

ISSN (Impreso): 1812-6804

ISSN (En línea): 2521-5280

DOI://doi.org/10.24265/voxxuris

VOX JURIS

41

Nº 1

2023

Lima - Perú Vol. 41 Nº 1 178pp.



USMP

UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

Facultad de Derecho

Vox Juris está multi indizada en:



Scientific Indexing Services

WEB OF SCIENCE™



Open Access Library



ACCESO LIBRE A INFORMACIÓN CIENTÍFICA PARA LA INNOVACIÓN



Elektronische Zeitschriftenbibliothek



DIRECTORY OF OPEN ACCESS JOURNALS



Matriz de Información para el Análisis de Revista



International Institute of Organized Research



Red de Bibliotecas Universitarias



Open Academic Journals Index



Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico



Directory of Research Journals Indexing



Dimensions



Science Research.com



Dialnet



Mirabel



Bielefeld Academic Search Engine



latindex catálogo



“(RE)CUELLIR LES SAVOIRS”



Directory of Academic and Scientific Journals



INDEX COPERNICUS INTERNATIONAL



CiteFactor Academic Scientific Journals



Bibliografía Latinoamericana



OpenAIRE EXPLORE



HEINONLINE



Academic Resource Index ResearchBib



Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades



Google Académico



Microsoft Academic Search



INFOBASE INDEX



JOURNAL ABSTRACTING AND INDEXING SERVICE



CORE



latindex



EBSCO host



Red Latinoamericana de Revistas en Ciencias Sociales



LatAmStudies Estudios Latinoamericanos



Red de repositorios de acceso abierto a la ciencia



LA CENTRO AMERICANA



vlex



zenodo



BIBLIOTECA ELECTRÓNICA DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA



melICA



Bibliotecas UNAM



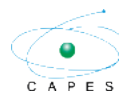
CIRC



EUROPEAN REFERENCE INDEX FOR THE HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES



Actualidad Iberoamericana Índice Internacional de Revistas



CAPE



Scilit



HARVARD LIBRARY



Internet Search Engine with ASR Page Ranking Technology



periodicos



Journal Index ISSN 2521-3393



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

Facultad
de Derecho

REVISTA DE DERECHO
VOX JURIS

Volumen 41, Número 1

2023

Lima - Perú

Vox Juris es una revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, que publica artículos científicos y trabajos de investigación referidos al ámbito académico de la Ciencia y Filosofía del Derecho, disciplinas afines, temas éticos y de interés socio jurídico para la comunidad científica, académica, universitaria e institucional, nacional e internacional, con el objetivo de divulgar el conocimiento especializado en temas de interés y actualidad. La revista tiene una periodicidad semestral. Indizada en Latindex, Dialnet, Clase, Base, Journal Tocs, DRJI, OAJI.net, Citefactor, Rebiun, Miar, EZB, Infobase Index, I2OR, International Innovative Journal Impact Factor, Open Access, Scientific Indexing Services, Alicia, Erihplus, Index Copernicus International, DOAJ, LatinREV, International Scientific Indexing (ISI), REDIB, ResearchBib, WorldCat OCLC, Google Académico, EBSCO, Biblat, Active Research Result, JOURNAL INDEX.org, LatAm Studies (Estudios Latinoamericanos), Hollis Harvard, Actualidad iberoamericana, CIRC, SCILIT, Portal de Periódicos/CAPES, Crossref, Emerging Sources Citation Index de Web of Science, La Referencia, Open AIRE Explore, EUROPUB, Hein Online, Microsoft Academic Search, Science Research, Latindex (version online), Biblioteca electrónica de Ciencia y Tecnología, Dimensions, Rootindexing, UNAM, Mir@bel, Latioamericana, VLEX, CORE, AmeliCA y Zenodo, Aura, Bibliotheksservice-Zentrum Baden-Württemberg, Fatcat!, Quality Open Access Market, Semantic Scholar, SUDOC, Ulrich's Periodical Directory, University Library RWTH Aachen University, Wikidata, Wilbert y Zeitschriften datenbank, CLACSO, Universidad de Salamanca, Net, Heupo.

VOX JURIS 41 N° 1

CONSEJO EDITORIAL

Presidente: Dr. Dr. Dr. H. C. Múlt. Gino Ríos Patio

- Director del Instituto de Investigación Jurídica USMP. Profesor universitario.
- Abogado. Maestro en Ciencias Penales, Doctor en Derecho y Doctor en Educación por la Universidad de San Martín de Porres, Lima-Perú.
- Posgrado en Derechos económicos, sociales y culturales por la Universidad de Ginebra, Suiza.
- Diplomado en Filosofía Política, Universidad de Harvard.
- Especialista en gestión, administración, enseñanza, metodología, investigación y didáctica universitaria.
- Doctor en Criminología por la Universidad Humani Mundial.

Miembros:

Dra. Beatriz Kalinsky

- Antropóloga. Master en Ciencias Sociales (FLACSO). Doctora en Derecho Social por la Universidad de Buenos Aires, Argentina.
- Profesora de Epistemología y Métodos de investigación social de la Universidad de Buenos Aires.
- Profesora e investigadora universitaria.

Dr. Dr. Mult.h.c. Antonio-Carlos Pereira Menaut

- Jurista, profesor titular de la Universidad de Santiago de Compostela (España) en el área de Derecho Constitucional.
- Director de la Catedra Jean Monnet de Derecho Constitucional europeo.
- Profesor Visitante de las Universidades de Valparaíso, Universidad de los Andes, Universidad de Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile).

Dr. José Carlos Remotti Carbonell

- Profesor Agregat de Derecho Constitucional en el Departamento de Ciencia Política y Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona, (España) / Coordinador Académico del Master en Derecho Público y de la Integración de dicha Universidad.

Dr. Dr. Mult.h.c. Antonio María Lorca Navarrete

- Doctor en Derecho por la Universidad de Granada, España. Doctor en Jurisprudencia por la Universidad de Bologna, Italia, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco (España).
- Presidente del Instituto Vasco de Derecho Procesal, y miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Ha sido investido Doctor Honoris Causa por diversas universidades nacionales y extranjeras.

Dr. Fernando Miró Llinares

- Doctor en Derecho, Director del Centro Crímina, Catedrático y Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández de Elche, España.
- Especialista y autor de numerosas publicaciones sobre estudio y prevención de la delincuencia y prevención situacional del delito, derecho penal económico y de la empresa y el derecho en las nuevas tecnologías.

Dr. Eduardo Andrés Calderón Marengo

- Abogado por la Universidad Centroamericana (UCA), Master en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México, Doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Actualmente, estudiante del programa posdoctoral de la Universidad Externado de Colombia y la Universidad de Zaragoza, España. Docente Investigador de la Universidad Cooperativa de Colombia y Universidad Externado de Colombia. Docente de programas de pregrado y posgrado de la Universidad Americana (Nicaragua) y la Universidad Centroamericana (Nicaragua).

Coordinador de Edición: Ing°. M.A. Luis Suárez Berenguela - Fondo Editorial USMP

Diagramación: Janeth Condori Castro - Fondo Editorial USMP

Traductor: Mtro. Augusto Espinoza Bonifaz

Ortografía y textos: Los autores

ISSN: 1812-6804 [Impreso]

ISSN: 2521-5280 [En línea]

Depósito Legal 95-0895

Derechos Reservados conforme a Ley

Está permitida la reproducción total o parcial de los artículos citando la fuente.

Los artículos contenidos en este número han sido revisados por pares externos.

Las opiniones vertidas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Institución editora	:	Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres.
Escribir a	:	
Facultad de Derecho	:	Alameda del Corregidor 1865, La Molina, Lima-Perú.
Código Postal	:	Lima, 12.
Teléfono	:	365 7000 - 365 6947 - 365 6948 - 365 6943
Fax	:	365 6957
E-mail	:	investiga_derecho@usmp.pe
Web site	:	www.derecho.usmp.edu.pe
Fecha de edición	:	El presente número corresponde al semestre enero - junio 2023.

CONTENIDO
CONTENT

Presentación	7
Editorial	8

Artículos originales

Análisis normativo del FCI como mecanismo de acceso a la educación superior en Colombia <i>Regulatory analysis of the FCI as a mechanism for access to higher education in Colombia</i> Melisa López Hernández Eduardo Andrés Calderón Marengo Camilo Andrés Garzón Correa Oscar Yesid Céspedes Gutiérrez Universidad Cooperativa de Colombia Colombia	12
Dimensiones de la memoria histórica: tejido social, asociatividad, ética-política <i>Dimensions of historical memory: social fabric, associativity, ethics-politics</i> Alberto Prada Galvis Wilson Miguel Salas Picón Karime Cure Requena Universidad Cooperativa de Colombia Colombia	29
Sistema de notificaciones electrónicas y la productividad judicial en la corte superior de justicia de Cajamarca <i>Electronic notification system and with judicial productivity in the superior court of justice of Cajamarca</i> Abel Idrogo Zamora Carlos Augusto Echaiz Rodas Instituto de Gobierno y Gestión Pública de la Universidad de San Martín de Porres Jaime Agustín Sánchez Ortega Universidad Norbert Wiener Perú	49

Artículos de revisión

Derecho civil

Acuerdo de gestación. Un análisis desde de la experiencia mexicana <i>Gestation agreement. An analysis from the mexican experience</i> Aníbal Guzmán-Ávalos Universidad Veracruzana México	59
--	----

La metodología del IX pleno casatorio civil para la definición de la nulidad manifiesta ¿debe ser considerada como vicio en su aplicación? <i>Should the methodology of the IX plenum civil case for the definition of manifest nullity be considered as a vice in its application?</i> Elizabeth Rosmery Huamán García Universidad de San Martín de Porres Perú	71
--	----

Derecho del consumidor

Alcances del allanamiento y reconocimiento frente a la infracción al deber de idoneidad en la justicia de consumo en el Perú <i>Scope of the search and acknowledgment of the infringement of the duty of fitness in the consumer justice in Peru</i> Omar Alfredo Damián Medina Universidad Nacional Mayor de San Marcos Perú	80
--	----

Derechos humanos

Una crítica a la configuración del contenido del derecho a la desconexión digital en el Perú <i>A criticism to the content configuration of the right to digital disconnection in Peru</i> Fátima Deyanira Arrivasplata Reyes Poder Judicial - Corte Superior de Justicia de Lima Perú	98
--	----

Derecho laboral

Libertad sindical en México. Aplicación de los convenios 87 y 98 de la OIT en relación con las obligaciones derivadas del T-MEC
Trade union freedom in Mexico application of ILO conventions 87 and 98 in relation to obligations arising from the USMCA
María de Lourdes Castellanos Villalobos
Universidad Veracruzana
México 124

Derecho penal

Sanción penal y causas de exención de pena en las lesiones ocasionadas en la práctica del fútbol
Criminal sanction and causes of exemption from the penalty in the injuries caused in the practice of football
Juan Carlos Villena Campana
Ministerio Público del Perú – Fiscalía Suprema
Perú 133

Derecho romano

Felipe Pinglo y el derecho romano: El plebeyo en las XII Tablas y la Lex Canuleia
Felipe Pinglo and roman law: The commoner in the XII Tables and the Lex Canuleia
Julio Santiago Solís Gózar
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Perú 143

Gestión pública

El liderazgo en el sector público, la variable crítica para reformar la administración pública
Leadership in the public sector, the critical variable to reform the public administration
René Arturo Barra Zamalloa
Value & Growth Partner E.I.R.L.
Perú 153

Criminología

El compliance penal como dispositivo político criminológico
Criminal compliance as a criminological political device
Augusto Renzo Espinoza Bonifaz
Universidad de San Martín de Porres
Perú 163

PRESENTACIÓN

Vox Juris es una publicación científica de periodicidad semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Difunde artículos científicos y trabajos de investigación de la ciencia y filosofía del Derecho, ciencias afines, temas éticos y socio jurídicos. Está dirigida a la comunidad científica, académica, universitaria, institucional, nacional e internacional, de Derecho, Ciencias Sociales, Filosofía y Ética. Su objetivo es divulgar el conocimiento y promover la investigación científica en dichas ramas del saber, en temas de interés general y de actualidad.

Todos los derechos quedan reservados por la Universidad de San Martín de Porres. Esta publicación no puede ser reproducida total ni parcialmente, ni archivada o transmitida por ningún medio, sea electrónico, mecánico, de grabación, fotocopiado, microfilmado, por registro u otros métodos, sin que se cite la fuente de origen.

Las contribuciones inéditas que recibe *Vox Juris*, como artículos originales, artículos de revisión, artículos de opinión, artículos de análisis de casos, artículos históricos y semblanzas; son puestas en conocimiento del Consejo Editorial; revisadas en línea por expertos (pares) externos, nacionales o extranjeros, quienes opinan en forma anónima bajo la modalidad doble ciego, sobre la calidad y validez científica de los trabajos; y sometidas a la corrección de estilo. El tiempo de revisión en la mayoría de los casos es de dos a cuatro meses. Solo se publican las contribuciones que han subsanado las observaciones correspondientes y que finalmente han merecido opinión favorable. Los revisores y la revista no se hacen responsables de las opiniones vertidas por los autores de las contribuciones publicadas.

La revista es de acceso abierto en versión digital. Cuenta con la Licencia Creative Commons Attribution 4.0, licencia pública internacional CCBY- NC-ND. Está disponible a texto completo en la siguiente página web: <http://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/index>

Vox Juris está indizada en: Latindex, Dialnet, Clase, Base, Journal Tocs, DRJI, OAJI.net, Citefactor, Rebiun, Miar, EZB, Infobase Index, I2OR, International Innovative Journal Impact Factor, Open Access, Scientific Indexing Services, Alicia, Erihplus, Index Copernicus International, DOAJ, LatinREV, International Scientific Indexing (ISI), REDIB, ResearchBib, WorldCat OCLC, Google Académico, EBSCO, Biblat, Active Research Result, JOURNAL INDEX.org, LatAm Studies (Estudios Latinoamericanos), Hollis Harvard, Actualidad iberoamericana, CIRC, SCILIT, Portal de Periódicos/CAPES, Crossref, Emerging Sources Citation Index de Web of Science, La Referencia, Open AIRE Explore, EUROPUB, Hein Online, Microsoft Academic Search, Science Research, Latindex (version online), Biblioteca electrónica de Ciencia y Tecnología, Dimensions, Rootindezing, UNAM, Mir@bel, Latioamericana, VLEX, CORE, AmeliCA y Zenodo.

Copyright 2019 FADE-USMP
Depósito legal: 95-0895
ISSN: 1812-6804 (Impreso)
ISSN: 2521-5280 (En línea)

EDITORIAL

La investigación jurídica no se detiene. La publicación de los artículos que contiene esta edición, da cuenta de cómo el saber en el campo jurídico y áreas afines avanza para generar conocimiento y estimular al emprendimiento de otras investigaciones, con el consiguiente efecto bienhechor de crear nuevos conocimientos para mejorar el estado del arte en cada una de las especialidades. Por ello, la investigación sólo encuentra su finalidad social cuando el conocimiento generado se conoce y aplica en la realidad, lo que únicamente se consigue difundiendo la obra de los académicos.

Con ese singular motivo, el Consejo Editorial de la Revista Vox Juris, emblemática publicación científica en materia jurídica y ciencias afines de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, presenta a sus amables lectores el número 41-1, correspondiente al período enero-junio del año 2023, en el cual podrán leer importantes contribuciones originales y de revisión hechas por reconocidos estudiosos y académicos de la región latinoamericana.

Entre los artículos originales, esta edición comprende la investigación intitulada “Análisis normativo del FCI como mecanismo de acceso a la educación superior en Colombia” de los prestigiosos académicos de la Universidad Cooperativa de Colombia, Melisa López Hernández, Eduardo Andrés Calderón Marengo, Camilo Andrés Garzón Correa y Oscar Yesid Céspedes Gutiérrez, quienes estudian el Financiamiento Contingente al Ingreso (FCI), que es uno de los sistemas usados en el mundo para financiar el ingreso a la educación superior; y analizan las dificultades jurídicas, presupuestales y de otra índole que no han permitido su funcionamiento pese a que fue introducido en 2018, así como examinan a través del método de análisis síntesis, la regulación colombiana en clave histórica comparándola con la de otros países en que también se usa el FCI.

