carácter de división y partición, pero con efectos legales diferidos por virtud de una condición suspensiva, que podría hacerse efectivo con una resolución de la autoridad municipal referente a una subdivisión.

En ese contexto se considera esta disposición como condición de la partición y el reconocimiento de la existencia de dos actos: uno de venta de cuota y otro de posterior transferencia exclusiva, pero que van a surtir efectos legales en dos diferentes momentos (Gonzáles, 2018: 168). Incluso la resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado español, del 1 de abril de 1981, ha procedido a inscribir cláusulas análogas en la partida registral matriz, sin producirse la independización. Sin embargo, el argumento de dicha jurisprudencia es la aplicación del sistema del numerus apertus (Gonzáles, 2018: 167), sistema distinto al peruano que es del sistema numerus clausus.

Por lo expuesto, la postura de la SUNARP frente a esta problemática es la de admitir las inscripciones registrales de este contrato de compraventa de acciones y derechos, toda vez que se encuentra amparado legalmente en los artículos 977 y 2019 del Código Civil.

6. El contexto del fraude a la ley y sus consecuencias económicas y sociales

La importancia del trámite de la habilitación urbana supone la correcta aplicación de los planes urbanos, la dotación de los equipamientos, la infraestructura y los servicios urbanos (Castro Pozo Díaz, 2007, pág. 409). Estos son los estándares mínimos de habitabilidad de una vivienda o local comercial.

Lamentablemente, el contrato de compraventa de acciones y derechos y su evasión al trámite de habilitación urbana deja en el desamparo a los compradores que no disfrutan de los beneficios de habitabilidad que otorga este trámite (por ejemplo, dotación de servicios públicos como suministro de agua y desagüe, electricidad, etc.).

Una consecuencia económica que se genera por el uso de esta figura del contrato de compraventa de acciones y derechos es la restricción del acceso al crédito a estos copropietarios. Concha (2019: 148) refiere los casos de copropietarios que solicitan un crédito hipotecario y reciben la negativa de la entidad financiera por la dificultad que tendría el acreedor de ejecutar una hipoteca que grava cuotas ideales, a diferencia del caso de una propiedad exclusiva y plenamente identificable.

Calderón (2014: 338) cataloga a este problema como "ciudad ilegal" que principalmente se da en las periferias de los sectores de menores ingresos a diferencia de las áreas centrales habitadas por las clases media y alta. Además, las exigencias y los costos de un trámite de habilitación urbana son altos y el tiempo empleado es largo (Webb, Richard; Beuermann, Diether y Revilla, Carla, 2006, pág. 56), infiriéndose que los sectores más humildes optan por la figura del contrato de compraventa de acciones y derechos más que por la habilitación urbana, a pesar de los beneficios de esta última.

7. Propuesta de solución para los casos de los contratos de compraventa de acciones y derechos

Los contratos de compraventa de acciones y derechos como supuestos de fraude a la ley tienen un propósito elusivo que es la evasión del trámite de habilitación urbana. En forma preliminar, Rómulo Morales Hervias (2006: 316) divide al contrato en fraude a ley en dos contratos: un contrato simulado, que viola una norma imperativa, y un contrato disimulado, que es válido conforme a las normas jurídicas que se eludieron.

Cabe resaltar que en el anteproyecto de la ley de reforma del Código Civil Peruano de 1984, contenido en la Resolución Ministerial N° 043-2006-JUS, publicada el 05.02.2006 en el diario oficial El Peruano, se propuso con respecto al fraude a la ley lo siguiente: "Constituye fraude a la ley el acto que pretende un resultado contrario a una norma legal amparándose en otra norma dictada con finalidad diferente. El acto es nulo salvo disposición legal distinta y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir".

A pesar de existir un vacío en nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina nacional señala que actualmente se podría sancionar con nulidad a este tipo de actos toda vez que la causa es ilícita. Es el caso de Espinoza,

que admite que el sistema jurídico peruano no tiene una norma expresa que estipule la nulidad del acto jurídico por fraude a la ley, sin embargo, reconoce que, a efectos de llenar dicho vacío, en virtud del inciso 4 del artículo 219 del Código Civil[4], estos contratos se sancionan con nulidad por tener un fin ilícito. Sin perjuicio de ello, la verdadera sanción sería desconocer el acto que se ampara en la norma de cobertura, aplicando la norma imperativa. (Espinoza, 2010: 335)

En consecuencia, mi propuesta de modificación legislativa para efectos de evitar este tipo de contratos de compraventa de alícuotas de propiedad es la siguiente:

> *Disposición de la cuota ideal y sus frutos*
>
> *"Artículo 977° Código Civil.- Cada copropietario puede disponer de su cuota ideal y de los respectivos frutos. Puede también gravarlos.*
>
> *Lo anterior no aplica sobre las transferencias de propiedad de su cuota ideal sobre predios rústicos o rurales, las cuales serán sancionadas con nulidad"*

II. CONCLUSIONES

Mediante el contrato de compraventa de alícuotas de propiedad cualquier copropietario puede disponer de su cuota ideal (artículo 977 del Código Civil), dando lugar a un negocio jurídico que podría versar principalmente sobre la transferencia de alícuotas de propiedad haciendo la equivalencia al espacio físico. Sin embargo, todo corresponde a una "simulación", toda vez que el comprador creerá ser propietario de un lote exclusivo, no obstante ante la SUNARP será un condómino más junto con otros compradores del mismo titular.

Este contrato estaría situado bajo los alcances del fraude a la ley, ya que se desprende que la norma de cobertura es el artículo 977 del Código Civil, la que permite a los copropietarios transferir libremente su cuota a favor de terceros (Código Civil, 1984); eludiendo la aplicación de la Ley N° 29090. Incluso, el contrato de compraventa de alícuotas de propiedad cumple con las características del fraude a la ley, las cuales son las siguientes: a) Acto jurídico, b) Encuentra sustento en una norma, c) La utilización de un medio lícito y real, d) Se trata de una violación indirecta de la norma y e) Medio subsidiario de invalidación

4 Causales de nulidad
Artículo 219° Código Civil. - El acto jurídico es nulo:
(…)
4.- Cuando su fin sea ilícito.
(…)

La norma de cobertura es el artículo 977 del Código Civil, que permite a los copropietarios transferir libremente su cuota a favor de terceros, eludiendo la aplicación de la Ley N° 29090 (norma defraudada), que constituye la norma que exige tramitar una habilitación urbana.

La principal consecuencia económica que se genera por el uso de esta figura del contrato de compraventa de acciones y derechos es la restricción del acceso al crédito de estos copropietarios. Mientras que una consecuencia social es que los sectores más humildes optarían por la figura del contrato de compraventa de acciones y derechos más que por la habilitación urbana, a pesar de los beneficios de esta última.

Nuestra propuesta de solución es que se sancione con nulidad estos contratos de compraventa, tomando en consideración que en nuestro sistema jurídico peruano no existe una norma expresa que lo establezca.

III. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bautista Quispe, U. (2019). *El negocio jurídico indirecto: ¿Una categoría necesaria o un diseño existente? Revista de la Facultad de Derecho N° 117.*
- Becerra Mejía, J. (2019). *Los aportes reglamentarios en el marco del proceso de regularización de una habilitación urbana ejecutada*. Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Registral. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.
- Bermúdez-Tapia, M. (2008). *La Constitución a través de las Sentencias del Tribunal Constitucional*. 2º edición. Lima: Ediciones Legales.
- Bermúdez-Tapia, Manuel (2011). Vicios procesales provocados: temeridad y malicia", pp. 171-188 en: Córdova Schaefer, Jesús (Editor) *El Proceso Civil, Problemas Fundamentales del Proceso*. Lima: Editorial Caballero Bustamante
- Concha Camacho, W. (2019). *El régimen de copropiedad y acceso al crédito hipotecario en el predio San Antonio - Zona Registral X de Cusco.* Tesis para optar al título profesional de abogado por la Universidad Andina del Cusco. Cusco, Perú.
- Calderón Cockburn, J., Blanco Blanco, A., Fretes Cibils, V. (2014). *Busco casa en arriendo: Promover el alquiler tiene sentido.* Lima. Banco Interamericano de Desarrollo (BID).
- Carpio Palomeque, P. (2020). *Elementos que estructuran el fraude a la Ley*. Tesis para optar el título de abogado. Universidad del Azuay. Cuenca, Ecuador.
- Castro Pozo Díaz, H. (2007) Derecho Urbanístico. Lima. Editorial Grijley.
- Cuadros Villena, C. (1995). *Derechos Reales*. Lima, Cultural Cuzco.

- Espinoza Espinoza, J. (2010) *Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Lima: Gaceta Jurídica.
- Francia Acuña, L. (2015). *Los Aportes Reglamentarios en el Perú*. *Derecho & Sociedad*, (45), 354. Recuperado a partir de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15253
- Gonzáles Barrón, G. H. (2013). *Derecho Urbanístico.* Lima: Legales Ediciones.
- Gonzáles Barrón, G. H. (2018). *Teoría general de la propiedad y del derecho real.* Lima: Gaceta Jurídica.
- Mejorada Chauca, M. (23 de Setiembre de 2016). *Diario Gestión*. https://gestion.pe/blog/prediolegal/2016/09/la-compra-de-participaciones.html?ref=gesr
- Morales Hervias, R. (2006). Contrato simulado: Historia de una confusión entre su nulidad y su ineficacia. La vinculación con el contrato en fraude a la ley. p. 316
- Ortiz Sánchez, I. (2017). *Introducción al derecho urbanístico.* Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Santangelo, M. V. (2010). *El negocio jurídico indirecto y las relaciones de familia*. *Revista Jurídica UCES*, p. 18.
- Tribunal Registral. Resolución N° 698-2009-SUNARP-TR-L (Tribunal Registral, 21 de Mayo de 2009). https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/index.asp
- Vásquez Rebaza, W. H. (2013). Los contratos coligados en fraude a la ley. Con especial referencia al modelo jurídico italiano. p. 18
- Webb, R. Beuermann, D. y Revilla, C. (2006) La construcción del derecho de propiedad. El caso de los asentamientos humanos en el Perú. Colegio de Notarios de Lima. Lima.

IURA
REVISTA JURÍDICA
Revista académica interdisciplinaria de información e investigación jurídica

http://doi.org/10.22497/iura/71. 7106

LA DISCRECIONALIDAD Y EL CONTROL GUBERNAMENTAL

Dr. Henry Armando Carbajal Sánchez[1]

I. CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD

Según la Real Academia Española, el término "discrecionalidad" hace referencia a lo "discrecional"; es decir; a lo "*Que se hace libre y prudentemente*", como también a "*aquella potestad gubernativa, que afecta a las funciones de su competencia que no están regladas*".

Según Baca, V. ( ) para conceptualizar la discrecionalidad no solo debemos tomar en cuenta el quehacer cotidiano de la administración sino las atribuciones de los legisladores e incluso los fallos que emiten los jueces al invocar su "criterio de conciencia". La discrecionalidad resulta, por lo tanto, vinculada con conceptos jurídicos indeterminados y que colindan con la arbitrariedad e incluso con la ausencia de motivación al referirnos a la discrecionalidad de índole político.

En el ámbito de la administración pública resulta inexorable el estudio del Derecho Administrativo que, al decir de Gonzales Navarro citado por Baca, V., es aquel "Derecho del poder para la libertad". La eficacia de la administración implica la custodia de los derechos de los administrados cuya libertad se procura asegurar; de ahí la importancia de la discrecionalidad y de la arbitrariedad para minimizar los privilegios que puede otorgar el poder. Por eso resulta válido afirmar que la discrecionalidad es una de las columnas esenciales en que sustenta el Derecho administrativo.

El estudio de la discrecionalidad debe trascender a los estudios doctrinarios y de mero contenido dogmático, y analizar las posturas adoptadas por el máximo intérprete de la Constitución como la sentencia del Expediente N° 009-2004-AC/TC de fecha 5 de julio de 2004. Esta sentencia no sólo define a la discrecionalidad sino también revela su vinculación con la arbitrariedad y la ausencia de motivación.

1 Abogado, Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo. Doctor en Derecho.

En esta sentencia, aun cuando se declaró improcedente la acción de amparo "por el paso a retiro por causal de renovación", se sostiene:

- Los actos discrecionales representan la "libertad" con la que se cuenta en la administración para decidir cuándo por ley, ante una situación concreta, no se precisa cómo debe actuarse.

Conforme Bullinger citado por Baca, V., la discrecionalidad puede definirse como "*el margen de libertad que se deriva para la administración pública cuando su actuación no está completamente predeterminada por una ley ni puede ser totalmente revisada por un tribunal*". Tal definición pone en relieve una doble faceta de la discrecionalidad; esto es, un "margen de libertad" frente al legislador y frente al juez que define a la discrecionalidad.

La discrecionalidad como "margen de libertad" de la administración frente al legislador

Implica que el legislador no predeterminó rigurosamente la actuación (tanto normativa como no normativa) de la administración. Por ser un poder público, constituido por el ordenamiento jurídico, la "libertad" de la administración frente al ordenamiento no puede ser igual a la de los particulares.

La discrecionalidad como consecuencia de la "remisión normativa consciente, contrario para los privados a los que la ley restringe una situación de libertad originaria y expansiva, conlleva a que la administración carezca definitivamente de esa libertad y actuar autoritario: no hay aquí libertad, sino estrictamente los poderes que la ley confiere. Por ello, la discrecionalidad no puede entenderse como laguna de la Ley, cuyo silencio hace entrar en juego la libertad de la administración, sino como el resultado de una decisión deliberada: la administración posee potestad discrecional no porque la ley calle, sino porque la ley quiere".

La discrecionalidad como "margen de libertad" frente al juez

En un inicio la actividad discrecional era aquella actividad de la administración que no podía ser controlada por los tribunales de modo alguno. En la actualidad ya no tiene sustento este tipo de discrecionalidad.

Si bien la actividad discrecional de la administración puede ser controlada por los jueces, aún es necesario determinar cuál debe ser la profundidad de este control, esto es, la definición del "margen de libertad" del que goza la administración frente al juez en su actuación discrecional.

Al respecto es oportuno señalar el Decálogo del juez que señala:

10. Trascendencia de tus decisiones

Procuremos la paz y la justicia como el mayor de los triunfos.

Seamos conscientes de que el impacto de nuestras decisiones trasciende el caso concreto.

Según Mariano Magide, citado por Baca, V., la discrecionalidad es aquella *"remisión parcial, de acuerdo con los límites constitucionalmente establecidos al respecto, que el Poder legislativo hace a la Administración pública para que ésta contribuya al paulatino proceso de determinación del interés general a partir de la ponderación de los intereses particulares y colectivos en presencia"*

Es válido afirmar que la discrecionalidad emerge de una remisión normativa y no de una indefinición legal; esto es que la discrecionalidad representa aquella atribución de la administración que la faculta para ponderar entre diversos intereses en conflicto, basándose incluso en consideraciones no jurídicas, a fin de determinar razonablemente cuál es el más conveniente para el interés general.

Por su parte, Ossorio M. (2010) refiere que lo discrecional hace referencia a *"lo realizado en libertad y sano juicio"*

II. CLASES DE DISCRECIONALIDAD:

Según los grados de arbitrio concedido, se advierte las siguientes clases de discrecionalidad:

2.1) Discrecionalidad mayor es aquella en la que el margen de arbitrio no está restringido por algún concepto jurídico, el ente administrativo cuenta con una "libertad plena para optar" lo que considere. Está sujeta a control político y excepcionalmente al control jurisdiccional.

Como limitaciones tiene a la intervención jurisdiccional orientada a verificar la existencia, el tiempo de ejercicio permitido, la extensión espacial y material, así como la manifestación legal de la prerrogativa de la libre decisión y el cumplimiento de formalidades procesales.

2.2) Discrecionalidad intermedia es aquella en que su margen de arbitrio está condicionado a su coherencia lógica y a un concepto jurídico indeterminado de contenido y de extensión que bien puede ser el "interés público".

Este concepto jurídico indeterminado conlleva la exigencia de observar que las decisiones que se adopten en el marco de la discrecionalidad intermedia no sean irrazonables, menos desproporcionados con las situaciones y circunstancias en que será aplicada.

Esta modalidad de discrecionalidad tiene como límites a la razonabilidad y a la proporcionalidad.

2.3) Discrecionalidad menor en la que el margen del arbitrio se encuentra sujeto a la elección de alguna de las variables previamente señaladas en la propia ley.

De igual modo tiene como límites a la razonabilidad y a la proporcionalidad.

III. ÁMBITOS DE EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD

3.1 Discrecionalidad normativa por la que se expiden reglamentos sean de naturaleza institucional, ejecutivos y autónomos.

3.2 Discrecionalidad planificadora en la que el arbitrio se ejerce pudiendo seleccionar alguna de las alternativas de solución para lograr la racionalidad y eficiencia administrativa.

3.3 Discrecionalidad política
circunscrita al arbitrio ejercido en la dirección y marcha del Estado, opera en situaciones políticas y posee el mayor alto grado de arbitrio como libertad para decidir. Es propia de la esfera del gobierno y del poder gubernamental con mayor presencia en políticas exteriores y relaciones internacionales, otorgamiento de indultos y en la conmutación de penas.

3.4 Discrecionalidad técnica entendida como aquel arbitrio para seleccionar o valorar dentro de distintas alternativas como la labor de un perito o un procedimiento tecnológico o científico.

IV. EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN LA TOMA DE DECISIONES

El tipo de discrecionalidad que ejercen los funcionarios públicos en la toma de decisiones es la discrecionalidad intermedia y esta opera cuando el propio ordenamiento jurídico concede competencia a los órganos para que apreciando un determinado supuesto decidan sobre el interés público; es decir, decidir respecto de lo que realmente conviene o perjudica al interés público.

La decisión conlleva la necesidad de un análisis previo y sujeto a un examen de situaciones como de circunstancias relevantes en cada caso en concreto. Tal discreción se encuentra vinculada inexorablemente a su motivación, de tal suerte que la primera es consustancial con la segunda.

Ejercer la potestad discrecional autorizada por el ordenamiento jurídico contraviniendo el interés público y carente de una motivación racional representa un comportamiento de arbitrariedad que devendrá en una conducta antijurídica. Lo arbitrario también presenta tres acepciones:

a) Lo arbitrario como decisión sustentada en caprichos, carente de perspectiva jurídica.
b) Lo arbitrario como decisión tiránica, despótica y carente de sustento de legitimidad.
c) Lo arbitrario como contrario a la razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

V. CASO PRÁCTICO

Pronunciamiento N° 376-2017/OSCE-DGR
(31 de marzo de 2017)

1. **Antecedentes**:

   A través de los Oficios Nº 04-2017-PEJEZA/CS-CP N° 001-2017-PEJEZA y Nº 05-2017-PEJEZA/CS-CP N° 001-2017-PEJEZA, recibidos el 16.MAR.2017 y 17.MAR.2017, respectivamente, el presidente del Comité de Selección remitió al OSCE la solicitud de elevación presentada por el participante INCLAM S.A. SUCURSAL DEL PERU.

   Cuestionamiento Único: Respecto a las Consultas y/u Observaciones …, referidas al ***"factor de evaluación Calificaciones del personal clave".***

2. **Pronunciamiento**:

   Cuestionamiento Único: Contra el "**factor de evaluación Calificaciones del personal clave**"

   "[...] Consideramos que la respuesta emitida por la entidad, está contraviniendo el Principio Libre Concurrencia descrito en el artículo 2 de la Ley de Contrataciones, por cuanto no promueve el libre acceso y participación de proveedores en el procedimiento de selección. Asimismo, se está contraviniendo a lo regulado en el artículo 29 del Reglamento de Contrataciones del Estado, **ya que el exigir elevadas horas lectivas para la capacitación, así como la calificación por niveles de formación académica** (diplomados, cursos, magister) como factores de evaluación para alcanzar la mayor puntuación, **estas resultan irrazonables y desproporcionales con el objeto de contratación**.

   Adicional a ello, de acuerdo a **reiterados pronunciamientos OSCE** ha establecido que a fin de obtener el mejor puntaje en el procedimiento de selección **deben considerarse no más de 80 horas lectivas o académicas como factor de evaluación,** como se puede apreciar en los pronunciamientos del OSCE [...] se menciona que '**deberá reducirse la cantidad de horas de capacitación solicitada a dicho profesional**, considerando no más de (80) horas lectivas o académicas, a fin de obtener el máximo puntaje' […]. De lo expuesto, solicitamos que al momento de integración de Bases se considere no más de 80 horas lectivas o académicas, a fin de obtener el máximo puntaje, dado que lo establecido por la Entidad **contraviene a lo establecido en la Ley, Reglamento y pronunciamientos del OSCE, al ser considerados excesivos y desproporcionales**".

VI. ANÁLISIS DEL CASO

De conformidad con el literal a) y e) del artículo 2 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, se prescribe que las contrataciones estatales deben desarrollarse considerando los principios de libertad de concurrencia y competencia para promover el libre acceso y participación de proveedores. De esta manera se evitan las exigencias innecesarias, se prohíben las prácticas que restrinjan o limiten la libre concurrencia de proveedores y se promueve una competencia efectiva a fin de contar con una propuesta más ventajosa para el interés público.

De otro lado, el numeral 29.1 del artículo 29 del Decreto Supremo N° 344-2018-EF que aprueba el reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, establece que "*El requerimiento incluye, además los requisitos de calificación que se consideren necesarios*", advirtiéndose la facultad normativa para discrecionalmente en las bases se establezcan discrecionalmente los criterios de calificación "necesarios" y "razonables" en concordancia con los principios señalados en el párrafo anterior.

En el pronunciamiento N° 376-2017/OSCE-DGR se advierte que la entidad, en ejercicio de la discrecionalidad, ha actuado con criterio irrazonable al establecer como requisito de calificación para obtener el máximo puntaje ochenta (80) horas lectivas por capacitación para el personal clave.

La OSCE ha señalado que dicha exigencia es desproporcional y excesiva, apartándose de criterios precedentes y establecidos por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)

VII. REGLAS PARA LA EVALUACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD EN SEDE DE CONTROL CON LA FINALIDAD DE EFECTUAR UNA CORRECTA IDENTIFICACIÓN DE RESPONSABILIDADES EN EL SERVICIO DE CONTROL POSTERIOR

La Contraloría General de la República En concordancia con el artículo 82 de la Constitución Política del Perú, la Contraloría General de la República, órgano encargado de supervisar la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control con resolución de contraloría N° 473-2014-CG aprobó la directiva N° 007-2014-CG/GCSII denominada "Auditoría de cumplimiento y el manual de auditoría de cumplimiento", vigente desde el 2 de enero de 2015 con la finalidad de hacer más eficiente el ejercicio del control de la legalidad en las entidades sujetas al ámbito del sistema nacional de control y cautelar el correcto uso y destino de los recursos y bienes del Estado.

En la ejecución de la auditoría de cumplimiento y con el fin de obtener y valorar evidencias sobre el cumplimiento normativo, disposiciones internas y estipulaciones contractuales, el numeral 100

prescribe que al elaborar las desviaciones de cumplimiento se debe contemplar hasta seis (6) factores: *i) Condiciones al momento de ocurrir el hecho; ii) Naturaleza, complejidad y magnitud financiera de las operaciones examinadas; iii) Análisis crítico de cada desviación de cumplimiento importante; iv) Integridad del trabajo de auditoría; v) Autoridad legal y vi) Diferencias de opinión*. Estos dos últimos factores merecen especial atención.

La actual legislación confiere y concede un "grado de discrecionalidad a las operaciones de una entidad, con la cual la comisión auditora no puede ni debe interferir" debiendo la comisión auditora informar y recomendar las medidas necesarias para evitar que ello ocurra. En caso de diferencia de opinión los funcionarios y servidores públicos tienen la facultad de adoptar las decisiones que consideren en ejercicio de su potestad discrecional legalmente reconocida y respecto de las cuales la comisión auditora no necesariamente debe estar de acuerdo. Estas decisiones no serán cuestionadas por dicha comisión si fueron adoptadas y sustentadas en fundamentos adecuados a los hechos en el momento oportuno.

Tales disposiciones en modo alguno representan una irrestricta liberalidad para los funcionarios en el ejercicio de su discrecionalidad permitida por la ley, pues éstas deben necesariamente revestir de una fundamentación adecuada y oportuna que no cause perjuicio ni defraude el deber conferido; sólo así, tal ejercicio no será observado y tampoco al elaborarse las desviaciones de cumplimiento la comisión podrá sustituir el juicio de los funcionarios de la entidad. .

Finalmente, a contrario sensu podemos afirmar que procederá el cuestionamiento e inexorable observación contra los actos adoptados en ejercicio de la potestad discrecional cuando dicha decisión no hubiere considerado adecuadamente los hechos o riesgos en el momento oportuno; haya causado perjuicio a la entidad y a los recursos públicos repercutiendo desfavorablemente en el cumplimiento de sus metas y la búsqueda del bien común.

Además, cuando tales actos se aparten de interpretaciones o precedentes que hubieren emitidos los entes rectores en cada caso concreto, convirtiendo dicha decisión en actos de libertinaje e incluso en ejercicio abusivo del derecho que no ampara la ley. Tales disposiciones guardan relación con la cuarta disposición complementaria final de la Ley N° 29622, ley que modifica la Ley N° 27785 -Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la contraloría general de la república y amplía las facultades para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.

VIII. CONCLUSIONES

- El ejercicio de la potestad discrecional debe estar seguida de una motivación que evidencie un nexo lógico y coherente entre lo que se adopta o dispone y el interés general al que se dirige. La motivación debe ser requisito esencial, imprescindible e indispensable para el ejercicio de la facultad discrecional en la administración pública, a fin de erradicar cualquier posibilidad de arbitrariedad.
- Ejercer la potestad discrecional contraviniendo la razón y el interés público ("sustentado en "porque sí") representa un acto de arbitrariedad carente de legitimidad y ello constituye lo opuesto a la justicia y el Derecho, lo contrario e incongruentes con la realidad, lo ajeno a la razón.
- La potestad discrecional de la administración no se ejerce como consecuencia de una "no regulación" o de una "deficiente regulación" del legislador, pues siempre deriva, explícita o implícitamente, del ordenamiento jurídico. La falta de detalle en la regulación no tiene por qué implicar una atribución a la administración y no a los jueces para resolver este impasse.

IX. REFERENCIAS Y FUENTES CONSULTADAS:

Normativa

- Constitución Política del Perú de 1993
- Ley N° 27785 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.
- Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado
- El Decreto Supremo N° 344-2018-EF que aprueba el reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado
- Resolución de Contraloría N° 473-2014-CG "Aprueba la Directiva N° 007-2014-CG/GCSII denominada Auditoría de cumplimiento y el Manual de auditoría de cumplimiento", publicada el 23 de octubre de 2014.
- Ley N° 29622, ley que modifica la Ley N° 27785 -Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República - y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.

Doctrina

- BACA, Víctor. La discrecionalidad administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.
- OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires. Editorial Heliasta SRL. 29° Edición. 2010.

IURA
REVISTA JURÍDICA
Revista académica interdisciplinaria de información e investigación jurídica

http://doi.org/10.22497/iura/71. 7107

CONSENSOS Y MANDATOS DEL FORO DE LA CELAC COMO ORGANISMO INTERNACIONAL: ¿EXISTE O NO UN CONSENSO REAL COMO DECISIÓN JURÍDICA EN LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES SUBCONTINENTALES COMO LA CELAC?

CONSENSUS AND MANDATES OF THE CELAC FORUM AS AN INTERNATIONAL ORGANIZATION: WHETHER OR NOT THERE IS A REAL CONSENSUS AS A LEGAL DECISION IN SUBCONTINENTAL INTERNATIONAL ORGANIZATIONS SUCH AS CELAC?

Henry Valle Benedetti[1]
Doris Ortega Galindo[2]
Paula Andrea Cortina Hernández[3]

1 Abogado egresado de la Universidad de Cartagena, magister en International Business de la Universidad de Saint Mary`s Minnesota USA y en Derecho Administrativo de la Universidad Libre, docente de planta investigador del semillero "OBVIOT SEDESCAF" adscrito al grupo de investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos en la línea de investigación Derecho y Globalización, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, categorizado por Colciencias y adscrito al Departamento de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9049-108X correo: henryvalleb@gmail.com

2 Abogada egresada de la Universidad de Cartagena, magíster en Derecho de Familia y Derecho Penal de la Universidad de Barcelona , docente investigadora del semillero "OBVIOT SEDESCAF" adscrito al grupo de investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos en la línea de investigación Derecho y Globalización, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, categorizado por Colciencias y adscrito al Departamento de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7195-8473 E-mail: dorisortegag@hotmail.com.

3 Estudiante de derecho de la Universidad de Cartagena, semillerista del semillero "OBVIOT SEDESCAF" adscrito al grupo de investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos en la línea de investigación Derecho y Globalización, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, categorizado por Colciencias y adscrito al Departamento de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0251-522X E-mail: paulaandreacortinahernandez@gmail.com

RESUMEN

El objetivo de esta investigación es determinar si, a pesar de la no participación y asistencia de todos sus miembros, existe o no un consenso real como decisión jurídica en las organizaciones internacionales subcontinentales como la CELAC. Además determinar el alcance y validez jurídica de sus mandatos.

La investigación busca identificar el papel de la cumbre VI de jefas y jefes de Estado de la CELAC que pretende el impulso de la política exterior de Latinoamérica. En este artículo se habla del consenso que es la aceptación de todas las normas jurídicas internacionales por parte de todos los destinatarios, el consenso además impulsa la convivencia pacífica.

Se analiza también el tema de la legitimidad de los organismos regionales y en paralelo se revisa la legitimidad de sus decisiones.

El presente escrito se desarrolla bajo una metodología de investigación de tipo descriptivo-analítico dentro del enfoque cuantitativo, la técnica de recolección de datos es la revisión documental.

Palabras claves: CELAC, UNASUR, Derecho Procesal Internacional, consenso, mandatos y relaciones internacionales.

ABSTRACT

The object what do start to this research is decide if exist or not a real consensus like a juridic decision in the subcontinental international organizations like the CELAC, despite a no participation or assistance of all the members. Also determinate the range and juridic validity of their mandates.

The research seeks to identify the role of La Cumbre VI of Heads and Heads of State of CELAC, which pretend the impulse of Latin America's foreign policy. The article talks about the consensus that is the acceptance of all international legal standards by all recipients, the consensus also promotes peaceful coexistence.

It is analyzed also the topic of the legitimacy of the regional organisms and parallel it is check the legitimacy of their decisions.

This writing is developed under a descriptive-analytical research methodology within the quantitative approach, the data collection technique is documentary review.

Keywords: CELAC, UNASUR, international procedural law, consensus, mandates and international relations

I. INTRODUCCIÓN

> *El departamento de derecho internacional de la OEA menciona una histórica y tradicional directriz en materia de política internacional que fundamenta la integración continental americana desde sus inicios como influencia de la reconocida tendencia recibida desde la creación de la ONU con su vocación de multilateralismo universal. Esta vocación es consistente con la idea de que la cooperación interamericana para el desarrollo integral debe ser continua y encauzarse preferentemente a través de organismos multilaterales, sin perjuicio de la cooperación bilateral convenida entre Estados miembro. Los Estados miembro contribuirán a la cooperación interamericana para el desarrollo integral de acuerdo con sus recursos y posibilidades (Organización de los Estados Americanos [OEA]. Art 32*)

El 18 de septiembre de 2021 se llevó a cabo la VI cumbre de jefes y jefas de los Estados latinoamericanos en México que hacen parte de la CELAC dentro del marco de un mundo pospandemia donde la crisis económica, ecológica, las diferencias políticas, el COVID-19 y el avance tecnológico fueron los temas de conversación principales en estos espacios de participación y cooperación internacional.

El secretario de relaciones exteriores de México, Marcelo Ebrard, al ser entrevistado sobre la no participación de los jefes de Estado de Brasil y Argentina y la asistencia del mandatario venezolano Nicolás Maduro, respondió:

> …. el simple hecho de congregar a 31 países fue un éxito, ya que la disyuntiva es que anteriormente no había reuniones. Que impere el respeto mutuo, hay diferencias, el problema es que las diferencias nos permitan reunirnos. A pesar de esas que son importantes se logró la reunión… (Butrón,2021).

En una anterior ocasión, la excanciller colombiana María Angela Holguín, preguntada por un medio periodístico sobre la inasistencia de algunos países del hemisferio en la VI cumbre de las Américas como Cuba y Ecuador ¿En qué condición sería un éxito y en qué condición un fracaso? Ella respondió**:**

> **…**Será un éxito si, además de lograr **consensos** que nos permitan posicionar a las Américas como un actor internacional de primer orden, alcanzamos decisiones para aumentar la competitividad de nuestros países, a través de la promoción y modernización de nuestra infraestructura, y contribuir a la seguridad hemisférica y a la de nuestros ciudadanos… Además**, si los temas y mandatos que hemos trabajado se aprueban por consenso**. (El Tiempo, 2012).

En virtud de lo anterior surge la siguiente interrogante: ¿Existe o no un consenso real en las organizaciones internacionales de carácter subcontinental como la CELAC aun cuando las decisiones sean adoptadas en reuniones de foros jurídicos sin la asistencia de todos sus miembros, tal como sucedió en la reciente VI cumbre de jefes y jefas de Estado donde no se contó con la participación de todos los países integrantes?

El objetivo que moviliza la siguiente investigación es determinar si existe o no un consenso real como decisión jurídica en las organizaciones internacionales subcontinentales como la CELAC pese a la no participación y asistencia de todos sus miembros y determinar el alcance y validez jurídica de sus mandatos.

1.1. Breves aspectos históricos relevantes de la CELAC

Antes de entrar en el tema de controversia es importante mencionar que se entiende por CELAC, de acuerdo con la Cancillería de Colombia (s.f.) es una organización de impulso multilateral que esta dentro del seno de una comunidad global relativamente moderna que se constituye en un momento crucial de la contemporaneidad dado el auge tecnológico, la globalización y el cambio climático, sin embargo, al ser tan prometedora también posee retos derivados de la multiplicidad de opiniones políticas y económicas que confluyen en Latinoamérica.

Ahora bien, este sujeto de derecho internacional se constituyó en medio del desarrollo de la III cumbre de América Latina y el Caribe sobre la integración y desarrollo (CALC) y la XXII cumbre del Grupo de Río, reunidas los días 2 y 3 de diciembre de 2011 (Comunidad de los Estados Latinoamericanos y del Caribeños [CELAC], s.f).

En medio del transcurso de la cumbre de la CALC se propuso la constitución de este organismo, como un mecanismo para fortalecer la comunidad regional de América Latina y el Caribe, y las uniones políticas, económicas, sociales y culturales, lo cual qued**ó** plasmado en la Declaración de Caracas del 2010.

Estas integraciones nacen con unos objetivos claros como lo menciona Valle Benedetti, Alvis Miranda y Marín Montoya (2019). Los estados americanos siempre van en busca de adoptar instrumentos internacionales que promuevan siempre el multilateralismo de cada Estado y de la región, pero sobre todo la protección y promoción de los derechos humanos. Al ser parte de cada uno de estos organismos, los estados adquieren obligaciones en cuanto su protección y promoción, y para garantizar se crean órganos de observancia que en el caso de la CELAC será la presidencia pro tempore.

1.2. Antecedentes de un consenso regional en las cumbres de las CELAC

Inicialmente es importante tocar el punto sobre la legitimidad de los organismos regionales y sus decisiones. Este tema suscita un amplio debate, muchos doctrinantes consideran que las comunidades regionales poseen muchas falencias y que su desarrollo global es un poco escaso, por lo que su legitimidad resulta cuestionada. Sanahuja (2019) opina que las organizaciones internacionales después de la Segunda Guerra Mundial se desarrollan y encuentran legitimidad en la defensa de la democracia y los derechos humanos dentro de sus estados miembro. Esta postura garantista

es empañada por el alto vínculo político que poseen estos organismos, lo cual genera problemas de representación y lleva a los niveles más bajos la legitimidad. Esta postura también es apoyada por Weiler (2020). Estos autores concuerdan en que el avance y desarrollo de las organizaciones regionales se limita debido a aspectos políticos que afecta la participación y compromiso de los estados miembro, sin embargo, concuerdan en proponer el fortalecimiento de las estructuras internas de estos organismos para así ir solucionando las problemáticas mencionadas.

La VI cumbre de jefes y jefas de Estado desarrollada en México tenía por objetivo la creación de un sistema jurídico regional continental, cuyo objetivo sea institucionalizar de manera segura las relaciones entre los países latinoamericanos y del Caribe; aclarar los términos técnicos con los que se administran estos sistemas de derecho actuales dentro de este subcontinente y dialogar sobre los problemas actuales de Latinoamérica y el Caribe.

De acuerdo con las directrices constitutivas de la CELAC, las decisiones en las Cumbres de este organismo se toman por consenso, como lo estipula la Declaración de la Cumbre de la Unidad de América Latina y el Caribe, aprobada en la Riviera Maya en México, el 23 de febrero de 2010. Después de esta cumbre se desarrollaron reuniones en la cuales muchas organizaciones internacionales contribuyeron manifestando sugerencias a los organizadores con la finalidad de impulsar una estructura jurídica que permita el avance del subcontinente mediante la cooperación internacional, introduciendo de esta forma el término de mandatos (MERCORSU,2018)

La cumbre de los jefes y jefas de Estado de la CELAC es definida como un espacio de cooperación internacional regional de nivel subcontinental auspiciado por los países latinoamericanos y del Caribe. La forma cómo se toman decisiones en este organismo juega un papel fundamental, en este caso el consenso es el medio por el cual se adoptan las disposiciones en la CELAC. El consenso representa un tipo de cooperación horizontal sur-sur, que promueve la simplificación y armonización normativa como camino a la unificación jurídica en el marco de la regionalización que conduciría a la globalización.

De acuerdo con el procedimiento para el funcionamiento orgánico de la CELAC (2011), se estableció que la CELAC está constituida por 6 órganos principales:

1. Cumbre de jefas y jefes de Estado y de gobierno;
2. Reunión de ministras y ministros de relaciones exteriores;
3. Presidencia pro tempore;
4. Reunión de coordinadores nacionales;
5. Reuniones especializadas;
6. Troika.

El procedimiento establecido para la adopción de decisiones y declaraciones por parte del organismo es el siguiente: los proyectos de decisiones deben ser preparados y aprobados por la reunión de ministras y ministros de relaciones exteriores, luego la cumbre de jefes y jefas de Estado deberá aprobarlos para su adopción e implementación; es decir, se tiene establecido un doble filtro para su producción normativa internacional. Posteriormente, en otra reunión de ministros se desarrollan los lineamientos para ejecutar dichas decisiones, es decir, hay toda una operatividad pragmática de las actividades administrativas en la CELAC que configura todo un proceso institucional con asidero normativo.

La presidencia pro tempore como procedimiento para el funcionamiento orgánico de la CELAC (2011).

> […] estará asistida por una troika compuesta por el Estado que ostenta la presidencia pro tempore, por el que le precedió en esa responsabilidad y por el que lo sucederá como presidencia pro tempore. La troika quedará automáticamente constituida al momento de la elección del Estado miembro que presidirá la presidencia pro tempore.

Este órgano tiene la función de hacer seguimiento a cada una de las decisiones adoptadas por la cumbre de jefas y jefes de Estado con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las decisiones por parte de los miembros. Esto configura una situación jurídica objeto de análisis en este escrito, debido a que dentro de este foro se toman decisiones vinculantes con presencia o no de todos los integrantes, lo cual forma así una institución jurídica.

En este contexto, Latinoamérica y el Caribe tienen la intención de desarrollar más el multilateralismo y la cooperación internacional con organismos con personería jurídica como la CELAC y UNASUR, pero aún permanece una renuencia a no ceder competencias soberanas para que estas decisiones tomadas dentro de los foros puedan ser profundizadas, lo cual se contrapone a la idea de integración entre Estados.

Surge la iniciativa de hacer un balance comparativo de los aspectos en común entre el desarrollo institucional de la CELAC y el UNASUR. Ambas tienen en común ser integraciones regionales que van en busca de potenciar el multilateralismo de Latinoamérica, UNASUR "nace en 2008 con una fuerte impronta política y prioridades no fijadas que, buscaba articularse con herramientas como el MERCOSUR (Mercosur, 2018), es decir, su desarrollo también ha estado afectado por los vaivenes de la política Latinoamérica lo que se traduce en una crisis política regional. De acuerdo con Cuesta (2021), el consenso es el mecanismo de la toma de decisiones en el UNASUR al igual que en la CELAC. El consenso va seguido de los principios de flexibilidad y gradualidad. El tratado constitutivo del UNASUR destaca la importancia de este sistema, ningún tema entra a la agenda de la organización si no existe un consenso previo.

Volviendo a la línea inicial y embarcados en el proceso de investigación que representa este informe y luego de una lectura detenida de instrumentos, tratados, convenciones y declaraciones

internacionales, se puede concluir que la primera vez que se pusieron de manifiesto las palabras consenso y mandatos para toma de decisiones en el foro institucional de la CELAC fue en el estatuto de procedimiento para el funcionamiento orgánico de la CELAC del 3 de diciembre de 2011. En un apartado titulado Decisiones dice:

[…] Las decisiones se adoptan por CONCENSO en todas las instancias.

> Las decisiones se reflejan por escrito y pueden tomar el formato de declaraciones, decisiones y comunicados conjuntos y resoluciones especiales o cualquier otro instrumento de decisión que de común se determine. Todos tienen carácter de acuerdos políticos y constituyen mandatos (CELAC, 2011).

La CELAC está asociada con la Unión Europea [UE]. Esta asociación estratégica birregional se celebró después de una cumbre a nivel de jefes de Estado y de gobierno para dialogar sobre los temas de trabajo planteados en la Declaración de Bruselas en 2015. Esta declaración aprobó un manifiesto llamado Plan de Acción de la UE- CELAC.

En la II cumbre UE-CELAC se manifestó con relación al consenso que ello es la "expresión de nuestra voluntad común de seguir reforzando nuestras relaciones, y profundizar nuestro diálogo, y dada la importancia que concedemos a la asociación estratégica birregional" (CELAC, 2015).

En esta declaración se manifiesta la intención de adoptar "una Declaración sobre una asociación para la próxima generación" (CELAC,2015), la cual tiene la finalidad de defender y describir "… (nuestra) visión común de los lazos que nos unen y demuestra nuestra voluntad de modelar un futuro común y de trabajar por unas sociedades prósperas, cohesionadas y sostenibles para nuestros pueblos" (CELAC,2015).

Sin embargo, muchos críticos como Minutti y Brutto (2021) se refieren a la CELAC solo como un escenario diplomático que se vincula a la UE para el impulso y el desarrollo económico, pero también es necesario mencionar el avance que implica la coordinación y cooperación internacional, y el consenso mismo como mecanismo de toma de decisiones; términos que son altamente mencionados dentro de la IV cumbre de la CELAC, de acuerdo con Cárdenas Díaz (2021).

1.3. Fundamentos jurídicos del consenso como toma de decisiones cumbres de jefas y jefes de Estado de la CELAC

El concepto de cooperación internacional, de acuerdo con Peña Silva (2020), es un medio utilizado por los actores internacionales para lograr fines específicos. La cooperación como una relación interestatal genera un proceso de coordinación de políticas, sin que ello implique un grado de coordinación, como si ocurre en la integración. La integración y la cooperación son términos distintos entre sí, lo cual con lleva una serie de efectos jurídicos a la hora de la toma de decisiones.

La CELAC es un intento forzado de buscar la integración entre los países Latinoamericanos y para afianzar los tratados económicos con Norteamericana, con la finalidad de "construir en el continente americano algo parecido a lo que fue la comunidad económica que dio origen a la actual Unión Europea"(Presidencia de la República – México,2021). Este esfuerzo se está desarrollando dentro de un contexto crítico de heterogeneidad política, fragmentación y crisis políticas, económicas y sociales que dificultan el avance, pero en ese mismo sentido Minutti y Brutto (2021) mencionan que los retos de la CELAC son amplios producto de la misma fragmentación y discrepancias políticas. No obstante se han logrado consensos importantes a nivel regional y mundial, tal como lo revela la cumbre de jefas y jefes de Estado de la CELAC del 2021 en México, donde se logró el consenso sobre la necesidad de atacar la emergencia sanitaria mundial y el impulsó del desarrollo de la tecnología e innovación en Latinoamérica (Comisión Económica para Latinoamérica y el Caribe [CEPAL],2021)

Ahora bien, análisis de esta índole presuponen establecer la definición del concepto de política internacional o exterior, que establece un marco general de la evolución del derecho internacional, de acuerdo con Rojas Herrera (s.f). La política exterior es un término complejo de definir, pero a grandes rasgos consiste en las decisiones y acciones de los gobernantes determinadas por la condiciones específicas de cada Estado.

El concepto de relaciones internacionales puede ser abordado desde distintas teorías (Arreguin y Mingst, 2018). En esta ocasión abordaremos la teoría constructivista, según la cual relaciones internacionales es un término cambiante en cuanto a que los intereses de cada Estado son maleables debido a los cambios culturales, políticos, sociales y económicos. Desde esta perspectiva las relaciones internacionales van a ser un escenario de estudio donde concluirán los intereses de los estados.

De acuerdo con Ingunza (2019) también es menester analizar el concepto de derecho internacional público como aquel dirigido a regular las relaciones entre los estados y los demás sujetos de la comunidad internacional. Las normas jurídicas que median estás interacciones son creadas por los mismos estados, por lo que conllevan una serie de obligaciones: 1) abstención y 2). Cooperación.

Pallares Bossa (2004) menciona que, al ser parte de la comunidad internacional, la soberanía de un Estado deberá ser respetada por otros, es decir, implica el reconocimiento de sus derechos. Todos los Estados tienen deberes y derechos plasmados en los diversos tratados y pactos que suscriben en la órbita internacional o regional.

Según Pallares Bossa (2004) -apoyado por Carrillo y Ariza (2019)- el derecho internacional tiene fundamento en el consentimiento de cada Estado, lo cual forma posteriormente un consenso que funge como justificante de la obligatoriedad futura de cada país desde el momento en que firma su ingreso a ese organismo multilateral, es decir, que el formar parte de un organismo o comunidad internacional o regional obliga al cumplimento de las decisiones que dentro de los foros principales se adopten.

Vistos los elementos del *jusinternacionalismo* y demás teorías aplicables, es importante explicar qué significado tiene el concepto técnico de consenso, siendo útil para exponer las implicancias que tiene una metodología de decisión de este tipo en materia de derecho internacional dentro de un sistema institucional de conferencias como lo es la VI cumbre de jefes y jefas de los estados latinoamericanos auspiciada por la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños "CELAC".

La decisión por consenso es un proceso que busca no solamente el acuerdo de la mayoría de los participantes, sino también el objetivo de resolver o atenuar las objeciones de la minoría para alcanzar la decisión más satisfactoria. Consenso significa, según la Real Academia Española, (s.f., definición 1): "Acuerdo producido por consentimiento entre todos los miembros de un grupo o entre varios grupos". Se ha dicho en la academia que el verdadero consenso implica satisfacer las necesidades de todos los participantes. La toma de decisión por consenso intenta denigrar el papel de facciones o partidos y promover la expresión de voces individuales.

El método también aumenta la probabilidad de soluciones imprevistas o creativas al yuxtaponer ideas disímiles, pues busca minimizar la objeción. Es muy popular en organizaciones voluntarias, donde las decisiones se llevan a cabo cuando generalmente existe una aprobación amplia. El método de consenso es deseable cuando es improbable forzar el cumplimiento de la decisión, igual como si cada participante adoptara independientemente una misma decisión unánime, lo anterior de acuerdo con lo planteado por Brhlíková (2021).

Es importante resaltar que la palabra consenso tiende a confundirse con unanimidad. cabe resaltar que una amplia parte de la doctrina diferencia estos dos términos. Pasada (2019) destaca que el consenso se diferencia de la unanimidad, puesto que la última significa que para que pueda lograrse una decisión válida del organismo se requiere que todos sus integrantes voten en igual forma. El consenso es un poco flexible, y permite que alguno o algunos de sus integrantes, que no estén demasiado convencidos de la decisión a adoptar, voten de igual modo, bastando que no se pronuncien expresamente en contra, mediante abstención, lo que posibilita que la decisión se materialice, formándose un consenso.

De acuerdo con lo expresado en el párrafo anterior, si bien puede lograrse una decisión del órgano, sin el voto conforme de una de las partes, no es menos cierto que si una de ellas no quiere que se adopte una decisión, bastará una oposición para que la misma no pueda hacerse efectiva. Es decir que, en el consenso, cada parte, posee un poder de veto. Este sistema se asemeja al de unanimidad puesto que la ausencia de votación permite la aprobación del texto sin que los estados deban mostrar expresamente su acuerdo respecto de este, basta con que no obstaculicen su adopción, con respecto al valor o efecto jurídico de las resoluciones adoptadas por consenso, como si hubieran sido aprobadas por votación (Posada, 2019).

Las mencionadas reuniones o foros se pueden realizar por una solo vez o pueden celebrarse periódicamente. En este último caso va adquiriendo un carácter permanente en cuanto crean

oficinas administrativas, también permanentes, a las cuales generalmente se les domina secretarías y luego, en el seno de las organizaciones internacionales, tienen su origen las nuevas conferencias internacionales.

A diferencia de las convenciones y conferencias internacionales, que se caracterizan por su temporalidad y sus objetivos concretos, las organizaciones internacionales tienen carácter permanente con objetivos universales o técnicos que gozan de personalidad jurídica, entendida esta como la capacidad de ejercer ciertos derechos y asumir determinadas obligaciones en el marco de sistemas jurídicos concretos: nacional e internacional.

Coincidiendo con el tratadista anterior, Díaz Galán (2018) sostiene que las organizaciones internacionales tienen personalidad jurídica internacional y aunque tienen su origen en un tratado internacional adoptan sus propias decisiones y son sus propias autoridades las que de conformidad con los criterios previstos en el respectivo acuerdo constitutivo establecen su autoridades y las competencias de cada una de ellas, las relaciones entre los diferentes órganos que la conforman y en general su funcionamiento. Y tienen una infraestructura organizativa y asuntos ejecutivos, judiciales y administrativos por desarrollar, siendo que al interior de ellas se aplican principios, conceptos y normas propias del derecho internacional, como es la figura del consenso.

1.4. Efectos jurídicos de un consenso en el seno de la IV Cumbre de jefas y jefes de Estado de la CELAC

Una vez establecido el sustento académico del análisis, entonces cabe preguntarse por los efectos de la no asistencia de Brasil y el presidente de Argentina al seno de la IV cumbre de jefas y jefes de Estado de la CELAC llevada a cabo el 18 de septiembre de 2021. Inicialmente hay que entender que se trata -como lo señala Peña Silva (2020) -de actos unilaterales que deben ser entendidos como "un comportamiento unilateral, independiente de un régimen convencional especial, realizado por un Estado y que es idóneo para producir efectos jurídicos en el ámbito internacional". Los actos unilaterales son una manifestación expresa de la voluntad de un solo sujeto del Derecho Internacional que tiende a producir efectos jurídicos (derechos y obligaciones). Partiendo de lo anterior se puede determinar que los actos unilaterales poseen 3 elementos: 1) manifestación expresa autónoma de la voluntad de un Estado; 2) la participación de un solo sujeto de Derecho Internacional y 3) generación de efectos jurídicos internacionales.

El canciller brasileño Ernesto Araújo manifestó la intención de su país de no participar en la reunión, así como también se retirarse de la comunidad: "Brasil decidió suspender su participación en la CELAC. La CELAC no tenía resultados en la defensa de la democracia o en cualquier área. Al contrario, daba protagonismo a regímenes no democráticos como los de Venezuela, Cuba,

Nicaragua" (DW, 2020). El jefe de Estado de Argentina, Alberto Fernández, canceló su participación en el encuentro debido a la crisis política que vive su país (Sánchez,2021).

La situación de Venezuela, Cuba y Nicaragua ha creado una crisis en el seno de la CELAC, comenta Duarte (2019). Desde hace años, la CELAC enfrenta una parálisis en sus trabajos, derivada principalmente de la división ideológica existente dentro de la comunidad a causa de las crisis en Venezuela y Nicaragua. Desde la perspectiva del autor, la CELAC está dividida en dos facciones. Por un lado, se encuentran los integrantes del Grupo de Lima -formado por trece países de la región, y Canadá, el cual se ha dedicado a bloquear a Venezuela de las reuniones regionales y no reconoce al régimen de Nicolás Maduro, además de apoyar la aplicación de la Carta Democrática a Nicaragua en la OEA. Por el otro, están los miembros de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América-Tratado de comercio de los pueblos (ALBA-TCP) que respaldan al gobierno de Venezuela y al de Daniel Ortega en Nicaragua frente a las críticas y sanciones de la comunidad internacional.

En estas circunstancias, la asociación de la UE-CELAC también entra en crisis. Ayuso (2021) destaca la pérdida del dinamismo de la asociación debido a la asimetría y desequilibrios políticos y económicos de ambas regiones, lo cual dificulta un trabajo uniforme, es decir, los diversos contextos que se viven en cada región complica el establecer. Cabe destacar que la UE es uno de los principales organismos más evolucionados de cooperación regional con desarrollo institucional político, económico y jurídico y, por lo tanto, al estar asociados ello impacta en el procedimiento y organización de la CELAC.

El sistema de consenso ha impactado tanto al interior de la UE que, de acuerdo con Brhlíková (2021), los consensos ya no son meras decisiones políticas sino que poseen efectos jurídicos (p.422 -423). La UE está abandonado poco a poco la unanimidad como mecanismo de toma de decisiones, para hacer una evolución a un sistema de consenso. Esto configura una integración regional mucho más profunda donde las decisiones ya no necesitan ser adoptadas con presencia ni aprobación de todos los integrantes, pero sí configuran efectos jurídicos (derechos y obligaciones) para cada uno de los miembros participes en la votación o no.

El desarrollo de este sistema de consenso en la CELAC es complicado debido a las múltiples tensiones políticas dentro de ella y el abandono de la comunidad por parte de Brasil. Muchos críticos, sin embargo, se preguntan: "¿Puede hablarse de América Latina sin Brasil? Dada la relevancia geopolítica de este país la respuesta es obvia: desde principios de 2020 la CELAC es un ave que vuela con una sola ala" (Raphael,2021). La situación es crítica, pero la toma de decisiones se mantiene por consenso y, por lo tanto, la inasistencia de mandatarios y de los diversos gobiernos no excluyen la obligatoriedad, y los efectos jurídicos que surgen de los mandatos de la VI cumbre de jefas y jefes de Estado de la CELAC.

II. CONCLUSIONES

El Derecho -y en especial el Derecho Internacional- es de suma importancia. Es imposible que los estados se puedan aislar de la comunidad internacional debido a que el mundo actual, globalizado y contemporáneo exige el desarrollo del multilateralismo de cada país sea por razones económicas, políticas, sociales, culturales. Desde el historicismo jurídico, Posadas Herrero (2018) convierte en necesidad el ingresar y formar parte de las diversas organizaciones internacionales. La evolución jurídico-social ha abandonado la tesis de que el Derecho Internacional no obliga y no vincula, por el contrario fundado en los Derechos Humanos es aquel con más fuerza vinculante, ya que va en busca de la preservación de la raza humana.

La VI cumbre de jefas y jefes de Estado de la CELAC dio un giro decisivo en cuanto al aspecto político se refiere debido a que es una organización plenamente subcontinental que pretende el impulso de la política exterior de Latinoamérica sin el liderazgo de Estados Unidos, lo cual genera una situación de expectativa en la geopolítica mundial. Según Mansilla Blanco (2021) este es el caso de la CELAC que "también pretendería desplazar la operatividad de uno de los organismos hemisféricos impulsados por Washington desde la Guerra Fría: la Organización de Estados Americanos (OEA)"; es decir, el plano actual de la Cumbre de la CELAC 2022 en México ha creado una conmoción política que puede ser perturbada por el propio desequilibrio político interno de la organización.

Para concluir, las decisiones tomadas por vía de consenso en las diversas organizaciones internacionales -en este caso en particular en la CELAC- son obligatorias. El consenso ya ha dejado atrás el mero sentido político y diplomático para convertirse en una fuerza vinculante que puede más que la coacción como sostiene Suárez (2020).

El consenso implica la aceptación de todas las normas jurídicas internacionales por parte de todos los destinatarios. El consenso impulsa la convivencia pacífica, lo cual reafirma el respeto a los derechos de cada Estado en aras de la paz.

Las decisiones tomadas en la IV cumbre de jefes y jefas de estados de la CELAC por vía de consenso son obligatoria para todos los integrantes (asistentes o no), no por arbitrario y tampoco por buscar violar la soberanía propia de cada Estado, sino por buscar preservar la integridad y supremacía de la CELAC y en general de toda la comunidad internacional porque son los organismos que velan por la convivencia pacífica y la paz.