Asimismo, este número contiene la investigación intitulada “Dimensiones de la memoria histórica: Tejido social, asociatividad, ética-política” de los acreditados académicos Alberto Prada Galvis, Wilson Miguel Salas Picón y Karime Cure Requena, también de la misma reconocida universidad colombiana, quienes analizan el escenario de la memoria histórica para la reconstrucción del tejido social, asociatividad y ético-político, derivada del Acuerdo de Paz entre el gobierno de Colombia y las FARC-EP, empleando el enfoque cualitativo, tipo revisión sistemática exploratoria, que les permitió inferir que los trabajos desarrollados en dicho escenario plantean la necesidad de emprender acciones que transformen los ejercicios de memoria y se proponga un nuevo enfoque que vaya más allá de la búsqueda de la verdad y se dirijan a desarrollar otras prácticas basadas en estrategias de empoderamiento y calidad de vida, a través de las cuales se dignifique la condición humana.

Cerrando el ámbito de los artículos originales, la investigación intitulada “Sistema de notificaciones electrónicas y la productividad judicial en la Corte Superior de Justicia de Cajamarca”, elaborada por los autorizados estudiosos Abel Idrogo Zamora y Carlos Augusto Echaiz Rodas del Instituto de Gobierno y Gestión Pública de la Universidad de San Martín de Porres y Jaime Agustín Sánchez Ortega de la Universidad Norbert Wiener, quienes sostienen, luego de un estudio cuantitativo y correlacional, que el sistema de notificación electrónica cumple con el propósito de determinar la relación que existe con la productividad judicial en la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en tiempos de pandemia 2020; y sugieren que la Oficina de Informática de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca a través de la Gerencia de Administración Distrital, invierta en la mejora continua del equipamiento tecnológico para conseguir mejores indicadores de productividad judicial y capacitación constante al personal o colaboradores que operan el sistema integrado judicial.

Entre los artículos de revisión que contiene este número, en la especialidad de Derecho Civil, se publica uno intitulado “Acuerdo de gestación. Un análisis desde de la experiencia mexicana” del prestigioso académico Aníbal Guzmán-Avalos de la Universidad Veracruzana de México, en el que analiza los acuerdos de gestación como productores de una serie de efectos jurídicos ubicables dentro del campo del derecho patrimonial, independientemente de que se trate del ejercicio de un derecho dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad en materia de relaciones familiares; y

estudia sus elementos para que este tenga existencia y validez, señalando en todo caso su ineficacia y responsabilidad jurídica en el ámbito del derecho en México.

Asimismo, el interesante artículo “La metodología del IX Pleno Casatorio Civil para la definición de la nulidad manifiesta ¿debe ser considerada como vicio en su aplicación?” de la notable académica Elizabeth Rosmery Huamán García, quien analiza la metodología empleada por la Corte Suprema en el IX Pleno Casatorio Civil para la argumentación del alcance que le ha dado a la noción de nulidad manifiesta, como una causal de nulidad en el mismo contrato o a través de otro medio probatorio; estableciendo los errores metodológicos en los que a su juicio habría incurrido por la Corte Suprema al hacer uso inadecuado de lo tratado en la doctrina, las leyes y la jurisprudencia nacional e internacional; y contrastando sus limitaciones y planteando su corrección, de tal manera que sea útil a nuestro ordenamiento jurídico.

En la especialidad de Derecho del Consumidor, se publica el prolijo artículo “Alcances del allanamiento y reconocimiento frente a la infracción al deber de idoneidad en la justicia de consumo en el Perú” del estudioso abogado peruano Omar Alfredo Damián Medina, quien analiza hermenéutica y jurisprudencialmente los alcances del allanamiento y el reconocimiento de la responsabilidad administrativa del proveedor en el marco de un procedimiento administrativo frente a la infracción al deber de idoneidad, a partir de la inserción de nuevos cuerpos legales que redirigieron la práctica del sistema de protección y defensa del consumidor en el Perú.

En materia de Derechos Humanos, el importante artículo “Una crítica a la configuración del contenido del derecho a la desconexión digital en el Perú” de la distinguida académica Fátima Deyanira Arrivasplata Reyes, analiza críticamente y advierte algunas deficiencias en la configuración del contenido del derecho en referencia, pese a la positiva intervención normativa peruana en el ámbito del derecho a la desconexión digital regulado en la modalidad del trabajo remoto y en el nuevo marco normativo del teletrabajo desde una perspectiva crítica; y alcanza propuestas de suficiencia y conciliación debidamente fundamentadas en los datos analizados.

En la especialidad de Derecho Laboral, el artículo “Libertad sindical en México. Aplicación de los Convenios 87 y 98 de la OIT en relación con las obligaciones derivadas del T-MEC” de la prestigiosa académica mexicana María de Lourdes Castellanos Villalobos de la Universidad Veracruzana, examina la creación de un nuevo paradigma en materia procesal laboral, que junto con la renegociación del tratado comercial entre Estados Unidos, Canadá y México -conocido con las siglas T-MEC- implicó que en México se tuviera que ratificar el Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo al derecho de sindicación y de negociación colectiva a fin de adecuar su normativa interna; y analiza su impacto en favor del respeto a los derechos humanos de los trabajadores, la equidad de género, la libertad sindical y la negociación colectiva.

En la especialidad de Derecho Penal, se publica el artículo intitulado “Sanción penal y causas de exención de pena en las lesiones ocasionadas en la práctica del fútbol” del acreditado magistrado supremo Juan Carlos Villena Campana, en el que estudia la lesiones corporales graves ocasionadas en la práctica del fútbol, las cuales normalmente no son denunciadas a la autoridad competente porque erradamente se suele entender que todas ellas no tienen relevancia penal, con el objetivo de establecer cuándo dichas lesiones constituyen delito doloso o culposo y en cuáles casos están exentas de sanción penal por aplicación de algún instituto de la teoría del delito.

En la especialidad de Derecho Romano se publica en este número el artículo “Felipe Pinglo y el derecho romano. El plebeyo en las XII tablas y la Lex Canuleia”, del reconocido académico Julio Santiago Solís Gózar de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, el cual tiene como objetivo dar a conocer ampliamente el origen, la estructura y la finalidad de la Ley de las XII Tablas, instrumento jurídico trascendental en la República romana, con especial énfasis en el matrimonio entre patricios y plebeyos, evocando finalmente a la *Lex Canuleia* al ritmo de la canción más emblemática del cantautor peruano Felipe Pinglo.

En la especialidad de Gestión Pública se publica el artículo intitulado “El liderazgo en el sector público, la variable crítica para reformar la administración pública” del prestigioso académico

peruano René Arturo Barra Zamalloa, en el que aborda el problema de las reformas de la administración pública peruana desde la óptica del liderazgo, la visión y la estrategia; sostiene que a pesar de la relevancia y urgencia del cambio de la administración pública, las reformas emprendidas fracasan o nunca maduran por el énfasis en una gestión administrativa o burocrática en lugar de una gestión estratégica de las mismas, con un liderazgo y una capacidad de visionar que serían nuevos para el Estado; y plantea que para reformar la administración pública se necesita mucho más liderazgo que administración.

Finalmente, en la especialidad de Criminología se publica el artículo intitulado “El *compliance* penal como dispositivo político criminológico” del estudioso profesor de nuestra casa superior de estudios, Augusto Renzo Espinoza Bonifaz, quien expone diversos conceptos sobre el *compliance* penal, la criminología, la política criminológica y algunas teorías criminológicas relevantes para prevenir la criminalidad empresarial; establece las relaciones que existen entre dichos conceptos; y ensaya diversas propuestas de solución para cada uno de los problemas identificados.

Es esta una edición que reúne un conjunto de artículos de diversas especialidades jurídicas en los que un selecto grupo de académicos aportan y crean conocimiento en sus respectivos campos del saber, con los que aspiran a contribuir al desarrollo de los temas que tratan y motivan de esa manera a otros profesionales a continuar investigando en ellos, lo que constituye la razón de ser del quehacer investigativo. Los invitamos a leerlos.

Dr. Dr. Dr. H. c. mult. Gino Ríos Patio
Presidente del Consejo Editorial

ARTÍCULOS ORIGINALES

ANÁLISIS NORMATIVO DEL FCI COMO MECANISMO DE ACCESO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN COLOMBIA

REGULATORY ANALYSIS OF THE FCI AS A MECHANISM FOR ACCESS TO HIGHER EDUCATION IN COLOMBIA

Melisa López Hernández
Universidad Cooperativa de Colombia
ORCID: 0000-0002-4913-7329
melisa.lopezh@campusucc.edu.co

Eduardo Andrés Calderón Marenco
Universidad Cooperativa de Colombia
ORCID: /0000-0002-7840-6495
eduardo.calderon@campusucc.edu.co

Camilo Andrés Garzón Correa
Universidad Cooperativa de Colombia
ORCID: 0000-0002-2851-2716
camiloa.garzon@ucc.edu.co

Oscar Yesid Céspedes Gutiérrez
Universidad Cooperativa de Colombia
ORCID: 0000-0001-9635-4978
oscar.cespedesg@campusucc.edu.co

DOI: 10.24265/VOX JURIS.2023.v41n1.02

Recibido: 14 de enero de 2022

Aceptado: 25 de julio de 2022

SUMARIO

- Introducción.
- Antecedentes y motivos de la expedición de la Ley 1911 de 2018.
- Financiamiento Contingente al Ingreso para la educación superior (FCI).
- Aproximación constitucional y legal al sistema FCI en Colombia.
- Conclusiones.
- Referencias.

RESUMEN

El Financiamiento Contingente al Ingreso (FCI), es uno de los sistemas usados en el mundo para financiar el ingreso a la educación superior. En Colombia fue regulado en el año 2018, empero a la fecha no ha comenzado su operación, pues existen dificultades jurídicas, presupuestales y de otra índole que no le han

permitido al ICETEX su puesta en marcha. En el presente artículo se analiza la regulación colombiana del FCI en clave histórica frente a su surgimiento y comparándola con la forma que se usa en otros países. Se ha adoptado el método de análisis síntesis, con el fin de desestructurar el objeto de investigación, para luego sintetizar su contenido y así evidenciar y analizar cada parte de la estructura de los mecanismos para el financiamiento de la educación superior en Colombia.

PALABRAS CLAVE

Educación superior, Financiamiento Contingente al Ingreso, ICETEX, Ingreso a la educación.

ABSTRACT

Income Contingent Financing (FCI) is one of the systems used in the world to finance admission to higher education. In Colombia it was regulated in 2018, but to date it has

not started its operation, as there are legal, budgetary and other difficulties that have not allowed ICETEX to start up. In this article, the Colombian regulation of the FCI is analyzed in a historical key in front of its emergence and comparing it with the way it is used in other countries. The method of synthesis analysis has been adopted, in order to unstructure the object of investigation, to then synthesize its content and thus demonstrate and analyze each part of the structure of the mechanisms for financing higher education in Colombia.

KEYWORDS

Higher Education, Income Contingent Financing, ICETEX, Income to education.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, como indica Vela Valdés (2000) y Torres Vásquez & Rojas Ángel (2013) el acceso a la educación superior para los jóvenes residentes en países latinoamericanos se convierte en una garantía de progreso y de oportunidades, en cierto sentido, es una barrera para combatir el ingreso de más personas a grupos ilegales y para garantizar la formalidad laboral. La mayoría de los Estados cuentan con diferentes sistemas de financiación para el ingreso a la educación superior. En 1950 fue creado el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior – ICETEX –, como una entidad del nivel nacional, cuya función principal es promover que las personas con dificultades económicas y con buen rendimiento académico en la educación media logren acceder a la educación superior por medio de créditos educativos, ya sea, con recursos propios o de terceros. ICETEX fue la primera institución en Latinoamérica en emplear este modelo de préstamos educativos a estudiantes para que sea el egresado quien retribuya esta financiación. Además, en estas siete décadas ha sido el principal actor del país en llevar a cabo este rol de financiación para el acceso a la formación superior a más de 5 millones de estudiantes colombianos.

La educación superior como asunto fundamental para el progreso social de Colombia, debe ser tenida en cuenta como un sistema integral en la articulación para el logro de objetivos para el desarrollo sostenible, en ese sistema la financiación tiene un rol central, para lo cual se requiere analizar cómo la norma

colombiana la propone actualmente y cuál ha sido su recorrido a para llegar a la actual regulación normativa.

En los últimos años, en especial a partir de las movilizaciones de estudiantes, profesores y de la sociedad en general, se han generado imaginarios que deben ser dimensionados y caracterizados en forma objetiva, por ello el ICETEX tiene el exigente y dinámico desafío de contribuir en forma coherente con las características y condiciones de los estudiantes que acceden y deben acceder a la educación superior.

En el año 2018, Colombia adoptó de manera legislativa la Ley 1911 de 2018, donde especifica el modelo de Financiamiento Contingente al Ingreso como mecanismo al acceso a la educación superior, acogiendo uno de los sistemas utilizados en el mundo, tal y como se evidenciará más adelante. En este modelo el deudor paga la deuda basándose en un porcentaje de sus ingresos hasta que termina de cumplir con la obligación, así que el período de amortización es variable, y no existe una tasa de interés predeterminada, a diferencia de los sistemas de crédito convencionales, en los cuales se pacta el plazo para pagar la obligación y el interés, los cuales determinan el valor de la mensualidad. Dicho de otra manera, en el sistema de crédito tradicional el tiempo de amortización es fijo y las cuotas también, el componente variable se origina de qué porcentaje de los ingresos destinan los estudiantes para pagar esa cuota, esto porque la cuota es fija pero el mercado laboral es variable, si el estudiante se encuentra desempleado (por ejemplo) la cuota es infinitamente mayor a su ingreso. Por el contrario, en FCI el componente fijo es el porcentaje que destinan los estudiantes a repagar su financiación y el componente variable es el tiempo de amortización.

Dicha decisión de adoptar este nuevo modelo se debe a un largo proceso de decisiones judiciales de la Corte Constitucional colombiana, estudios realizados por el Ministerio de Educación Nacional en compañía de asesores internacionales y reflexiones internas del ICETEX, para mejorar la prestación de su servicio. Pese a lo anterior, la comunidad académica colombiana y los usuarios del ICETEX no conocen cómo funciona este nuevo sistema, pues por diversas dificultades su implementación no se ha dado de la manera esperada.

El presente artículo se desarrolla en tres apartados, en el primero se abordan los antecedentes para la expedición de la Ley 1911 de 2018, iniciado por la importancia que tiene la financiación de la educación superior para disminuir las brechas entre la población, pasando por los antecedentes sociales y jurídicos que dieron pie a la Ley. En el segundo apartado, se aborda desde una perspectiva comparada el concepto de financiamiento contingente al ingreso, revisando cómo en diferentes países está regulado, cuáles han sido sus beneficios y los aspectos por mejorar. En el último capítulo, se hace el análisis normativo propiamente dicho de la regulación colombiana del financiamiento contingente al ingreso.

ANTECEDENTES Y MOTIVOS DE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1911 DE 2018

Según Amartya Sen, el desarrollo humano es un proceso conducente a la ampliación de las opciones de las cuales disponen las personas, es decir a la posibilidad de tener una larga y saludable vida, a poder adquirir conocimientos y tener acceso a los recursos necesarios para disfrutar de un nivel de vida decoroso. En este sentido, en la definición de una sociedad justa, son determinantes cuestiones como el mejoramiento de las condiciones de vida, la realización de una justicia social, y la ampliación de las oportunidades. Para Sen (2002) el bienestar de las personas debe ser entonces el objetivo final del modelo de desarrollo.

En la teoría de Sen (2003), la educación es una capacidad esencial, no saber leer, escribir, contar o comunicarse resulta ser una gran privación y constituye un caso extremo de inseguridad, pues el individuo tiene la certeza de la privación y la ausencia de cualquier posibilidad de evitarlo. Igualmente, no contar con educación superior incide negativamente en la posibilidad que tiene el individuo de escoger libremente su proyecto de vida y de realizar el máximo de sus capacidades. Cuando un país, aun con una renta baja, logra que todos sus ciudadanos accedan a la educación y a la asistencia sanitaria, puede tener muy buenos resultados en cuanto a la longevidad y calidad de vida de toda la población (Londos & Formichella, 2006). La educación cumple, entonces, un rol fundamental para disminuir las brechas de desigualdad en una sociedad y para garantizar un mejor desarrollo humano.

Una de las promesas fundamentales de la modernidad y de su traducción en los sistemas constitucionales, fue aquella de la libertad y la idea de que el individuo puede cambiar sus condiciones futuras, a pesar de sus circunstancias presentes¹. La educación se convierte en el mecanismo privilegiado para hacer posible esta movilidad social². Sin embargo, la coyuntura actual sumada a las dificultades financieras y a las debilidades institucionales de muchos países, parecen poner a prueba la realización de varios de estos aspectos y en particular el derecho a la educación. Colombia no se escapa de tal situación, y al contrario resulta ser un buen ejemplo, pues las diferentes crisis económicas, han agravado la desigualdad y aumentando las brechas sociales, alejándonos de los ideales de la Constitución del 91 (Abadía Alvarado, et. al., 2020).