III.REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alférez, F. J. G. (2021). *Derecho internacional privado.* ARANZADI/CIVITAS.
- Arreguin, I y Mingst, K.(2018). *Fundamento de las Relaciones Internacionales.* Editorial CIDE. https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=i5SFDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=info:YbwcVgzAOT8J:scholar.google.com/&ots=TsUTr8TC1l&sig=hLPwo4oN-37492kbiN5Q-TJdxkw#v=onepage&q&f=false
- Ayuso, A. (2021). Claves para reactivar la asociación UE-CELAC y encauzar la globalización del futuro. CIDOB https://www.cidob.org/publicaciones/serie_de_publicacion/notes_internacionals_cidob/247/claves_para_reactivar_la_asociacion_ue_celac_y_encauzar_la_globalizacion_del_futuro
- Brhlíková, R. (2021). *El Papel de los Parlamentos Nacionales en los Procesos de Decisión de la Unión Europea. Revista Cubana de Derecho, 1*(2), 412-442.
- Butron, J. (18 de septiembre de 2021) A pesar de diferencias, reunión de Celac un éxito: Marcelo Ebrard. *La Razón*. https://www.razon.com.mx/mexico/pesar-diferencias-reunion-celac-exito-marcelo-ebrard-452065
- Cancillería de Colombia (s.f) Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños – CELAC. *Política Exterior.* https://www.cancilleria.gov.co/international/consensus/clacs
- Cancillería de Colombia. (s.f.) Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños – Unión Europea (CELAC – UE). *Cancillería de Colombia.* https://www.cancilleria.gov.co/international/consensus/eu-latc
- Cárdenas Díaz, L. (2021). Cumbre CELAC 2021. *Informador.* https://www.google.com/amp/s/www.informador.mx/amp/ideas/Cumbre-CELAC-2021-20211104-0028.html
- Caro Benítez, M. J. (2019). La justicia transicional 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
- 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.21-2019-2503
- Carta de Organización de los Estados Americanos. Artículo 32. 18 de abril de 1948.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2017). Países de la CELAC aprueban por unanimidad lineamientos y propuestas del plan de autosuficiencia sanitaria para América Latina y el Caribe y mandatan a la CEPAL para avanzar en su implementación. *CEPAL*. https://www.cepal.org/es/comunicados/paises-la-celac-aprueban-unanimidad-lineamientos-propuestas-plan-autosuficiencia

- Comunidad de los Estados Latinoamericanos y del Caribeños (s.f. a) *¿Qué es la CELAC?.* Quienes Somos. http://s017.sela.org/celac/quienes-somos/que-es-la-celac/
- Comunidad de los Estados Latinoamericanos y del Caribeños (s.f b) El Proceso de creación de la CELAC. Quienes Somos. http://s017.sela.org/celac/quienes-somos/que-es-la-celac/creacion/
- Comunidad de Estados Latinoamericanos y caribeños (2011 a) *Procedimientos para el funcionamiento orgánico de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños.* http://www.sela.org/es/centro-de-documentacion/base-de-datos-documental/bdd/75368/procedimientos-para-el-funcionamiento-de-la-celac
- Cumbre de América Latina y el Caribe. (23 de febrero de 2010) Declaración de la Cumbre de la Unidad de América Latina y el Caribe. Caracas, Venezuela. http://directorio.sela.org/media/15658/CELAC%20-%20cancun_declaration_2010_es.pdf
- Cuesta, D. (2021). Estados Unidos, ¿una piedra en el zapato de la integración suramericana? Análisis de la CAN y UNASUR entre los años 2000 a 2018 [Tesis de pregrado- Universidad Javeriana]. Repositorio Javeriana. https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/58237
- Díaz Galán, E. (2018). Las organizaciones internacionales como sujetos del derecho internacional. Algunas reflexiones sobre los orígenes. *Revista de Estudios Políticos y Estratégicos. 6*(1) https://revistaepe.utem.cl/articulos/las-organizaciones-internacionales-como-sujetos-del-derecho-internacional-algunas-reflexiones-sobre-los-origenes/
- Duarte, E. (2019). La CELAC en el nuevo escenario regional. *Revista Foreign Affairs* https://revistafal.com/la-celac-en-el-nuevo-escenario-regional/
- DW.(2021).Brasil abandona la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC). *DW.* https://www.dw.com/es/brasil-abandona-la-comunidad-de-estados-latinoamericanos-y-caribe%C3%B1os-celac/a-52035439
- Flórez Muñoz, D. (2021). Judicialización de la macrocriminalidad en el Marco del Derecho Penal Internacional: del análisis sociopolítico de la criminalidad a los modelos dogmático-penales aplicables a la justicia transicional. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, *13*(26), 222–251. https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.13-num.26-2021-3622
- Ingunza, M. F. (2019). Una aproximación al estudio del Derecho Internacional Público. *Lumen, 2(*15), 195-202.
- MERCOSUR (2018) *La Cooperación Internacional para el Desarrollo y el MERCOSUR Estado de Situación, Desafíos y oportunidades*. Secretaria del MERCOSUR. https://www.mercosur.int/wp-content/uploads/2018/06/Estudio-01-18_Cooperacion-internacional_oportunidades-desafios.pdf

- Minutti, E. C., y Brutto, G. L. (2021). La Celac más allá del regionalismo poshegemónico. *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo= Iberoamerican Journal of Development Studies,* 10(1), 240-257. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7915342
- Pallares Bossa, J. (2004). *Derecho internacional público.* Editorial Leyer.
- Peña Silva, F. (2020). Los actos unilaterales de los Estados como fuente formal del derecho internacional público. *Revista de derecho (Valdivia),* 33(2), 167-187. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502020000200167
- Posadas Herrero, A. (2018). El derecho en la Escuela Histórica del Derecho. [Tesis de pregrado-Universidad de Valladoid]. Repositorio documental UVA. https://uvadoc.uva.es/handle/10324/31555
- Posada, E. V. (2019). Integración de Américao Latina desde soberanías nacionales en soberanía compartida. Repensar la integración en América Latina: Los casos del Mercosur y la Alianza del Pacífico.
- Presidencia de la República.(2021). Versión estenográfica. VI Cumbre de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños. *Gobierno de México.* https://www.gob.mx/presidencia/es/articulos/version-estenografica-vi-cumbre-de-jefas-y-jefes-de-estado-y-de-gobierno-comunidad-de-estados-latinoamericanos-y-caribenos?idiom=es
- Raphael, R. (2021).La CELAC mostró la casi nula 'unión latinoamericana'. *The Washington Post.* https://www.washingtonpost.com/es/post-opinion/2021/09/21/cumbre-celac-2021-mexico-amlo-fracaso/
- Redacción El Tiempo. (7 de abril de 2012) 'La de Cartagena será una cumbre con resultados': María Ángela Holguín. *El Tiempo.* https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11517902
- Rojas Herrera, E.(s.f). Política Exterior. *Relaciones Internacionales.* https://www.academia.edu/4358156/RELACIONES_INTERNACIONALES_POLITICA_EXTERIOR_POL%C3%8DTICA_EXTERIOR_POR_ROJAS_HERRERA_EVA_LUZ_Introducci%C3%B3n
- Sanahuja, J. A. (2019). La crisis de la integración y el regionalismo en América Latina: giro liberal-conservador y contestación normativa. *Anuario Ceipaz 2018-2019. Ascenso del nacionalismo y el autoritarismo en el sistema internacional*, 107-126. https://eprints.ucm.es/55435/1/Capi%CC%81tulo%20Sanahuja%202019.pdf
- Sánchez, A. (2021). Presidente argentino cancela asistencia a cumbre de la Celac. *La Jornada.* https://www.jornada.com.mx/notas/2021/09/18/politica/presidente-argentino-cancela-asistencia-a-cumbre-de-la-celac/
- Suárez, E. (2020). *Introducción al Derecho.* Ediciones UNL – Universidad Nacional del Litoral.

- Valle Benedetti, H. J., Alvis Miranda, O. P., & Marín Montoya, J. K. (2019). Transición jurídica de las instituciones en el SIDH : "glosa decenal del derecho americano en la materia". *Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo*, *11*(22), 182–203. https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.11-num.21-2019-250.
- Weiler, J.H.H. (2020). La geología del derecho internacional -gobernanza, democracia y legitimidad. *Revista Derecho del Estado*. (46). http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337664307001

IURA
REVISTA JURÍDICA
Revista académica interdisciplinaria de información e investigación jurídica

http://doi.org/10.22497/iura/71. 7108

IGUALDAD Y MERITOCRACIA DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN ECUADOR

Daniel Frías Toral[1]

RESUMEN

La evaluación de criterios de "igualdad", "género", "acceso a la función pública" en un caso delimitado por la Corte Constitucional del Ecuador promovió objetivos que permitieron avanzar en la construcción de una sociedad más justa e igualitaria. Esta evaluación es preferible frente a la aplicación de criterios en términos literales o exegéticos.

Palabras clave: Género, igualdad, acceso a la función pública, acceso a cargos de la magistratura la jurisprudencia, políticas públicas sobre género.

ABSTRACT

The evaluation of criteria of "equality", "gender", "access to public function" in a case defined by the Constitutional Court of Ecuador promoted objectives that allowed progress in the construction of a more just and egalitarian society. This evaluation is preferable to the application of criteria in literal or exegetical terms.

Key words: Gender, equality, access to the public function, access to judicial positions, jurisprudence, public policies on gender.

1 Abogado. Magister en Derecho Constitucional en la Universidad ECOTEC. Master en Administración de Empresas por la Universidad del Pacífico. Doctorando en Ciencias Jurídicas en la Universidad Católica de Argentina. Director general de Ecuador Consulting Group.

I. INTRODUCCIÓN

Las sociedades latinoamericanas suelen tener características generales comunes de México a la Patagonia, de Ecuador a Brasil, pasando por el Amazonas, desiertos, andes, llanuras y megaciudades. Lamentablemente los elementos negativos son los más comunes.

Situaciones próximas a las exclusiones sociales, la amplificación de valores que amplían la "vulnerabilidad" y el desarrollo de patrones socioculturales *machistas* son las referencias más comunes que se ubican en América Latina (de Barbieri, 2004, p. 197).

Este orden de cosas ha provocado la necesidad de configurar una nueva realidad social para lograr así un mejor Estado de derecho, que mejore los criterios de gobernabilidad, de democracia y de sostenibilidad de una sociedad mucho más justa y prudente con respecto de la interacción entre los integrantes de una comunidad.

Los tratados internacionales a favor de poblaciones vulnerables, en particular a favor de la "mujer" en su doble dimensión (como persona y como colectivo), permiten afirmar que América Latina se encuentra en una etapa de cambio sustancial, especialmente para promover una cultura progresista mucho más acorde a valores objetivos que mejoren la calidad de vida de todos en una sociedad.

Por ello planteamos la evaluación de una de las sentencias más significativas de los últimos años en Ecuador para evaluar la ponderación entre valores como la "igualdad" y la perspectiva de "género" en un caso en particular. De esta manera se genera un texto basado en una metodología cualitativa, de corte interdisciplinario y con una proyección utilitaria para evaluar valores jurídicos como las variables de estudio que permiten una propuesta derivada de la interpretación de una jurisprudencia que requiere una mayor y mejor comprensión para el desarrollo de la mitad de la población en el país (Bermúdez-Tapia, 2012, p. 99).

1.1. El contexto normativo sobre perspectiva de género en Ecuador

El contexto dogmático que da origen al estudio de dos instituciones jurídicas muy significativas en el ámbito constitucional y de políticas públicas respecto de la perspectiva de género es el contenido de la sentencia No. 7-11-IA/19 de la Corte Constitucional del Ecuador (2019) porque analiza a la "igualdad" y a la "meritocracia".

La sentencia en cuestión analiza la acción pública de inconstitucionalidad propuesta contra el acto administrativo con efectos generales, derivado de una convocatoria para desarrollar un concurso de méritos y oposición para la designación de 101 cargos de juezas y jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia y contravenciones, realizado por el Consejo de la Judicatura de Transición, el 13 de noviembre de 2011, por considerar que la entrega de puntos adicionales a las mujeres vulneró el derecho de igualdad.

Tomando en cuenta lo temporal y el contexto social, es necesario detallar algunas referencias preliminares:

a) Se trata de un caso que proviene del año 2011. Respecto de la fecha de la sentencia en evaluación, tanto la teoría como la práctica y perspectiva de género han sido paulatinamente mejoradas, en lo dogmático y en lo que corresponde a su difusión social (Bermúdez-Tapia, 2017, p. 45).
b) Se trata de un caso derivado de la ejecución de un concurso público, abierto y de oposición de méritos para el acceso a una función pública, con lo cual toda la sociedad ha estado pendiente, en particular para así mejorar la función pública, respecto del caso particular de la impartición de justicia.
c) Se trata de establecer el mejor criterio de evaluación para efectos de generar la interpretación de conceptos como "ponderación", "prevalencia", "vulnerabilidad", "acciones afirmativas a favor de determinados colectivos", que permite detallar un proceso de interpretación sujeto a la evaluación un conjunto más amplio de valores en oposición, contradicción y también de relatividad social.
d) Para el año 2011, en el ámbito del derecho convencional no se habían emitido las sentencias en los casos Atala Riffo vs Chile (Corte IDH, 2012), Duque vs. Colombia (Corte IDH, 2016) y Azul Marín vs. Perú (Corte IDH, 2019) que son los casos vinculados a la evaluación de la perspectiva de "género" (Aguilar et al, 2021, p. 25).
e) Para el año 2019, el contexto dogmático convencional, internacional, constitucional y sobre todo la perspectiva de género ha permitido generar una mayor y mejor amplitud de textos vinculados y que han permitido precisar conceptos jurídicos, respecto de su naturaleza jurídica.

Desde esta perspectiva, es importante detallar que se trata de un caso derivado en casi una década por el trámite de procedimientos de orden judicial que tienen una connotación muy particular en función al "tiempo" en el cual se ha evaluado y por ello resulta necesario delimitar la naturaleza jurídica y contenidos teóricos evaluados.

1.2. La evaluación de elementos constitucionales previos a la sentencia en evaluación

Ubicando y focalizando el objeto de evaluación, consideramos que el tema debatido en la máxima instancia judicial del Ecuador está centrado en la siguiente cuestión:

La asignación de puntos adicionales a las "mujeres", como colectivo vulnerable específico, en el concurso de méritos y oposición para la designación de 101 cargos de juezas y jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia y contravenciones ¿Afecta el derecho a la igualdad ante la ley?

Para el análisis de esta cuestión, entonces se requiere ejecutar una evaluación multidimensional para precisar algunos conceptos jurídicos en función al objetivo de lograr una mejor condición de equidad (Bermúdez-Tapia, 2011, p. 21), entre los postulantes a un concurso público en el Ecuador. Por ello, detallaremos los siguientes puntos:

a) La Constitución ecuatoriana, en su artículo 66, numeral 4, consagra el derecho a la "igualdad formal, igualdad material y no discriminación."

   En este punto, el concepto de "igualdad" es un valor jurídico que supera la evaluación y perspectiva de lo "particular" porque se procura eliminar toda situación de subjetividad o ajena a un criterio objetivo.

   Esta referencia se complementa con lo detallado en el artículo 11, numeral 2, de la Constitución ecuatoriana que establece: "Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades", entendiéndose a la "igualdad formal" como el trato idéntico a sujetos-individuales o colectivos- que se hallen en la misma situación.

b) En otro ámbito, la dimensión material establecida en el artículo 11, numeral 2, inciso 3 de la Constitución ecuatoriana detalla: "El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad".

   Esta condición habilita la ejecución de criterios de ponderación en función a las condiciones negativas que pudieran evaluarse en el desarrollo de una acción que procure ejecutar una condición de "igualdad formal" a las personas en un caso particular, como el evaluado.

   Los sujetos que se encuentren en condiciones diferentes requieren un trato distinto que permita equiparar el goce y ejercicio de sus derechos a personas que se encuentran en situaciones distintas.

c) Paralelamente, instituciones jurídicas como el "acceso a la función pública", la "gestión pública", la "impartición de justicia", la "defensa judicial de niños", la "especialización en el ámbito de la impartición de justicia", el "derecho al trabajo" nos permite detallar la amplitud temática que puede provocar la evaluación de una controversia en función a la valoración de perspectivas individuales y especiales.

Como se podrá apreciar, la contraposición de conceptos e instituciones jurídicas en un ámbito de evaluación muy complejo y sobre todo con una proyección específica en función a la búsqueda de la *igualdad real* en la sociedad ecuatoriana, permite concluir que la sentencia en evaluación supera la proyección de su contenido.

1.3. El punto central en evaluación: la "asignación de puntaje por el hecho de ser mujer"

El artículo 13, letra f del Reglamento de selección y designación de servidores de la función judicial citado en la sentencia en estudio, y el instructivo para concursos, designación de juezas y jueces de familia, específicamente el artículo 37, letra f) prescribe que serán condiciones para la aplicación del puntaje de acción de afirmativa, el "ser mujer".

En la actualidad, de manera general en Ecuador, se aplica el *Instructivo para concurso de méritos selección varios cargos judicatura*, el cual en su artículo 38 tipifica que:

> **Art. 38**.- Medidas de acción afirmativa. - Únicamente en la fase de méritos se aplicarán las medidas de acción afirmativa señaladas en el segundo inciso de los artículos 65 y 70 de la Constitución de la República del Ecuador para promover la igualdad real. Cada condición personal será calificada con dos (2) puntos, acumulables hasta cuatro (4) puntos, sin que esta puntuación exceda la calificación máxima de quince (15) puntos correspondientes a la fase de méritos. Serán condiciones para la aplicación del puntaje de acción afirmativa:
>
> f. Ser mujer. (Consejo de la Judicatura, 2022).

A su vez este mismo artículo menciona que "en caso de empate entre un hombre y una mujer en la puntuación final del proceso de selección**,** *se dará preferencia a la postulante mujer.*

Aunque el contexto podría generar una evaluación subjetiva, esta fórmula es aceptable por cuanto permite una mayor condición de igualdad en la *postulación* y corresponderá evaluar cada situación en particular.

Las acciones afirmativas resultan ser unas medidas dirigidas a un determinado grupo poblacional que se encuentra en condición de desventaja, y tiene como objetivo promover el ejercicio igualitario de derechos, erradicando o disminuyendo la discriminación estructural.

La Corte Constitucional señaló en su oportunidad que las acciones afirmativas no resultan ser una excepción al principio de igualdad, sino que se convierte en un medio para promover el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones. El uso de acciones afirmativas pretende buscar una mayor representación de las mujeres en los cargos de autoridad en las distintas funciones estatales.

De lo expuesto es indiscutible que el Estado puede apelar a la diferenciación de algún elemento que puede ser el "sexo", la "condición étnica", la "referencia económico social" o alguna otra categoría para no generar una *condición de referencia* negativa. De esta manera evita que se amplíen las prácticas sociales que han ubicado a ciertas personas o grupos de personas en posiciones desfavorables, con lo cual se constituye un factor de *vulnerabilidad* que resulta ajeno a la construcción de un Estado de derecho.

En este sentido, resulta necesario detallar que los niveles de "vulnerabilidad" no evaluados desde las políticas públicas pueden provocar condiciones de "invisibilidad" social en algunos grupos sociales y generar una condición mucho más negativa porque esta exclusión se ejecuta desde el propio Estado (Sierra-Zamora et al, 2020).

Consecuentemente, la Constitución tutela los derechos de las mujeres, como colectivo vulnerable más significativo en nuestra sociedad ecuatoriana (Bermúdez-Tapia, 2021, p. 487), mediante la interpretación en forma conjunta del artículo 11, numeral 2, el artículo 353, el artículo 66, numeral 3 literal b), el artículo 69 numeral 45, el artículo 61 numeral 76.

1.4. Un asunto doméstico pero sujeto a obligaciones internacionales

Sobre la base de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado ecuatoriano, la implementación y aplicación de las acciones afirmativas ejecutadas desde el Estado permite afirmar que las políticas públicas de búsqueda de equivalencias de derechos e igualdad de oportunidades en el ámbito laboral, económico, social y político se encuentran acorde a los distintos convenios y tratados a los que el país se encuentra suscrito.

Desde el 9 de noviembre de 1981, el Estado ecuatoriano ratificó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer ("CEDAW"). Esta convención expone que, a fin de lograr la igualdad de género, *los Estados Parte tienen que incorporar en todas sus instituciones, políticas y acciones la perspectiva de género, con el fin de promover la igualdad sustantiva o la igualdad de resultados.*

Nótese que este primer documento internacional fue generado en una época en la cual la identificación de la "mujer" como sujeto de derechos recién se comenzaba a extender a los países, condicionando positivamente la modificación de una realidad social que no valoraba el aporte de la mujer al desarrollo del país (Deere et al, 2000, p. 156).

De manera adicional**,** *la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -Convención Belem do Para-* ratificada por el Ecuador, el 15 septiembre 1995*,* se constituye en un elemento positivo porque trata por primera vez el contexto de la violencia que padece la mujer, tanto en forma individual en el entorno familiar como en el ámbito socioeconómico y laboral.

Ecuador igualmente ha tomado en cuenta las decisiones de la Corte IDH respecto de casos donde se ha evaluado el tema del "género" o el "acceso a cargos públicos", especialmente en el ámbito de la judicatura y para ello nuestra evaluación permite afirmar una correcta evaluación y argumentación en la sentencia en evaluación.

A partir del párrafo 30 de la sentencia se empezó el análisis del tema en estudio para determinar si existe un trato discriminatorio por la entrega de puntos por la acción afirmativa. La conclusión es que el otorgar puntos adicionales a las mujeres dentro del concurso de méritos y oposición para la designación de 101 cargos de juezas y jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia y contravenciones *es una medida necesaria para lograr aumentar la representatividad de las mujeres en cargos de autoridad en la función judicial y considera* que tiene como objetivo proteger y prevenir los derechos de las mujeres que han sido excluidas históricamente.

En este sentido, la sentencia permite observar un criterio superior a la evaluación exegética del contenido de la "igualdad" como valor constitucional y convencional en evaluación.

II. CONCLUSIONES

Las sociedades latinoamericanas requieren mejorar las condiciones de promoción de la igualdad material en sus sociedades, especialmente a partir del diseño de políticas públicas focalizadas en la atención de la perspectiva de género, tomando en cuenta su utilidad en la construcción de una sociedad mucho más justa y progresiva (López, 2021, p. 145).

En este sentido, se podría cuestionar cualquier acción que pudiera partir de una exigencia mucho más literal o exegética; pero ello podría no considerar el severo problema que se mantendrá en la sociedad en perjuicio de las poblaciones con menos condiciones para generar una mejoría en su condición como "colectivo" en situación de vulnerabilidad o a nivel de limitación.

La sentencia en evaluación sostiene un criterio que procura justificar una acción afirmativa para mejorar el acceso a la función pública de las mujeres en la actividad de la judicatura. En los próximos años se brindarán mayores resultados positivos, porque esta oportunidad será diligentemente aprovechada por las mujeres ecuatorianas.

III.REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar Cavallo, G.; Algarín Herrera, G.; Arcaro Conci, L.; Bermúdez-Tapia, M.; Garat, P.; Mendieta, D. (2021) *El control de convencionalidad: Ius Constitucionale Commune y diálogo judicial multinivel latinoamericano.* Santiago de Chile: Tirant lo Blanch
- Bermúdez-Tapia, M. (2011) *La constitucionalización del derecho de familia.* Lima: Ediciones Caballero Bustamante
- Bermúdez-Tapia, M. (2012) *Derecho procesal de familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de familia.* Lima: Editorial San Marcos
- Bermúdez-Tapia, M. (2017) *El Derecho de Familia en la postmodernidad.* Trujillo: UPAO
- Bermúdez-Tapia, M. (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, G. y Nogueira Alcalá, H. (Coordinadores) *La evolución de los derechos sociales en un mundo global.* Santiago de Chile: Tirant lo Blanch, pp. 487-504
- De Barbieri, T. (2004) Más de tres décadas de los estudios de género de América Latina. *Revista Mexicana de Sociología,* 197-214
- Deere, C. & León, M. (2000) *Género, propiedad y empoderamiento: tierra, Estado y mercado en América Latina.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia

- López Pachecho, J. A. (2021) LA (re)irrupción del discurso de la "ideología de género" en América Latina. Protestas, atención del puúblico y respuestas gubernamentales. *Estudios Políticos,* (60), 145-177
- Sierra-Zamora, P. A. y Bermúdez-Tapia, M. (2020) 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

Referencias jurisprudenciales

- Consejo de la Judicatura (2022, 10 de marzo) *Concurso de méritos y oposición, impugnación ciudadana y control social, para llenar cargos de juezas y jueces en varias materias.* https://www.funcionjudicial.gob.ec/es/component/content/article/48-concurso-313-jueces/215-concurso313jueces
- Corte Constitucional del Ecuador (2019, 12 de diciembre) *Sentencia Nº 0007-11-IA-sentencia.* https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=7-11-IA/19
- Corte IDH (2012) *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile.* http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- Corte IDH (2016) *Caso Duque vs. Colombia.* Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=444&lang=es
- Corte IDH (2020) *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú.* Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/rojas_marin_y_otras.pdf

IURA
REVISTA JURÍDICA
Revista académica interdisciplinaria de información e investigación jurídica

http://doi.org/10.22497/iura/71. 7109

CONSIDERACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES PARA CONCEPTUALIZAR EL ACOSO CONTRA LA MUJER EN COLOMBIA[1]

Tulia Del Carmen Barrozo Osorio[2]
Elsa Marcela Quintana Vargas[3]
Jennifer Jolie Morales Vásquez[4]
Lina Marcela Herrera Ramírez[5]

1 Primer avance de investigación del proyecto de investigación "ANÁLISIS JURIDICO Y SOCIAL AL CONCEPTO DE ACOSO EN COLOMBIA" desarrollado en la Universidad de Cartagena.

2 Abogada de la Universidad de Cartagena. Orientadora Familiar de la Universidad de Navarra, España y Universidad de la Sabana, Bogotá. Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Externado de Colombia - Bogotá; Especialista en Educación y Asesoría Familiar de la Universidad de la Sabana - Bogotá; Especialista en Conciliación, Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Cámara de Comercio de Cartagena en convenio con la Universidad de Cartagena; Maestría en Procedimiento Civil y Patrimonio de la Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana Santa María de la Rábida – Huelva, Andalucía - España; Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Bogotá; docente de cátedras e investigadora en Universidad de Cartagena, Universidad Libre, y eventualmente en Cámara de Comercio de Cartagena – Sede Cartagena; Conciliadora en Familia, Privado y Comercial de la Cámara de Comercio. Doctora (C) en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá. Directora de los Semilleros de Investigación MIRABAL, Derechos de la Mujer y Derechos de Género. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-8382-1909 E-mail: tbarrozoo@unicartagena.edu.co

3 Semillerista del semillero MIRABAL adscrito al grupo de investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos – PRAGMA. Estudiante de la Universidad de Cartagena. Correo Electrónico: equintanav@unicartagena.edu.co (ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7794-7353)

4 Semillerista del semillero MIRABAL adscrito al grupo de investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos – PRAGMA. Estudiante de la Universidad de Cartagena. Correo Electrónico: jmoralesv@unicartagena.edu.co. (ORCID: https://orcid.org/0000-0003-3257-3017)

5 Semillerista del semillero MIRABAL adscrito al grupo de investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos – PRAGMA. Estudiante de la Universidad de Cartagena. Correo Electrónico: lherrerar1@unicartagena.edu.co (ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2536-317X)

RESUMEN

La normalización de conductas abiertamente nocivas, como el acoso, genera varios factores de riesgo inherentes: i) la reincidencia, ii) la falta de sanción y iii) el desconocimiento de que se es víctima de ello. Aunque desde una óptica doctrinal, esta conducta junto con sus modalidades cuenta con una noción descriptiva, se carece de esto desde una perspectiva jurisprudencial. Por eso resulta necesario analizar cuál ha sido la evolución jurisprudencial de las altas cortes sobre el concepto de acoso y sus diversas modalidades desde la génesis de la nueva Constitución hasta la actualidad; sin embargo, el estudio de ambas fuentes auxiliares del Derecho indica que, en la praxis, el vacío normativo vinculado a la conducta afecta de manera directa e indirecta a los ciudadanos.

Palabras clave: Jurisprudencia, doctrina, ley, acoso, mujer, discriminación.

ABSTRACT

The normalization of openly harmful behaviors, such as harassment, generates several risk factors inherent to it, which are, i) recidivism, ii) lack of punishment and iii) the lack of knowledge that one is a victim of it. From a doctrinal perspective, this conduct along with its modalities has a descriptive notion, however, from a jurisprudential perspective, the lack of it is denoted. That is why it is necessary to analyze what has been the jurisprudential evolution of the high courts on the concept of harassment and its various modalities from the genesis of the New Constitution to the present; however, with the study of both auxiliary sources of Law, it is indicated that, in praxis, the normative vacuum linked to conduct directly and indirectly affects citizens.

Keywords: Jurisprudence, doctrine, law, harassment, women, discrimination.