Frente a esta situación, los últimos gobiernos en Colombia han buscado dar respuesta a la problemática ligada al acceso a la educación superior, como veremos a continuación, se han formulado varios programas de financiamiento y crédito destinados a mejorar las condiciones de acceso y permanencia. Igualmente, desde el legislativo se ha dado una importante producción normativa, encaminada a garantizar dicho nivel de educación. Sin embargo, los logros en la materia siguen siendo insuficientes, para buscar un mayor progreso recientemente fue expedida una nueva norma: La ley 1911 de 2018, “por medio de la cual se crea la contribución solidaria a la educación superior y se dictan otras disposiciones sobre los mecanismos y las estrategias para lograr la financiación sostenible de la educación superior”, a continuación, se expondrá brevemente, algunos de los referentes normativos en los cuales se inserta esta nueva ley, para luego analizar las razones que llevaron al legislador a su promulgación.

1 El individuo de la modernidad es un ser autónomo y libre que puede cuestionar su pertenencia a una sociedad, decidir sobre su proyecto de vida y modificarlo cuando así lo considere necesario.

2 En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha defendido una postura liberal moderna del derecho a la educación. En la sentencia T-321 de 2007, por ejemplo, el tribunal afirmó que el derecho a la educación es de naturaleza fundamental, pues guarda una íntima relación con la dignidad humana, en la dimensión relativa a la adopción de un plan de vida y la realización de las capacidades del ser humano”, y en el fallo T-013 de 2017, agregó que tal derecho “es la concretización de la posibilidad de elegir y acceder al conocimiento según sus propias expectativas de vida”.

Antecedentes normativos del financiamiento a la demanda en el acceso a la educación superior

Mediante el Decreto 2586 de 1950 se creó el ICETEX, como una entidad del Estado que busca fomentar el acceso y la permanencia de los estudiantes a la educación superior, a través del otorgamiento de créditos educativos. Esta institución fue transformada mediante la Ley 1002 de 2005, en una entidad financiera de naturaleza especial con personería jurídica, autónoma administrativa y patrimonio propio vinculada al Ministerio de la Educación Nacional, esto para garantizar mayor capacidad de trabajo del Instituto.

El ICETEX ha contado con varias modalidades de créditos educativos, de las cuales se pueden destacar por su nivel de relevancia (Abadía Alvarado, et. al., 2020): entre ellas, en este siglo, el crédito Acceso con Calidad a la Educación Superior - ACCES, y posteriormente el crédito Tú Eliges.

El programa de créditos subsidiados ACCES tuvo sus inicios en el año 2002. La finalidad de esta modalidad fue la de ofrecer líneas de crédito a largo plazo para financiar programas técnicos, tecnológicos o de ciclo complementario de escuelas normales superiores, o universitarios. La población destinataria, era principalmente aquella perteneciente a los estratos 1, 2 y 3 con excelente desempeño académico. Su cobertura estaba definida hasta el 75% del costo de la matrícula. Durante el periodo comprendido entre los años 2003 y 2015, ACCES beneficio alrededor de “414 mil estudiantes de en programas de pregrado, de los cuales cerca del 80% son estrato 1 y 2” (DNP, Documento CONPES 3880 de 2016, p. 10). A pesar de que a través de esta modalidad de crédito se mejoró el acceso a la educación superior, según el DNP, persistían las barreras para los estudiantes de bajos recursos (DNP, Documento CONPES 3880 de 2016, p.10).

Vale la pena mencionar la Ley 1012 de 2006 que modificó el artículo 111 de la Ley 30 de 1992, esta disposición determinó que las entidades territoriales y la Nación deben establecer una política pública de ayudas y créditos para las personas de escasos ingresos económicos, en el nivel de educación superior. En virtud de la citada norma se crearon los Fondos Educativos Departamentales y Municipales, de allí que el

ICETEX y las entidades que crearon dichos fondos estarán a cargo de la ejecución de los recursos. Así mismo, por medio de esta Ley se otorgó la facultad a los departamentos y a los municipios de crear con recursos propios fondos destinados a créditos educativos universitarios (párrafo 2º, art. 114 Ley 1016 de 2006, modificado por la Ley 1012 de 2006). Parte de estos fondos, están destinados a promover la educación superior de los grupos con especial protección constitucional, como, por ejemplo: los afrodescendientes, indígenas, víctimas del conflicto armado interno o personas en situación de discapacidad³ (Abadía Alvarado, et al., 2020)

Por otro lado, el Gobierno colombiano lanzó en 2014 el programa Ser Pilo Paga. Su finalidad principal fue beneficiar a 40,000 estudiantes a través de créditos 100% condonables, los requisitos que debían cumplir los estudiantes para poder ser beneficiarios eran: I) obtener un puntaje mínimo en las pruebas Saber 11, II) un puntaje determinado en el SISBEN y, III) ser admitido en una institución de educación superior de alta calidad en el país. Sin embargo, el programa tuvo una duración de cuatro años con el mismo número de convocatorias nacionales (Abadía Alvarado, et. al., 2020).

En este contexto, en 2015 entró en vigor un nuevo programa de crédito bajo el nombre de Tú Eliges, el cual buscó ampliar las líneas de crédito⁴. Esta modalidad brinda diferentes tipos de financiación con distintas alternativas de pago dependiendo del porcentaje de crédito que pueda ser pagado durante la época de estudio (DNP, Documento CONPES 3880 de 2016, p.10). A diferencia de ACCES, Tú Eliges cubre la totalidad de la matrícula y entre sus opciones ofrece la posibilidad de un crédito sin codeudor (DNP, Documento CONPES 3880 de 2016).

Finalmente, en el año 2018 el Ministerio de Educación y el ICETEX suscribieron el contrato interadministrativo 166, mediante el

3 De acuerdo con el documento CONPES 3880 de 2016, el sostenimiento de estos fondos resulta ser determinante para fomentar el acceso a la educación superior de estos grupos y así lograr la materialización del derecho a la educación para todos los colombianos sin desconocer la diversidad cultural y territorial colombiana (Departamento de Planeación Nacional, 2016).

4 Entre 2015 y 2019 el programa ACCES operó para la renovación de créditos que fueron otorgados antes de 2015. DNP CONPES 3880, 2016.

cual se creó Generación E. Con este nuevo programa el Gobierno nacional, a través de este ministerio, destina recursos para apoyar el acceso y la permanencia en la educación superior a los mejores estudiantes en situación de vulnerabilidad económica con el objetivo de destinar recursos.

Los motivos que dieron lugar a la expedición de la ley

En un sistema constitucional fundado en la democracia, es necesario que la norma jurídica pueda someterse al análisis y a la crítica ciudadana. En este proceso es indispensable conocer las razones que justifiquen la existencia y validez de la norma dentro del sistema jurídico, así como el reconocimiento de los principios constitucionales que la validan y al mismo tiempo limitan la libertad de configuración del legislador (Martínez Marulanda, 2019). Al respecto, la Corte Constitucional, ha sostenido que:

[...] no basta con que el legislador haya tomado una decisión para que ésta pueda considerarse justificada en el Estado constitucional. La ausencia de razones vulnera no solo el carácter moral de las personas, sino que desconoce los principios del sistema legal y constitucional (Sentencia C-047 de 2001).

Teniendo en cuenta lo anterior, se pasa a exponer las razones que motivaron al legislador a formular la Ley 1911 de 2018. Según los ponentes de proyecto de Ley, la iniciativa tiene fundamento en artículo 369 de la Ley 1819 de 2016 mediante el cual se formularon las bases para la creación de un sistema de financiación contingente al ingreso (en adelante FCI) cuyo objeto es el de incrementar los índices de cobertura y reducir la deserción. También tiene como finalidad dar cumplimiento a la obligación del Estado de adoptar medidas que faciliten mecanismos financieros que hagan posible el acceso de las personas a la educación superior.

Igualmente, los ponentes tuvieron en cuenta la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la educación superior. Según el representante a la cámara Rodrigo Lara:

(el) proyecto se convierte en una oportunidad para que el ICETEX de cumplimiento a la sentencia T-013 de 2017 de la Corte Constitucional que estableció que la entidad debe tener en cuenta

las situaciones económicas particulares de los beneficiarios de los créditos y ofrecer soluciones más flexibles para garantizar la continuidad de la financiación y evitar interrupciones de los ciclos educativos (Universidad de los Andes, Congreso visible, 2017).

En el fallo T-013 de 2017, citado por el congresista, la Corte Constitucional reitero su jurisprudencia en relación con el derecho a la educación sostuvo que la educación superior tiene un doble carácter: es un derecho fundamental y una obligación progresiva. Ésta última se encuentra definida por:

I) La obligación del Estado de adoptar medidas, en un plazo razonable, para lograr una mayor realización del derecho, de manera que la simple actitud pasiva de éste se opone al principio en mención (aquí encontramos la obligación del Estado de procurar el acceso progresivo de las personas a las Universidades, mediante la adopción de ciertas estrategias, dentro de las cuales encontramos facilitar mecanismos financieros que hagan posible el acceso de las personas a la educación superior, así como la garantía de que progresivamente el nivel cupos disponibles para el acceso al servicio se vayan ampliando); II) no imponer barreras injustificadas sobre determinados grupos vulnerables y III) la prohibición de adoptar medidas regresivas para la eficacia del derecho concernido (Sentencia T-013, de 1017).

Por otro parte, en la exposición de motivos del proyecto, se reconoce que Colombia ha logrado avances importantes en el acceso a la educación superior gracias a la implementación de las estrategias orientadas a reducir brechas en la materia, lo cual se traduce en un incremento estimado en 13.2% en los últimos años. Sin embargo, ese ritmo de crecimiento no es suficiente para lograr los niveles de cobertura de los países miembros de la OCDE, cuyo promedio es del 72%. De hecho, sostienen los ponentes del proyecto:

[...] para el año 2015 en Colombia únicamente el 21% de las personas entre 25 y 64 años habían alcanzado niveles de Educación Superior. En 2016, la cobertura general fue del 51% (Dato preliminar Ministerio de Educación) y la cobertura de alta calidad del 16,3% (...) En concreto, el objetivo es mantener una tendencia positiva en la evolución de la cobertura de Educación Superior, para llegar a una tasa de cobertura del 57% a 2018, que equivale a 300.028 nuevos cupos, con un 8% de tasa de deserción, y de 75% de cobertura a 2025, que

equivale a 991.337 nuevos cupos y un 6,5% de tasa de deserción (...) De conformidad con lo anterior, Colombia se ha propuesto en el Plan de Nacional de Desarrollo 2014-2018 ser el país mejor educado de América latina en 2025 (Congreso de la República de Colombia, 2017, p.11).

Según los ponentes, dos de los factores que inciden en la baja tasa cobertura de la educación superior, son: primero, la dificultad de acceder al sistema de educación superior y, el segundo, la calidad de la oferta de las instituciones existentes. Tales obstáculos tienen a su vez un efecto directo en la capacidad contributiva. Para los ponentes, la solución a dicha situación

[...] debe estar orientada a facilitar el acceso y la permanencia en programas en instituciones de educación superior y, a crear mecanismos de financiación que sean consistentes con la realidad económica. Así las cosas, cualquier contribución al sistema debe realizarse en función de los ingresos de los beneficiarios, a medida que estos progresen a lo largo de su vida laboral como consecuencia del éxito del mismo sistema (Congreso de la República de Colombia, 2017, p.12)

En este sentido, para cumplir con las metas y objetivos de la realización progresiva del derecho a la educación superior, en el proyecto de ley se propuso la creación de una herramienta de financiación sostenible, y fue denominada Sistema de Financiación Contingente al Ingreso “Sistema FCI”. De acuerdo con los congresistas, a través de sistema

[...] se incrementará el alcance de la Educación Superior para un grupo de personas con características económicas y académicas particulares. De esta manera, se reconoce un sector específico que incluye tanto a la oferta como a la demanda en Educación Superior y se crea un sistema cuyo objetivo es generar beneficios específicos para ambas partes, haciéndolo sostenible a través de una contribución parafiscal (Congreso de la República de Colombia, 2017, p.12)

El FCI se presenta, entonces, como una alternativa frente a las dificultades estructurales de los sistemas tradicionales de subsidio y apoyo económico a la educación. Algunas de estas dificultades, resaltadas en la exposición de motivos, son: I) los esquemas tradicionales desconocen la capacidad de pago del beneficiario de la financiación, II) las circunstancias reales que tienen los egresados

para conseguir un empleo estable, y así cumplir con sus compromisos financieros, III) insuficiencia financiera de los sistemas.

Según los congresistas ponentes, el FCI resulta ser una buena alternativa a los modelos tradicionales, pues el parte de dos supuestos: I) los beneficiarios aportan únicamente en proporciones a sus ingresos y II) el sistema reconoce la individualidad de los beneficiarios y su ciclo económico para contribuir a que las siguientes generaciones puedan también acceder a la educación superior (Congreso de la República de Colombia, 2017, p. 13).

A través del FCI se pretende que un grupo determinado de personas que logran acceder a la educación superior, posteriormente, cuando sean egresados, puedan contribuir al financiar el sistema (a través de un tributo)- respetando su mínimo vital. Para esto último se determina un sistema de información que mantiene actualizada el nivel de ingresos y el beneficio real percibido. El sistema se fundamenta, entonces, en:

[...] una relación de cadena solidaria que comienza con una financiación directa hacia una primera generación de individuos, quienes en la medida en que comienzan a percibir ingresos susceptibles de ser gravados y en proporción de estos, financiaran la prestación del servicio para las siguientes generaciones de estudiantes. De esta manera, se crea una contribución solidaria que sobrepasa el interés individual y propende por el beneficio general, sostenible y progresiva (Congreso de la República de Colombia, 2017, p. 13).

De acuerdo con el representante a la Cámara Rodrigo Lara, el sistema contenido en la Ley se diferencia del actual sistema de cobros. En este último, un recién egresado con un salario promedio de \$1,700,000 después de pagar las cuotas de su crédito con el ICETEX y hacer los aportes obligatorios de seguridad social, termina recibiendo menos de un salario mínimo, limitando no solo la realización de su proyecto de vida sino la sostenibilidad de pago de su deuda. Según el representante, con esta ley se devuelve a la tranquilidad a miles de familias que se hallaban acosadas por las tácticas temerarias de agencias especializadas de cobranza y se acaba con un negocio inmoral de “6 mil millones de pesos” (Oficina de Información y Prensa de Cámara de Representantes, 2018).

A continuación, se expondrá como el FCI se ha desarrollado en otros países y los propósitos que han servido de base para su implementación. Así mismo, se analizarán sus beneficios y algunos aspectos por mejorar.

FINANCIAMIENTO CONTINGENTE AL INGRESO PARA LA EDUCACIÓN SUPERIOR (FCI)

La educación superior es la base de cualquier sociedad en medida en que genera habilidades y riqueza, por ende, debe ser protegido y garantizado por el Estado de manera progresiva, si bien no es una obligación directa para procurar un acceso inmediato, debe asumir su responsabilidad de procurarlo, por lo menos así ha sido considerada en Colombia, especialmente por los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Teniendo en cuenta lo anterior, la educación superior ha pasado por diversas dificultades, entre ellas, las realidades latinoamericanas como las brechas de desigualdad asociadas con la condición socioeconómica, étnica y el área geográfica de residencia.

Los Estados juegan un papel importante en la integración y la coordinación de la educación superior, la aplicación del derecho a la educación requiere financiación, todo tiene un costo de ahí que adopten políticas entorno a la garantía de este derecho, sin embargo, este rol es compartido con las universidades privadas debido a las deficiencias de los sistemas económicos nacionales, dado que el Estado no puede asumir por completo el acceso a la educación superior de todos sus ciudadanos eso generando una falta de oferta en el sector público que compensa el sector privado. A tono con lo expresado en precedencia, los Estados han creado diversos mecanismos para financiar a aquellas personas que deseen acceder a una educación superior, entre ellos la adopción del Financiamiento Contingente al Ingreso (FCI), por ello se hace imperativo abordar este sistema por diferentes Estados.

¿Qué es el FCI?

Este sistema fue creado hace más de 30 años, con Australia que fue el país pionero, y recibió el nombre de *Income Contingent Loans* (ICL). El principal argumento para su creación fue adoptar una nueva alternativa de

financiamiento que pretenden reembolsar el préstamo al estudiante una vez que ingresa a la vida laboral y obtiene ingresos, procurando la eliminación de cargas excesivas de reembolso para aquellas personas de bajos ingreso que recientemente están obteniendo un trabajo, característica particular de los estudiantes de educación superior al graduarse de su carrera (Britton, Erve et al., 2018).