I. INTRODUCCIÓN

La violencia contra la mujer es una de las formas más peligrosas de abuso y discriminación, esta no conoce de razas, clases sociales ni identidades nacionales y al mismo tiempo se puede manifestar de diversas maneras: física, sexual, psicológica y económica. Esta violencia, sin embargo, ha sido normalizada e invisibilizada hasta el punto de que los movimientos sociales de mujeres y las organizaciones feministas se vieron en la obligación de atraer la atención mundial sobre estas conductas (Manuh, S.F.). Nos centraremos en una de las conductas que, si bien resulta empíricamente reconocida, suele ser aislada ya sea por la falta de denuncias o de una regulación que las respalden. Se requiere analizar cuál ha sido la evolución jurisprudencial de las altas cortes sobre el concepto de acoso y sus diversas modalidades

desde la génesis de la nueva Constitución hasta la actualidad, a fin de tomar los criterios auxiliares del Derecho para entender el acaecimiento de esta conducta. Analizaremos las sentencias emitidas por las altas cortes entre 1991 - 2021 y la doctrina nacional e internacional para dar una solución gradual a la pregunta anteriormente planteada. Los objetivos específicos de esta investigación son:

- Enunciar los conceptos técnicos de acoso emitidos por las altas cortes mediante sus sentencias.
- Identificar las diferentes categorías de la conducta generalizada de acoso según la doctrina.
- Establecer las diferencias conceptuales sobre el acoso entre la doctrina y la jurisprudencia.
- Determinar si los criterios auxiliares de derecho resultan idóneos para cimentar una posible regulación normativa que abarque todo lo concerniente a la conducta de acoso.

Esta investigación está delimitada temporalmente desde la promulgación de la Constitución Política de 1991 hasta el año 2021, debido a que en el nuevo régimen constitucional el derecho fundamental a la dignidad debe ser protegido. El territorio colombiano conforma la delimitación espacial, ya que las jurisprudencias de la Corte Constitucional producen efectos *erga omnes* y de igual manera, aquellas emitidas por la Corte Suprema de Justicia cumplen un papel fundamental como cimiento o piedra angular en la argumentación jurídica. Las doctrinas como criterio auxiliar del Derecho tienen una connotación internacional que sirve para la aplicación nacional en cuanto a regulación normativa se refiere.

Este artículo es relevante por cuanto pretende determinar el sentido concreto del *acoso* a través del análisis integral de las jurisprudencias desarrolladas por las altas cortes de nuestro país, las cuales terminan siendo instrumentos propicios para entender el acaecimiento de esta conducta. Es de suma importancia para la comunidad estudiantil y la sociedad en general conocer las modalidades que enmarcan el concepto de *acoso,* a fin de que más mujeres que se sientan víctimas puedan denunciar, buscando erradicar este tipo de conductas catalogadas como violencia contra la mujer.

Esta investigación coadyuva a establecer nuestros propios criterios acerca de los pronunciamientos que han tenido las altas cortes de nuestro país y de esta manera ofrecer nuestras propuestas desde una óptica femenina, que ha tenido que presenciar la recurrencia de esta conducta en la sociedad. Hasta el extremo que ha sido minimizada por ser considerada algo “normal”; además este proyecto nos permite apropiarnos de temas de interés general y de problemáticas sociales que requieren nuestra participación como ciudadanas y como futuras abogadas.

Finalmente, dividimos esta ponencia en los siguientes apartados: i. Metodología, ii. Desarrollo del trabajo en el cual vamos a abordar el concepto de acoso según un análisis jurisprudencial que será dividido en tres periodos (1991-2000 / 2001-2010 / 2011-2021) y un análisis doctrinal de diferentes autores nacionales e internacionales. Por último, enunciaremos las conclusiones previas que servirán como la base o la materia prima para la construcción de las siguientes etapas del proyecto de investigación.

II. METODOLOGÍA

El enfoque seleccionado para el desarrollo de la presente investigación es la metodología cualitativa debido a que se enfoca en aspectos sociales y en la interpretación de doctrinas y jurisprudencias concordantes con la normatividad colombiana para despejar la incógnita sobre la noción de acoso, brindando así la facultad de reunir y examinar de forma directa el objeto de estudio. En este caso es tanto doctrinal como jurisprudencial en el contexto en el cual se desarrolla.

Para lograr los objetivos planteados en este proyecto, los criterios utilizados serán auxiliares y corresponden a lo manifestado por Colin y Capitant, quienes afirman que existen dos categorías de fuentes: "Las fuentes legislativas, que comprenden la ley y la costumbre; y, a título secundario y como complemento de las primeras, las fuentes de interpretación, es decir, la doctrina y la jurisprudencia." (Gómez, 2007)

Además, emplearemos el análisis dinámico de precedentes establecido por el autor Diego Eduardo López Medina en su texto "El derecho de los jueces" cuyo objeto precisa desde las técnicas de investigación de la línea jurisprudencial que *"Las líneas no pueden construirse por mera afinidad conceptual, sino que es imprescindible, al mismo tiempo, cercanía y relevancia en relación con los patrones fácticos de estudio"* (López Medina, 2006).

Según Sampieri "los estudios descriptivos permiten detallar situaciones y eventos, es decir cómo es y cómo se manifiesta determinado fenómeno" (Sampieri, 2006). Este proyecto de investigación es de carácter descriptivo en cuanto permite describir las modalidades de acoso que se presentan en la cotidianidad y los elementos específicos que las integran.

III, LAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES Y LA DOCTRINA

Con el fin de cumplir los objetivos propuestos, abordamos la construcción de una línea jurisprudencial desde tres periodos de tiempo, el primero desde la expedición de la Constitución Política en 1991 hasta el año 2000, el segundo desde el año 2000 hasta el 2010 y el último a partir de 2010 hasta la actualidad. El propósito de esta clasificación temporal es analizar los avances en los pronunciamientos de las altas cortes, teniendo en cuenta realidades de modo, tiempo y lugar distintos en cada periodo en los cuales variaron la legislación y las perspectivas de decisión de los magistrados.

Asimismo se analiza la doctrina concerniente a fin de ampliar conocimientos, distinguir las principales diferencias y suscitar las ventajas de ambos criterios auxiliares del Derecho, es decir, la doctrina y la jurisprudencia.

En tal sentido, seguidamente exponemos los resultados gradualmente alcanzados:

3.1. Análisis jurisprudencial

3.1.1. Precedentes sobre el acoso (1991-2000).

La regulación concerniente al acoso en el periodo 1991-2000 deja en evidencia la precariedad normativa y de las concepciones jurisprudenciales. Sin embargo, resulta útil tomar los derechos consagrados en la nueva Constitución Política como un punto de partida para la construcción de un concepto claro que especifique esta conducta. Nieto, C. afirma que "La Constitución Política colombiana desarrolla derechos y principios que se ven comprometidos en los casos de existencia del acoso laboral y en particular en el acoso sexual. El derecho a la igualdad, la no discriminación, la dignidad y la intimidad como los derechos laborales mínimos son unos de estos" (Nieto, 2006). Bajo este supuesto se puede afirmar que la conducta en cuestión vulnera los derechos anteriormente mencionados y brinda amplitud a la noción de acoso.

Ahora bien, la jurisprudencia nacional no abarca la construcción del concepto requerido, además de tratar de manera escasa esta temática. Esto se evidencia en la inexistencia de sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia en este periodo y la existencia de una única sentencia en la Corte Constitucional (Corte Constitucional de Colombia , 1997). Esta sentencia tiene su origen en la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 125 y 186 de la ley 115 de 1994, "por la cual se expide la Ley General de Educación", presentada por Martha Patricia Ayala Romero ante la Corte Constitucional El primer artículo demandado afirma que:

> *"Artículo 125.- Acoso sexual. Se adiciona a las causales de mala conducta establecidas en el artículo 46 del decreto 2277 de 1979, el acoso sexual y, en consecuencia, a quien incurra en ella se le aplicará lo previsto en el artículo 53 del mencionado decreto y la sanción definitiva de exclusión del escalafón, de conformidad con el estatuto docente." (Congreso de la República de Colombia, 1994)*

La accionante manifiesta que al incluir el acoso sexual dentro de las causales de mala conducta se vulneran los artículos 16 y 18 de la Constitución nacional debido al desconocimiento de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de conciencia de estos.

En primer lugar, la Corte deja claro que la Ley General de Educación (Ley 115 de 1994) fue derogada por el Código Único Disciplinario (Ley 200 de 1995). Sin embargo, la magistrada hace la salvedad de que la conducta de un docente que, abusando de su autoridad, ejecute actos de violencia o que atenten contra la moral, especialmente de los alumnos no deja de

ser objeto de investigación y sanción disciplinaria; de hecho, esta clase de comportamientos pueden estar contemplados en el Código Disciplinario Único, en algunos de sus artículos, sin descontar la eventual responsabilidad penal en que pueda incurrir.

A raíz de lo anteriormente mencionado, se realiza un estudio de la positivización referida a esta conducta dentro del ordenamiento jurídico, partiendo entonces de la aplicación de la responsabilidad disciplinaria regulada por el Código Único Disciplinario en su art. 38:

> *"La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria y por lo tanto da lugar a acción e imposición de la sanción correspondiente el incumplimiento de los deberes, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones, la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses." (Congreso de la República de Colombia , 2002)*

Según este artículo, la falta disciplinaria se puede presentar, entre otras, por incumplimiento de los deberes, abuso de los derechos y funciones, o por la incursión en las prohibiciones. La primera en mención se encuentra en el artículo 40 y manifiesta de manera general que los servidores públicos deben cumplir y hacer que se cumpla la Constitución y demás regulaciones cuando correspondan a la naturaleza de las funciones, la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses. Y, además, deben tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con las que tengan relación con motivo del servicio. De esta manera, resulta necesario resaltar las prohibiciones que se encuentran en el artículo siguiente, y que grosso modo establece que los servidores públicos están prohibidos de ejecutar actos de violencia, malos tratos, injurias o calumnias contra superiores, subalternos o compañeros de trabajo, y de igual forma, ejecutar en el lugar de trabajo actos que atenten contra la moral o las buenas costumbres.

Ahora bien, para adecuar la sentencia al interés de la investigación es válido agregar las precisiones sobre la conducta denominada "acoso sexual" desde el punto de vista penal y laboral realizado por la Corte Constitucional. Como es bien sabido, nuestra legislación no consagraba esta conducta como un delito en este periodo de tiempo. Aunque existieron intentos para lograr este fin, no lograron culminar la etapa legislativa. El proyecto de ley N°041 de 1994 establecía en su primer artículo una pena de seis meses a un año en prisión para aquellos que abusando de su poder, autoridad o influencia impartieran órdenes o ejercieran presiones de cualquier naturaleza sobre su subordinado, o le ofrezcan incentivos o beneficios de cualquier índole, con el fin de obtener favores de naturaleza sexual en su provecho o el de un tercero.

La conceptualización y regulación de esta conducta era realmente vaga. Por ejemplo, la corte cita el delito de constreñimiento ilegal como una norma sancionatoria debido a que materialmente sanciona conductas que entrañen violencia o que sean limitantes de la libertad personal. En el caso concreto del educador que incurra en comportamientos que signifiquen maltrato a un menor, podría aplicarse algunas normas del Código del Menor; pero es evidente que no cubre netamente lo concerniente al acoso, ni a la modalidad específica del acoso sexual. Esto demuestra el vacío normativo y la inexistencia conceptual del acoso sexual y, por ende, la imposibilidad de crear una norma que describa y sancione esta conducta.

En el ámbito internacional el panorama no es diametralmente opuesto a las disposiciones nacionales; es decir, en este periodo no son visibles las intervenciones internacionales vinculadas a estudiar esta conducta. Si bien existen casos de convenciones o tratados que incluyen el acoso sexual como una conducta reprochable, parten de un conocimiento general y empírico (ya sea como sujeto activo o sujeto pasivo). Un ejemplo es la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer suscrita el 9 de junio de 1994 en Belem Do Para, Brasil (aprobada por Colombia mediante la ley 248/95 y declarada exequible por medio de sentencia C-408/96) debido a que presenta los derechos protegidos, los deberes de los Estados y los mecanismos interamericanos de protección junto a un concepto de lo que incluye la violencia física, sexual y psicológica.

> *"Artículo 2: Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:*
> *a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;*
> *b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y*
> *c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra." (Corte Constitucional de Colombia , 1996)*

Así pues, la Convención de Belem Do Para expone el acoso sexual como un elemento que hace parte de la violencia física, sexual y psicológica obviando la definición de lo que esta conducta significa en sí misma.

3.1.2. Precedentes sobre el acoso (2001-2010)

En este segundo periodo nos encontramos ante un primer obstáculo al momento de analizar la jurisprudencia y es que en ninguna de las sentencias objeto de estudio y análisis se trata concretamente el tema del acoso, sino que, por el contrario, se limitan a nombrar exclusivamente el acoso sexual como parte de las conductas realizadas, es decir, las consideraciones de las altas cortes claramente están centradas en otros aspectos.

La sentencia T-220 del 2004 tuvo como magistrado ponente a Eduardo Montealegre Lynett (Corte Constitucional de Colombia, 2004). La ciudadana (…), en representación de su hija (…), interpuso acción de tutela contra el colegio (…), por considerar que una funcionaria de ese establecimiento educativo, con sus actuaciones, ha vulnerado los derechos fundamentales de su hija menor a la dignidad, al buen nombre y a la honra. La madre de la estudiante considera que las directivas del Colegio desconocieron los derechos a la dignidad, al buen nombre y a la intimidad de su hija menor (13 años de edad), con los siguientes hechos: (i) la censura pública de las conductas de los y las estudiantes, consistentes en toques, roces y caricias de contenido sexual entre ellos, (ii) la afirmación de que algunas de las estudiantes del Colegio parecían unas guitarras, y en especial (iii) el haber sugerido en la formación general del colegio que tal era el caso de su hija.

La Corte Constitucional plantea los siguientes problemas jurídicos:

(i) Si las observaciones generales de las directivas sobre la supuesta incorrección de hechos que tienen relación con el despertar de la sexualidad de los adolescentes, seguidas de la asociación discursiva de tales observaciones con la situación particular de un estudiante, es violatorio de los derechos fundamentales a la dignidad, a la intimidad y al buen nombre de la estudiante aludida; o, por el contrario, puede considerarse como un desarrollo plausible de la labor docente, en el sentido de que con ello se persigue garantizar la formación en valores como el respeto y la disciplina.

(ii) Si la ventilación y la censura pública de conductas relacionadas con el despertar de la sexualidad de los adolescentes (toques, roces y caricias de contenido sexual entre ellos) sumado al señalamiento de estudiantes en particular, puede considerarse como una conducta violatoria del derecho a la educación de la estudiante aludida o, por el contrario, se trata de una conducta que se desarrolla dentro de los marcos jurídicos y teóricos permitidos por la política nacional de educación sexual para estudiantes de educación básica primaria y media.

La docente María Elvira Domínguez Blanco de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional, quien sirvió como interviniente, expresa que es importante que las directivas de instituciones educativas hagan una distinción clara y especifica entre el acoso

sexual y el coqueteo entre adolescentes. Al mismo tiempo define el primero como degradante y unilateral, por lo que no se puede concluir que las personas que se ven expuestas al mismo sientan agrado y placer de ser "tocadas". Mientras que, en el segundo, se dan manifestaciones de mutua atracción, elogio y reconocimiento entre los estudiantes que, según la profesora, "constituyen expresiones justificables en la convivencia de un colegio mixto". Si bien se trae a colación el tema del acoso sexual, este no es definido como tal; tampoco se expresan que conductas podrían constituir el mismo.

En el mismo periodo de tiempo, nos encontramos con la sentencia T - 882 del 2006, el magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto (Corte Constitucional de Colombia , 2006). En esta ocasión, la accionante afirma que fue citada a declarar en el proceso disciplinario que se adelantaba contra el abogado Omar Van Leeden Salcedo, indicando que "por tal razón la señora LOLA DEL RÍO DE VAN LEENDEN…de manera verbal le propone…que en dicha versión declarara en los mismos términos en que ella se había pronunciado en la diligencia efectuada el 11 de julio de 1996, y con esto beneficiara las resultas del proceso seguido contra su señor esposo". Al negarse a esta propuesta, su jefa inició "una serie de actos y acciones de contenido discriminatorio, peyorativo y de ultraje tanto físico como verbal; al punto que se vio en la necesidad de recurrir ante la Defensoría del Pueblo, solicitando amparo y protección".

Correspondió a la sala determinar si procede la acción de tutela frente a conductas de superiores jerárquicos que constituyen acoso laboral, generan grave perjuicio en la salud mental de un trabajador (estrés laboral) e, igualmente, si mediante aquella se pueden ordenar, ante tales situaciones, traslados de personal, al igual que la práctica de exámenes médicos y psicológicos por una ARP.

Para tales efectos, la Sala (i) examinó las principales líneas jurisprudenciales sentadas por la Corte en relación con el derecho fundamental a un trabajo en condiciones dignas y justas; (ii) estudió el tema del acoso laboral en cuanto violación al mencionado derecho; (iii) analizó la procedencia de la acción de tutela, dada la entrada en vigor de la Ley 1010 de 2006; (iv) resolvió el caso concreto.

La Corte Constitucional, considera que la persecución laboral constituye un caso de vulneración del derecho fundamental a gozar de un trabajo en condiciones dignas y justas. Con todo, hasta el momento, no había contado con la ocasión de profundizar acerca de las características que presenta este fenómeno ni de examinar la procedencia de la acción de tutela en estos casos, dada la entrada en vigor de la Ley 1010 de 2006, "Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo".

En este sentido, se enseña la diferencia entre acoso laboral y "mobbing". Este término fue empleado por primera vez por el psicólogo Heinz Leymann, uno de los precursores de la materia, que entiende por tal vocablo *"una situación en la que una persona (o en raras ocasiones un grupo de personas) ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (como media una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (como media unos seis meses) sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, acabar su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo."* (Corte Constitucional de Colombia , 2006)

Entonces, según los estudios de Leymann, los comportamientos que pueden llegar a constituir acoso laboral son, entre otros, los siguientes: ataques verbales, insultos, ridiculización, críticas injustificadas, desacreditación profesional, amenazas constantes de despido, sobrecarga de trabajo, aislamiento social, falsos rumores, acoso sexual, no tener en cuenta problemas físicos o de salud del trabajador y hasta agresiones físicas. Las víctimas, a su vez, suelen sufrir, entre otros síntomas, los siguientes: trastornos de sueño, dolores, síntomas psicosomáticos del estrés, pérdida de memoria, crisis nerviosa, síndrome de fatiga crónica, depresión y afectación de las relaciones familiares.

Con respecto al acoso en la Ley 1010 del 2006 no se encuentra tipificada ninguna conducta relacionada específicamente al mismo, como podría ser el requerimiento de favores sexuales, las amenazas en caso de no acceder a las mismas, el contacto físico de carácter sexual, las invitaciones comprometedoras, el uso de material pornográfico en el centro de trabajo o el abuso del lenguaje con comentarios sobre la apariencia. Esto se traduce en una dificultad para la protección directa contra el acoso, con fundamento en lo previsto por el artículo 7 de la misma ley, el cual prevé que "en los demás casos no enumerados en este artículo, la autoridad competente valorará, según las circunstancias del caso concreto y la gravedad de las conductas denunciadas".

En la sentencia C - 776 de 2010, magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio (Corte Constitucional de Colombia, 2010), la ciudadana Yenny Ángela Chávez Pardo en pleno ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad presentó demanda contra los artículos 13 (parcial) y 19 (parcial) de la Ley 1257 de 2008, "por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones". El artículo 13 numeral 2 y el artículo 19 demandados consagran lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 13. MEDIDAS EN EL ÁMBITO DE LA SALUD.*** *El Ministerio de la Protección Social, además de las señaladas en otras Leyes, tendrá las siguientes funciones:*
>
> *2. Reglamentará el Plan Obligatorio de Salud para que incluya las actividades de atención a las víctimas que corresponda en aplicación de la presente Ley, y en particular aquellas definidas en los literales a), b) y c) del artículo 19 de la misma". (Congreso de la República de Colombia , 1996)*
>
> ***"ARTÍCULO 19.*** *Las medidas de atención previstas en esta Ley y las que implementen el Gobierno Nacional y las entidades territoriales, buscarán evitar que la atención que reciban la víctima y el agresor sea proporcionada por la misma persona y en el mismo lugar. En las medidas de atención se tendrán en cuenta las mujeres en situación de especial riesgo.*
>
> *a) Garantizar la habitación y alimentación de la víctima a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Las Empresas Promotoras de Salud y las Administradoras de Régimen Subsidiado, prestarán servicios de habitación y alimentación en las instituciones prestadoras de servicios de salud, o contratarán servicios de hotelería para tales fines; en todos los casos se incluirá el servicio de transporte de las víctimas de sus hijos e hijas. Adicionalmente, contarán con sistemas de referencia y contrarreferencia para la atención de las víctimas, siempre garantizando la guarda de su vida, dignidad e integridad". (Congreso de la República de Colombia , 1996)*

Para la demandante, las disposiciones acusadas violan lo dispuesto en los artículos 48, 49 y 209 de la Constitución Política. Por lo que corresponde entonces a la sala determinar si las prestaciones incluidas en los planes obligatorios de los regímenes contributivo y subsidiado del sistema general de seguridad social en salud, relacionadas con el alojamiento y la alimentación para las mujeres víctimas de la violencia: (i) pueden ser entendidas como parte del derecho a la salud (C. Po. art. 49) y (ii) si las mismas desconocen el principio de destinación específica de los recursos de las instituciones de la seguridad social, consagrado en el artículo 48 de la Carta Política.

En primer lugar, la Corte aduce que el problema de la violencia contra la mujer es un fenómeno socio-jurídico. Esta suele estar vinculada a causas sociales, culturales, económicas, religiosas, étnicas, históricas y políticas, las cuales operan en conjunto o aisladamente en desmedro de la dignidad y del respeto que se debe a quien es considerada como una persona vulnerable y, en esta medida, sujeto de especial protección tanto en el derecho internacional, como en el ordenamiento jurídico interno de los Estados.

Los actos de agresión pueden provenir de agentes estatales o de particulares, afectar la vida pública o privada de la mujer, presentarse en sus relaciones laborales, familiares, afectivas, como también por fuera de éstas, tener consecuencias para su integridad física, moral o

sicológica y, en algunos casos, producir secuelas para las personas que conforman su unidad doméstica. En esta medida, corresponde al Estado y a la familia procurar mecanismos destinados a evitar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer, teniendo los órganos estatales que asumir la mayor responsabilidad, debido a su naturaleza, estructura y funciones.

En cumplimiento de las obligaciones derivadas de los convenios y tratados internacionales, el Estado colombiano ha ido desarrollando y expidiendo estatutos jurídicos en distintas áreas. Por ejemplo, la Ley 1257 del 2008 hace parte del sistema normativo puesto en vigencia para dar cumplimiento a varios de estos compromisos, particularmente en lo relacionado con la sensibilización, la prevención y la sanción de las distintas formas de violencia contra las mujeres. El objeto de esta Ley, según su artículo 1, es "… la adopción de normas que permitan garantizar para todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, el ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno e internacional, el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales para su protección y atención, y la adopción de las políticas públicas necesarias para su realización".

Entre las obligaciones internacionales asumidas por el Estado colombiano relacionadas con la protección a la mujer, se cuenta la de abstenerse de ejercer violencia contra ella a través de sus agentes, como también la de garantizar una vida libre de violencia en todos los espacios –público y privado-, sin importar que el agente sea un particular, a lo cual se suma el deber de adoptar medidas positivas en favor de la mujer.

En cuanto a la protección de la mujer por parte del derecho colombiano, la Constitución Política de 1991 trajo varios elementos útiles para reforzar el propósito de avanzar en el campo de protección a la mujer en las distintas áreas. Los cambios en la estructura del Estado permitieron la aparición de la Defensoría del Pueblo, dentro de esta entidad fue creada la Defensoría delegada para los derechos de la niñez, la juventud y la mujer. En la Procuraduría general de la nación entró en funcionamiento la procuraduría delegada para la infancia, la adolescencia y la familia. Como parte del Ministerio Público estas dependencias deben coordinar sus actuaciones para brindar protección integral a la mujer, teniendo en cuenta que ella es actor principal dentro de la sociedad, como también dentro de la familia.

El vínculo entre la Ley 1257 del 2008 y los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia es reiterado en el artículo 4 de la misma, donde establece entre los criterios de interpretación lo dispuesto en la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Por último, en materia internacional se parte de lo establecido en el artículo 93 de la Carta Política, donde se dispone que los derechos humanos deben ser interpretados atendiendo

a lo dispuesto en los tratados y acuerdos internacionales que regulen el ejercicio de los mismos. La comunidad internacional ha dedicado varios años de esfuerzo y múltiples encuentros bilaterales y multilaterales al propósito universal de generar ambientes políticos, socioeconómicos, culturales y jurídicos, destinados a la protección de la mujer, considerada en sus aspectos individual y social, es decir, como ser humano y como persona que integra una comunidad y al mismo tiempo es miembro principal de una familia.

Al mismo tiempo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) reconoce el acoso como una forma de discriminación, la cual afecta significativamente a las mujeres y vulnera sus derechos humanos. Más concretamente, lo reconoce como una manifestación de la violencia contra la mujer, lo que constituye una forma extrema de discriminación. En efecto, este reconocimiento es centrado en que las causas de la violencia contra la mujer, incluido el acoso u hostigamiento, están fuertemente ligadas al contexto general de discriminación estructural por razones de género y otras formas de subordinación de aquella.

3.1.3. Precedentes sobre el acoso 2011-2021

En este último periodo hubo más desarrollo jurisprudencial sobre la modalidad del acoso sexual netamente en virtud del recién agregado delito que describe esta conducta en el artículo 210A del Código Penal. Por ello los altos tribunales ofrecieron una mayor explicación acerca de los elementos integrantes del tipo con el fin de fijar un sentido regulado, sin embargo, siguieron sin referirse al acoso en sentido general, obviando su significado y pasando por alto la necesidad de establecer un criterio claro y amplio que cobije otras connotaciones distintas a la sexual.

En tal sentido aparecen sentencias como la C-335 de 2013 de la Corte Constitucional, con el magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (Corte Constitucional de Colombia , 2013), en la cual se demanda por inconstitucionalidad la expresión “medidas para fomentar la sanción social” consagrada en el numeral 5 del artículo 9 de la Ley 1257 de 2008, por cuanto el actor considera que permite la aplicación directa de sanciones por la sociedad, lo cual vulneraría el principio de legalidad y la seguridad jurídica al no determinarse los criterios para la imposición de la sanción y además pondría en peligro la convivencia pacífica de los ciudadanos.

Para abordar este problema jurídico la Corte analizo: (i) la discriminación y la violencia contra las mujeres, (ii) la protección de la mujer contra la discriminación y la violencia a nivel internacional, (iii) la evolución del reconocimiento de los derechos de la mujer, (iv) la protección especial de la mujer en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, (v) el control social y sanciones sociales en el Estado Social de Derecho, y (vi) la norma demandada.

Acto seguido, la sentencia realiza una consideración importante para la línea jurisprudencial propuesta y es la definición internacional que acoge la corte de *"discriminación contra la mujer"* siendo esta *"toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera";* así mismo se establece la definición de *"violencia contra la mujer"* entendiéndose esta como *"todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o sicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada".* (Corte Constitucional de Colombia , 2013)

La violencia contra la mujer tiene diversas modalidades que han sido definidas por la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la Asamblea General de las Naciones Unidas: *"a) La violencia física, sexual y sicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y sicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual,* ***el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares,*** *la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) La violencia física, sexual y sicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra".*

De lo citado anteriormente cabe pronunciarse sobre lo resaltado en negritas, pues resulta relevante para precisar que en virtud de lo establecido por la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la Asamblea General de las Naciones Unidas y acogido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el acoso y la intimidación sexual en cualquier lugar se constituye como forma de violencia contra la mujer.

La corte precisa en la sentencia que *"la discriminación y la violencia contra la mujer están fundados sociológicamente en prejuicios y estereotipos de género que han motivado la idea de la independencia, dominancia, agresividad, e intelectualidad del hombre y de la emotividad, compasión y sumisión de la mujer, situación que ha causado una desafortunada discriminación de las mujeres en roles intelectuales y de liderazgo que históricamente ha sido reforzada mediante la violencia, a través de la agresividad masculina aprendida en la infancia como estereotipo y luego desarrollada como forma de dominación"* (Corte Constitucional de Colombia , 2013).

De acuerdo con este documento tanto la discriminación como la violencia contra la mujer tienen un origen social y por ello las herramientas para combatirla no pueden ser exclusivamente jurídicas sino también sociales para motivar un cambio de mentalidad contra los prejuicios y estereotipos de género.