Al igual que otros programas de financiación a la educación superior, el objetivo que el Estado entregue una partida monetaria por adelantado, la cual puede estar sujeta a costos iniciales. Ahora bien, este sistema se diferencia de otros, por ejemplo, los préstamos tipo hipotecarios que suelen reembolsarse según en un período preestablecido al momento de la firma del contrato, mientras que éste se recauda en función de los ingresos del deudor (Chapman & Dearden, 2017).

Como bien lo ha mencionado Gracia Ávila (2018), el FCI pretende paliar los problemas que surgen por:

La calidad, la eficiencia, el acceso limitado para las familias de menores ingresos, la transparencia de la gestión de algunas instituciones y las limitaciones de los diferentes gobiernos para encontrar mecanismos de financiamiento de las universidades públicas y acordes a las necesidades de los estudiantes (p. 7).

En muchos países, las instituciones financieras coadyuvan al rol estatal estructurando préstamos para estudiantes con términos y tasas preferenciales, lo que resulta ser una falacia, dado que el banco no pierde su naturaleza mercantil y lucrativa, así, el estudiante es tratado como un cliente más, igualmente, para una institución bancaria un estudiante es una inversión arriesgada, en tal sentido los requisitos a veces resultan ser inalcanzables, verbigracia, fiadores, finca raíz, etc. Por estas y otras razones, los gobiernos tienen la obligación de involucrarse en la concesión de préstamos estudiantiles (Cabral, Güell, et al., 2018), y no solo en la concesión sino crear una estructura de préstamos que permita un acceso a la educación eficiente cumpliendo el reembolso de este, de manera que proteja circunstancias adversas de los estudiantes que es la gran diferencia entre un préstamo bancario.

Así, el FCI está diseñado para otorgar una opción más justa para garantizar el acceso

a la educación superior. En este orden de ideas, además de lo enunciado en líneas anteriores, este sistema permite eliminar el incumplimiento es decir la afectación a la vida crediticia debido al mecanismo de pago donde el cobro de la deuda depende de la capacidad de ingresos futuros del estudiante toda vez que el Estado compensa los saldos pendientes cuando se presentan situaciones de desempleo.

Algunos autores le llaman subvención oculta, por estas razones el FCI tiene muchos defensores y detractores. Sin duda alguna, esta característica debe ser parte del diseño desde su implementación, es decir que el Estado debe estar preparado económicamente para subvencionar algunos préstamos que resulten impagables por la situación laboral o de ingresos del beneficiario. Esto se convierte en uno de los riegos más altos para el Estado, cubrir un alto porcentaje de préstamos dado que, en los países en desarrollo, las fuentes de ingresos son variables a lo largo de los años dificultando el rastreo y la verificación en la estipulación precisa y adecuada del porcentaje a pagar o donde muchos tergiversan sus ingresos para el no cumplimiento de ello (Johnstone, 2006). A partir de estas aseveraciones pueden señalarse tanto ventajas como desventajas.

Ventajas y desventajas del FCI

Desde su conceptualización puede extraerse sus ventajas, sobre todo para los beneficiarios. Cabrales et. al., (2018) comparte de manera acertada que, especialmente hoy en día por la situación de pandemia a nivel mundial, los mercados laborales son disfuncionales, esto implica que exista una alta volatilidad, es decir una fuerte entrada y salida de personas al ámbito laboral, sobresalta una connotación de temporalidad lo que representa un desafío para recuperar los créditos. En Latinoamérica, no es un secreto que existe un alto nivel de desempleo para jóvenes, mucho más aún para los recién graduados.

Stiglitz citado por Chapman y Dearden (2017) indica que este sistema genera una eficiencia transaccional, que simplifican el proceso de pago para los deudores. Así, puede enunciarse una serie de ventajas, tales como la eliminación de la consideración de incumplimiento (denominada suavización del consumo) derivado de ingresos menores, por otro lado, permite asociarse a la moderación

del consumo y la eliminación de dificultades de pago del deudor, igualmente permite, eliminar los registros de deudores por morosidad en caso de incumplimiento lo que posibilita que los deudores continúen con su vida crediticia, y, por último, para los Estado puede representar costos administrativos mínimos. A pesar de que esto último puede determinarse como una ventaja, también puede ser una desventaja.

Debido a que los recursos son limitados y el Estado asume el riesgo de incumplimiento implica un alto costo para la sociedad, privándolas de recursos que pudieran ser destinados para otros servicios, como salud, vías públicas, entre otras. Siempre existe este intercambio en la asignación, financiación que se da en educación es dinero que no se puede dar a otro sector.

Por otra parte, se crítica este sistema dado que el Estado fomenta la naturaleza de las universidades privadas, el ánimo de lucro y la proliferación de instituciones de educación superior para poder percibir recursos económicos desvirtuando su finalidad como institución educativa, esto pone en riesgo la calidad de una educación superior (González, 2018).

A partir de las ventajas y desventajas, Johnstone (2006) sugiere que los contratos de préstamos celebrados en el marco del FCI deben procurar, como mínimo, el establecimiento de la carga de reembolso anual, porcentaje de ingreso que debe destinarse al reembolso del préstamo, puede ser fijo o progresivo en dependencia de los aumentos de ingresos del deudor; la estipulación exacta de lo que debe tenerse como ingreso y la temporalidad del contrato; y, la provisión presupuestal para la liberación de reembolsos adicionales. Seguramente, América Latina observa con cautela la implementación del FCI dada la situación económica de sus países, sin embargo, ha sido aplicado en diversos Estado, por ello se examinará algunas experiencias.

Experiencias acerca de la implementación del FCI en otros países

Sin lugar a duda, Australia fue el país pionero. En 1989 se inició un cambio en la educación superior, esto puede tomarse como el primer paso para reformas internacionales

con relación a los préstamos a estudiantes. Australia lo denominó Plan de Contribución para la Educación, el cual implicaba una recaudación a la matrícula de estudiantes con la obligación de pagar de manera diferida hasta que los ingresos de los deudores superaran un umbral establecido. En ese entonces, los reembolsos eran fijados en unos rangos entre el cuatro y ocho por ciento de los ingresos anuales (Britton, Erve et al., 2018).

Como se expresó en el apartado precedente, el FCI presenta grandes ventajas, para el caso australiano estas ventajas fueron preponderantes, por ejemplo, evitar costos administrativos y judiciales en caso de quiebra o incumplimiento del prestatario; se apostó por la recuperación de créditos de forma más lenta pero recuperables en el caso de que los deudores recibieran ingresos bajos y la recepción de reembolsos rápidos de préstamos de deudores con altos ingresos iniciales. En este caso, en Australia, por ejemplo, el hombre graduado promedio paga su deuda en unos diez años después de graduarse (Martinenghi, 2021). Australia, así como otros países, puso en marcha el mecanismo de cobro o retención por parte del empleador para poder pagarle al Estado, esto es un mecanismo de garantía, el monto de la retención varía según el porcentaje establecido y el nivel de ingreso, a todas luces es un proceso administrativo simple que disminuye costos (Chapman, Dearden et al., 2020).

A pesar de que se lea como un sistema muy costoso para el Estado en términos de riesgos, lo que se pretende es aminorar el incumplimiento, donde la capacidad de pago impulsa al sistema y no el tiempo, el gobierno administra las contingencias, transfiriendo el riesgo del estudiante al Estado pretendiendo evitar el daño que generan las políticas de los gobiernos a la vida de los deudores, y en últimas un crédito irrecuperable. Así, se tiene que una fuente principal de financiación de los gastos de educación superior es el gobierno.

Britton y Gruber (2019) comparten la experiencia estadounidense, desde el año 2009, los estudiantes pueden solicitar el sistema FCI, que implementan el *Income Driven Repayment Mechanism* donde no es un plan de pago si no que presenta diferentes opciones basadas en los ingresos para la recaudación de los préstamos estudiantiles, los cuales son: 1) Income

Contingent Repayment (ICR), 2) Income Based Repayment (IBR) 3) Pay As your Earn Repayment (PAYE) y 4) Revised Pay As you Earn Repayment (REPAYE) donde cada uno tiene diferentes periodos de pago entre 20 y 25 años que al pasar este tiempo los saldos restante se condonaran.

Otro ejemplo que se trae a colación es el surcoreano, implementado desde el año 2010. Surge por las constantes propuestas de los ciudadanos tras el aumento de las tasas de matrícula, lo que llevó a formular nuevas políticas para mejorar el antiguo sistema de préstamos, criticado por no estar acorde a las necesidades financieras de estudiantes de bajos ingresos. En este país el FCI se implementa únicamente para estudiantes de pregrado, y el reembolso de préstamos inicia una vez que el estudiante ha salido de la universidad, mantiene el empleo y posee un salario mensual que exceda el mínimo. Cabe destacar que existen una serie de requisitos para que el estudiante acceda a este programa, entre ellos el nivel de ingresos de la familia, debe ser muy bajo, o si la familia tiene más de tres hermanos, por otro lado, se les exige mantener un promedio académico y tomar al menos 12 créditos por semestres para continuar bajo el sistema FCI (Kim & Wiederspan, 2021).

Es menester mencionar que Corea del Sur posee un sistema muy particular, diferente al de otros Estados. El FCI permite que el reembolso inicie una vez que los estudiantes tengan un trabajo después de graduarse, con un límite máximo de 25 años para reembolsar, es decir que la duración puede variar, a diferencia de otros Estados. Además, el gobierno cobra el crédito cuando el salario excede del nivel de ingreso anual básico. Excedido el salario mínimo anual la tasa de recaudo es del 20%, es una tasa más alta que la de otros países como Inglaterra (9%), Nueva Zelanda (12%), Australia (4-8%) y Estados Unidos (15%). Este país ha dado una justificación al alto porcentaje de la tasa, mientras en otros países el FCI busca incentivar el acceso a la educación superior en Corea no es necesario debido a que la asistencia universitaria ya es alta, por tanto, lo que se pretende es aminorar la carga financiera de los estudiantes que ingresan implementando un sistema flexible frente al pago con un tiempo fijo y cuando realmente puedan pagarlo. (Kim & Wiederspan, 2021).

En Japón el sistema FCI fue implementado en el año 2017, derivado de un alto incremento en empleos atípicos con menos seguridad laboral, además en este país los estudiantes dependen de los ingresos de sus padres para financiar su educación. Desde este punto de vista la salud económica de las familias no es favorable en consecuencia que la capacidad de los padres de financiar la educación cada día es más limitada en medida del incremento de las matrículas que superan el ingreso disponible del hogar. Otro fenómeno que se presenta es el ingreso diferenciado por género, mientras los hombres graduados tienen un ingreso más alto las mujeres tienen ingresos más bajos. En el país oriental, se fijó una tasa de reembolso del 9%. Se establece un reembolso mínimo mensual de dos mil yenes cuando el prestatario gana anualmente entre 0 y 1.44 millones de yenes. Igualmente, tal como acontece en Australia, la deuda quedará cancelada en caso de que el deudor quede en estado de discapacidad, enfermedad permanente o muerte (Armstrong, Dearden, et al., 2019).

La economía en los países antes descritos tiene características similares, robustas y crecientes, lo que permite una buena gestión del FCI cumpliendo los fines establecidos. En América Latina, aun no se presenta un buen panorama por la incertidumbre en la implementación de un mecanismo efectivo de identificación y de recaudación, si bien algunos países como Chile y Brasil lo han implementado, todavía queda un largo camino por recorrer. En Chile, existen dos sistemas de financiación, tradicional y contingente, este último posee un monto de reembolso en cuotas contingente al ingreso de 5% (Banco Interamericano de Desarrollo, 2021). En cuanto a Brasil, lo implementó en el año 2018, mediante ley estableció un sistema de retención del empleador condicionado a los ingresos con una tasa máxima de reembolso del 20% sobre las ganancias brutas totales, en otras palabras, las tasas de reembolso variarán gradualmente con los ingresos (Dearden & Nascimento, 2019).

A pesar de su implementación en los países de Chile y Brasil, para países en vías de desarrollo representa mayores retos. Chapman (2015), hace hincapié en que una de las dificultades versa en la falta de un mecanismo de recaudación efectivo. Por otro lado, cabe mencionar que el cobro de préstamos depende totalmente de la capacidad del Estado, de

manera concreta debe tener plena capacidad para rastrear y verificar todas las fuentes de ingresos de todos los deudores durante la mayor parte de su vida útil. La problemática se acentúa cuando existen múltiples fuentes de ingresos variables, y estos no se informan, o bien se transfieren con facilidad, esto es característico de los países en desarrollo, las fuentes de ingreso no son declaradas, prácticamente invita a la tergiversación de los ingresos y crea ciertos déficits de reembolsos (Johnstone, 2006).

Como colofón de este apartado, se tiene que el FCI es un sistema que nació para contrarrestar las deficiencias de los sistemas tradicionales tipo hipotecario que hacían incurrir en altos montos invariables de reembolso de préstamos otorgados a estudiantes que desearan acceder a la educación superior. Su principal característica es totalmente lo contrario, las tasas de reembolso varían según los niveles e ingresos de los egresados una vez que se incorporen a la vida laboral, adoptando plazos máximos, y en caso de que el crédito resulte impagable el Estado condona la deuda. En el próximo capítulo se revisará la regulación colombiana, y su propósito de implementación.

APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL AL SISTEMA FCI EN COLOMBIA

La ley 1911 de 2018, tal como se mencionó en el primer acápite, tiene por objeto regular lo que se denomina Sistema de Financiamiento Contingente al Ingreso, reconocido con las siglas FCI, mecanismo ideado por el legislador para ampliar de manera progresiva y fomentar el acceso y permanencia de los estudiantes en la educación superior. Se plantea por parte de regulación un modelo solidario y de tipo contributivo para la financiación de la educación superior. Este compuesto por el Sabes, el FOSIES y la Contribución Sabes (Ley 1911, 2018).

Fundamentación constitucional del Sistema FCI

Este sistema que crea la ley bajo análisis está fundamentado constitucionalmente en normas prístinas de la Carta Política de 1991, las cuales instituyen que Colombia es un Estado Social de Derecho, democrático, participativo y pluralista, fundado en el respeto a la dignidad

humana, en el trabajo, y de forma enfática, en el ponderado valor de la solidaridad. (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 1). En un escenario así, es válido preguntarse, ¿cómo se plasma jurídicamente el axioma de la solidaridad frente a la problemática del acceso al crédito educativo?

De modo categórico, la ley señala al respecto, que la solidaridad en este sistema de financiación contingente al ingreso se materializa en la práctica del mutuo apoyo, interinstitucional, inter-contextual, tanto en lo público como en lo privado, a través de la denominada Contribución Sabes y además la solidaridad se manifiesta a través de aportes voluntarios (Ley 1911, 2018, art.3), que pueden ser realizados tanto por contribuyentes como por terceras personas.

De la misma manera, esta norma desarrolla algunos de los denominados fines esenciales del Estado, tales como promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, verbigracia, el acceso a la educación, que además funge como un derecho económico, social y cultural, DESC, además son finalidades del Estado, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, y la educación es una herramienta para lograrlos. (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 2).

En este sentido, teleológico del Estado, preconiza la Constitución que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población también son finalidades sociales del Estado. Por tanto, será objetivo fundamental de la actividad estatal la solución de las necesidades insatisfechas de educación. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación. (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 366).

Al respecto, de la normativa constitucional, se extracta que la educación detenta una doble connotación. En primer lugar, funge como un derecho fundamental del ser humano y, en segunda dimensión, como un servicio público, con una clara función social (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 67). Preconiza la Corte Constitucional que en “su dimensión de derecho, la educación tiene el

carácter de fundamental, en atención al papel que cumple en la promoción del desarrollo humano y la erradicación de la pobreza y debido a su incidencia en la concreción de otras garantías fundamentales” (Sentencia C-743, 2013, p.18).

También señala la Corte Constitucional que el régimen de los servicios públicos cumple funciones de intervención económica por mandato de la ley, pretende lograr el objetivo constitucional de que la adecuada prestación de los servicios públicos, como la educación, y “las finalidades sociales inherentes a la misma no queden libradas únicamente a las fuerzas económicas del mercado” (Sentencia C-955, 2007, p.36). La educación es un ítem tan importante para el desarrollo social, que no puede quedar su prestación, librada a las fuerzas que intervienen en una economía de mercado, donde desde luego no rige el valor jurídico de la solidaridad.

De manera que, corresponde al Estado, en cabeza del ICETEX, garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo. Es claro que los servicios públicos como la educación, son íngénitos a la finalidad social del Estado, son de su ontología, por tanto, es deber de éste asegurar la prestación eficiente de los mismos a la totalidad de habitantes del territorio nacional.

La Carta Política dejó en manos del Estado la dirección de la economía, intervendrá, por mandato de la ley, en la prestación de los servicios públicos, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 344).