En esta sentencia, la corte pone de relieve la importancia de fomentar la desaparición de prejuicios sociales en contra de la mujer, a través del control social que pueden hacer los ciudadanos en el entorno en que se desenvuelven, mecanismo que sería complementario y de gran ayuda para los avances legales y jurisprudenciales con los que cuenta el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, se cuenta con la sentencia T-239 de 2018 (Corte Constitucional de Colombia, 2018), igualmente de la Corte Constitucional en la que se revisa una acción de tutela presentada por Mónica Godoy Ferro contra la Universidad de Ibagué, por considerar que la entidad accionada vulneró sus derechos fundamentales a la libertad de conciencia, a la libertad de expresión, al libre desarrollo de su personalidad, a no ser discriminada por su opinión política o filosófica y al trabajo. La actora estima que tales garantías fueron desconocidas por la institución educativa demandada al impedirle el ejercicio de su deber de obrar conforme al principio de solidaridad y al desvincularla de su trabajo como docente universitaria, como represalia a sus actuaciones para visibilizar situaciones de acoso laboral y sexual contra las mujeres en la institución educativa.

En las consideraciones de la Corte Constitucional contenidas en la sentencia se menciona que las mujeres han sido tradicionalmente discriminadas en todas las esferas sociales, -económicas, políticas, laborales y educativas- y que, en razón de ello, existen diversos instrumentos internacionales y nacionales que establecen diferentes protecciones en cada uno de esos ámbitos. La corte realiza un pronunciamiento que merece una especial atención dentro de la temática abordada en esta línea jurisprudencial, por cuanto menciona que *"el Estado ha asumido diversas obligaciones, dentro de las cuales se encuentra el deber de debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. Este mandato, no solo compromete la responsabilidad del Estado, sino que se extiende a las actuaciones en los espacios privados. Por ello, tal obligación exige que el Estado adopte acciones de prevención que incluyen la promoción de los valores de la igualdad y la no discriminación en razón del género contra la mujer en el ámbito educativo como el fomento a la denuncia y la información acerca de las medidas jurídicas que se pueden adoptar mediante las cuales se provean adecuadamente la investigación y sanción de delitos como el acoso o el abuso sexual."* (Corte Constitucional de Colombia , 2018)

Esta sentencia es crucial para nuestra investigación, por cuanto la corte reconoce la posible ocurrencia de violencia y discriminación contra la mujer en instituciones educacionales,

por lo que, a su vez, destaca la importancia de contar con mecanismos idóneos para la investigación y sanción de los delitos como el acoso o el abuso sexual que en este contexto se puedan dar, precisando que los mismos deben ser desarrollados por las propias instituciones.

Por otra parte, cabe resaltar que la Corte no solo visibiliza el ámbito educativo como un escenario donde puede haber agravios a la dignidad de la mujer, sino que también lo rescata como medio propicio para incentivar a la sociedad a abandonar prácticas prejuiciosas y discriminatorias que sobrevaloren el género femenino.

En el orden de ideas que se ha venido trazando, también podemos mencionar la sentencia SP931-2020 de la Corte Suprema de Justicia en la que la sala de casación penal de la Corte resuelve un recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Bucaramanga el 24 de abril de 2019, por medio de la cual se condenó a un ex fiscal delegado como autor responsable del delito de acoso sexual, quien valiéndose o aprovechándose de la autoridad o poder que le confería este cargo, con ocasión de procesos penales, acosó y/o asedio en distintas formas, física y verbalmente, mediante besos, tocamientos o caricias libidinosas, palabras, frases, preguntas u otras actitudes o gestos insinuantes a mujeres que tenían interés en asuntos ventilados en su dependencia, para que colaboraran en el trámite de las causas, aceptando tener relaciones eróticas o sexuales con él.

En esta sentencia, la corte ofrece un análisis dogmático de este tipo penal, precisa que es necesario dilucidar dos conceptos fundamentales en la estructura del delito de acoso sexual: de una parte, el concerniente al sujeto activo de la conducta y a la jerarquía que ostentaba sobre la víctima; y, de otra, el relativo a los verbos rectores sobre los cuales se manifiesta la conducta típica. Este último aspecto sobre el que, valga acotar, la Corte ha señalado: *"Existe dificultad en la determinación del tipo penal, advirtiéndose que, dada su textura abierta, el legislador buscó superar las relaciones convencionales de jerarquía surgidas en los ámbitos laborales, educativos o de salud y la relación de dependencia y subordinación que de los mismos dimana, para contemplar cualquier condición de superioridad manifiesta que pueda existir de parte del perpetrador hacia la víctima, lo que se desprende de las razones de superioridad manifiesta o en relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social o económica."* (Corte Suprema de Justicia , 2020)

Agrega además la sala que como ya se ha reiterado en jurisprudencia de la misma corporación, *"el tipo penal propone una enumeración exhaustiva de los verbos rectores que conforman la conducta, significando que ella se materializa en los casos en que el sujeto activo "acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente". De dichos verbos rectores cabe anotar que todos indican, en principio, una idea de actos persistentes o reiterativos en el tiempo."* Asegura también que *"este tipo penal contiene lo que la doctrina denomina elemento subjetivo específico o ánimo especial, referido a que el acoso tenga, en favor del*

sujeto activo o de un tercero, "fines sexuales no consentidos". Debe precisarse aquí, que la conducta se consuma y el daño es producido por razón del acoso, hostigamiento, asedio o persecuciones emprendidas por el victimario, que en términos generales genera zozobra, intimidación o afectación sicológica a quien lo padece, para no hablar de la limitación que se produce respecto de la libertad sexual." (Corte Suprema de Justicia , 2020)

Esta sentencia es importante porque nos presenta un análisis dogmático del tipo penal de "acoso sexual" y nos deja ver la consideración que se tiene del acoso como forma de violencia contra la mujer. Igualmente precisa que la misma es una conducta persistente o reiterativa en el tiempo y que produce zozobra o intimidación a quien la padece y, además, describe algunos actos que representan acoso sexual, que podrían servir como referentes para identificar conductas acosadoras que sirvan para los fines de nuestra investigación.

3.2. Análisis doctrinal

En relación a lo expuesto anteriormente, se presenta el caso de Colombia donde la normatividad no ofrece siquiera una definición legal concreta del acoso, que sea amplia y de esta manera logre cobijar todas las conductas hostigantes en los diversos entornos de desarrollo personal como por ejemplo las escuelas, universidades, trabajo, espacios comunitarios, redes sociales, etc., sino que llanamente se ha referido a ciertas clasificaciones en específico como el acoso laboral que se encuentra regulado mediante la ley 1010 de 2006 y el acoso sexual que tiene una connotación de tipo penal mediante la ley 1257 de 2008.

Cabe hacer la salvedad de que si bien las jurisprudencias no cumplen con la conceptualización requerida, sí brindan una caracterización explícita de lo que constituye el acoso sexual en el último periodo de estudio, es decir, en la actualidad. Esto se traduce a la limitación de los otros tipos de acoso que causan igualmente graves repercusiones en la psiquis de las víctimas, las cuales se ven desprotegidas ante la falta de regulación, siendo necesario acudir a definiciones externas al ordenamiento jurídico para identificar que ciertamente se está vulnerando la dignidad humana mediante actos de acoso.

De esta manera, resulta imperante traer a colación aquellas definiciones y clasificaciones doctrinales con miras a establecer ciertos parámetros que, evidentemente, hacen falta en la estructura formal de la normatividad colombiana. Como primer punto, se entiende que el acoso ha sido un comportamiento normalizado e invisibilizado cuya afectación es mayoritariamente hacia las mujeres. La Universidad de la Rioja lo define como *"Todo comportamiento por acción u omisión mantenido en el tiempo, sea este verbal o físico, que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno de indefensión, intimidatorio, degradante u ofensivo. Las características principales que se deducen de esta definición son:*

a. *Se produce un daño físico y/o psicológico que puede adoptar distintas manifestaciones.*

b. *Ocurre de forma reiterada y a lo largo del tiempo.*
c. *La situación de desigualdad entre persona acosada y acosadora provoca que esta última no se puede defender y se encuentre aislada.*
d. *La actitud pasiva de quienes observan el acoso por el miedo a ser objeto del mismo"* (Universidad de la Rioja , 2017)

Así, pues, el acoso u hostigamiento se constituye como una forma de violencia en el ámbito de las relaciones interpersonales, la cual puede ser común y minimizada por la falta de una definición concreta o de claridad conceptual sobre el acoso. La consecuencia es que, en la mayoría de los casos, tanto víctimas como victimarios no logren dimensionar la situación en la que se encuentran. Esta problemática se agudiza cuando el ordenamiento jurídico no provee sanciones con el objetivo de frenar este tipo de violencia sistemática en la sociedad.

La licenciada de la Universidad de Valencia, sicóloga Rovira, I., afirma que el acoso es una conducta cuyo origen resulta ofensivo y perturbador y la víctima percibe sentimientos de angustia y malestar, además, para que esta sea considerada como tal, debe existir un desequilibrio de poder entre las partes involucradas. De igual manera, manifiesta que esta conducta puede adoptar diferentes formas de ejecución distintas a las que legalmente se abordan en el ordenamiento jurídico colombiano como es el caso del acoso psicológico, el acoso físico, el ciberacoso y el acoso inmobiliario (Salvador, S.F).

Ahora bien, desde la óptica del saber jurídico y muy a pesar de la similitud conceptual existente entre el hostigamiento y el acoso, ambos términos representan dos conductas que se sancionan por separado, teniendo en cuenta que la segunda tiene una connotación sexual en el ámbito penal. No obstante, es válido hacer la salvedad de que, según el profesor de Derecho Penal Posada, R., el hostigamiento consiste en *"actuaciones que buscan instigar con insistencia a una persona o a un grupo para que hostilicen a otra persona o a una colectividad"* (Posada, 2013). Aunque ambas figuras jurídicas tienen el mismo objetivo, los elementos que las caracterizan son determinantes para su aplicación.

Doctrinalmente, desde una perspectiva sociológica y jurídica y jurisprudencialmente existen conceptualizaciones, características, clasificaciones y descripciones que parecen resolver de una manera más integral la problemática que atañe a esta investigación. La carencia de estos puntos, sin embargo, resulta legalmente nocivo debido a que por el desconocimiento colectivo de la complejidad sistemática se marginan muchas modalidades que se viven cotidianamente.

Sin embargo, no se le puede atribuir a la carencia normativa de la conceptualización de acoso la dificultad para discernir los elementos constitutivos propios de cada modalidad, pues ya existen ordenamientos jurídicos que la han regulado desde una perspectiva generalizada, tal es el caso del ordenamiento jurídico alemán que tipifica el delito de persecución (§ 238 STGB) y el Código Penal español que en su artículo 172 TER establece: *"Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin*

estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

a) La vigile, la persiga o busque su cercanía física.
b) Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.
c) Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.
d) Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella." (Jefatura del Estado Español, 1995)

Torres (2019) afirma que esta conducta está ligada a menoscabar gravemente la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima y que no guarda relación con amenazas ni coacciones, a pesar de encontrarse en el capítulo "De las coacciones" en el Código Penal español. En conclusión, se puede deducir que el acoso se limita meramente al comportamiento del sujeto activo, quien busca restringir la libertad del sujeto pasivo, mientras que el último no debe realizar ningún tipo de acción porque se dejaría la esfera de la conducta en estudio ya que no se trata de un delito de resultado.

IV. CONCLUSIONES PREVIAS

- La jurisprudencia solo se pronuncia, al igual que la legislación, sobre dos modalidades de acoso: el acoso sexual y el acoso laboral, obviando así ciertas categorías que componen este concepto pero que, al no ser reguladas, resultan marginadas normativamente aunque se ejecuten con frecuencia. Sin embargo, un análisis dogmático más extenso que permite entender de una manera más clara el tipo penal de acoso sexual.

- El término acoso sexual, aunque ha merecido la atención y desarrollo legislativo en el ordenamiento jurídico colombiano, sigue siendo un concepto relativamente nuevo, por lo que adolece de vacíos y limitaciones para el correcto entendimiento a nivel social e incluso judicial. La Corte Suprema de Justicia ha intentado subsanar la ambigüedad legal mediante la jurisprudencia.

- Los vacíos legales obligan a considerar las fuentes auxiliares como las más idóneas para la construcción de un concepto claro y específico sobre el acoso.

- El ordenamiento jurídico colombiano obstaculiza el conocimiento teórico del acoso al carecer de esta figura, generando una desventaja para las víctimas de esta conducta.

- Es necesaria la regulación completa de todas aquellas modalidades constitutivas del acoso para salvaguardar la libertad de la sociedad.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Congreso de la República de Colombia . (1994). *Ley general de educación.* Bogotá D.C.
- Congreso de la República de Colombia . (1996). *Ley 294.* Bogotá D.C.
- Congreso de la República de Colombia . (2002). *Código Único Disciplinario* . Bogotá D.C.
- Congreso de la República de Colombia. (2006). *Ley 1010.* Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 46.160.
- Congreso de la República de Colombia. (2008). *Ley 1257.* Bogotá D.C.
- Corte Constitucional de Colombia . (1996). *Sentencia C - 408* . Bogotá D.C.: M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia . (1997). *Sentencia C - 210* . Bogotá D.C.: M.P.: Dra. Carmenza Isaza De Gómez.
- Corte Constitucional de Colombia . (2006). *Sentencia T - 882* . Bogotá D.C: M.P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional de Colombia . (2013). *Sentencia C - 335* . Bogotá D.C: M.P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de Colombia . (2018). *Sentencia T - 239.* Bogotá D.C: M.P.: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional de Colombia. (2004). *Sentencia T - 220* . Bogotá D.C: M.P.: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Sentencia C - 776.* Bogotá D.C: M.P.: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Suprema de Justicia . (2020). *Sentencia SP931.* Bogotá D.C: M.P.: Dr. Hugo Quintero Bernate.
- Flórez Muñoz, D. (2021). Judicialización de la macrocriminalidad en el Marco del Derecho Penal Internacional: del análisis sociopolítico de la criminalidad a los modelos dogmático-penales aplicables a la justicia transicional. Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo, 13(26), 222–251. https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.13-num.26-2021-3622
- Gómez, R. S. (2007). *La jurisprudencia frente a las fuentes del dercho.* Bucaramanga: Escuela de Derecho y Ciencias Políticas UIS.
- Guevara Herrera, G. G. (2018). El delito de violencia intrafamiliar : un análisis de la sentencia T-722 de 2015. *Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo*, *10*(19), 156–176. https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.10-num.19-2018-2138
- Jefatura del Estado Español. (1995). *Ley Orgánica 10.* Madrid.

- López Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces.* Bogotá D.C.: Legis - Uniandes.
- Manuh, T. (S.F.). La violencia contra la mujer: Las estrategias que han funcionado para combatirla. Obtenido de https://www.un.org/es/chronicle/article/la-violencia-contra-la-mujer-las-estrategias-que-han-funcionado-para-combatirla
- Molina Sierra, G. M. (2018). Causas de reincidencia en los delitos de los menores en el SRPA, en la ciudad de Cartagena entre los años 2012 y 2015. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, *10*(19), 126–155. https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.10-num.19-2018-2163
- Nieto, C. (2006). *El Acoso Sexual En Colombia* . Bogotá D.C. : Uniandes.
- Ortega Galindo, D. (2021). Fundamentos y consecuencias de las sanciones en el sistema de responsabilidad penal de adolescentes en Colombia y la corresponsabilidad de la familia. Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo, 13(26), 337–349. https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.13-num.26-2021-3735
- Posada, R. (2013). Los delitos de actos racistas o discriminatorios y hostigamiento por motivos de discriminación. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, 569-614.
- Sampieri, R. H. (2006). *Metodología de la investigación.* McGraw-Hili Interamericana.
- Universidad de la Rioja . (2017). La Rioja, España: Iberus Campus de Excelencia Internacional.



PINTURA DE ASMAT
CHIRINOS ZAVALA

IURA
REVISTA JURÍDICA
Revista académica interdisciplinaria de información e investigación jurídica

http://doi.org/10.22497/iura/71. 7110

UN ENFOQUE DE LA EQUIDAD DE GÉNERO DESDE LA PERSPECTIVA HISTÓRICA Y FILOSÓFICA EN EL MARCO NORMATIVO COLOMBIANO.

Doris Ortega Galindo[1]
Paula Andrea Cortina Hernández[2]

Vengo desde el ayer, desde el pasado oscuro,
con las manos atadas por el tiempo,
con la boca sellada desde épocas remotas.
Vengo cargada de dolores antiguos
recogidos por siglos,
arrastrando cadenas largas e indestructibles.
Vengo de lo profundo del pozo del olvido,
con el silencio a cuestas,
con el miedo ancestral que ha corroído mi alma
desde el principio de los tiempos.
Vengo de ser esclava por milenios…… (Londoño, J.,2017)

1 Abogada egresada de la Universidad de Cartagena, docente investigadora del semillero "OBVIOT SEDESCA" adscrito al grupo de investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos en la línea de investigación Derecho y Globalización, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, categorizado por Colciencias y adscrito al Departamento de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Politicas de la Universidad de Cartagena. https://orcid.org/0000-0002-7195-8473 correo: dorisortegag@hotmail.com

2 Estudiante de derecho de la Universidad de Cartagena, semillerista del semillero "OBVIOT SEDESCA" adscrito al grupo de investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos en la línea de investigación Derecho y Globalización, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, categorizado por Colciencias y adscrito al Departamento de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. https://orcid.org/0000-0003-0251-522X correo: paulaandreacortinahernandez@gmail.com

RESUMEN

Este ensayo revisa desde una perspectiva histórico iusfilosófica las reivindicaciones de los derechos de las mujeres en la esfera pública desde la Grecia clásica hasta la actualidad. Considerando que la mujer es un ser dotado de capacidades y preparaciòn no solo para autorregularse, sino también para regular e intervenir en los asuntos más relevantes del Estado. Por ello hemos revisado dogmas religiosos y políticos que sustentaban la exclusión social de las mujeres.

Esta investigación se enfoca en el caso de Colombia donde se han registrado importantes logros en las últimas décadas. La Ley 581 del 2000 garantiza la participación efectiva de las mujeres en igualdad de condiciones con el resto de la ciudadanía, en la toma de decisiones de los diferentes poderes y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Política de Colombia. Además, se trata de explicar desde el punto de vista sociojurídico y de la perspectiva filosófico-legal la razón de ser de estas luchas reivindicativas para alcanzar el reconocimiento, aplicación y observancia de los derechos de las mujeres a nivel interno, continental y mundial para acabar con un estado de cosas construido a imagen y semejanza de los hombres.

Palabras clave: Equidad, desigualdad, justicia social, participación, lucha, historicismo jurídico, derecho comparado contextual.

ABSTRACT

This essay reviews with a historical jusphilosophical perspective from classical Greece when the battles fought for the rights of women that are still manifested in many aspects of modern life are referenced, it seeks to identify the claims in the public sphere as a being endowed with capacities and fully prepared not only to self-regulate, but also to regulate and intervene in the most relevant affairs of the State, converting even religious and political dogmas that support normative systems.

The analysis is geographically delimited to the institutional transfer in Colombia, where these new positions and this great achievement have materialized in the Legislative, specifically, Law 581 of 2000 that guarantees the effective participation of women on equal terms with the rest of the citizenship, at the decision-making levels of the different powers and bodies of the public power, in accordance with articles 13, 40 and 43 of the Political Constitution of Colombia. In a socio-legal methodological point, an attempt is made to explain from contextual historicist contrasts within the framework of a philosophical-legal perspective the claim of these struggles, which reveal legal elements of recognition, application and observance of rights achieved and carried out by the female gender, not only in internal and continental or regional law, but in each of the spheres of the multiverse built in the image and likeness of men.

Keywords: Equity, inequality, social justice, participation, struggle,

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente se propende a abordar la equidad de género y otros derechos humanos de última generación con un enfoque interdisciplinario (Witker, 2018). El paradigma del análisis consiste en establecer los contextos "socio-históricos" a través del pensamiento complejo para trascender la visión normativa. De esta manera logaremos la transdisciplinariedad superando el enfoque de corte comparativista y critico jurídico.

Partimos de la premisa de que el objetivo de los estados es que los sujetos alcancen su máximo desarrollo ético, moral e intelectual, como medio que posibilita y garantiza la participación de todos en igualdad de condiciones (presidencia de la Republica, 2010). Un Estado verdaderamente democrático debe defender el concepto de justicia real y efectiva. Desde la antigua Grecia, más concretamente desde el pensamiento filosófico platónico, se propone la equidad de género como una alternativa de justicia social, en una sociedad inmersa en la polis, tremendamente monárquica y desigual.

En el libro V de *La República*, Platón planteó la inclusión de la mujer en los asuntos más importantes del Estado, lo que fue considerado un punto de vista novedoso y positivo. Platón tuvo el coraje de abordar con claridad uno de los temas más espinosos que se han estudiado, tanto en la sociedad antigua como en la sociedad actual. A saber: la participación femenina en asuntos institucionales y gubernamentales. Platón concluyó que no existen diferencias sustanciales en términos de intelecto, que puedan impedir la participación de las mujeres en asuntos que son más importantes para ellas, en términos de formación y mantenimiento del orden del Estado.

Durante la Edad Media circuló el dogma de que la mujer no se equipara al hombre y era simplemente un apéndice social, económico y racional de él. Al pasar por el tamiz del intelecto esta paradigma cambió en el contexto contemporáneo. (Cook, R., 2010).

Facio (1992) indicaba que los estudios sobre la equidad de género no son específicos y atañen a ciencias generales como la teoría o la filosofía del Derecho. En este texto planteamos un análisis que se centra en la familia como eje fundamental del Estado. tal como lo enuncian los artículos 5 y 42 de la Constitución Política de Colombia que la elevan a *"*Institución básica de la sociedad".

II. REMINISCENCIAS DEL PAPEL DE LA MUJER EN GRECIA

En la Antigüedad, la mujer era considerada una especie de peste, como uno de los grandes males y el máximo exponente de la imperfección humana.[3]

3 Lo podemos observar en pensamientos como el de Pitágoras que sostiene que: "Hay un principio bueno que ha creado el orden, la luz y el hombre y un principio malo que ha creado, el caos, las tinieblas y la mujer" (Pitagoras,580-500 A.C).

Lo anterior se puede entender como una especie de misoginia, una de las causas de la exclusión social y de la subordinación de las mujeres. Por eso Lura Almandós (2009) se mostraba sorprendida de la propuesta explícita de Platón en el libro V de *La República*.

El papel limitado de la mujer en las sociedades antiguas no debería llamar tanto a sorpresa. Basta subrayar que en la sociedad griega se concebía que la mujer tenía el mismo nivel intelectual que los infantes. Esto la imposibilitaba para tomar decisiones consideradas importantes; a saber: cómo utilizar o gastar su dinero en lo que le placiera, casarse y quién y cómo quería o debía ser.

Esto significaba asumir que la mujer era un sujeto débil por naturaleza, de una capacidad siempre limitada tanto física como intelectual; en la Grecia antigua el género femenino era asociado a la naturaleza, a lo impulsivo y a lo irracional. En resumen, los griegos del siglo V antes de Cristo consideraban a la mujer como un ser dependiente del hombre en todos y cada uno de los aspectos.

La posición del autor de *La República* se convirtió durante el transcurso de la historia en un impulso primario de la lucha desarrollada para lograr el reconocimiento de derechos reales y garantías jurídicas de las mujeres.

Almandós (2009) señala la contradicción de la idea platónica de la mujer en relación con sus contemporáneos, en cuanto afirmaba el filósofo griego la idéntica capacidad existente entre los hombres y las mujeres para configurarse en guardianes de la polis. Aunque no existía un reconocimiento textual sobre la igualdad entre sexos, la afirmación sobre su capacidad de ser guardianes de la polis supone una afirmación implícita de igualdad ética e intelectiva.

Dado que en textos anteriores observamos una actitud peyorativa respecto a la mujer, en *La República* el autor, se presenta como un opositor tajante a que la mujer se quede limitada a la casa como único espacio de acción:

> ¿creemos que las hembras de los perros guardianes deben participar en la vigilancia junto con los machos, y cazar y hacer todo lo demás junto con estos, o bien ellas quedarse en casa, como si estuvieran incapacitadas por obra del cuidado del ciudadano del rebaño?

Reafirmando continuamente que "deben hacer todo en común y que el espacio de acción femenina no se encuentra, ni debe encontrarse, en el interior del Oikos. Deben hacer todo en común, excepto que las tratemos a ellas como débiles" (*La República* V,)

Lo anterior conduce al autor de *La República* a incluir un punto de crucial importancia: la educación que hasta ese momento se le estaba impartiendo a las mujeres: "Pero ¿se puede emplear a un animal en las mismas tareas que otro, si no se le ha brindado el mismo alimento y la misma educación?" (*La República* V, 452e)

En esta frase podemos observar de manera clara que la mujer se encontraba excluida de muchas actividades, porque no se encontraban en igualdad de condiciones respecto al varón, siendo esta la causa de que le impedían el despliegue de la libre personalidad y el desarrollo autónomo de su capacidad intelectual. La relación femenino-masculino se encontraba fuertemente influida por el modelo patriarcal, el cual era reproducía y divulgado por la literatura, especialmente la literatura homérica.

Almandós (2009) señala que este modelo se relacionó primero con el ideal del guerrero y más adelante con la figura del ciudadano en la democracia ateniense. El *Polities* desplegaba su actividad agónica paralelamente entre los campos de batalla como en el *Pnix* o la *Ekklesia*. El héroe homérico articula en sí mismo el modelo de Aquiles - el mejor hombre dentro del campo de batalla, la confrontación última contra la muerte y contra el enemigo- y, por otro lado, el de Odiseo, aquel que vence a través del conocimiento y se impone en otros aspectos de la existencia.

El patrón masculino de la antigua Grecia se encontraba bastante distanciado respecto al femenino, ya que las mujeres se caracterizaban por una "pasividad y una serie de elementos opuestos tales como:

a) Su espacio de acción se encuentra en el Oikos en donde ella desarrolla su vida en torno al otro. Es decir, vive para que el otro exista, se desarrolle
b) Su labor no consistía ni le permitía cuestionar, ni debatir; su función se encontraba definida por el callar y obedecer
c) La educación para ellas se encontraba fuertemente enraizada en el ideal patriarcal de la época; (hombre exterior –mujer interior) que siendo asumidos como, hábitos y costumbre han sido el principal obstáculo para la igualdad y desarrollo de la misma en asuntos del Estado. (Almandós, 2009).

Dado que las prácticas sociales antiguas establecían claras diferencias genéricas sobre la participación en los espacios públicos y privados. Por estos motivos encontramos expresiones tales como: "las cosas de afuera de la casa son asuntos de los hombres, que no se entrometan en ellas las mujeres. Volved, pues a vuestras moradas; no seáis un estorbo". (Esquilo, 1985, p.222).

Platón cambió de perspectiva y se presentó tanto en *La República* como en el *Gorgias* como partidario de que la mujer forme parte activa de la sociedad:

> El buen gobierno y administración de la sociedad. Para lo cual, consideraba no era la fuerza física el valor de mayor relevancia. Siendo mayormente la fuerza en el carácter; lo que a su vez se traduce en capacidades no solo intelectuales, sino que de más importancia la fuerza en las emociones; pues, no es desconocido por casi nadie que en esta se traducen muchos de los inconvenientes a la hora de gobernar en tanto; que se encuentra relacionada y mayormente ligada con las actuaciones humanas.

El Estado nace con el fin de cuidar bienes primigenios tales como la vida, el bienestar general y la propiedad privada. Estos asuntos no se podían, ni debían, dejar en manos de cualquiera y, mucho menos de personas con características bastantes defectuosas tales como debilidad, inmadurez, falta de confianza en sí misma y, más importante aún, incapacidad para razonar; lo que, a su vez, se sobreentiende como falta de inteligencia. Considerando que estas características se le atribuían a la mujer, nos provoca más respeto y admiración la propuesta platónica-socrática, en tanto que representa un verdadero cambio en el pensamiento y una propuesta bastante innovadora.

Siendo neutrales, debemos admitir que la sospecha de los hombres atenienses se encontraba justificada debido a que la mujer no se encontraba capacitada para cumplir con el tipo de funciones requeridas por la actividad pública. Su educación se encontraba encaminada hacia otro tipo de actividades, como lo hacía notar el autor de *La República*: "¿o nos extenderemos hablando del tejido y del cuidado de los pasteles y pucheros, cosas en las cuales el sexo femenino parece significar algo y en las que el ser superado sería lo más ridículo de todo'".

Por lo anteriormente expuesto resulta obvio el valor incalculable y la importancia innegable del tipo de educación que se dictamina y la forma como se separa por cuestiones de género. Apreciando, además, que detrás de muchas divisiones o clasificaciones sociales se encuentra ocultas apreciaciones sobre la diferencia sexual que intervienen de manera tajante en el desarrollo de la sociedad.

Cabe señalar que actualmente no son consideradas como inferiores las actividades en las cuales eran instruidas las mujeres. Desde la dimensión o espacio en el que fueron confinadas, las mujeres desarrollaron un papel de liderazgo y de vital importancia para el futuro de la sociedad en general. Con el transcurso del tiempo los hombres han venido asumiendo este tipo de funciones, Aunque de manera limitada por motivos culturales enraizados que atribuían como naturales dichas funciones a las mujeres.

Platón en *La República* ya estableció claras diferencias con este pensamiento anquilosado y determinista, sosteniendo que "debe hacer todo en común excepto que las tratemos a ellas como más débiles y a ellos como más fuertes" (*La República* V, 454b)

Otro asunto que sí es exclusivo de las mujeres es el alumbramiento. Esto si fue esgrimido durante mucho tiempo como causa justificatoria de la exclusión de las mujeres de la política. Aunque el sentido común de la época alegaba cuestiones de salud, Platón afirma que no hay razón para la exclusión ya que.

> Podemos observar que en la naturaleza animal no acontece así sino más bien que la hembra aun cuando pare cuenta con las mismas capacidades y disposición para salir de la cueva; al realizar otro tipo de actividades de similar magnitud a la de los machos (Republica V,)

Entonces, siendo nosotros superiores, ¿no debemos superar tal modelo? Más aún si consideramos que la división de roles y el lugar donde se desarrollan se encuentran fuertemente relacionados con las concepciones de cada época y las creencias culturales y no con asuntos biológicos. El patriarcado es

un claro ejemplo de un modelo histórico que potenció el papel reproductor de las mujeres en el espacio privado y que gracias a su dogmatismo la mantuvo limitada en el espacio público.

Entonces ¿cómo proponer a alguien así para estar a cargo de los asuntos más importante y de mayor cuidado en la sociedad? ¿Cómo sostener que el ser considerado como la máxima imperfección humana podía y debía dedicarse a los asuntos del estado? La cuestión al principio se torna inadecuada, sarcástica y burlesca. Pero, ¿quién podía hacer semejante afirmación? ¿Semejante propuesta? Solo alguien que practicaba un estilo de vida diferente, que tenía su mirada puesta en cosas disímiles al resto de la sociedad, lo que le permitió desarrollar un pensamiento diferente al del reto de las personas de su tiempo

III. ANALISIS GLOBAL DE LA PERSPECTIVA DE GENERO EN COLOMBIA: SOCIEDAD, ECONOMIA Y TRABAJO

Haciendo un análisis más exhaustivo podemos observar que la inequidad de género ha sido consentida o tolerada a lo largo de la historia y que, a pesar de los avances en materia de Derecho Constitucional, hay todavía camino por recorrer, depurar y transformar criterios que se han normalizado en el imaginario colectivo, como la violencia de género que los analistas consideran como reflejo de la inequidad de género en Colombia y el mundo.

Más del 50% de la población nacional está conformada por mujeres y muchas cuentan con la misma educación que el género opuesto; sin embargo, se le han vedado las oportunidades, en tanto no se les considera como pares. Por estos motivos el Estado se ve obligado a implementar medidas coercitivas para garantizar el ejercicio efectivo de la participación femenina en actividades o cargos para los cuales se encuentran completamente facultadas y preparadas en igualdad de oportunidades. Se trata de evitar la imposición de medidas sancionatorias, en el peor de los casos por incumplimiento de los entes estatales y hasta de los particulares.

El artículo 13 de la Constitución Política de Colombia de 1993 prescribe la igualdad como principio fundamental del Estado social y democrático de Derecho. Esta norma constituye la piedra de toque de la equidad de género:

> Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

El anterior artículo constitucional se configuró como asidero fundamental de la Ley 581 del 2000 denominada "Ley de Cuotas". Esta ley se refiere o desarrolla la igualdad como principio fundamental del Estado Social y Democrático de Derecho, como lo define en nuestro país el preámbulo de la carta magna colombiana:

> El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo (Constitución Política de Colombia, 1991)

El Estado social y Democrático de Derecho debe, por lo tanto, promover y proteger a sus coasociados adoptando las medidas necesarias con el fin de velar por las garantías igualitarias a sectores sociales históricamente excluidos, como es el caso de la mujer.

En este sentido, el artículo 43 prescribe:

> Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia (Corte Constitucional, 1991, art 43).

Cabe reconocer y valorar el esfuerzo teórico-práctico del Estado colombiano para erradicar la desigualdad por cuestiones de género y luchar contra la exclusión sistémica a la que han estado sometidas las mujeres. En ninguno de los casos taxativamente señalados se establece una exclusión por razones de género.

La república colombiana ha establecido una serie de políticas de género para el desarrollo integral de la sociedad. Las políticas públicas de género se definen como el conjunto de intervenciones que eligen realizar o no las autoridades estatales en un campo especifico, más específicamente, son aquellos actos emanados de una autoridad pública frente a las problemáticas que se pueden presentar en un sector que resulta ser relevante y de su competencia (Meny y Thoenig, 1992). Las políticas públicas son aquellas acciones (acciones, actos u omisiones) que realizan las autoridades públicas en el seno de una sociedad, con el fin de impactar en el crecimiento y la evolución de esta.

La denominada política social, por otro lado, consiste en intervenciones por parte del Estado enfocadas en el bienestar social y en este caso específico el bienestar de la mujer. Los objetivos, sujetos y las acciones (métodos y medidas) buscan garantizar no solo el mínimo de los estándares, sino el desarrollo de una calidad de vida óptima.

> […] las políticas sociales han sido siempre herramientas en manos de los Estados, a través de las cuales se puede no solo contrarrestar efectos de crisis económicas o políticas, sino que

> también es posible cambiar los rumbos de los modelos de crecimiento (Strugo y Szterenlicht 2012, p. 139)

En pocas palabras son programas de acciones gubernamentales que se delimitan por sectores (social, económico, salud, tecnología, etc.) con la finalidad de transformar las condiciones, garantías y calidad de vida de los asociados en un sitio geográfico llamado Estado. (Strugo y Szterenlicht, 2012)

En el caso específico de la mujer, estas políticas deben ir encaminadas a disminuir o acabar con la sistemática desigualdad que con relación a este género se ha venido presentado a lo largo de la historia, por lo que consideramos pertinente traer a colación la novísima perspectiva expresada en Delgado (2002):

> En una perspectiva de derechos, la política social se define como el conjunto de objetivos, regulaciones, sistemas y entidades por medio de las cuales el Estado se dirige a crear oportunidades y fortalecer instrumentos en términos de la equidad y la integración social (p.98).

La política social debe especificar el listado de servicios, prestaciones y protecciones sociales que la misma posibilita, establecer las fórmulas financieras destinadas a asegurar el acceso a los servicios de los grupos sociales de especial protección, fórmulas de aseguramientos tanto individuales, familiares y grupales contra determinados riesgos (Delgado, 2002).

Las políticas sociales evolucionan al ritmo de la globalización mundial. Por ello, aunque las instituciones se mantengan, es importante replantearse qué se entiende, por ejemplo, por el concepto de familia. Este concepto ha sufrido variaciones durante la historia en cuanto a cómo debe entenderse y quiénes la conforman:

> […] las dimensiones de la naturaleza política de la política social, han evolucionado en el tiempo y de acuerdo con los cambios sustanciales del contexto: a) crecimiento significativo en cuanto a categorías de riesgo y necesidad de los individuos y las familias; b) sucesivo reconocimiento e inclusión de más grupos sociales; y c) equiparación hacia arriba de los niveles de beneficio (Delgado, 2002, p. 121).

Ahora bien el progreso y la implementación de políticas sociales de género deben ir acompañados de un crecimiento económico, como un factor secundario o consecuencia mediata de la eficacia de dichas políticas sociales, garantizando la paridad y desarrollo integral de las mujeres en sociedad; es decir, que tanto las políticas sociales como las económicas, se comportan como políticas públicas que van en vía del desarrollo de un país determinado, así como la implementación eficaz y los buenos resultados que posean los programas de políticas sociales y económicas.

Gil (2005) señala que la política social depende y estructura su aplicación tomando en cuenta la calidad económica del entorno; efectivamente, se hace necesario que existan procesos de crecimiento de tipo

económico, así como procesos de ampliación de procesos de producción relacionados con el incremento de la riqueza o condiciones materiales.

No obstante que las políticas económicas ayudan al fortalecimiento de las políticas sociales, este no es el fin primario de aquellas. Se trata de garantizar el desarrollo y el nivel de vida en zonas vulnerables por factores de violencia, falta de educación, cultura, debilitación de las instituciones familiares e incluso la salud.

No basta con el crecimiento económico para garantizar la eficacia de las políticas sociales si es que los factores administrativos, económicos e incluso jurídicos no coadyuvan a una mayor inclusión y al desarrollo social para detener la exclusión de una población que durante años se ha encontrado subrogada.

El Estado Social democrático de Derecho abarca dentro de sus políticas sociales una realidad social en un periodo que pasa de transición a tiempos de "paz y democracia" y al crecimiento integral de su sociedad. El Departamento Nacional de planeación (2012) contempla un balance de la implementación de estas, como lo fue el programa de "0 a Siempre" encargado de velar por el desarrollo integral de la mujer.

Además hay una comisión nacional que se encarga de vigilar, informar, dar cumplimiento y sancionar en el no cumplimiento o falta de garantías de equidad. La política integral de desarrollo y protección social tenía como objeto central consolidar un sistema de protección social que contribuyera eficazmente a fortalecer y proteger el capital humano femenino, los ingresos de los hogares y a reducir su vulnerabilidad.

Laura Milena Pabón, actual directora del DNP (2019), señala que las condiciones de vida de la población se encuentran directamente relacionadas con el desempeño de los distintos grupos sociales que articulan la sociedad. La educación y la salud se relacionan directamente con el desarrollo del capital humano, lo cual supone un factor esencial para la generación de riquezas. Asimismo la distribución del capital humano en los distintos sectores de la sociedad establecen el rango y la composición de salarios determinando la distribución de riquezas a nivel social.

Esto nos permite mirar el contexto de las políticas sociales de género en Colombia, cuál es su direccionamiento o enfoque en la actualidad, y cómo se pondrá en práctica para garantizar un desarrollo social sostenible y eficaz. En la actualidad muchas administraciones han sido sancionadas por no dar cumplimiento a este objetivo social y mucho menos a la normativa que con relación a este tema se ha promulgado.

Las políticas sociales de género deben incitar a revisar, estudiar y modificar los lineamientos técnicos-legales para construir un estado de bienestar que permita el goce de derechos mínimos. La política social, por otro lado, está enfocada en el bienestar de la mujer.

El crecimiento económico no garantiza una mejor calidad de vida; pero sí permite una mayor inclusión y de una u otra forma contribuye al desarrollo social luchando contra la exclusión de una población que durante años se ha encontrado subrogada.

IV. EQUIDAD, FAMILIA Y DERECHOS

En Colombia las instituciones públicas implementan métodos y medidas que contribuyen a la creación de políticas sociales de género. Colombia es un Estado Social de Derecho a tenor del artículo 1 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y la Ley 581 de 2000 o "Ley de Cuotas" que garantizan la participación efectiva de las mujeres en los cargos de nivel decisorio del Estado social.

Los estudios han demostrado dentro del campo de la sociología, que la excelsa actividad de ser madre no siempre es retribuida positivamente y sólo un día al año se la celebra, mientras que en ella converge la unidad física y moral de la familia. A ella se le encomiendan las más trascendentales tareas muy poco apreciadas pecuniariamente pero con una gran carga de cuestionamiento y responsabilidad social y hasta estatal.

El rol de madre significa para la mujer una aventura rica en sentimientos, pero también llena de conflictos que pueden incluso degenerar en conductas punibles como la "violencia intrafamiliar o los delitos sexuales" que se perpetúan en el núcleo familiar, cuyos actores son los mismos miembros de la familia.

La madre vive los logros y fracasos de sus hijos como si fueran propios. El vínculo especial entre madre e hijo es natural. El sociólogo René Spitz lo hace explícito en la siguiente premisa: La pareja humana del niño es la madre irremplazable.

La madre experimenta la independencia de sus hijos desde temprana edad, cuando el hijo o la hija deben ir al colegio y entonces se hace evidente el dolor de la separación o el rompimiento de un vínculo antes total. En esta etapa la madre y el padre deben enseñarles a valerse por sí mismos en espacios de interacción independiente, de acuerdo con los parámetros culturales aceptados en relación a lo que se espera de un hombre o mujer, en el marco de una educación responsable y llena de amor.

Aunque todavía es una minoría, en la población laboral activa y bien remunerada, le corresponde a la mujer, a pesar de los múltiples compromisos laborales que esta adquiere a lo largo de su vida productiva, distribuir de manera equitativa su tiempo para la crianza de los hijos. El sociólogo Frederick Harlow ha estudiado el impacto positivo de la madre en la vida del hijo no solo en la infancia sino también en las épocas posteriores.

Aparte de criar y desarrollar las pautas comportamentales de los hijos, a la mujer le toca parir, criar, cuidar, ser terapeuta activa y excelente esposa, además no puede darse el lujo de fallar en su trabajo, y para colmo de males no tiene derecho a envejecer, ya que esto en sociedades tan mediáticas, es signo de desvalor y marginamiento.

La mujer se establece como pieza fundamental e imprescindible en el núcleo familiar, incluso la existencia de muchos hogares depende en gran parte o totalmente de la presencia de la mujer. Mclever expresa que la crianza de un hombre supone la crianza de un individuo, pero la de la mujer repercute en toda una generación, dado el lugar central de la misma en la construcción de la familia y por ende de la sociedad. Si bien la mujer cumple un papel central en el sostenimiento social, se han construido y siguen vigente significativas brechas y desbalances propiciados y sostenidos por antiguas tradiciones de naturaleza patriarcal. Incluso aún persisten las críticas a los programas sociales o laborales dirigidos al desarrollo de la mujer más allá del ámbito familiar, aún se mantienen algunos sectores instalados en las viejas prácticas y formulas pasadas.

Durante el periodo histórico en el que la familia giraba en torno a la comunidad de naturaleza rural, el papel de la mujer se determinó esencialmente por los dogmas religiosos y morales, los cuales colocaban o limitaban sus deberes al ámbito del cuidado familiar y a la reproducción o fertilidad. (Álvarez, 2001)

Hines (2019) señala el nacimiento de la clase obrera en directa relación o como un derivado necesario de la industrialización económica. Durante la primera revolución industrial evoluciona la economía de corte rural (familiar) a la economía esencialmente de corte industrial, sin embargo. El rol de la mujer en la sociedad no cambió, se mantuvo relegada a los trabajos domésticos mal remunerados participando esencialmente en las actividades familiares y reproductivas. De esta forma, las actividades económicas aun seguían reservada al género masculino, lo cual los hacia responsable del mantenimiento económico del hogar y les aseguraba el puesto como cabeza del hogar. (Hines, 2019)

Con el paso de los años, la mujer se ha involucrado activamente en todas y cada una de las distintas esferas de la sociedad. Este fenómeno de inserción se sustentó en el acelerado desarrollo económico y en las políticas públicas de participación social y política. Si bien las mujeres han participado activamente en el mercado laboral desde la Segunda Guerra Mundial, la aceptación y los procesos de capacitación dirigidos a la población femenina ha crecido exponencialmente en todo el mundo. (Campillo, 1978)

La equidad de género solo es posible de manera real y concreta en la sociedad actual con la implementación de estrategias que crean las condiciones para el desarrollo laboral, académico y social de hombres y mujeres en igualdad de condiciones. Desde esta perspectiva hay la necesidad de identificar las brechas existentes y concebir y articular procesos dirigidos a la erradicación de la inequidad de género.

Resulta esencial minimizar o eliminar las brechas sociales y laborales promoviendo el acceso a la educación y al empleo de las madres cabeza de hogar para aumentar la calidad de vida de las personas. Un nuevo orden de cosas solo será posible mediante la flexibilización de las normas y las condiciones tanto de naturaleza laboral como de naturaleza social o asistencial; la aplicación de la jornada laboral flexible, el desarrollo del trabajo remoto o desde casa, así como la ampliación de los servicios asistenciales que permitan a la mujer expandir su papel más allá del cuidado del hogar e ingresar en la formación académica y en el mercado laboral.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez, P. (2001). El papel de las mujeres en la familia: Los conflictos sociales. En: *In La familia en la Edad Media: XI Semana de Estudios Medievales, Nájera, del 31 de julio al 4 de agosto de 2000* (pp. 501-514).
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia.
- Almandós, L. (2009). Del margen al centro: Lo femenino y la Filosofía en el Gorgias y en Republica V de Platón. En: *Revista Literatura: Teoría Critica*, (11). p. 147-182.
- Almandós, L. (2003). Igualdad y diferencia en la democracia ateniense. En: *Revista Literatura; Teoría Critica.* UNC.
- Baeza, S. (2005). Familia y género: las transformaciones en la familia y la trama invisible del género. En: *Praxis Educativa* (9), p. 34-42.
- Barbieri,M.T.(1996). Certezas y malos entendidos sobre la categoría de género. En. Guzmán, L. y Pacheco, G., *Estudios Básicos de Derechos Humanos IV.* San José de Costa Rica: IDH.
- Beauvoir, S. (2017). *El Segundo Sexo.* España: Catedra.
- Campillo, V. (1978). Madurez industrial: guerra y condición femenina. *Reis*, 4(78), p. 147-170.
- Cook, R. y Simone, C. (2010). *Estereotipos de Genero. Perspectivas Legales Transnacionales.* (Trae. Parra, A.) Pensilvania: University Pennsylvania.
- Delgado, G. (2002). Las políticas sociales en la perspectiva de los derechos y la justicia. Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL. Recuperado de: https://www.cepal.org/mujer/noticias/noticias/1/11151/delgado.pdf Departamento Nacional de Planeación [DNP] (2019). Dirección de desarrollo social. (06 de junio de 2019). Recuperado de: https://www.dnp.gov.co/programas/desarrollosocial/Paginas/desarrollo-social.aspx
- Flórez Muñoz, D. (2021). Judicialización de la macrocriminalidad en el Marco del Derecho Penal Internacional: del análisis sociopolítico de la criminalidad a los modelos dogmático-penales aplicables a la justicia transicional. *Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo*, *13*(26), 222–251. https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.13-num.26-2021-3622
- Gil, A. (2005). Política social: Teoría y Práctica – 1 parte. En. *Revista Paginas*. (72), 138-160. Recuperado de: http://biblioteca.ucp.edu.co/ojs/index.php/paginas/article/view/454/422
- Gonzales, A. (1992). Lo femenino en Platón, teoría del conocimiento e historia del pensamiento. [Tesis Doctoral]. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Filosofía y Cinericias de la Educación.

- Luna, L. (1995). La otra cara de la política: exclusión e inclusión de las mujeres en el caso latinoamericano, conferencia dictada en el ciclo: El modelo femenino: ¿una alternativa al modelo patriarcal?, En. *AEHM* (46). Recuperado de: http://revistes.ub.edu/index.php/BoletinAmericanista/article/view/12793
- Meny, I y Thoenig, J. (1992). *Las políticas públicas*. Barcelona: Editorial Ariel, S. A.
- Millet, K. (1995). *Política Sexual.* Madrid: Catedra S.A
- Platón. Republica. Libro V. introducción, traducción. Gredos, Madrid: 1998, p. 224-293.
- Salcedo Alarcón, M. (2020). La figura del restablecimiento del derecho en el sistema penal acusatorio. *Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo*, *12*(23), 56–80. https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.12-num.23-2020-2655
- Sonsoles, S. (s.f). La feminización de la profesión: identidad de género. En: *Rase Revista de Asociación de Sociología de la Educación*, 3(3), p. 376-387.
- Strugo, S y Szterenlicht, J. (2012). *Política social como intervención en lo social*, Buenos Aires: Espacio Editorial.
- Valcárcel, A. (2021). *Sexo y filosofía, sobre: mujer y poder.* (3Edicion), Madrid: Anthropos.
- Tirado Pertúz, C. A. (2020). Análisis jurisprudencial de la caracterización de la familia de crianza. *Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo*, *12*(24), 271–289. https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.12-num.24-2020-2675
- Tirado Pertúz, C. A., & García Granados, C. E. (2021). Aspectos procesales de la declaratoria de interdicción por discapacidad mental absoluta. *Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo*, *10*(20), 154–172. https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.10-num.20-2018-2153

IURA
REVISTA JURÍDICA
Revista académica interdisciplinaria de información e investigación jurídica

http://doi.org/10.22497/iura/71. 7111

BRAZIL BURNS, ANNUALLY, A LARGER AREA THAN ENGLAND, STUDY REVEALS

BRASIL QUEIMA ANUALMENTE ÁREA MAIOR QUE A INGLATERRA, REVELA ESTUDO

Valquíria Gonçalves Souza[1]
Deilton Ribeiro Brasil[2]

ABSTRACT:

An unprecedented study released by the Annual Mapping of Land Use and Coverage in Brazil (MapBiomas) project revealed worrying data when analyzing the last decade in relation to the damage that occurred to the environment in the Brazilian territory. In addition to record deforestation, forest fires have been major environmental villains, mainly because many of them have criminal origins. An issue that was also on the agenda at the United Nations Climate Conference (Cop 26), held in November 2021, in Glasgow, Scotland, which among many issues, sought to draw up agreements so that in the future there can be a better environment scenario. This article seeks to analyze environmental issues, mainly related to criminal fires in Brazil, without giving up important concepts on this theme such as sustainability and environmental rationality,

1 Master's student in Protection of Fundamental Rights from the University of Itaúna (UIT). Bachelor's Degree in Law from Faculdade Pitágoras Divinópolis, Postgraduate in Labor Law and Labor Process from Faculdade Pitágoras, Lawyer, journalist, speaker and consultant on the General Data Protection Law. E-mail: valquiriagsouza84@gmail.com

2 Ph.D. in Law from UNIME, Italy. Doctor of Law by University Gama Filho, Rio de Janeiro. Law Scholar at University of Itaúna (UIT), Faculty of Law Saint Agustine of Sete Lagoas (FASASETE-AFYA). Orcid: https://orcid.org/0000-0001-7268-8009. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1342540205762285. E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

drawing together ideas from authors such as Enrique Leff, Klaus Bosselmann and Juarez Freitas, in addition to documentary data, collected in reports such as those released by MapBiomas and the Military Fire Department of Minas Gerais. The descriptive-analytical method was adopted in this research for approaching, conceptualizing, and analyzing the essential categories. Therefore, the legislative proposal method, which is typical when applying social sciences to legal sciences was employed.

KEYWORDS: Fires; Environment; Sustainability; Environmental rationality.

RESUMO:

Um estudo inédito divulgado pelo projeto de Mapeamento Anual do Uso e Cobertura da Terra no Brasil (MapBiomas) revelou dados preocupantes quando se analisa a última década em relação aos danos que ocorreram no meio ambiente no território brasileiro. Além do desmatamento recorde, os incêndios florestais têm sido grandes vilões ambientais, principalmente porque muitos têm origem criminosa. Assunto que também foi pauta na Conferência do Clima da Organização das Nações Unidas (Cop 26), realizada em novembro de 2021, em Glasgow, na Escócia, que entre tantos assuntos, buscou a confecção de acordos para que no futuro se tenha um cenário mais favorável em relação ao meio ambiente. O presente artigo, busca analisar questões ambientais, principalmente relacionadas às queimadas criminosas no Brasil, sem abrir mãos de conceitos importantes dessa temática como sustentabilidade e racionalidade ambiental, costurando ideias de autores como Enrique Leff, Klaus Bosselmann e Juarez Freitas, além de dados documentais, colhidos em relatórios como os divulgados pelo MapBiomas e Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais. O método descritivo-analítico foi adotado nesta pesquisa para abordagem, conceituação e análise das categorias essenciais. Portanto, foi empregado o método da proposta legislativa, típico da aplicação das ciências sociais às ciências jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Queimadas; Meio Ambiente; Sustentabilidade; Racionalidade ambiental.

INTRODUCTION

The environment theme was highlighted in the media in 2021, for many reasons, including the organization of the United Nations Climate Conference, Cop 26[3], held at the end of the second semester, in Glasgow, Scotland. The event was a real marathon of negotiations aimed at agreements that can guarantee a better future for humanity. For the first time an agreement on the planet's climate included a reference to fossil fuels and their role in the climate crisis. The final text explicitly speaks of coal as the single biggest contributor to climate change.

There were many advances achieved during Cop206. Powers such as the United States have stated that they will lead the environmental effort by example; among the American nation's commitments is the reduction of methane gas emissions. An event of this magnitude corroborates the idea of authors such as Klaus Bosselmann who claim that the interdependence between human rights and environmental protection is increasingly recognized in International Law.

On occasions such as Cop 26, countries assume commitments, set targets and the States themselves will act as supervisors of each other for what has previously been agreed. Brazilian President said in a video shown during the conference that the main objective for Brazil is to end illegal deforestation by 2028[4]. The idea, as announced by the Brazilian government, is that there is a gradual reduction in forest destruction by 15% per year between 2022 and 2024, rising to 40% reduction in 2025 and 2026, until reaching zero deforestation in 2028.

In the first topic, the study methodology of MapBiomas will be explained and some of the data presented in an unprecedented way in 2021. Next, it will be pointed out about criminal fires, which are increasing occurrences throughout the Brazilian territory. In a regional bias, data from Minas Gerais regarding the problem will be presented. Finally, more theoretical reflections on the subject will be made, in addition to perspectives for the future, dialoguing through a bibliographical research with authors such as Enrique Leff, Klaus Bosselmann and Juarez Freitas. Keeping in mind the UN's Sustainable Development Goals, especially goal fifteen, dealing with sustainable development.

The descriptive-analytical method was adopted in this research for approaching, conceptualizing, and analyzing the essential categories. Therefore, the legislative proposal method - typical when applying social sciences to legal sciences - was employed. The bibliographical framework employed the fundamentals suggested by different authors who had studied the subject, dogmatic concepts.

3 Available at: http://unfccc.int/conference/glasgow-climate-change-conference-october-november-2021

4 Available at: http://www.bbc.com/portuguese/brasil-59065366

2 UNPRECEDENTED DATA DISCLOSED BY MAPBIOMAS

According to data from the official website[5] of the Annual Land Use and Land Cover Mapping Project in Brazil (2021), available in Portuguese and English, it is an initiative that involves a collaborative network with experts in biomes, land uses, remote sensing and computer science. It uses cloud processing and automated processes developed and operated from Google Earth Engine platform to generate a historical series of annual land use and land cover maps in Brazil. In 2021, several databases were released from the historical cut that goes from 1985 to 2020 and among them, the data selected for this analysis to focus on the fires that bring serious consequences to the environment in the national territory.

MapBiomas arised from a seminar held in March 2015 in São Paulo, which brought together specialists in vegetation mapping. They were gathered to find out if it is possible to produce annual land use and land cover maps for all of Brazil in a cheaper, faster and more updated way, compared to current methods and practices, and that make it possible to recover the history of the last decades. The answer was positive. As long as there was unprecedented processing power and a high degree of process automation, in addition to the participation of a community of experts in each biome and cross-cutting themes.

From this initial diagnosis, a contact was made with Google, which generated a term of technical cooperation, so that the initiative could be based on the platform *Google Earth Engine*.[6] Thus, from July 2015, with training by the MapBiomas team in relation to the technological tools of Google Earth Engine, in California, the survey began. The purpose is understanding land use in Brazil and other tropical countries, but the data ends up generating subgroups of information that allow analyzing, for example, fires.

The methodology used by MapBiomas is fast, reliable and low-cost. The historical cutout chosen for the data collection is from 1985 to the present day and the idea is to update this data annually. This platform and methodology tends to be transferred to other interested countries, which may come to use the same algorithm system, in order to establish collaboration between Brazilian specialists in the country's existing biomes. When disclosing the data, MapBiomas works0 in a network with these institutions responsible for the different biomes.

The volume of data generated is surprising and among the series of reports generated, some information was selected to be analyzed in a more focused way in this study. It was noteworthy that each year, Brazil burns an area larger than England. According to an unprecedented survey carried out by the MapBiomas Project after analyzing satellite images between 1985 and 2020, it is possible to verify the impact of fire on the national territory.

The methodology worked and should be replicated in other countries, especially the tropical ones. Since the reality of wildfires and unbridled development in search of profit, putting sustainability at risk is a global reality.

5 Available at: http://mapbiomas.org/en/a-cada-ano-brasil-queima-area-maior-que-a-inglaterra?cama_set_language=en

6 Available at: http://earthengine.google.com/

As Klaus Bosselmann warns “hence, governments spread the message that we can have it all at the same time, i.e. economic growth, prospering societies and a healthy environment”.