Por su parte, la ley del sistema FCI, se justifica en la Constitución Nacional, respecto del derecho a la igualdad, eje epistemológico, de los derechos liberales, de manera que se conmina al Estado a promover las condiciones necesarias para que la igualdad no sea simplemente una igualdad formal frente a la ley, sino que sea una igualdad material, se propugna porque la igualdad sea real y efectiva, y que tenga un enfoque diferencial

respecto de grupos históricamente marginados o discriminados. (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 13).

Para la Corte Constitucional uno de los pilares del “Estado Social de Derecho es la consagración del principio de igualdad material, es decir, de igualdad real y efectiva, como expresión del designio del poder público de eliminar o reducir las condiciones de inequidad y marginación de las personas o los grupos sociales” (Sentencia C-044, 2004, p.8) y de esta manera, lograr condiciones de vida acordes con la dignidad del ser humano, donde sea efectivo un orden político, económico y social justo, y es allí donde la Ley 1911 apunta.

En el mismo orden, la norma constitucional, preceptúa como el Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior, (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 69). De manera que esta disposición es el cimiento constitucional de las actividades desarrolladas por el ICETEX en materia de crédito educativo.

El sistema FCI frente al principio de progresividad

El sistema FCI, que desarrolla el axioma de la solidaridad, implica también la concreción de dos importantes categorías jurídicas, que conminan al gobierno a reglamentar los alcances de la ley, estas son el principio de progresividad y su complemento, la regla de no regresividad.

El primero de ellos “se ha relacionado particularmente con los derechos económicos, sociales y culturales”. (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018, p. 11), dentro de este catálogo, el derecho a la educación. Desde luego tomando como referencia las capacidades económicas e institucionales del Estado, particularmente del ICETEX, de esta forma “el principio de progresividad supone obligaciones de hacer con miras a garantizar, gradual y sucesivamente la plena efectividad de los derechos” señala la Corte Constitucional (Sentencia 046, 2018, p. 37), este hacer debe reflejarse en leyes, tales como la que se analiza, que comportan acciones positivas, premeditadas, y en un tiempo sensato para conseguir una mayor realización de las dimensiones positivas del derecho al acceso

a la educación superior y a la permanencia. La solidaridad se convierte así en un estándar mínimo para el sistema.

Fundamentación legal del Sistema FCI

La ley 1911 1018, presenta una estructura que se divide en cinco capítulos, unas generalidades, que definen el objeto de la ley, su campo de aplicación y realiza algunas conceptualizaciones básicas para su comprensión. En segundo lugar, la ley se centra en la creación del Sistema de Financiación Contingente Al Ingreso - Sistema FCI, su propósito o finalidad, es decir, esboza los principales aspectos del sistema. La tercera parte de la ley se dedica a dilucidar los elementos y características de la contribución solidaria a la educación superior denominada Contribución Sabes desde el enfoque de los beneficiarios activos mientras que en el capítulo 4, regula este mismo aspecto, pero entendida como la Contribución Sabes para las instituciones de educación superior, IES. Finalmente, aborda todos los aspectos relacionados con la gestión, control, fiscalización y régimen sancionatorio (Ley 1911, 2018).

En primer lugar, se encuentra dentro de la estructura del sistema el Sabes, el Servicio de Apoyo para el Acceso y Permanencia de Beneficiarios Activos en Educación Superior, que consiste, según la ley, en una atención integral al discente, que incluye la erogación de los recursos de carácter económico para el cubrimiento total o parcial del valor de la matrícula y/o de los giros de sostenimiento principalmente, tendiente a lograr la permanencia de los beneficiarios activos en programas de educación superior, se debe mencionar que corresponde por mandato legal al ICETEX la administración del Sabes (Ley 1911, 2018, art.5).

En este mismo sentido, se entiende por beneficiario activo, aquellos candidatos elegibles que hayan culminado su proceso de matrícula efectiva en un programa de educación superior. La norma prescribe que son candidatos elegibles, los nacionales colombianos que cumplan con las condiciones socioeconómicas y demás requisitos reglamentarios (Ley 1911, 2018, art.3).

En segundo lugar, los recursos de este sistema están administrados por un fondo, éste se

denomina FOSIES, Fondo del Servicio Integral de Educación Superior, ese fondo se encuentra a cargo del ICETEX, no cuenta con personería jurídica, es decir no es una persona jurídica de derecho público como tal, e incluso los patrimonios del fondo y el patrimonio particular de ICETEX permanecen independientes uno del otro, tanto así que se llevan contabilidades diferenciadas, en este fondo recaban los recursos que provienen de la Contribución Sabes (Ley 1911, 2018, art.6).

¿El ICETEX tiene la responsabilidad de velar por la sostenibilidad financiera del sistema FCI, y el manejo del fondo, donde tendrá que cimentarse en su larga experiencia como administrador de este tipo de trascendentales recursos, que son la base del porvenir de la educación en el país. Desde su creación el Instituto acumula una experiencia de 71 años en esta materia. Estos recursos provienen de distintas fuentes, como podemos observar en la gráfica:

Gráfica 1. Origen solidario de los recursos del FOSIES



Fuente: Ley 1911 de 2018.

En tercer lugar, el sistema está integrado por la Contribución Sabes, la cual se aplica al sector de la Educación Superior, constituido por los Beneficiarios Activos y las IES vinculadas al Sistema FCI. A los Beneficiarios Activos y a las IES les corresponde, el pago de la Contribución Sabes con ocasión de los beneficios que perciben del Sistema FCI, de allí surge la fuente de su obligación contributiva y solidaria al sistema (Ley 1911, 2018, art.12), mientras que, para las IES, la obligación de contribuir se genera por el hecho de recibir un beneficio, por parte del Sabes, quien entrega una prestación, la cual se materializa con el desembolso directo realizado por el FOSIES para la erogación

total o parcial de la matrícula del Beneficiario Activo (Ley 1911, 2018, art.23).

De manera técnica la ley distingue entre sujetos activos y pasivos de la Contribución Sabes, dependiendo si éste recibe los beneficios o si por el contrario debe asumir cargas obligacionales frente al sistema. Este sentido y particularmente respecto de ICETEX, el sujeto activo de la contribución porque finalmente es quien dirige y administra el sistema (Ley 1911, 2018).

En este sentido, cuando un beneficiario activo, percibe ingresos susceptibles de ser gravados, se coloca en una situación especial, debe contribuir de manera solidaria al sistema,

se convierte en sujeto pasivo de la obligación de sostenimiento financiero mediante la Contribución Sabes, la contraprestación subsiste mientras perciba ingresos gravables, que se da en distintos porcentajes según los ingresos que se perciben (Ley 1911, 2018, art.17).

En este punto destaca que el sistema al ser contingente, toma en consideración las realidades laborales, de los beneficiarios activos, como su nivel de ingresos y su permanencia en una relación laboral, reglamentaria, caso en el cual la retención está a cargo del empleador, o en actividades que les generan ingresos económicos, donde el pago del importe está en cabeza del beneficiario.

De la misma forma, se grava el 100% de los ingresos mensuales, medidos en SMLV, la erogación se realiza también mensualmente, sin embargo, para el período en que no perciben ingresos susceptibles de ser gravados, no se causará la Contribución Sabes (Ley 1911, 2018, art.15). Esta ductilidad destaca como un punto positivo del sistema. En todo caso, la obligación subsiste hasta que sea cubierta en su totalidad o hasta el fallecimiento del beneficiario (Ley 1911, 2018, art.17).

Por otra parte, cuando la IES es sujeto pasivo de la contribución, la base gravable para éstas se establece como el valor de los desembolsos recibidos del FOSIES, por matriculas de beneficiarios activos, inscritos a sus distintos programas, por el periodo o semestre académico (Ley 1911, 2018, art.26). Este importe se descuenta en el momento que el FOSIES lleva a cabo el giro por pago de las matrículas a favor de las IES (Ley 1911, 2018, art.28).

CONCLUSIONES

Los Estados modernos, sobre todo los que se declaran con un modelo social de derecho, tiene la obligación de garantizar el acceso a la educación superior, y en el contexto colombiano, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional dicho acceso garantiza equidad de oportunidades para las personas. El Estado puede cumplir con su obligación de facilitar el acceso a la educación superior, así como incrementar progresivamente la cobertura, a partir de tres niveles: I) se involucra a la sociedad en la realización del

derecho, II) el FCI es un esquema eficiente en la administración del gasto público y recaudo, III) se ofrece un mecanismo financiero eficaz para permitir el acceso de la población más vulnerable a la educación superior, disminuyendo la deserción.

En el mundo, el FCI se creó para reajustar la insuficiencia de los sistemas comunes de crédito, que generan montos inmodificables (en principio) de reembolso de préstamos otorgados a las personas que pretenden ingresar a la educación superior. Este sistema se caracteriza de manera inversa, pues las tasas se determinan conforme al ingreso del egresado que fue financiado una vez pueda acceder a un empleo. Este sistema vio la luz en Australia, luego ha sido implementado en diversos países con economías fuertes variando ciertas características como: porcentaje mínimo y máximo de tasas de reembolso, plazos máximos de pagos y sistema de recaudación. Tal como se mencionó, Chile y Brasil lo han implementado, sin embargo, para la realidad latinoamericana aún presenta muchas interrogantes, sobre todo por la capacidad administrativa y económica de los gobiernos.

Por último, desde el principio de no regresividad de protección de derechos fundamentales en Colombia, la ley 1911 de 2018, constituye una poderosa apuesta por parte del Estado y del ICETEX, su contenido está acorde con el uso que se ha dado en otros países y contribuirá a la transformación de la educación superior en Colombia, según la Corte Constitucional todo retroceso será inconstitucional, pero puede justificarse, por ejemplo, la sostenibilidad financiera del sistema.

A lo largo de este texto, se ha justificado la existencia e implementación del FCI. La normativa colombiana es un claro ejemplo de los módulos que se han implementado en otros países. Igualmente, se ha alimentado de los pronunciamientos de la Corte Constitucional para garantizar el derecho a la educación superior. Probablemente, la problemática no es la norma, sino la realidad económica del Estado. La intención del legislador fue adoptar un sistema que permitiera asumir mayores responsabilidades para garantizar este derecho fundamental, empero, los recursos económicos aún no están dispuestos para la implementación de la norma.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abadía Alvarado, L. K., Bernal Nisperuza, G. L., Martínez Marulanda, C. E., Blanco López, C. A., Ramírez Montes, J. M., Vega Pardo C. A., Garzón Ospina, O. D., Ortiz González, E. & Fajardo Barrera, M. P. (2020). *Modelos de financiación para acceder a la educación superior en Colombia. Diagnóstico y recomendaciones*. Laboratorio de Economía de la Educación (LEE) Universidad Javeriana, Alcaldía Mayor de Bogotá, Instituto para la Investigación y el Desarrollo Pedagógico, IDEP. <https://secureservercdn.net/198.71.233.138/evb.eef.myftpupload.com/wp-content/uploads/2021/08/MODELOS-DE-FINANCIACION-PARA-ACCEDER-A-EDUCACION-SUPERIOR-IDEP-LEE-2021.pdf>
- Armstrong S., Dearden L., Kobayashi M. & Nagase N. (2019) Student loans in Japan: Current problems and possible solutions. *Economics of Education Review*, (71), 120-134. <https://doi.org/10.1016/j.econedurev.2018.10.012>.
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2021). *Educación superior y COVID-19 en América Latina y el Caribe*. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Educacion-superior-y-COVID-19-en-America-Latina-y-el-Caribe-financiamiento-para-los-estudiantes.pdf>
- Britton J. & Gruber J. (2019). *Do income contingent student loan programs distort earnings? evidence from the UK*. *National Bureau of Economic Research*. https://www.nber.org/system/files/working_papers/w25822/w25822.pdf
- Britton J., Erve L & Higgins T. (2018). Income contingent student loan design: Lessons from around the world. *Economics of Education Review*, (71), 65-82. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0272775717301668>
- Cabrales A., Güell M., Madera R. & Viola A. (2018). *Income contingent university loans: policy design and an application to Spain*. *Economic Policy Panel Meeting*. http://www.economic-policy.org/wp-content/uploads/2018/09/996_Income-Contingent-University-Loans.pdf
- Chapman B. & Dearden L. (2017). Conceptual and Empirical Issues for Alternative Student Loan Designs: The Significance of Loan Repayment Burdens for the United States. *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, (1), 249-268. DOI:10.1177/0002716217703969
- Chapman B. (2015). *Taking income contingent loans to the world*. <https://www.universityworldnews.com/post.php?story=20150305123821344>
- Chapman B., Dearden L. & Doan D. (2020). *Global Higher Education Financing: The Income-Contingent Loans Revolution*. https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10094302/7/Dearden_chapter_Changing%20Higher%20Education%20for%20a%20Changing%20World%202020.9781350108417_txt_prf.pdf
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2018). *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos*. <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/34-Principios-universalidad.pdf>
- Congreso de la República. (23 de enero de 2006). Por medio de la cual se reforman los artículos 111 y 114 de la Ley 30 de 1992, sobre Créditos Departamentales y Municipales para la Educación Superior. [Ley N° 1012 de 2006]. Publicada en *Diario Oficial* No. 46.160, de 23 de enero de 2006. Colombia. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1012_2006.html
- Congreso de la República. (8 de febrero de 1994). Por la cual se expide la ley general de educación [Ley N° 115 de 1994]. Publicada en el *Diario Oficial* No. 41.214 de 8 de febrero de 1994. Colombia. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0115_1994.html
- Congreso de la República. (30 de diciembre de 2005). Por la cual se transforma el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Mariano Ospina Pérez, Icetex, en una entidad financiera de naturaleza especial y se dictan otras disposiciones [Ley N°1002 de 2005]. Publicada en el *Diario Oficial* No. 46.137 de 30 de diciembre de 2005. Colombia. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1002_2005.html
- Congreso de la República. (4 de mayo de 2017). Proyecto de Ley número 262 de 2017. Publicado en la *Gaceta del Congreso*, N°296, 4 de mayo de 2017. <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/view/gestion/gacetaPublica.xhtml>

- Congreso de la República. (9 de julio del 2018). Ley de la contribución solidaria a la educación superior. [Ley 1911 de 2018]. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1911_2018.html
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>
- Corte Constitucional, (24 de enero de 2001). Sentencia C-047 de 2001. [M.P.: Montealegre Lynett, E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-047-01.htm>
- Corte Constitucional. (20 de enero de 2017). Sentencia T-013 de 2017. [M.P.: Rojas Ríos, A.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-013-17.htm>
- Corte Constitucional. (14 de noviembre del 2007). Sentencia C-955. [M.P.: Monroy, M.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-955-07.htm>
- Corte Constitucional. (20 de agosto de 2002). Sentencia C-671. [M.P.: Montealegre, E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-671-02.htm>
- Corte Constitucional. (23 de mayo de 2018). Sentencia C-046. [M.P.: Ortiz, G.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-046-18.htm>
- Corte Constitucional. (23 de octubre del 2013). Sentencia C-743. [M.P.: Vargas, L.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-743-13.htm>
- Corte Constitucional. (27 de enero de 2004). Sentencia C-038. [M.P.: Montealegre, E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-038-04.htm>
- Corte Constitucional. (27 de enero del 2004). Sentencia C-044. [M.P.: Araujo, J.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-044-04.htm>
- Corte Constitucional. (30 de marzo de 2011). Sentencia C-228. [M.P.: Henao, J.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-228-11.htm>
- Dearden L. & Nascimento P. (2019) Modelling alternative student loan schemes for Brazil.
- Departamento Nacional de Planeación. (7 de diciembre de 2016). Documento CONPES 3880. *Declaración de la importancia estratégica del proyecto de inversión apoyo para fomentar el acceso con calidad a la Educación superior a través de incentivos a la demanda en Colombia.* <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Social/Documento%208.pdf>
- Dearden L. & Nascimento P. (2019). Modelling alternative student loan schemes for Brazil. *Economics of Education Review*, (71), 83-94. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.econedurev.2018.11.005>.
- González J. (2018). *Financiación Contingente al Ingreso*. Banco Mundial.
- Gracia Ávila, O. D. (26 de diciembre 2018). *Modelación del sistema de financiación contingente al ingreso en Colombia* (trabajo de grado). Universidad de los Andes, Bogotá. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/44343/u827188.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Johnstone B. (2006). *The Applicability of Income Contingent Loans in Developing and Transitional Countries*. https://www.researchgate.net/profile/D-Johnstone/publication/242194855_The_Applicability_of_Income_Contingent_Loans_in_Developing_and_Transitional_Countries/links/5563919708ae86c06b695753/The-Applicability-of-Income-Contingent-Loans-in-Developing-and-Transitional-Countries.pdf
- Kim, J., Wiederspan, M. (2021). Evaluación de la introducción de un programa de préstamos contingentes a los ingresos en Corea del Sur. *Res High Educ*, (62), 1–25. <https://bbibliograficas.ucc.edu.co:2160/10.1007/s11162-019-09579-3>
- Londos, S. & Formichella, M. (2006), El concepto de desarrollo de Sen y su vinculación con la Educación. *Revista Economía y Sociedad*, vol. XI, Num.17, 2006, pp. 17-32. Obtenido de: <https://www.redalyc.org/pdf/510/51001702.pdf>
- Martinenghi F. (2021). *Increasing the price of a university degree does not significantly affect enrolment if income contingent loans are available: evidence from HECS in Australia.* <https://arxiv.org/pdf/2102.03956.pdf>

Martínez Marulanda, C.E. (2019). *La escasez y la nada*. http://derecho.bogota.unal.edu.co/historico-de-noticias/revista-campus-de-los-derechos/news/la-escasez-y-la-nada-1/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=d17ac5040ad1b8aca78256ad1db5e44d

Nussbaum, M. (2005); *El cultivo de la humanidad. Una defensa clásica de la reforma en la educación liberal*. Barcelona, Paidós

Sen, A. (2001). *La desigualdad económica*. México, Fondo de Cultura Económica.