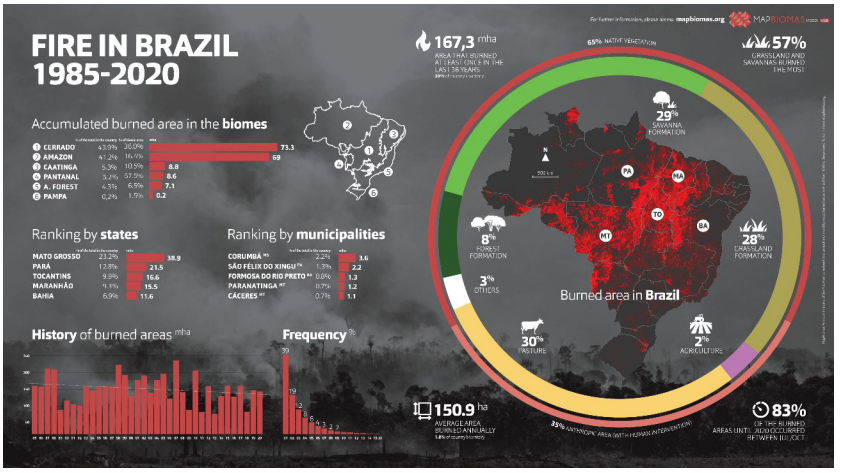
> That human population and economy can continue to grow without threatening the sustainability of human life is an irrationally held truth. And while it may turn out be an error, it stands to reason that our survival depends on the ability to respect and maintain the Earth’s ecological integrity. This is the core idea of the principle of sustainability (BOSSELMANN, 2008, p. 2).

Regardless of the data analyzed, the context as a whole is worrisome. It is notice that a new ethics is needed.

2.1 Criminal burnings

According to a report released at the beginning of the second half of 2021, by MapBiomas, using the methodology already applied, which is carried out in partnership with an important Google tool, in each of these 36 years (1985 - 2021), Brazil burned an area larger than England: 150,957 km² per year, or 1.8% of the country. Also according to the study report, “the accumulated amount for the period reaches practically a fifth of the national territory: 1,672.142 km², or 19.6% of Brazil, with 65% of the total burned area being native vegetation. The state of Mato Grosso had the highest occurrence of fire, followed by Pará and Tocantins”.

MapBiomas also reported that large peaks of burned area in Brazil occurred in years impacted by extreme drought events (1987, 1988, 1993, 1998, 1999, 2007, 2010, 2017), high deforestation rates, especially before 2005 and after 2019, they had a major impact on the increase in the area burned in those periods. Through the Infographic (Figure 1)[7] it is possible to have a dimension of the damage.



7 Available at: http://mapbiomas.org/en/infograficos-1?cama_set_language=en

The Amazon Environmental Research Institute (IPAM)[8], a scientific, non-governmental, non-partisan and non-profit organization that has been working for the sustainable development of the Amazon since 1995, has a library with a series of scientific articles dealing with the Amazon biome of these articles, by Andrade *et al* (2021, p.1) that the explanation is found that the use of fire has been practiced for millennia by native peoples and this practice of burning was intensified in the region when the opening of roads in the heart of the greatest tropical forest in the planet promoted the occupation of the Amazon by non-indigenous peoples. However, as explained in the Technical Note on Fire, signed by researchers from the Coordination of Indigenous Organizations in the Brazilian Amazon (COIAB[9]) and IPAM, Andrade *et al* (2021, p.2) despite the fact that fires are, a priori, related to negative impacts, which range from the destruction of fauna and flora to costs to public coffers, not every practice of burning results in negative impacts and shares this stigma. This is the case of the so-called "traditional burnings", in which the use of fire is part of ancient cultures and goes beyond scientific understanding.

Enrique Leff (2004, p. 425), in his work "Environmental rationality: the social reappropriation of nature", talks about them as a cultural legacy of indigenous peoples in Latin America. "In this sense, the spatial and temporal organization of each culture according to a system of social relations of production that enhance the integrated, sustainable and lasting use of natural resources. The ecological management of resources was a practice widely developed by several pre-Hispanic cultures".

In Leff's analysis, this allowed the optimization of the ecological offer of various regions, based on the seasonal use of crops and labor, productive spaces and resource regeneration times (the swidden system with its fires and its scrubs) , integrating production through the interregional exchange of economic surpluses. However, this so-called "traditional fire" is not responsible for the environmental degradation in focus in this article, caused by arson, often used to "clean" land and forests.

> The ecological impacts generated by economic globalization are, in turn, affecting ancestral forms of coexistence and sustainable management of nature. In this way, "natural" disasters have become in recent years a "force majeure" that has forced indigenous and peasant communities to abandon their ancient practices of using fire in the burned distaff system, often accused of being the causing these "ecological" tragedies. It would be fairer to recognize that global warming on the planet - which was not generated in the first instance by indigenous peoples and local populations and to which they contribute on a smaller scale - has made their economies more vulnerable and their practices more risky, constraining their options for sustainable development autonomous in relation to global sustainable development strategies. (LEFF, 2004, p.154)

Leff (2004) analyzes that global warming has created a condition of vulnerability and risk in relation to traditional practices of using fire for shifting crops. In this way, ecological rationality (despite having

8 Available at: http://ipam.org.br/

9 Available at: http://coiab.org.br/

been caused by economic rationality and not by traditional practices themselves) imposes a reason of force majeure that becomes a norm and rule prohibiting productive practices, which previously operated within an ecological rationality, in the past sustainable and rooted in local culture. In short, considering everything that has been happening, even what was traditional in cultivation, it ends up prohibited, since control of the means and objectives has been lost with the traditional use of fire, starting to use it many times in a criminal way.

Mapbiomas report reveals[10] that the dry season, between July and October, concentrates 83% of burnings and fires in the country. And among the five Brazilian biomes, the one that suffered most was Pantanal 57% of its territory was burned at least once between 1985 and 2020.

According to researchers from MapBiomas, Pantanal has a vegetation adapted to fire. However, this high frequency can make it harmful to fauna and flora biodiversity. In this way, the project warns that issues related to the use of fire must be integrated into the conditions of use of pastures, in a preventive and controlled manner and following the Pantanal cycles and adequate meteorological conditions, in order to protect the biome.

This mapping[11] is unprecedented and reveals every piece of Brazilian territory in the last 36 years that has suffered from fire, and the project even has a department dedicated to the specific study of fire. Cerrado and Amazon represent 85% of the area burned over the last 36 years and the Amazon being considered the "lung of the world", this growing incidence of fire ends up becoming a global concern, which draws the attention of other nations.

About the methodology of the study, to reach these numerical and percentage data, the MapBiomas team processed more than 150 thousand images generated by them. With the help of artificial intelligence, the burned area in each pixel of 30m X 30m of the more than 8.5 million square kilometers of the Brazilian territory was analyzed over the 36 years between 1985 and 2020, regardless of land use and cover.

In September of this year, the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO)[12] informed that is helping to protect the World Natural Heritage of the Pantanal Conservation Area, in Brazil, affected by forest fires. According to the agency, "unprecedented fires are affecting the Pantanal, with numerous endangered species and a highly valuable ecosystem." For this, UNESCO uses resources from the Rapid Response Fund (FFR), an initiative in partnership with the Fauna and Flora International (FFI).

10 Available at: https://mapbiomas-br-site.s3.amazonaws.com/Fact_Sheet.pdf

11 Available at: MapBiomas Project – Mapping of burned areas in Brazil (Collection 1), accessed in [DATA] through the link: https://mapbiomas-br-site.s3.amazonaws.com/Fact_Sheet.pdf

12 Available at: https://news.un.org/pt/story/2020/09/1726612

2.2 Scars left by fire

MapBiomas has made a report about the scars left by fire in the Brazilian territory, in the document dated August 2021[13], which presents some more interesting data about the action of fire in the national territory.

The data of Mapbiomas (2021, p.2) present a synthesis of the annual and monthly mapping of burned areas and forest fires in Brazil between 1985 and 2020. And it highlights that one fifth of the Brazilian territory has already burned at least once since 1985, the total burned area corresponds to 1,672,142 km², 19.6% of Brazil. The average is 150,975 km² of burned area per year. About 61% of all areas affected by fire between 1985 and 2020 were burnt twice or more and 65% of the fire in the period occurred in native vegetation and 35% in anthropogenic areas, that is, planted with human action. Furthermore, 85% of the total area burned in the country, in 36 years, is concentrated in the Amazonia (41%) and Cerrado (44%).

The MapBiomas report (2021, p.7) in relation to the period of the year, 83% of fire events occurred between July and October, considered to be the dry season, and also for preparing the land for planting. In the ranking of the Brazilian states that burned the most are, respectively: Mato Grosso, Pará, Tocantins, Maranhão, Bahia, Piauí, Rondônia, Minas Gerais, Goiás and Mato Grosso do Sul. Corumbá is among the cities with the highest incidence of fires.

2.3 Concern about fires in the state of Minas Gerais

Fires and forest fires are not only a macro concern. At a regional level, it is clear that in recent years there has been an increase in the number of fires, as shown by data released by the Fire Department of Minas Gerais. Every year, during the dry season, the corporation launches a campaign against fires, in an attempt to reduce the rate of this type of occurrence, which brings countless damages, not only to the environment, but also to the health of the inhabitants of the state, in addition to economic losses.
According to the Military Fire Department of Minas Gerais, a large part of these fires are of criminal origin and precisely such occurrences are the focus of campaigns carried out year after year, against fires in forests and forests. The firefighters' work aims precisely at increasing the state of attention and mobilizing efforts for fire prevention and fire-fighting activities in natural areas, such as Nature Conservation Units or rural, public and private properties[14].

Also according to the firefighters, forest fires are powerful phenomena, aggravated by oversights and/or the intent of those who handle forest areas, visitors to conservation units, rural landowners or even by offenders intended on causing damage to the environment, public authorities and to private properties.

Despite all the effort undertaken in prevention actions by CBMMG, it was observed that in 2020:

13 Available at: https://mapbiomas-br-site.s3.amazonaws.com/Fact_Sheet.pdf

14 Available at: Official campaign page: http://www.bombeiros.mg.gov.br/

> There was a percentage increase, compared to the historical average, in the number of calls related to the nature of fire in Agricultural Production/Pasture (+103%); fire in a rural area belonging to a private agency (+5%); fire in an unprotected rural area (+106%); fire in an unprotected urban area (+65%) and fire in a vacant lot/urban area (+23%)" (FIREFIGHTERS OF MINAS GERAIS, 2020, p.1)

Figures that according to the institution[15] reflect irresponsible behavior by the population who insist on the criminal practice of causing irregular fires. Vegetation fires are among the occurrences most attended to by the Fire Department of Minas Gerais, and more than 41% of them are in "vacant lots". Fire is often used to "clean" the land. This is an illegal and irregular practice.

You only have to watch the news to understand that forest fires have become a common problem around the world. Also according to a Cemig[16] survey, in 2021, the number of fires that interfered with the electricity grid was 55% higher than in 2020, in the first seven months of the year. What led to power outages for hundreds of customers. Companies that offer internet, for example, also suffer losses from fires, and the average repair time is six hours, leaving the customer without the provision of service.

According to data released by the Minas Gerais government news agency, the National Institute for Space Research (Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais) (INPE[17]) has recorded a 104% increase in the number of active outbreaks in the first seven months of 2021, when compared to the same period in 2020, remaining 65% above the annual average.

The main damage, undoubtedly, is the environmental one. Without measuring the consequences, people set fire to woods and forests, causing serious damage to fauna and flora. There is an effort by agencies such as the Federal Public Ministry, in order to stop deforestation and fires.

3 REFLECTIONS ON THE DATA PRESENTED AND PERSPECTIVES FOR THE FUTURE

Given the reality described in surveys by MapBiomas, Fire Department of Minas Gerais and also discussed during Cop26, in addition to academic articles from organizations such as COIAB and IPAM, we are led to reflect on important concepts and damage caused by fires. The future perspectives regarding life on the planet which is a matter of extreme urgency and must not be forgotten, but one that has been discussed for decades by authors such as Enrique Leff and Klaus Bosselmann.

15 Available at: https://www.bombeiros.mg.gov.br/esforco-de-prevencao-do-cbmmg-reduz-queimadas-em-algumas-regioes-mas-conscientizacao-da-populacao-e-fundamental

16 Available at: https://www.cemig.com.br/release/numero-de-clientes-da-cemig-prejudicados-por-queimadas-aumenta-mais-de-350-por-cento-no-estado/

17 Available at: http://www.gov.br/inpe/pt-br

It is worth remembering that during the preparations for the 1992 Earth Summit, in Rio de Janeiro, the States had already contemplated an "Earth Charter[18]", but this was far from the new ethics. At that time, as explained by Klaus Bosselmann, important concepts were defined.

> It was, therefore, left to global civil society to develop an Earth Charter as an ethical framework for a just, sustainable and peaceful future. By defining respect and care for the community of life and ecological integrity as its two main principles, the Charter gives shape and meaning to the principle of sustainability. Adopted in 2000, i.e. 20 years after the World Conservation Strategy, the Earth Charter has brought the concept of sustainable development back to its original meaning. (BOSSELMANN, 2008, p.2)

The author questions whether even after so many years has the international community finally discovered true sustainability, or has it lost itself in the debate on sustainable development? As we experience the impacts of unsustainable development daily and increasingly dramatically.

After all, as Leff (2006, p. 15) clarifies, the environmental issue emerges as a crisis of civilization: of Western culture; of the rationality of modernity, of the economy of the globalized world. "It is not an ecological catastrophe, nor a simple imbalance in the economy. It is the disarticulation of the world to which the objectification of being and the overexploitation of nature leads [...]"

As noted, more than agreements and promises like those seen at Cop 26, the urgency is for a collective conscience and also for more severe punishments for that. After all, the primary objective must be to guarantee an environmentally dignified life.

> The legal-political dimension echoes in the sense that sustainability determines, directly and immediately, regardless of any condition, the legal protection of the right to the future and, thus, presenting itself as a constitutional duty to protect the freedom of each citizen (holder of the environmental or ecological citizenship), in this status, in the process of intersubjective stipulation of the intertemporal content of the fundamental rights and duties of present and future generations, whenever directly feasible. (FREITAS, 2016, p.72)

Juarez Freitas (2016, p.275) explains, "it is necessary to introject the principle of sustainability throughout the legal system and not just in environmental law". Thought in line with Bosselmann (2008, p.3) explains that the necessary changes involve all levels of society, but mainly a change in how environmental problems are being treated politically.Finally, we are called to some questions proposed by Klaus Bosselmann:

> How can we justify the fact that our actions today will almost certainly threaten the planet's future? We are failing to meet the most basic obligation of each generation, i.e. to provide for the future of our children. This raises a moral question typical for sustainability and justice. How can we organize a fair distribution of goods and burdens throughout the generations? (BOSSELMANN, 2008, p.10)

18 Available at: http://earthcharter.org/read-the-earth-charter/

If the infamous sustainability is fundamental for the civilization project, it deserves and needs everyone's attention so that it can continue to be achieved. However, as Bosselmann(2008, p.3) argues "Disturbingly, governments have not been forthcoming to take leadership or encourage research into much needed new strategies for policy development, law and governance. And as sustainability lies squarely across individual disciplines it easily slips through the gaps". The author also criticizes most institutional research that focuses on economics and is blind to sustainability issues.

> How can we justify the fact that our actions today will almost certainly threaten the planet's future? We are failing to meet the most basic obligation of each generation, i.e. to provide for the future of our children. This raises a moral question typical for sustainability and justice. How can we organize a fair distribution of goods and burdens throughout the generations? (BOSSELMAN, 2008, p.10)

These are issues that need to be echoed not only in the political world, but also in everyday life, because the commitment needs to be shared by everyone. And it can start with simple attitudes, such as not setting fire to the vacant lot.

3.1 Exhaustible resources

In addition to burning, Brazil faces other serious environmental problems, as it acts as if the resources were not exhaustible. One example was the water crisis faced by the country in 2021, the worst in the last 91 years[19], according to the National Electric System Operator, the Southeast/Midwest system reservoirs that are responsible for generating 70% of the country's energy, came to operate at 19.59% of capacity in the first half of September 2021.

The country is used to relying mostly on hydroelectric energy, and government initiatives to encourage the use of other renewable energy sources, such as solar or wind, are rare. However, in the last months of the year, given the water situation, the Brazilian government announced that solar energy equipment will have their import taxes zeroed[20]. Solar trackers, which are used in large plants to monitor the position of the sun throughout the day, also entered the list of products that will now have their import tariffs zeroed, which increases the productivity of the unit.

Rodrigo Sauaia, executive president of the Brazilian Association of Photovoltaic Solar Energy [21](Absolar) said that the measure covers a request made by companies directly to the Federal Government. The expectation is that there will be a reduction in the amount that will be paid by the consumer.

19 Available at: https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/economia/audio/2021-09/brasil-enfrenta-pior-crise-hidrica-em-91-anos

20 Available at: Available at: http://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2020/07/governo-zera-imposto-de-importacao-de-equipamentos-de-energia-solar

21 Available at:https://www.epe.gov.br/en/press-room/clipping/brazilian-pv-market-is-maturing-faster-than-expected-%E2%80%93-comment

According to data from the Ministry of Mines and Energy[22], renewable energy sources, which include hydraulic, wind, solar and bioenergy, reached 46.1% share in the 2019 Total Energy Demand Matrix, increasing 0.6 percentage point compared to to the 2018 indicator. Solar energy grew 92% and wind energy 15.5%, sources which together, contributed 50% of the increase in the share of renewables in the matrix.

At first glance, the numbers may even seem high, but considering the potential for generating alternative energy in Brazil, this percentage of participation could be much higher. In 2008, Fagundes was already talking about the challenges of energy generation in the Amazon, because despite all the natural potential, there were many obstacles to be faced, including resources for the local population to have access to electricity.

> The immensity of the territory and its discontinuity imposed by rivers, igapós, igarapés, forests and other geographic features, and time, which is counted in days, not hours, will demand a paradigm shift in the electricity sector: the decentralization of service. The vastness of the territory must be faced in a fragmented way, taking advantage of local and diversified energy sources. The most adequate answer may be the use of renewable technologies adaptable to local conditions: small hydroelectric plants, solar energy, solid biomass residues for boilers and steam turbines, production of in natura vegetable oil, biodiesel and ethanol for use in internal combustion engines (FAGUNDES, 2008, p.12).

In the document organized by Fagundes (2008, p.17) for the Ministry of Mines and Energy, an analysis is made of how dependent man is on electric power today. According to the report, energy is a fundamental input for the development of society. Currently, man is more and more dependent on energy, because with his intelligence he has developed ways to accommodate his needs and desires, using the most varied forms of energy for this.

After all, it is no secret that the capitalist logic is to produce goods and cover needs without giving importance to life. There are different types of energy resources, all of them directly or indirectly dependent on the Earth's primary energy source.

> The option for any alternative, even if technically and economically viable, involves respect for the environment, customs and culture of those involved. In Brazil, most of the energy consumed comes from petroleum and its derivatives, which contributes to the increase in air pollution and respiratory diseases, increase in the greenhouse effect and expenditure of foreign exchange for its acquisition. The Brazilian energy matrix also aggregates an important percentage associated with the energy produced mostly by large hydroelectric plants and several thermoelectric plants throughout the country. [...] Other forms of energy that are abundant in Brazil can be used to, at least, mitigate isolation social and economic aspects of municipalities and small consumers. (FAGUNDES, 2008, p.17)

22 Available at:https://www.gov.br/pt-br/noticias/energia-minerais-e-combustiveis/2020/07/uso-de-fontes-renovaveis-no-brasil-e-tres-vezes-maior-que-o-mundial

As Fagundes (2008) describes it well, regardless of the choice of energy source, respect for the environment needs to be an analyzed angle. Brazil is still in its infancy in this regard, so much so that even in official documents such as the work organized by Fagundes for the Ministry of Mines and Energy, there is a veiled criticism of the way in which decisions that will impact the environment are taken in the country.

When it comes to the Environment, accountability and pressure for solutions ends up being global. In 2020, the actor Leonardo DiCaprio even publicly criticized the President of Brazil's stance in relation to the severity of fires in the Amazon forest[23]. The actor published on social networks, on August 14, 2020, a review and a video showing a fire, which had more than 600 thousand views.

> From The @Guardian: The number of fires burning in Brazil's Amazon in July was up 28% on the same month last year, according to data from Brazil's space research agency INPE. Early numbers for August also show a 7% increase. Brazil's president is under pressure internationally to curb the fires, but he has publicly doubted the severity of them in the past claiming opponents and indigenous communities were responsible. Last year's Amazon wildfires were devastating enough, but with the weather being drier this year so far, as well as the Coronavirus pandemic which has killed more than 99,000 Brazilians, there is growing concern that the ongoing deforestation isn't getting enough attention. (DICAPRIO, 2020)

The Brazilian President rebutted the actor's criticisms and accused him of supporting NGOs that were setting fire to the Amazon. The issue was discussed on social networks and the media, but the fact is that it makes it clear that other countries are watching the Brazilian posture in relation to environmental issues, including forest fires, the central theme of this study.

3.2 Responsibility of each one

Waiting for the state to obtain a more sustainable future does not seem safe. Enrique Leff reflects on the environmental crisis. According to the author, the origin is in the thought and assumption that man can dominate nature and have it at his service, instead of living in accordance with it. "The discourse of modernity that forges the subject, traps it, envelops it and blinds it, annihilating its capacity to manifest itself from its being: to be within a world; of being before another" (LEFF, 2010, p.154).

Leff states that in the face of the environmental crisis, a crisis of reason and knowledge, an environmental complexity emerges. The subject (man) dissolves into emptiness, deactivates his conscious action and detaches himself from a predicate that sustains him, because sustainability as a process of social rationalization (which has reached its expansion limits) is lacking.

23 Available at: http://g1.globo.com/natureza/amazonia/noticia/2020/08/18/leonardo-dicaprio-cita-aumento-dos-incendios-na-amazonia-e-critica-bolsonaro-duvidou-publicamente-da-gravidade.ghtml

Authors such as Leff, Bosselman and Freitas, who deal with sustainability and perspectives for the future, highlight the configuration of economic structures of original accumulation of capital and market globalization as being largely responsible for the degradation of the order of life. Besides building subjects who only care about this economic order, since, without unbridled consumption, human beings do not "achieve" the status to be accepted in his community. "The economy disempowers the person, eliminates the attributes of man, to convert him into abstract labor and productive energy." (LEFF, 2010, p.158).

We are led by Leff (2010) to question whether the emergence of ecological development thinking could lead to the establishment of a new subject, which is willing to break its self-referentiality and separate itself from the objectified world in order to conceive an "ecological self", so that what he called "the greening of a self, capable of restoring the fabric of life" can happen.

What we need is a renewed understanding of the world, the sustainable conditions of life and the meaning of human existence, knowledge that is not provided by scientific paradigms.

FINAL REMARKS

Ahead of the facts and information gathered in this article, it is possible to conclude that occasions such as Cop 26 are important. However, countries must not only assume the commitments, but also commit to monitoring each other in the pursuit of the audacious objectives proposed.

According to specialists, the final document reflects "interests, contradictions and the moment of political will in the world today", says the UN General Secretary. Some countries like China asked for an adjustment to the text, documenting "reduction" rather than "abandonment" of the use of coal, for example. But the Cop26, a two-week event, brought other achievements such as commitments to reduce deforestation and gas emissions. Greenhouse effect.

In relation to the work developed by MapBiomas, it is extremely important, because data such as those presented by the project allow more assertive actions, closer to the reality found in Brazil. The country lacks reliable information and this methodology used by MapBiomas tends to be transferred to other countries, especially those with a similar tropical climate.

The scenario seems to go against the grain of older agreements signed between nations, including the Sustainable Development Goals (SDGs), especially with regard to "goal 12", which deals with responsible consumption and production, and "goal 15" , about terrestrial life - which talks about protecting, restoring and promoting the sustainable use of terrestrial ecosystems, besides the sustainable management of forests, combating desertification, in addition to halting and reversing soil degradation and halting the loss of biodiversity.

GRADES

- Available at: http://unfccc.int/conference/glasgow-climate-change-conference-october-november-2021
- Available at: http://www.bbc.com/portuguese/brasil-59065366
- Available at: http://mapbiomas.org/en/a-cada-ano-brasil-queima-area-maior-que-a-inglaterra?cama_set_language=en
- Available at: http://earthengine.google.com/
- Available at: http://mapbiomas.org/en/infograficos-1?cama_set_language=en
- Available at: http://ipam.org.br/
- Available at: http://coiab.org.br/
- Available at: https://mapbiomas-br-site.s3.amazonaws.com/Fact_Sheet.pdf
- Available at: MapBiomas Project – Mapping of burned areas in Brazil (Collection 1), accessed in [DATA] through the link: https://mapbiomas-br-site.s3.amazonaws.com/Fact_Sheet.pdf
- Available at: https://news.un.org/pt/story/2020/09/1726612
- Available at: https://mapbiomas-br-site.s3.amazonaws.com/Fact_Sheet.pdf
- Available at: Official campaign page: http://www.bombeiros.mg.gov.br/
- Available at: https://www.bombeiros.mg.gov.br/esforco-de-prevencao-do-cbmmg-reduz-queimadas-em-algumas-regioes-mas-conscientizacao-da-populacao-e-fundamental
- Available at: https://www.cemig.com.br/release/numero-de-clientes-da-cemig-prejudicados-por-queimadas-aumenta-mais-de-350-por-cento-no-estado/
- Available at: http://www.gov.br/inpe/pt-br
- Available at: http://earthcharter.org/read-the-earth-charter/
- Available at: https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/economia/audio/2021-09/brasil-enfrenta-pior-crise-hidrica-em-91-anos
- 18Available at: Available at: http://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2020/07/governo-zera-imposto-de-importacao-de-equipamentos-de-energia-solar
- Available at:https://www.epe.gov.br/en/press-room/clipping/brazilian-pv-market-is-maturing-faster-than-expected-%E2%80%93-comment
- Available at:https://www.gov.br/pt-br/noticias/energia-minerais-e-combustiveis/2020/07/uso-de-fontes-renovaveis-no-brasil-e-tres-vezes-maior-que-o-mundial
- 21 Available at: http://g1.globo.com/natureza/amazonia/noticia/2020/08/18/leonardo-dicaprio-cita-aumento-dos-incendios-na-amazonia-e-critica-bolsonaro-duvidou-publicamente-da-gravidade.ghtml

BIBLIOGRAPHY

- ANDRADE, Ananda Santa Rosa et al. *The blackout of indigenous brigades and the vulnerability of indigenous lands and the vulnerability of indigenous lands to fires in the Brazilian Amazon.* Available in: <https://ipam.org.br/biblioteca/?biblioteca=artigos-cientificos> Accessed on: Nov. 21 2021
- BOSSELMANN, Klaus. *The principle of sustainability:* transformig law governance. Burlington: Ashgate, 2008. 253p.
- FREITAS, Juarez. *Sustainability:* right to the future. 3rd ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2016.
- LEFF, Enrique. *Environmental knowledge, sustainability, rationality, complexity, power.* Siglo XXI Editores, 1998. 141p.
- LEFF, Enrique. *Environmental Rationality:* the social reappropriation of nature. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2006. 556p.
- LEFF, Enrique. The fading of the subject and the reinvention of identities collectives in the era of environmental complexity**.** *Polis, Journal of the Bolivarian University*, Volume 9, No. 27, 2010, p. 151-198



PINTURA DE ASMAT
CHIRINOS ZAVALA





Arte



PINTURA DE ASMAT
CHIRINOS ZAVALA

IURA
REVISTA JURÍDICA
Revista académica interdisciplinaria de información e investigación jurídica

PASIÓN POR LOS ORÍGENES

Asmat Chirinos-Zavala

Confesiones de un pintor peruano radicado en Madrid

"Todo empezó con mis interrogantes sobre lo ritual, lo mágico y el misterio."

Cada vez que evoca su infancia en el Puerto de Malabrigo, a Adolfo Asmat Chirinos-Zavala (1966) le invade una sensación de libertad. Una sensación que él compara con surfear la ola izquierda más larga del mundo. Una ola que atraviesa la apacible superficie de ese mar que surcan avezados pescadores a bordo de frágiles embarcaciones. Desde muy pequeño se contagió del sentimiento oceánico que provoca el mar, esa sensación de libertad sin límites y de que existe una patria grande que colinda con los límites del universo.