Sen, A. (2002). *Basic education and human security*. www.humansecurity-chs.org/activities/outreach/Kolkata.pdf

Sen, A. (2003) *The importance of Basic education*. Conferencia en Edinburgh University. <http://www.cis.ksu.edu/~ab/Miscellany/basiced.html>

Torres Vásquez, H., & Rojas Ángel, J. (2013). Tratamiento a la delincuencia juvenil en Colombia en el sistema de responsabilidad de adolescentes. *Verba Luris*, (30), 115–133. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.30.2163>

Universidad de los Andes, Congreso visible. (2017). *Radican ponencia de proyecto que establece esquema de crédito basado en ingresos para créditos ICETEX*. <https://congresovisible.uniandes.edu.co/agora/post/radican-ponencia-de-proyecto-que-establece-esquema-de-credito-basado-en-ingresos-para-creditos-icetex/9888/>

Vela Valdés, Juan. (2000). Educación superior: inversión para el futuro*. *Educación Médica Superior*, 14(2), 171-183. Recuperado en 17 de septiembre de 2021, de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-21412000000200007&lng=es&tlng=es.

DIMENSIONES DE LA MEMORIA HISTÓRICA: TEJIDO SOCIAL, ASOCIATIVIDAD, ÉTICA-POLÍTICA

DIMENSIONS OF HISTORICAL MEMORY: SOCIAL FABRIC, ASSOCIATIVITY, ETHICS-POLITICS

Alberto Prada Galvis
Universidad Cooperativa de Colombia
ORCID: 0000-0002-7326-4256
alberto.pradag@campusucc.edu.co

Wilson Miguel Salas Picón
Universidad Cooperativa de Colombia
ORCID: 0000-0003-1458-6770
wilson.salas@campusucc.edu.co

Karime Cure Requena
Universidad Cooperativa de Colombia
ORCID: 0000-0002-6701-0540
Karime.curer @campusucc.edu.co
Colombia

DOI: 10.24265/VOX JURIS.2023.v41n1.03

Recibido: 26 de mayo de 2022

Aceptado: 23 de junio de 2022

SUMARIO

- Introducción.
- Metodología.
- Resultados.
- Discusión.
- Conclusiones.
- Referencias.

RESUMEN

El acuerdo de paz entre el gobierno de Colombia y las FARC-EP, reconocen a los sobrevivientes como actor central en el pacto para dar fin al conflicto armado. Para dar cumplimiento al punto 5, se crea el sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición y con ello, se plantea la memoria histórica para reposicionar al sobreviviente. Por lo anterior, el estudio analizó a través de una revisión sistemática el aporte que realiza la memoria histórica para la reconstrucción del tejido social, asociatividad y ético-político. Se empleó el

enfoque cualitativo, tipo revisión sistemática exploratoria con una búsqueda electrónica en Science Direct, Scopus, SPRINGER, Taylor y Francis, OXFORD, PSICODOC, EBSCOHOST, PSYCARTICLES, Jstor, PubMed, ERIC, Medline, Redalyc, Scielo, de artículos en inglés y español publicados entre el 2010 y el 2019. Se contó con una muestra de 25 documentos que cumplieron con los criterios de inclusión y algunas características de la metodología PRISMA. El análisis de los documentos permitió inferir que los trabajos desarrollados en el escenario de la memoria histórica plantean la necesidad de emprender acciones que transformen los ejercicios de memoria y se proponga un nuevo enfoque que vaya más allá de la búsqueda de la verdad y se dirijan a desarrollar otras prácticas basadas en estrategias de empoderamiento y calidad de vida, a través de las cuales se dignifique la condición humana. Se hace necesario seguir trabajando a nivel documental en los ejercicios de memoria histórica para resignificar a las víctimas como sujetos de derechos.

PALABRAS CLAVES

Memoria histórica, tejido social, asociatividad, ético-político, sobrevivientes.

ABSTRACT

The peace agreement signed by the Colombian government and FARC- EP, recognizes the victims of violence, as the main actor in the armed conflict. In order to comply with objective number 5 of the accord, a whole new system which aims at every victim's right to expect truth, justice, reparation and guarantee of not repetition, has been created. The peace agreement also takes into account the repositioning of survivors's historical memory. Accordingly, the current Project analyses, throughout a systematic revision how important historical memory is for rebuilding the social fabric, helping the associativity as an initiative, and also contemplates the ethical – political perspective as a key element. A qualitative research method has been carried out by implementing an electronic search on different sources of information, based on English and Spanish articles, published from 2010 until 2019 on databases such Science Direct, Scopus, SPRINGER, Taylor & Francis, OXFORD, PSICODOC, EBSCOHOST, PSYCARTICLES, Jstor, PubMed, ERIC, Medline, Redalyc and Scielo. All of them focused on the studies categories in Colombia, with some characteristics of PRISMA. The results give account of the need of transforming the emphasis that historical memory has, into something that develops practices and strategies of empowerment and dignity. It is necessary to keep on working on historical memory research projects, as to resignify victims as subjects of rights.

KEYWORDS

Historical memory, social fabric, associativity, ethical-political, survivors.

INTRODUCCIÓN

En virtud de la conflictividad social que ha vivido en su historia, Colombia es hoy una fuente rica e inagotable de narrativas de memoria. La población de este país, tan golpeada por los hechos consuetudinarios de violencia durante más de seis décadas, no tiene

que pedirle nada extra a la imaginación para relatar episodios de vida, ya que las mismas experiencias pasadas, que aún persisten en el presente, manchadas de sangre y recordadas con dolor, se constituyen en la materia prima para que la memoria histórica sea un insumo de lectura e interpretación de la realidad que ha tocado de frente a las víctimas de este flagelo y que ha minimizado la condición humana de quienes continúan con las marcas de la guerra, en situaciones de contexto diferentes, pero en una lucha intensa por alcanzar justicia y reparación. Son víctimas que

“continúan en un nuevo escenario de disputas donde se juega la caracterización de su experiencia, como experiencia o como valor en sí; como resistencia, o como daño colateral; como legado de nuevas movilizaciones sociales contra la impunidad o como mera representación” (Antequera, 2011, p. 21).

Situadas en esa realidad, las víctimas, directas e indirectas de la violencia social, política y armada del país, aportan con sus relatos una serie de microsecuencias narrativas, pequeñas historias de sus vivencias personales y colectivas, que les sirven a los historiadores, investigadores, sociólogos y académicos, en general, como insumos valiosos para construir una plataforma teórica crítica desde la cual se pueda comprender con mayor pertinencia y objetividad el fenómeno de la guerra en Colombia y sus efectos tan devastadores en el tejido social. Significa, entonces, que la memoria histórica pasa a ser fundamento esencial de reconstrucción del nuevo ser, del nuevo ciudadano de este país, en clave de conceptos y prácticas primordiales como la justicia transicional, la valoración de los derechos humanos, la no repetición, la reparación integral y la desaparición de la impunidad, entre otros.

Al respecto, existen ingentes esfuerzos de parte de los estudiosos por enriquecer la literatura sobre esta temática tan cercana a la vida de esta nación, ávida de paz y convivencia social. No obstante, es válido reconocer que todavía se hace necesario avanzar mucho más en la construcción de memoria histórica, no sólo a partir de las narrativas de las víctimas, sino también en el diálogo de saberes entre investigadores, sus obras, sus comprensiones y sus cosmovisiones. Es en ese imperativo que el presente estudio basa su tarea exploratoria documental. Se pretende identificar el trabajo

de la memoria, una panorámica documental sobre los estudios en el campo de la memoria histórica, a fin de llenar ciertos vacíos del conocimiento que todavía persisten en el campo de esta problemática y que, al ser identificados, permitan reposicionar y resignificar a las víctimas como sujetos de derechos.

Si bien existen evidencias y trabajos de especial reconocimiento en este ámbito, vale la pena desarrollar estudios exploratorios que amplíen el panorama sobre el asunto y sirvan como referente de análisis en el esfuerzo conjunto por ir más allá de la reconstrucción de los hechos, a partir de los relatos de las víctimas, con el propósito sustancial de plasmar en estos estudios las causas de los hechos de violencia, los impactos sociales, económicos y psicosociales en las colectividades afectadas y en los sujetos que sufrieron y sufren hoy las secuelas de los procesos victimizantes.

Estas acciones generadas desde la academia o desde la institucionalidad lo que buscan es “preservar la memoria histórica y crear plataformas para que la voz de las víctimas, sus familiares, y de otros actores sociales históricamente marginados, sea escuchada, validada e integrada en la narrativa del conflicto y construcción de la paz en perspectiva de reparación integral” (Ley 1448 de 2011, Art. 143).

“Usualmente, los análisis teóricos sobre los ejercicios de memoria histórica exaltan el papel de los relatos de memoria para superar hechos violentos o defienden la búsqueda de una verdad alternativa a la producida institucionalmente” (Castaño-Zapata y Jurado, 2019, p.147). Por lo anterior, trascender y reposicionar el enfoque de la memoria histórica en Colombia es clave para lograr la paz y la reconciliación.

Finalmente, el estudio hace parte del macroproyecto INV. 2530, aprobado por la Universidad Cooperativa de Colombia, titulado “Una propuesta ética política y asociativa para la reconstrucción del tejido social en el municipio de Barrancabermeja”.

METODOLOGÍA

Tipo de estudio

El estudio es de carácter cualitativo-descriptivo, tipo revisión sistemática exploratoria, toda vez

que se pretende “describir qué investigaciones se han realizado en una determinada área del conocimiento pudiéndose tener en cuenta distintos tipos de estudio, intervenciones y medidas de impacto” (Manchado et al., p. 16). Asimismo, se emplearon algunos lineamientos de la declaración PRISMA (Moher et al., 2009).

Por lo expuesto, se llevó a cabo una búsqueda de artículos en inglés y español publicados en revistas indexadas entre el 2010 y el 2019, que abordaron las categorías: tejido social, asociatividad, ético-político, narrativas en la construcción de la memoria histórica en Colombia.

Procedimiento

Estrategia de búsqueda

Se realizó una búsqueda electrónica en Science Direct, Scopus, SPRINGER, Taylor y Francis, OXFORD, PSICODOC, EBSCOHOST, PSYCARTICLES, Jstor, PubMed, ERIC, Medline, Redalyc, Scielo con la combinación de palabras clave: social fabric, associativity, ethical-political, narratives, historical memory. Asimismo, se utilizaron palabras clave en español como tejido social, asociatividad, ético-político, narrativas, memoria histórica, conflicto armado y el operador booleano AND.

La revisión sistemática exploratoria se realizó hasta julio del 2020, posteriormente, se ejecutó un proceso de selección, análisis y diligenciamiento de fichas bibliográficas y matrices. Lo expuesto, permitió la lectura crítica y chequeo del cumplimiento de los criterios establecidos por los investigadores/a.

Los criterios de inclusión fueron: Los descritos en la estrategia de búsqueda, tiempo de publicación (ventana de publicación): 2010 – 2019, territorialidad: Colombia, tipo de documento: artículos, capítulos de libros o material en línea de acceso abierto, documentos arbitrados, no se seleccionó literatura gris.

Extracción y análisis de la información

Esta etapa tuvo como propósito: eliminar duplicados, identificación de los documentos de acceso abierto, revisión de documentos y calidad de estos. El proceso se realizó a través de tres revisores, los cuales, diseñaron tablas para realizar de manera individual y

luego colectivo la lectura y selección de los documentos.

Clasificación de artículos

Posterior a la aplicación del protocolo de búsqueda, se seleccionaron los artículos mediante la metodología PRISMA y posteriormente, se diseñó una matriz para clasificar los documentos con base a los siguientes criterios:

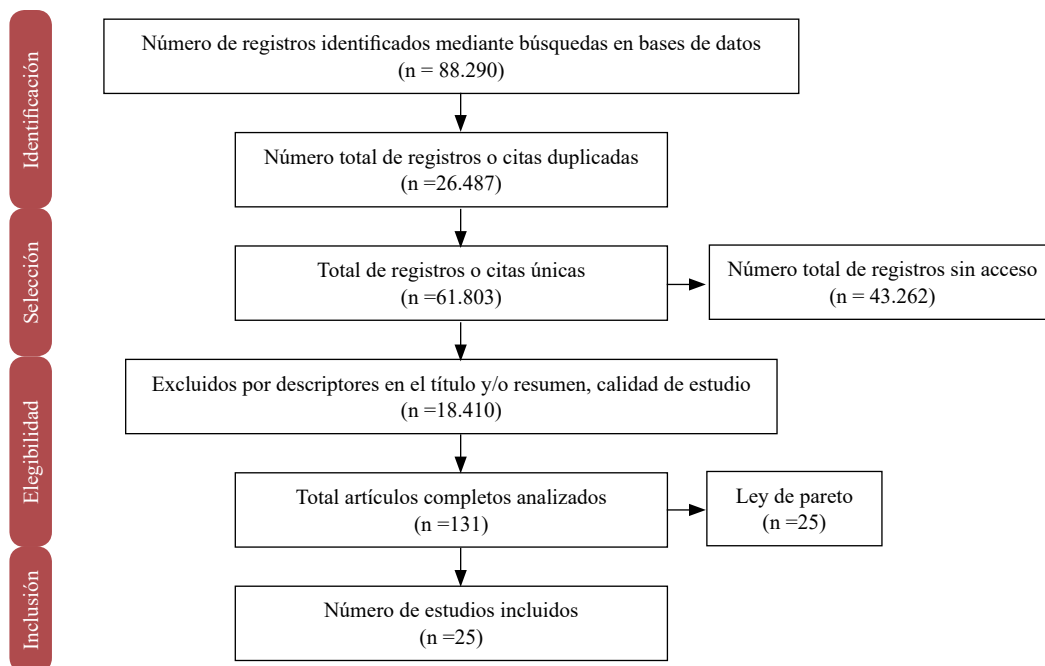
temática, método, población, aportes. Para la evaluación de la adecuada selección de la muestra documental se procedió a realizar una valoración inter-jueces.

Muestra documental

Se contó con una muestra documental de 25 artículos de investigación y capítulos de libro.

RESULTADOS

Figura 1. Fases de la revisión sistemática.



A continuación, se presentan algunas matrices de la revisión sistemática exploratoria estructuradas con los trabajos que se inscriben en el objeto del estudio.