Puerto Malabrigo era una caleta de pescadores con una rica tradición oral que daba cuenta de su milenaria historia. Es un lugar propicio para cualquier aquelarre. Miles de visitantes nacionales y extranjeros vienen a zambullirse en las aguas del mar, a revolcarse en la cálida arena, a comer deliciosos potajes y a escuchar viejas consejas, mitos y leyendas de paganas cosmogonías. También era un pueblo de diligentes pobladores que habían erigido un puerto de donde exportaban al mundo azúcar y harina de pescado. La multitud de seres efímeros que iban y venían y la imagen de los barcos que zarpaban y desaparecían en el horizonte despertaron en Asmat Chirinos-Zavala, el niño curioso de las grandes preguntas, las ganas de recorrer el mundo. Y por eso, aunque vive más de treinta años en España no se siente un exilado. Haber vivido su infancia en una atmósfera cosmopolita le salvó de la visión cerrada que solo ve en nuestras raíces el alfa y el omega de la condición humana.

En esos años felices de la infancia surgió la idea de emigrar siguiendo la bitácora de esos enigmáticos marineros que muchas veces solo pernoctaban en Puerto Malabrigo. Pero antes de levar anclas hizo sus estudios de artes plásticas en la Escuela de Bellas Artes Macedonio de la Torre. Poco tiempo después sintió que la incipiente actividad plástica se encontraba atrapada por una estrecha visión costumbrista, el panorama le pareció trasnochado, pero dispuesto a no quemar etapas se dedicó a aprender de los que

considera fueron sus primeros maestros. Recuerda el taller de pintura que llevó con Pío Ángel Muñoz por el clima de libertad en el que se respetaba las opciones de cada uno de los jóvenes pintores. Por estos años también frecuentó a don Pedro Azabache, el ermitaño pintor indigenista, y a don Eladio Ruiz, otro de los artistas plásticos emblemáticos de esta corriente pictórica con los que conversaba mientras los veía pintar cuadros e imágenes de su universo pictórico. Esto le fascinaba, porque Asmat Chirinos-Zavala cree que el primer deber de un pintor es crear su propio abecedario para representar y transmitir su discurso pictórico con una visión universal. "Por ejemplo-agrega-para mí usar el color azul, es metáfora de mar, cielo, infinito…un elemento universal."

> *"Todo empezó con mis interrogantes sobre lo ritual, lo mágico y el misterio. Es algo que ha movido toda mi vida. He tratado de encontrar y conocer la sabiduría ancestral y lo que he podido conseguir hasta ahora es solo fluir a través del arte".*

Elegir la vocación en su caso no fue ningún problema. Desde que a los trece años declaró que iba a dedicarse a la pintura, sus padres aceptaron sin rechistar esta decisión. El arte era como un mandato genético

> *"Mi madre dibujaba, pintaba y tejía, fue mi primer referente."*

Pero Adolfo no se contentaba con lo aprendido y dio rienda suelta a su creatividad. Contrajo el vicio sano de la lectura. "Mientras más lees, más buscas, informarte, llenarte de conocimiento". Los libros y la obra de Fernando de Szyslo y de otros artistas que lo salvaron del tedio. No ha olvidado la enciclopedia sobre la historia del arte que le regaló su hermana con magníficas reproducciones de cuadros de Goya, Rembrandt, Jan Vermeer y Rafael. Aún no se ha recuperado del asombro que le produjeron la delicadeza de las madonas de Rafael y el manejo del espacio y la luz de Vermeer. Pero el acontecimiento que trastrocó la escena plástica de Trujillo fueron las bienales organizadas por Gerardo Chávez. De pronto los jóvenes artistas locales fueron testigos de performances, instalaciones y arte conceptual que insuflaron de otros aires al estragado panorama plástico regional.

Entre la hornada de pintores que insurgieron como resaca creativa de las bienales una triada de pintores acuden de inmediato a su memoria: Tito Monzón, Luis Alarcón y Manuel Miranda Parreño. "Creo que Miranda Parreño debe estar en un pedestal muy alto. Es un gran artista poco reconocido en nuestro medio muy ingrato", acota.

Una vez pasada la marea de las bienales cita el caso de algunos pintores cuyas vocaciones persistirán en silencio en medio de la desidia y la indiferencia. "Qué será de la obra de Bazán (+) que tenía una creatividad muy singular, del maestro Wilfredo Mantilla Hidalgo (+) o de Salvador Rosado, Héctor Suárez García y otros.

un gran dibujante que ha desaparecido de escena.” Adolfo no pierde las esperanzas, confía en que algunos están trabajando en silencio.

Llegó a España en 1990 y se dedicó a su obra, así como a la gestión cultural. “Me ha gustado siempre organizar actividades, generar recursos, aglutinar amigos”, dice. Ya era un artista hecho y derecho, había descubierto su propio camino en el simbolismo. Su pintura logró concitar la atención de la crítica. Uno de estos críticos es Tomás Paredes Romero, expresidente de la Asociación de críticos de España. Tras señalar que la crítica de arte debe ser neutral u objetiva para que el artista aprenda más, Adolfo está convencido de que a la crítica hay que tomarla con pinzas.

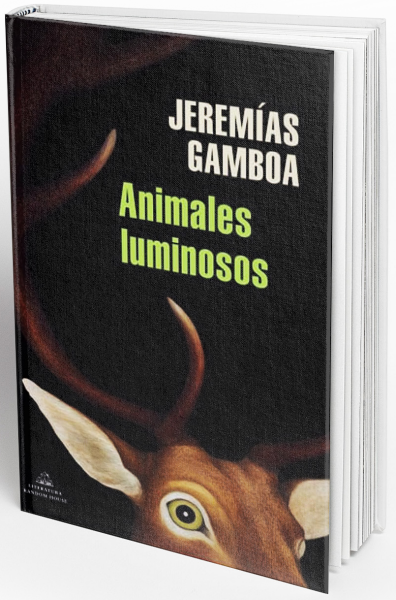
Ha realizado estudios de Educación Artística en la Universidad Complutense de Madrid. Continúa desarrollando su arte y paralelo a ello realiza múltiples actividades como profesor de arteterapia, gestor cultural, fotógrafo, museógrafo y diseñador gráfico. No ha dejado de recordar sus orígenes en el Puerto de Malabrigo, esa caleta de pescadores y de gente pujante entre quienes vivió los años más felices de su infancia y juventud. “Quiero trabajar por Malabrigo. Mi proyecto es construir un museo etnográfico para reivindicar el patrimonio cultural de mi pueblo”, asegura





RESEÑAS DE LIBROS

JEREMÍAS GAMBOA Y SU NOVELA SOBRE LOS "COLLEGES" ESTADOUNIDENSES



"Creo que estoy escribiendo para vencer mi autoaversión y mi autoracismo"

Enrique Planas

Algo no parece estar bien si al lado de la Biblioteca Norlin, en la Universidad de Colorado en Boulder, suele haber ambulancias estacionadas. El escritor Jeremías Gamboa recuerda haberle preguntado por ellas a sus compañeros de clase y, como si fuera algo normal, escuchó hablar de gente que se descompone frente a la presión. La obsesión por sacarse A en todas las materias puede conducir al hospital. En su caso particular, ni bien llegó a este College Town enclavado en las montañas, le indicaron con claridad que solo si tenía las mejores calificaciones y algunos "papers" publicados en revistas académicas, sus posibilidades para ser profesor allí serían mayores. Descubrió así que el camino de la Academia está marcado al milímetro. Un orden que, confiesa, le aterró.

Sin embargo, de noche, ese rígido mundo universitario se transformaba hasta volverse imprevisible para los jóvenes procedentes de todas partes del país, libres de la tutela paterna. Contada en tiempo real, desde las 6 de la tarde hasta el amanecer, "Animales luminosos" es el reporte de una de esas noches, vivida en los extramuros de la ciudad universitaria, ente bares y discotecas relajadas, donde a manera de delicada coreografía de baile, vamos conociendo a cada personaje, a cada animal definido en su luz y su oscuridad. Así, lo que parece comenzar como una novela romántica de estudiantes va tornándose en un desgarrado drama sobre el clasismo que opera, de diferentes formas, tanto en Estados Unidos como en América Latina.

¿Cómo defines la naturaleza de un College Town?

El College Town es un universo muy rico para estudiar las diferencias sociales. Es un lugar hasta cierto punto utópico, del cual uno forma parte sabiendo que es transitorio, y eso lo vuelve perturbador. Tienes en el campus a una cantidad de estudiantes de procedencias, saberes, idiosincrasias y culturas distintas, como sucede en un país de migrantes como Estados Unidos. A mí me interesó siempre ese contacto entre norteamericanos y los becarios del departamento de español, que veníamos de diferentes países de América latina y España. La mayoría de esos chicos ha dejado la casa de sus padres, y están en una ebullición brutal.

Boulder resulta una isla liberal en medio del Estado de Colorado, profundamente conservador. ¿Qué tan desconectados están los académicos de su realidad?

Yo llegué a Estados Unidos imaginando un país circunscrito al campus universitario. Al regresar a Lima y leer literatura norteamericana a fondo, descubrí que había estado en un sitio infernal. No me daba cuenta entonces, sumido en mis propios asuntos de migrante y mis inseguridades. El tema siempre va a estar allí: un academicismo que piensa el país y el verdadero hervor de Estados Unidos. En ese sentido, me parecía más interesante lo que sucedía en los bares, sentía que era lo más cerca de lo que podía estar de ese país.

En "Donde Van a morir los elefantes", novela de José Donoso, se dice que en esas comunidades universitarias los intelectuales latinoamericanos terminan diluyéndose. ¿Hay algo cierto en ello?

Tendría que vivirlo para decirlo. Yo me retiré de Boulder luego de la maestría.

¿Y por qué regresaste?

En mi caso particular, porque empecé a escribir.

La intención de Alaya es ser un testigo invisible, especialmente de los desencuentros amorosos de sus compañeros. Curioso que para todos los jóvenes, provengan de la clase que sean, el amor les resulte siempre una herida.

Lo que me interesa de la literatura, más que mostrar qué heridas son las más fuertes, es justamente entenderlas a todas en su conjunto y darles un lugar. Lo que hace la literatura es explorar todas las heridas. La literatura es la conciencia relacionándose con las heridas. A mí me interesaba que este chico, que trae heridas que no quiere recordar, observe las de otros y las compare. No para establecer una jerarquía, sino para mostrar que la condición humana es una experiencia colectiva.

Hablando de comparaciones, La novela habla del clasismo en el Perú, pero también nos revela las diferencias de clase al interior de los Estados Unidos. Un país tan difícil de conocer y que se disfraza en sus ficciones.

Ismael llega a los Estados Unidos con la imagen que el mismo país ha mostrado de sí mismo a través de la ficción. Un Estados Unidos WASP, blanco, angloparlante, uniforme. Esa es la visión tan persuasiva que nos ha dado Hollywood. Además de recorrerlo, la mejor forma de conocer Estados Unidos es leyendo su literatura. Me interesaba escribir desde mi conocimiento de Estados Unidos después de haber vivido allí, y el conocimiento a través de la literatura norteamericana. Finalmente, en esta novela son los migrantes los que ocupan el lugar central.

Migrantes a los que justamente les cuesta confesar su identidad...

Así es. Probablemente están hechos a mi medida. A mí me ha sido difícil asumir mi identidad, y creo que estoy escribiendo para vencer mi autoaversión y mi autoracismo.

MAESTRO DE LA CRÓNICA



Julio Villanueva nos entrega una nueva edición de estas crónicas "retocadas y anacrónicas, cándidas y cavernícolas".

José Carlos Yrigoyen

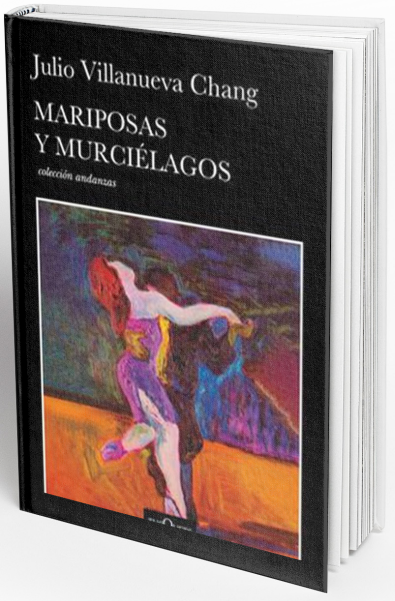
Si bien el renacimiento de la crónica peruana puede situarse a principios del presente siglo, este se gestó en los años noventa a través de plumas obsesionadas por retratar los personajes y escenarios de una realidad precaria que aún no se reponía del apocalipsis alanista. Podemos contar entre ellas a Luis Miranda, Jaime Bedoya, Beto Ortiz o a Oscar Malca. Pero quien se decidió a fortalecer la identidad del género entre nosotros, a difundirlo con altura por medio de la exitosa revista "Etiqueta Negra" y de una incansable labor mentora es Julio Villanueva Chang (Lima, 1967). Autor de un libro mayor como "Elogios criminales", comenzó a construir historias y perfiles en las páginas de El Comercio entre 1994 y 1998. Aquel material –un mosaico de textos teñidos de extrañeza, desamparo y una perspectiva agridulce de este país de rostros nostálgicos y desdentados– fue reunido y publicado en 1999 bajo el título de "Mariposas y murciélagos". Más de dos décadas después, Villanueva nos entrega una nueva edición de estas crónicas "retocadas y anacrónicas, cándidas y cavernícolas".

Repasado después de tantos años, el volumen mantiene el atractivo de testimoniar una evolución creativa que se evidencia en la gradual madurez de una mirada cada vez más ducha al escoger sus

temas y sus figuras, de captar las asociaciones afortunadas entre lo ordinario y lo sorprendente, en pulir un lenguaje que rezuma lirismo sin separar los pies del barro de la pobreza caótica, del desvalimiento atávico, de la tenacidad de quien ha elegido el pasado como último reducto. Uno lee las crónicas de ese joven Villanueva y no puede evitar sentir cierta melancolía por una época en que gran parte de las publicaciones locales podía exhibir un núcleo de redactores, curtidos y bisoños, con las pretensiones y las armas para elevar a lo literario la tarea periodística. Porque ese muchacho escribía realmente bien; mostraba una pericia formal que hacía metáfora de la ocurrencia e imagen rutilante de la dura prosa cotidiana.

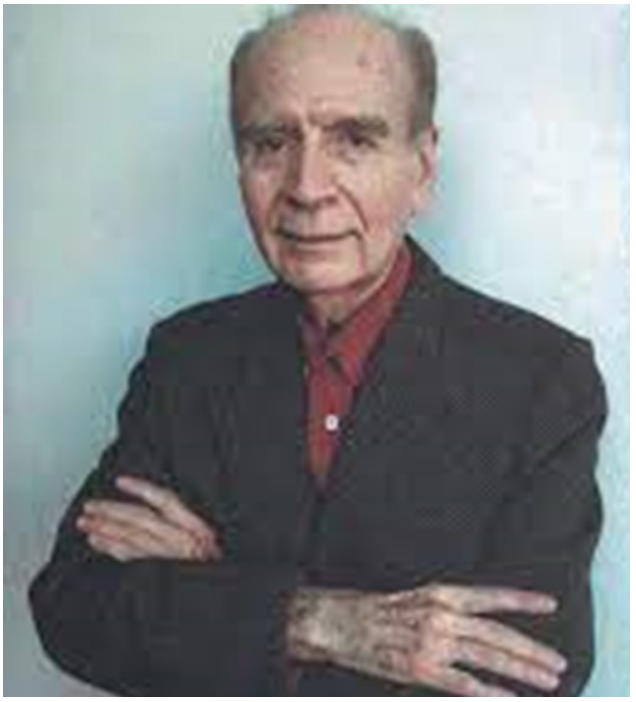
Premunido de una ironía inteligente, inclinándose por registrar lo envejecido, lo obsoleto y estropeado, Villanueva consigue un puñado de crónicas logradas: “La vida es una pose” ausculta con gracia el cuerpo desvestido de un profesor que funge de veterano modelo nudista en los claustros de Bellas Artes; “La espantosa belleza de Vallejo” bucea en la decadente intimidad de un periodista que ofrece las claves de una locura soledosa donde se acomodan por igual el afán edípico como la frustración literaria; “Taxista hasta la muerte” triunfa en su meta de plasmar una fábula órfica en que el sentido del deber se impone a los designios de ultratumba; aunque quizás la pieza que armoniza mejor poesía e intuición narrativa sea “Dejad que Los Niños vengan a mí”. Allí se despliega un panorama de visiones y voces que construyen la rutina de una familia entera aposentada en lo alto de un basural lindante con la Panamericana Norte, cuyos miembros, escarbando entre la inmundicia, hallan el secreto de una intransferible felicidad. Otros textos, sin embargo, no son del todo cuajados (“Playa de miércoles”, por ejemplo): delatan a un autor en pleno aprendizaje que todavía tantea el terreno en pos de convertirse en el hábil contador de destinos que será. Pero esa ya es otra historia.

“Mariposas y murciélagos”
Autor: Julio Villanueva Chang
Editorial: Tusquets
Año: 2022
Páginas: 132



LADISLAO PLASENCKI, PREMIO NOVELA BREVE JULIO RAMÓN RIBEYRO

EL ARTE ES UN CAZADOR SOLITARIO



Pintor, narrador, poeta, Ladislao Plansencki obtuvo el premio Novela Breve (2021) convocado por el Banco Central de Reserva por la novela El ave soul del Hotel Lima.

Julio Barco

Frente a una casona amarilla, de más de cinco pisos, con la fachada llena de ventanas sin vidrios, o tapadas súbitamente con maderas, vive, en un segundo piso, el poeta Ladislao Plasencki.

Para entrar, hay que abrir una reja ploma, grande, dando una patada para evitar que se atasque. Es en la misma avenida Emancipación, por donde yo recuerdo que hace años tuve un taller gnóstico.

Lo cierto es que el poeta vive rodeado de sus cuadros, donde la materialidad y lo descarnado de sus aquellos cuerpos pintados dan una apariencia irreverente y barroca de su arte; con una bandera donde reposan los rojos y verdes, los azules y amarillos de sus lienzos. Sin embargo, el encuentro va guiado a otro tema: lo poético. Y se charla sobre referentes del nuevo y anterior siglo.



Dos motivos admiro de Plasencki: que a sus 75 años, este 2021, reciba el Premio de Novela Breve Julio Ramón Ribeyro y, también, su profunda convicción con el trabajo de su arte. Estos dos motivos se retroalimentan en los artistas de pura cepa; los que, atados a ese febril trabajo diario, hacen del lenguaje, los colores o las imágenes una masa a trabajar, un molde para crear formar a sus sentidos. Ese trabajo en Ladislao se observa en su consecuencia: permanecer escribiendo y pintando en la soledad durante años. Por algo vive solo. Y rodeado de cuadros y cuadros. Me obsequia cuatro ejemplares de sus obras.

Leo con curiosidad. La esfinge preguntona del desierto, Cantata a César Vallejo; Manantiales del Desierto, Los Versos de La Vía Láctea; Réquiem al pie de Barrios Altos, Las pesadillas de la hija del marqués; y la voluminosa novela Las flores de Babelia. Apilo todos estos títulos pensando que ya con tiempos les haré sus reseñas críticas y continuamos hablando. Voy por el segundo de los cuatro cafés que tomaré. Charlamos de Verástegui, Vargas Llosa, Bryce, Rodrigo Fresán, Padura, Bolaño, Vallejo y Blanca Varela.

Me cuenta tres anécdotas sobre la vacuidad del arte posmoderno. Y luego: Para vivir, hay que mantener un ideal; es la única forma de aguantar la vejez y no solo ser una materia más, sin objeto alguno, razona el poeta, el mismo que escribió: ¿Saben mis amigos que me he retirado del mundo?/ Aquí tengo radio sextante cuaderno lápiz una lata de conserva/ algo de vinos y mis favoritos:/ James Joyce / César Vallejo ¿Por qué he de extrañar el bullicio de autobuses la loca hostería el / mercado de pulgas/ donde siempre leo mis versos?

Poderosos versos que irrumpen la tarde, la misma donde charlamos y que curiosamente se alborota del *bullicio de autobuses*, pues, detrás de nuestra charla y el rock que suena en su equipo estéreo, canta sus versos la ciudad. Emancipación no es precisamente una calle poética: a la vera de sus veredas, se hospeda toda clase de objetos de usos médicos; farmacias de esquina a esquina llenan los bloques duros y rectangulares de la cuadra, y una cadena verde separa a los enajenados transeúntes de ser atropellados por el corredor azul.

(La ciudad, de por sí, tiene imágenes poéticas que algunos ojos de cuidadoso calibre pueden deshilvanar de la barahúnda cotidiana)

Suena la ciudad y suena la música de los versos, como una sola danza, como un espejo abierto a que cualquiera lo refleje y escuche. Suena no solo en su horrendo circo gris, sino en los laberintos mentales, o en la música de los manantiales del desierto. Y justamente de un artista de los desiertos de la ciudad hablamos: Humareda.

–¿Y qué tal lo de tu Premio Novela Breve Julio Ramón Ribeyro?

El pintor lúcido que se hacía el loco para desentonar la falsa moral del arte y la sociedad de su época –y que no bebía una gota de alcohol sino café con leche, asunto que acentúa Plasencki– entregando un ejemplo de consecuencia artística. De él trata la novela premiada, sin embargo, también recuerdo el subtítulo de la novela: Ave Soul; curiosamente, gran parte de sus obras tienen un subtítulo explicativo. Por ejemplo, Réquiem al pie de Barrios Altos lleva el subtítulo de Las pesadillas de la hija del marqués. ¿Ave Soul? Este subtítulo solamente me recuerda al poemario setentero de Jorge Pimentel, sin embargo:

–Se trata de una frase latina que se relaciona con cantos africanos y religiosos con lo que conecto el arte mismo de Humareda. Ahora, lo del premio estuvo bueno. Pero yo creo que mejor es no ser celebrado en vida, y sí después de muerto. Yo me propuse trabajar en silencio durante años mientras iba perfeccionando mi arte. Desde los 18 años me propuse dedicarme solamente al arte, gané premios, insistí en la soledad, me mantuve al margen con la gente de la generación del setenta.

Salgo de la casa del solitario artista con la certeza de una entrega silenciosa y absoluta.

La soledad, el frío, cierta nostalgia, la tristeza de las bancas infinitamente solitarias, el eterno bullicio, la luz anaranjada, me mantienen reflexionando sobre cómo crece la obstinación de ciertas almas. Podría comer una pizza o una lata de cerveza pero, por un instante, me siento arremolinado de certezas: en medio de la caótica ciudad, la gestación de cualquier arte es la creación de un manantial. Más allá de la banalidad y de las falsas ilusiones paralizantes, hay un deseo terco que mantiene el ritmo en el pentagrama, el fuego de la escritura, el pulso del arte.

Y yo recuerdo, mientras deambulo en el empedrado justamente al frente de la estatua de César Vallejo la Plazuela del Teatro, en la segunda cuadra de Huancavelica, aquello que dejó escrito Quevedo en un soneto: la belleza es inquieta como el fuego. O, en mis juegos poéticos, la creatividad es inquieta como el fuego. Bellos y certeros versos que, bien reflexionados, son vino para el ser.



PINTURA DE ASMAT
CHIRINOS ZAVALA

IURA
REVISTA JURÍDICA
Revista académica interdisciplinaria de información e investigación jurídica

http://doi.org/10.22497/iura/71. 7112

CONVERSATORIO EN LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

LA VIDA EXAGERADA DE CARMEN BALCELLS

Por Domingo Varas Loli

Mario Vargas Llosa no puede con su genio. En la presentación del libro *Carmen Balcells, traficante de palabras (*de Carme Riera (Penguin Random House, Barcelona, 2022), realizada el miércoles pasado en el salón de actos de la Real Academia Española, cuestionó el título del libro. "Traficante no es la palabra adecuada", le dijo a la autora. Esta replicó de inmediato que así se autodenominaba, con sarcasmo, la propia Balcells (1933-2015) contrariando el sentido peyorativo de este vocablo. De esta manera aclaró lo que hasta entonces parecía un despropósito considerando lo que significó este personaje en el mundo editorial hispanoamericano. Ya en la apertura de este coloquio Juan Cruz, el más reconocido periodista cultural de España, inició su intervención calificando a la extinta agente literaria como una de las heroínas de nuestro tiempo. Al terminar de leer las 508 páginas de esta biografía, en efecto, queda claro que Balcells fue una pionera que contribuyó decisivamente a que el escritor dejara de ser un don nadie que ejercía su vocación literaria a salto de mata, como un hobby de ratos libres o de fin de semana para convertirse en un escritor profesional. "Ella transformó las relaciones entre los escritores y los editores, fue una auténtica revolucionaria que cumplió un rol decisivo en el surgimiento del denominado boom literario", añadió el autor de *La ciudad y los perros.*

¿Cuál era el estatus del escritor antes de que irrumpiera la indomable figura de Carmen Balcells allá por la década de los años cincuenta del siglo veinte? El escritor estaba sometido a contratos cuyas cláusulas lo comprometían a ceder sus derechos de autor sin plazo, "por la eternidad" y a abonar a los editores cincuenta por ciento de los montos obtenidos por los derechos de traducción a otras lenguas. "Eran contratos verdaderamente leoninos y abusivos", opina Vargas Llosa tras contar que él firmó su primer contrato con el editor catalán Carlos Barral sin leerlo, resignado a que la sola edición de su novela bastaba para sentirse bien recompensado. Vargas Llosa rememoró el día en que Balcells se apareció como un ventarrón en su departamento y logró convencerlo con la vehemencia de un predicador protestante de que rescindiera ese acuerdo. En esta ocasión Balcells dio el gran salto de empleada de Barral, encargada

de negociar los contratos de traducción de las obras de autores españoles y latinoamericanos de esta casa editorial, a la agente que revolucionaría la escena literaria hispanoamericana. Cabe señalar que pocos años después los montos por traducciones y derechos de adaptación cinematográfica de las obras de los autores del boom ascendieron a sumas millonarias que les permitieron vivir de la literatura. *La ciudad y los perros* y *Cien años de soledad,* por citar dos de los casos más notables, fueron traducidas a más de cuarenta lenguas y batieron récords con ventas de más de veinte millones de ejemplares. Hasta antes de Balcells esto era inimaginable.

La agente literaria no era una traficante en el sentido literal de la palabra, puesto que no solo la acuciaba un desmedido afán económico al que ella sacrificaba sus sentimientos. Por el contrario todos los que la conocieron coinciden en destacar por sobre todas las cosas su generosidad. Era una generosidad hiperbólica, capaz de los más patéticos excesos como inundar de flores amarillas la casa de uno de sus escritores amigos o representados o los convites pantagruélicos que solía organizar por quítame esta paja. Vargas Llosa desmiente las versiones que la describen como una mujer imbuida de un ramplón espíritu mercantil que se imponía en sus relaciones personales. Aunque ella misma se encargaba de cultivar esta imagen como cuando ante la cándida pregunta de Gabriel García Márquez (Carmen, ¿tú me amas?). Esta le dijo que no le podía responder porque representaba un 36.2% del total de la facturación de su agencia.

La autora previene al lector desde el comienzo de su obra que, no obstante su amistad de más de cuarenta años con Carmen Balcells su intención no fue escribir una hagiografía sino una biografía que la mostrara vívida y real. Una mujer contradictoria capaz de los gestos más magnánimos y de las actitudes más arbitrarias y viles como aquella vez en que despidió abruptamente a Magdalena Oliver envenenada por la envidia que le producía su cultura, su afilado juicio crítico, así como su pasión literaria que la llevaba a leer los manuscritos de cabo a rabo. “Magda tenía probados gustos literarios y formación en la materia, algo que a Carmen le faltaba, aunque supliera esa carencia con su extraordinario olfato de perdiguera que nunca solía fallarle”, asegura Riera.

Al terminar de leer esta voluminosa biografía el lector tiene la sensación de que, a pesar de la abundante información y los prolijos datos, la autora no ha logrado develar las claves de la compleja personalidad de Carmen Balcells. La razón de este enorme vacío que nos deja con un sabor agridulce es que Carmen Riera omite referirse a la infancia de la biografiada, lo que de alguna manera convierte al libro en un retrato invertebrado y difuso. Apenas nos muestra algunas pinceladas de su infancia, sin despejar los enigmas que asedian la vida de cualquier ser humano como ocurre, por ejemplo, en la biografía de Jean Paul Sartre sobre Baudelaire en la que este logra identificar el trauma inicial que marca al poeta maldito para siempre. Las segundas nupcias de su madre a partir de las cuales el pequeño Baudelaire sintió en carne propia el abandono, la soledad y la angustia existencial. “La obsesión por el poder fue uno de los motores de la vida de mi madre”, revela su hijo Lluis Miquel Palomares en una declaración al desgaire, liberado de la sombra ominosa de una mujer de vida exagerada. He aquí una de las pistas que los lectores inconformes tendremos que seguir para comprender a esta mujer extraordinaria, irrepetible, contradictoria y deslumbrante.



ASMAT CHIRINOS ZAVALA

UPAO | FONDO EDITORIAL