Línea base documental

Tabla 1. Categoría tejido social y memoria histórica

Título del artículo	Hallazgos	Aporte teórico/empírico
La construcción del hogar desde la ecología mental: entre la memoria y la creación del tejido social en Pueblo Bello	<p>Un modelo de reconstrucción del tejido social en la comunidad de Pueblo Bello. El modelo se fundamenta en los principios del OIKOS y se desarrolla una ruta de navegación para la reconstrucción del tejido social, el perdón, la reconciliación y el reposicionamiento de los sobrevivientes del conflicto armado como sujetos de derechos, políticos y de dignidad.</p> <p>La ruta propuesta se integra por momentos de navegación:</p> <p>La ecología mental, la reconstrucción de la memoria, el confiar en el otro y otros, la espontaneidad, ecología social (construcción, reintegración, proyectos comunitarios, tejer de nuevo el territorio y la comunidad), ecosofía, ecofilosofía, ecoética.</p>	<p>Se desarrolla un modelo de intervención centrado en la persona y la comunidad, el cual tiene como objetivo el reposicionamiento del individuo y la comunidad más allá de lo político. Por lo anterior, se plantea una intervención tripartita de la memoria (cognitivo, emocional y socio-comportamental) y de competencias (ser, saber y hacer) en una ruta de navegación que involucra los principios de la ecosofía, ecofilosofía y ecoética.</p> <p>Se concibe el tejido social como un espacio de encuentro, un hogar en el que se tejen, se resignifica y construye comunidad-territorio.</p>
Colombia: educación superior y post-conflicto. Proceso de reconstrucción de tejido social basado en el post-conflicto	<p>Se identifican los retos de la Educación Superior: Barreras de acceso (estigmatización), paradigma de la educación inclusive; la permanencia, propuestas de formación con un eje de reconciliación, estrategias de articulación, inserción al mercado laboral.</p> <p>Para la reconstrucción del tejido social se requiere que las propuestas de formación desarrollen competencias ciudadanas en lo cognitivo, emocional, comportamental y comunicativo-que permitan el reconocimiento del otro y otros (alteridad).</p>	<p>El reconocimiento de los vacíos y retos del sistema educativo en la construcción de paz y la reconstrucción del tejido social.</p>
Mujeres sobrevivientes del conflicto armado y reconstrucción del tejido social: una mirada desde el enfoque de las capacidades humanas	<p>Se concibe el tejido social como un espacio para el reconocimiento de los individuos como sujetos sociales y políticos, la generación de acciones para la construcción del territorio y el establecimiento de vínculos en pro de la gestión de la autonomía, el empoderamiento, la dignidad, la libertad y las condiciones de vida.</p> <p>El tejido social involucra componentes tales como participación ciudadana y la justicia social. Por lo anterior, los procesos de reparación y reconstrucción del tejido social deben ubicar al sobreviviente del conflicto armado como el principal protagonista de los procesos.</p> <p>El conflicto armado genera afectaciones materiales e inmateriales. El tejido social se ubica en la dimensión inmaterial.</p>	<p>Se propone un cambio en la visión de las políticas públicas para la atención de los sobrevivientes del conflicto armado, dado que la perspectiva instrumentalizadora que orientan las políticas no permiten el reconocimiento de la condición humana como eje en el proceso de reinención, re-significación, satisfacción y la reconstrucción del tejido social.</p> <p>Asimismo, se indica que dos elementos fundamentales para la reconstrucción del tejido social son: la satisfacción de los mínimos vitales, la recuperación de la capacidad de participación ciudadana y la defensa de la justicia social. Se plantea el enfoque de las capacidades individuales y comunitarias dado que se aborda el ser, el hacer y el saber desde una dimensión constitutiva y no instrumentalizadora del individuo</p>

Espacios musicales colectivos durante y después del conflicto armado como lugares de preservación del tejido social

El tejido social es una red que se teje con base en la dignidad y los proyectos de vida individuales y comunitarios. Por lo anterior, el tejido social se concibe como una plataforma para ser y estar en el mundo.

El conflicto armado conlleva a una privación en la participación de los ciudadanos/as en el campo público y los limita a un escenario privado-individual. Asimismo, la deslegitimación de las instituciones y el confinamiento en el campo individual generan un debilitamiento de los vínculos, dinámicas de relacionamiento, liderazgos y, por ende, un efecto negativo en el tejido social.

Se propone el abordaje de la reconstrucción del tejido social a través de espacios musicales, toda vez que, estos escenarios evidencian un efecto positivo a nivel psicosocial en los sobrevivientes del conflicto armado. Asimismo, se plantea como espacios de integración socio-comunitarios y de sostenimiento emocional.

Se presenta evidencia empírica sobre los efectos que tienen los espacios musicales en la reconstrucción del tejido social, la resignificación de la experiencia y la promoción de la convivencia, el perdón y la paz.

Memoria y resiliencia. Estudio de la memoria de las víctimas del conflicto armado en el departamento del Magdalena: presentificación, visibilización, catarsis y resiliencia

La elaboración de las memorias del conflicto armado se convierte en una plataforma para la visibilización de sus huellas al igual que su resignificación. Asimismo, se reconocen factores diferenciadores como la personalidad y el contexto que inciden en la conversión de la memoria como fuente de sujeción o liberación. Ahora bien, la memoria es un escenario simbólico público que permite el reposicionamiento del sobreviviente y le permite equilibrar su dolor.

Por lo anterior, la memoria es un mecanismo para el reconocimiento de subjetividades, la recuperación de prácticas, la defensa de espacios, instituciones y dignidad, la visibilización de realidades al igual que un instrumento colectivo-simbólico contra el olvido.

Los medios de comunicación pueden llegar a tener una doble función: in-visibilización de la memoria.

Se propone que el trabajo de reconstrucción del tejido social debe permitir des-victimizar y trascender la situación de víctima, buscando con ello, la reinención y liderazgos en el territorio. Por lo anterior, el abordaje de la resiliencia y la hiper-memoria son claves en el proceso, dado que son mediadores entre el mundo interno (individuo) y externo (comunidad, realidad).

Se plantea un ecosistema para la reconstrucción del tejido social desde la memoria, presentificación, visibilización, catarsis y resiliencia

Fuente: elaboración propia

Tabla 2. Categoría narrativa y memoria histórica

Título del artículo	Hallazgos	Aporte teórico/empírico
Tematizar la memoria del conflicto armado desde la literatura, la música y la narrativa para formar la subjetividad política, la compasión y la ética responsable	Propone a la literatura, la música y las narrativas, como dispositivos para hacer pedagogía de la memoria, con nuevos sentidos; así, los “sujetos educativos se configuran en políticos, éticos, civilizados y compasivos” (Mosquera-Mosquera & Rodríguez-Lozano, 2018, p. 46), desarrollando competencias ciudadanas y de identidad, de conformidad con la alteridad representada en la víctima del conflicto. Se fortalece entonces una semántica de la cordialidad, del perdón, de la democracia, como valores que desechan la lógica de la maldad.	Mediante el develamiento del sentido y significado de la memoria colectiva del conflicto armado, los sujetos educativos se forman democráticos y se alejan de la lógica de la crueldad desde un plano antropológico y político con la ayuda de la música; cuando no se apoderan de la palabra, respetan la diversidad y se comprometen a realizar acciones en pro de la paz (Mosquera-Mosquera & Rodríguez-Lozano, 2018, p. 69).
Perdón y reconciliación: una perspectiva psicosocial desde la no violencia.	-Plantea que “abstenerse de invitar al perdón como solución sociopolítica” (Villa-Gómez, 2016, p.151), (El NO perdón) no significa venganza. -Es necesario recoger y abrazar los procesos de perdón que surgen de la gente, valorando estas dinámicas en el plano de lo personal y lo colectivo. - “El trabajo por la memoria, la dignidad de las víctimas, la búsqueda de justicia social y la lucha por los derechos, no va en contravía de la lógica del perdón” (Villa-Gómez, 2016, p.151).	Esta reflexión vuelve a una premisa: el perdón no es ni puede ser un deber moral. Ni un mandato religioso ni una consigna para la paz. Es una experiencia subjetiva que cada quién, de acuerdo con sus propias determinaciones históricas y personales, sus trayectorias vitales, transitará o no, pero que puede ser acompañada desde acciones psicosociales con comunidades y personas afectadas directamente por el conflicto armado, para que puedan confrontar relatos, narrativas de memoria y dispositivos emocionales promovidos desde medios de comunicación u otros mecanismos de poder que legitiman la venganza y la perpetuación de la violencia (Villa-Gómez, 2016, p.150).
Memoria histórica razonada. Una propuesta incluyente para las víctimas del conflicto armado interno colombiano	Busca “que mediante la construcción de la memoria histórica razonada se comprendan relatos de personas desplazadas a través de un conocimiento complementario entre víctimas e investigadores, generando instrumentos contra las marginalidades, negacionismos, silencios y olvidos impuestos por centros de poder” (Rueda-Arenas, 2013, p. 18).	Invita a la sociedad civil a una transformación haciendo conciencia de los testimonios que narran las víctimas, divulgados libremente, para evitar las culpabilidades de las víctimas, sus re-victimizaciones, los negacionismos y los silenciamientos. “El país afrontaría un triple reto: primero, adelantar caminos académicos en busca de ampliar campos investigativos desde la interdisciplinariedad y la transdisciplinariedad para tener una visión holística de la problemática de las víctimas y del conflicto armado colombiano; segundo, construir memoria histórica razonada como una opción real de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición de los hechos sucedidos y; tercero, difundir mediante la creación de medios alternativos los relatos” (Rueda-Arenas, 2013, p. 44).

<p>Efectividad del daño y desdibujamiento del sujeto: aproximaciones a las narrativas sobre el sufrimiento en el conflicto armado colombiano.</p>	<p>Se discuten algunas formas de relación con el sufrimiento humano que han caracterizado los emprendimientos investigativos y la práctica de la defensa de los derechos humanos en Colombia y que han sido constitutivas de ciertos tipos de narrativas sobre la guerra y la violencia política en el país (Aranguren-Romero, 2017, p.62). -Estos modos de relación han sido delineados, en parte, por las lógicas y gramáticas de la guerra y la violencia, y han contribuido a desdibujar las tramas intersubjetivas que hacen posible el testimonio, por lo que obligan a reflexionar críticamente acerca de los impactos de la guerra y la violencia desde una ética de la escucha (Aranguren-Romero, 2017, p.62).</p>	<p>Los “marcos de guerra delinean formas de relación con el sufrimiento” (Aranguren-Romero, 2017, p.69) de los sujetos implicados. Ello conlleva la tarea de comprender sus procedimientos, su situación en la guerra y reconocer los actos de impugnación, de resiliencia y resistencia; también sus prácticas de relación con el otro. Es menester situarse en su dolor, así como ellos ven el dolor de la otra víctima, considerando sus narrativas reveladoras de una interpelación de las gramáticas y las lógicas de la violencia política y la Guerra (Aranguren-Romero, 2017, p.70).</p>
<p>Mecanismos de resistencia comunitaria al conflicto armado en Colombia-las narrativas en los Montes de María y el silencio en el Tigre Putumayo</p>	<p>Es posible dar cuenta que un mecanismo de resistencia responde tanto a cálculos individuales, como a una diversidad de factores contextuales, históricos, racionales y emocionales de las personas que integran la comunidad. Por tanto, la efectividad de cada uno de éstos para aportar a la articulación del tejido social, debe ser evaluada tras haberse comprendido estas dinámicas. Para los Montes de María, la creación de medios de comunicación comunitarios es un paso para pasar de la vida arrinconada, a la vida creativa: una vida en la que la comunidad puede reconocerse en su diversidad cultural más allá del discurso homogeneizante de la guerra, y hablar de recetas típicas, sueños, música del caribe. Por otro lado, en el Tigre, el silencio es un mecanismo primario, es la resistencia inmediata. Aparentemente, no hay creación elaborada, vivida. Pero la estrategia es una manera de crear. El silencio es un paso fundamental para que la comunidad pudiera permanecer en el territorio.</p>	<p>Los mecanismos de resistencia varían sustancialmente de una región a otra. En Los Montes de María, la comunicación fue el eje central para comprender el conflicto, construir memoria y resignificar los hechos; en el Bajo Putumayo, las narrativas se sumieron en un silencio que les permitió estar cohesionados y permanecer en su territorio. Es necesario repensar el modelo de desarrollo y el modelo institucional con base en las necesidades de la diversidad de poblaciones que habitan los territorios. Si bien las iniciativas de acción y resistencia comunitaria pueden ser un primer y transversal paso, no deben ser las únicas, pues éstos no pueden tomarse la justicia por sus manos ni suplir funciones institucionales que son fundamentales para la reparación integral y el desarrollo, ojalá sostenible, de estas comunidades</p>
<p>Narrativas femeninas del conflicto armado y la violencia política en Colombia: contar para rehacerse</p>	<p>Constituye una mirada hacia las voces femeninas, cuyo punto de partida se centra en un recorrido por algunas de las características que varios acontecimientos históricos han impreso en el rol femenino en escenarios tanto políticos como cotidianos. Asimismo, se remite a algunas de las narrativas de las mujeres protagonistas del conflicto político en la historia reciente del país, de manera particular, las de excombatientes de organizaciones insurgentes, para auscultar aspectos de la configuración de sus subjetividades y la constitución de memorias (Herrera & Pertuz-Bedoya, 2015, p.150).</p>	<p>Considerea que el grupo humano que va a jalonar, que va a posesionarse una vez tenga conciencia de esto, del avance de la humanidad, va a ser la mujer, al margen de clase o género. El patriarcado está tocando ya su fin y la dirección y la salvación está en manos de la mujer como dadora de la vida y como conservadora de la vida; la mujer, para poder cambiar, para poder realmente posesionarse de esta nueva era de la humanidad, debe tomar conciencia de su ser mujer, de lo que eso implica en estos momentos del desarrollo de la humanidad. La mujer, para asumir ese destino que ya le tocó históricamente, debe tomar conciencia de su género, de su potencial humano y asumir su responsabilidad política e histórica (Claux 2011, 307-310, citado en Herrera & Pertuz-Bedoya, 2015, p.160)</p>

Narrativas de la memoria: el poder del lenguaje en la construcción de sentido después de una masacre	A partir de los relatos de algunas mujeres pertenecientes a la Asociación de Familiares de Víctimas de Trujillo (AFAVIT), este documento busca analizar la manera en que se dota de sentido la vida, en el día a día, así como los repertorios a los que se alude para hacerlo. Detrás está la problematización sobre el papel del lenguaje, que refleja la eterna tensión que los sobrevivientes sienten entre narrar lo sucedido para evitar su repetición, o no contarlo por efectos de riesgo que atentan contra su bienestar físico y emocional (Torres-Cuenca, 2017, p.22).	Si las condiciones estructurales que permitieron los hechos violentos continúan, el proceso de construcción de memoria se afecta. Se deben acoger otras herramientas para que sea posible un discurso político contundente de reivindicación desde la condición de víctima. Estas organizaciones deben producir elementos discursivos desde la acción de justicia, de ciertas necesidades de reparación estructural, para que, los marcos institucionales que ellos interpelan, legitimen mucho mejor su pliego de peticiones, presentado como inversión social y no como una lucha sustentada en la distribución de la tierra.
--	--	--

Fuente: elaboración propia

Tabla 3. Categoría ético-política y memoria histórica

Título del artículo	Hallazgos	Aporte teórico/empírico
¿Cuál memoria? Los efectos políticos y el orden simbólico de los trabajos oficiales de memoria	Se “construye un concepto de memoria como relato abierto, en un plano de reflexión política” (Castaño-Zapata y Jurado, 2019, p.147), estableciendo un análisis de los ejercicios que en el mismo sentido realiza la institucionalidad, desde una vision oficial. Plantea la paradoja existente entre el orden social establecido y las maneras de pensar de las víctimas. Se hace “un reclamo por la imposibilidad de un cierre simbólico pleno o totalizante del sentido político de toda narración resultante de los informes de la oficialidad. Se destaca la inconmensurabilidad del conflicto y se critica la idea de relatos de memoria con una simbolización cerrada y estable” (Castaño-Zapata y Jurado, 2019, p.147).	Al constituirse en un relato abierto, la memoria precisa una interacción política y discursiva, que se vincula a la base histórica de la sociedad. Los ejercicios de memoria exaltan el papel de los relatos de memoria para superar hechos violentos o defienden la búsqueda de una verdad alternativa a la producida institucionalmente. Se plantean los efectos del relato de memoria en el plano de la política en el que se pongan en juego los traumas irrepresentables que reflejan víctimas no reconciliadas (Castaño-Zapata y Jurado, 2019, p.147).
La memoria, entre la política y la ética	La verdad debe ser pensarla por fuera de todo asunto de negociación, ya que es lo que no se quiere escuchar. Se exalta la posición y el coraje de quien, aun en la incertidumbre, se atreve a enunciarla. Hay una posición crítica y desconfiada hacia la política, puesto que ésta busca acuerdos sobre lo que no debe recordarse, convirtiéndose en el eje del olvido, como el olvido de los desaparecidos, sin pensar en los valores de la convivencia humana, los cuales están fundamentados en el Derecho; es un asunto de la ética. La política meramente instrumental refuerza el juego del mercado y reduce los valores, de tal forma que se constituye en mera doxia y no en logos, impidiendo que la memoria sea luz, no tanto sobre el pasado, sino sobre lo que se debe hacer en el futuro.	Pensar los derechos humanos desde la universalidad de una ética humanista e integral, patrimonio del pueblo, contiene una dimensión política. Tanto la memoria, como el olvido, implican una responsabilidad de acción sobre el presente y sirven de guía de la conducta, es decir, que tienen un carácter ético. La trama de la memoria se inserta en el universo de los conflictos para oponerse a la presencia del mal, develándolo y afrontándolo, mediante el testimonio de su presencia ontológica, como elección libre que se apoya en el espíritu humano que tiene la responsabilidad de salvar al Otro.

Políticas de la memoria en Colombia: iniciativas	<p>Desde la mirada del colectivo “H.I.J.O.S (Hijos e Hijas por la Identidad y la Justicia contra el Olvido y el Silencio), se analizan y se exponen las iniciativas de reconstrucción de memoria histórica en Colombia, en consideración de sus tensiones, iniciativas y experiencias” (Aguilar-Forero, 2018, p.111), en relación con sus orígenes y reconfiguraciones identitarias. En esa acción, se ha observado que la cultura hegemónica de la memoria, instaurada por el Estado, en vez de visibilizar los procesos de memoria, las iniciativas de los colectivos en esta labor, lo que ha hecho es negarlos y silenciarlos a través de su invisibilización. Así pues, ha habido una vulneración sistemática de los derechos humanos, lo cual ha sido causa de tensiones y confrontaciones, de tal forma que la experiencia histórica de memoria es reducida, puesto que se opone al olvido y a la impunidad.</p>	<p>Las políticas de la memoria desde la institucionalidad están ligadas a las agendas gubernamentales (la Ley de Justicia y Paz; la Ley de Víctimas), pero también al margen de la misma. El Estado promueve narrativas oficiales que entran en pugna con los relatos de las víctimas, en temas como la legitimidad, la pretensión de verdad y sus efectos, generando una disputa política, contra hegemónica que busca la restauración de la dignidad y la resistencia al olvido. No se acepta que el Estado defina lo que debe ser recordado o no. Es necesario que “las nuevas generaciones, a través de ejercicios de memoria concretos y necesarios, recuperen el pasado y promuevan, en el presente, otros futuros posibles al reavivar la esperanza de los miles de familiares, sobrevivientes y simpatizantes que” (Aguilar-Forero, 2018, p.128) aún creen y acompañan hoy su renacer.</p>
Ética de la memoria y cultura de los derechos humanos. Una aproximación filosófica	<p>Hablar de derechos humanos se asocia al imaginario social de la izquierda. Si se busca sentar unas bases políticas en el tema de la memoria histórica, también. En ese sentido, las instituciones de la sociedad civil han sido estigmatizadas por la contribución que hacen a la protección de los derechos de las poblaciones más vulnerables. Sin embargo, se plantea defender la memoria histórica dentro del marco de una “Ética de la Memoria” como método y filosofía de trabajo. La idea es que cuando la víctima decida hablar, contar y recordar sucesos desagradables, encuentre no sólo oídos que la escuchen, brazos que la consuelan, sino leyes que la resguarden y justicia que sancione todo tipo de impunidad.</p>	<p>Las experiencias dolorosas en el ámbito histórico de las democracias lo que permiten es un aprendizaje de iniciación de acciones políticas que exalten una cultura de los derecho humanos, que se fortalezca una ética de la memoria, con responsabilidades definidas. Se fomentaría la No Repetición, evitando también que las causas que dieron origen al conflicto desaparezcan, obviamente, diseñando democráticamente un sentido de justicia real y el desarrollo de una alteridad auténtica.</p>
Memorias de la violencia política y formación ético-política de jóvenes	<p>El problema de investigación se sitúa en la pregunta en torno a: ¿Cómo las memorias acerca de la violencia política configuran subjetividades y se relacionan con la formación ética-política de los jóvenes y maestros en Colombia? Se estructura la definición de una ruta metodológica y da cuenta de algunas tematizaciones inscritas la construcción teórica de las subjetividades. Tiene como propósito interpretar en la memoria de grupos poblacionales los efectos de la violencia política y cómo esta configura sus procesos de subjetividad y de formación ético-política (Ortega-Valencia & Herrera, 2012, pp.89-91).</p>	<p>Al iniciar procesos de concienciación sobre memoria histórica con jóvenes, se busca comprender cómo opera la memoria social e individual, en situaciones la violencia política, esclareciendo sus conexiones con la formación de los sujetos, así como las distintas estrategias de pedagogía en torno a la memoria que son puestas en acción por las diferentes políticas promovidas tanto por el Estado, como por los actores del conflicto y por la sociedad civil en general (Ortega-Valencia & Herrera, 2012, pp.91-92).</p>

<p>La construcción de la memoria histórica como derecho fundamental en Colombia</p>	<p>Parte de la pregunta: ¿Cuáles son las condiciones en la construcción de la memoria histórica como un derecho fundamental? Al respecto, analiza las circunstancias, tanto conceptuales como históricas, de la regulación del derecho a la memoria en Colombia. Habla de la defensa y la traducibilidad de la construcción del derecho a la memoria histórica, en el marco de la teoría de los derechos fundamentales desde un enfoque hermenéutico y constructivista, como condición de la dignidad humana (Muñoz-Camacho, 2018, [p.2]). Plantea que esa tarea no es tarea exclusiva del Estado y sus instituciones; tampoco es una acción exclusiva de la investigación y de los académicos o de organizaciones movidas por el altruismo, sino que es un trabajo de la ciudadanía, de las víctimas del conflicto, de quienes han sufrido el impacto de la guerra.</p>	<p>El tema de la memoria histórica y las concepciones sobre la misma integran los aspectos individuales y colectivos de los derechos de las víctimas a la verdad. Pone en relieve las luchas de las organizaciones de víctimas y a los elementos filosóficos que acompañan la discusión. Pretende la reconstrucción de la vida personal y colectiva de los pueblos y exige un estado de derecho garante de esa libertad de elección, de búsqueda de la identidad y territorialidad en una tradición y una memoria que dé garantía a la participación de las personas en esa reconstrucción (Muñoz-Camacho, 2018, [p.62]).</p>
<p>Colombia. La construcción de una narrativa de la memoria histórica como proceso político</p>	<p>Trata la memoria en Colombia desde el punto de vista del discurso político y de las políticas públicas. Explica la paradoja existente entre la construcción de una narrativa sobre la guerra, en un país que niega la existencia de un conflicto armado y en el que no hay un consenso sobre la denominación de los múltiples procesos violentos, que ha atravesado a lo largo de su historia (Rodríguez-Pinzón, 2020, p.109).</p>	<p>“La construcción social de los procesos de memoria se confronta con los discursos políticos y con la articulación reciente en las políticas públicas del actual proceso de postconflicto” (Rodríguez-Pinzón, 2020, p.109). La memoria, como proceso político, es una forma dominante cuando la violencia es parte de la misma. Se consideran tres momentos: La violencia de mediados del siglo XX, el proceso de justicia y paz que tramitó la desmovilización de las autodefensas armadas de Colombia, y el proceso de negociación y firma del Acuerdo de Paz definitivo con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia en 2016 (Rodríguez-Pinzón, 2020, p.111).</p>
<p>La memoria histórica y su dimensión política, social y académica</p>	<p>El tema de la memoria genera tensiones y conflictos en el debate nacional e internacional sobre su confrontación con la institucionalidad, ya que ésta lo que hace es utilizar los relatos de manera instrumentalizada para que sirvan de propaganda al poder establecido, en una democracia ficticia, en la cual las víctimas participan sin quererlo como instrumentos para lograr más adhesiones y más cohesiones alrededor de ese poder oficial. Se fortalecen políticas estatales que propician identidades colectivas que legitimen el ejercicio de su autoridad, dando origen de reconocimiento de ciertos grados de represión y, por ende, la legitimación de un poder y de una autoridad política que impone el discurso hegemónico o que alienta políticas de memoria que elevan los valores del poder del Estado tergiversando la verdad u omitiendo la emergencia de memorias que se le opongan.</p>	<p>Propicia el reconocimiento de la memoria en la sociedad y le permite a la población experimentar la ciudadanía con una mayor expresión en el espacio público, hacia una mayor participación política dentro de las democracias incompletas de las sociedades complejas contemporáneas. Las polémicas sobre la memoria traen consigo efectos sobre la dimensión humana y social de las víctimas que reclaman, que reivindican derechos, que solicitan justicia restaurativa, que claman por la verdad y la reparación integral. La memoria implica un acto de propagar; es inevitable para todos los actores sociales. La dimensión académica entra a controvertir en la defensa de los individuos y colectividades silenciadas o las narrativas hegemónicas tergiversadas.</p>

Fuente: elaboración propia

Tabla 4. Memoria histórica

Título del artículo	Hallazgos	Aporte teórico/empírico
Memoria histórica y propaganda. Una aproximación teórica al estudio comunicacional de la memoria	<p>Los contenidos de memoria “fluyen a través de los grandes medios de comunicación” (Vázquez-Liñán & Leetoy, 2016, p.90), por el que circulan los mensajes que resulten de la legislación. Se analiza cómo la industria de medios influye en la memoria colectiva y lo que se hace necesario para alcanzar la memoria que se quiere comunicar, en un marco legal que en realidad se construya con la verdad y no lo que expresan los medios; de esa manera, hay construcción identitaria y conservación de un particular imaginario social, con un discurso específico que hace viable lo que fue invisibilizado, reivindicando la mirada de las víctimas como un acto de justicia, ya que sin memoria de la injusticia no hay justicia posible.</p> <p>Sin embargo, cualquier política sobre memoria histórica debe contemplar, no solo las campañas de comunicación asociadas, sino el estudio de la industria cultural (Vázquez-Liñán & Leetoy, 2016, p.72).</p>	<p>Los recuerdos “del pasado dan forma a las acciones de la gente en el presente” (Vázquez-Liñán & Leetoy, 2016, p.74), movidas por una verdad comunicada que genera en ellos una concepción sobre su historia. Las narrativas que cuentan los hechos están influidas por tendencias específicas mercantilizadas, con la intención de imponer relaciones de poder, a nivel local, nacional y transnacional.</p> <p>La memoria histórica como efecto de la manipulación y mediación de las industrias culturales se construye una esfera pública en la que participan voces que no son las voces de la verdad porque hay un nivel de intervención del mercado mediático que convierten las políticas de la memoria en acciones distantes de la realidad de las víctimas del conflicto.</p>
Pedagogías de las memorias de la historia reciente colombiana: ¿construir memoria, en el campo de una memoria imposible?	<p>Ante los acontecimientos históricos en la historia reciente del país, en un mundo globalizado, económica y culturalmente, la memoria se posiciona como un tema político y social en los ámbitos académico y extraacadémico y se erige como portadora situada de una pluralidad (inherentemente conflictiva) de verdades semánticas con valor contrastativo.</p> <p>Los hechos de memoria histórica en Colombia han derivado del estado de guerra irregular cuasi permanente, degradado y complejizado, en virtud de la incorporación del narcotráfico como fuerza re dinamizadora del alto grado de victimización de la población civil (Vélez-Villafañe, 2012, p.247).</p>	<p>Se aborda la memoria como fenómeno socio histórico, en un análisis interdisciplinar que la ubica en un ámbito de acción política y cultural, en el que se generan debates académicos relacionados con contextos transicionales. Se plantea que los actos de memoria no pueden reificar–legitimar el statu quo de modo consensualista–legitimador, amenazador que reedita la democracia restringida y potencia la permanencia del conflicto interno armado, perpetuando el silenciamiento y la marginación, creando amnesia colectiva.</p> <p>Visualiza la construcción de un proyecto de pedagogía social (descentrada de la escuela) para avanzar en la tramitación del pasado–presente de violencia política, por vía de aportar a la construcción narrativa de tejidos de memoria histórica emblemático que conduzca a la constitución de nuevas ciudadanía de carácter heterogéneo y la búsqueda de justicia social y restaurativa (Vélez-Villafañe, 2012, pp. 247-249)</p>

<p>La memoria histórica en los procesos de acompañamiento pastoral a personas en situación de desplazamiento</p>	<p>“Los procesos sociopolíticos de superación de los conflictos armados y la recuperación de la memoria histórica están ocupando un lugar central en asuntos como la efectiva reconciliación donde la verdad, la reparación y el perdón forman parte de ese proceso. Se apertura una reflexión crítica sobre qué memoria, desde dónde, desde quiénes; se restaura a las víctimas y se transforma su dolor con el potencial liberador de Dios. Hace una invitación a transformar la pastoral urbana, acompañando a las personas en situación de desplazamiento” (Vélez et al., 2016, p.33).</p> <p>Las Iglesias deben ser capaces de articular fuerzas entre ellas y con la sociedad civil y su eficacia depende de la integralidad de sus acciones. Esa articulación supone mantener una conciencia crítica y una postura más clara frente al conflicto y a los actores inmersos en él. Así, el evangelio se pone del lado de las víctimas y busca su curación y liberación integral.</p>	<p>El acompañamiento a las víctimas es una tarea de todos. Todas las instancias sociales, políticas, culturales y religiosas han de integrarse en ese fin. Los ejercicios de memoria (talleres) es una estrategia para conseguir la meta. Los relatos no se construyen desde la neutralidad, ya que la violencia es estructural e involucra todo un proceso histórico sostenido por situaciones políticas y económicas. Se adhieren las resistencias sociales y las alternativas políticas de las víctimas que levantan tanta persecución por parte del poder establecido.</p> <p>Propone una pastoral urbana que responda de manera más eficaz a la situación del desplazamiento. El haber indagado sobre la categoría memoria desde la dimensión sociopolítica exige a la pastoral urbana dejar las posturas neutras y ser capaces de tener una conciencia crítica suficientemente informada para acompañar a las personas en situación de desplazamiento.</p>
<p>Memoria histórica y sistematización de experiencias de la comunidad muisca de Sesquilé</p>	<p>Trata el asunto de la memoria con una la visión comunitaria de la cultura indígena, caso los Mhuysgas (muisca) de Sesquilé, en un trabajo sistematizado sobre sus experiencias. Se pregunta ¿Cuáles son los componentes constitutivos de la memoria histórica, sus prácticas sociales, culturales y políticas? Allí, el concepto de memoria tiene un carácter colectivo, hace alusión al esfuerzo del grupo por vincularse con su pasado, sea real o no, el cual se da de manera consciente.</p> <p>Se hace una reflexión sobre la memoria social en su complejidad, historicidad y la trascendencia simbólica e intersubjetiva de la realidad que posibilita en algún sentido, la continuidad de lo social. Se expresa el derecho a la reparación que explica el derecho de las víctimas a ser partícipes en proyectos y programas que estén orientados a reparar en cierta medida el daño que han sufrido, y las garantías de no repetición</p>	<p>Alerta sobre el descuido que existe sobre el acceso a cierta información sobre los hechos históricos e identitarios. Hay un desconocimiento de muchos aspectos propios de la comunidad Muisca, a pesar de convivir en un mismo espacio.</p> <p>La representación que se hace sobre esta comunidad es muy superficial, únicamente de lo visible (vestimenta, prácticas), pero el pueblo tiene un conocimiento errado contado por los libros, sin el verdadero fundamento por lo que han luchado, su identidad, su pasado, creencias y costumbres para transmitir.</p>
<p>Pedagogías para la memoria histórica: reflexiones y consideraciones para un proceso de innovación en el aula</p>	<p>Parte de la pregunta ¿cómo hacer procesos de innovación en la enseñanza de las ciencias sociales en educación básica y media que propendan a la evocación crítica de la historia colombiana, haciendo de ello un proceso de aprendizaje significativo, en aras de contribuir a la construcción de ciudadanía? (Londoño et al., 2015, pp. 135-141).</p> <p>Las pedagogías de la memoria histórica sirven para propiciar escenarios de paz en el post-conflicto en Colombia. Se analiza aquí una experiencia de innovación pedagógica basada en la construcción de memoria histórica, a la luz de los postulados del aprendizaje significativo, una experiencia de ciudadanía y posicionamiento político frente al conflicto armado. en nuestro país (Londoño et al., 2015, p.124).</p>	<p>Plantea la memoria histórica como memoria viva que se construye en la interacción social; por eso, es fundamental que el ejercicio de memoria alcance el proceso cognitivo de la evocación en el escenario escolar mediante el concepto de aprendizaje significativo.</p> <p>La idea es que los contenidos trabajados desde las pedagogías de la memoria aporten de manera significativa al proceso de ciudadanía desde las aulas, bajo el objetivo de la construcción de paz como actitud y acción política. Se trata que se vea al educando como un sujeto que posee demandas de justicia y tiene derechos. Es una ciudadanía que se construye sobre la base de los derechos humanos y que se expresa en lo público (Londoño et al., 2015, p.130)</p>

Fuente: elaboración propia

DISCUSIÓN

En el ámbito de los derechos humanos, la dignidad constituye el principio fundamental sobre el cual se construye y se explica la condición humana en su verdadera pluri-dimensionalidad. Si la memoria (como capacidad mental) es elemento inherente a la naturaleza del ser humano, se entiende por lógico razonamiento que ésta ocupa un rol esencial en la interpretación de lo que es verdaderamente humano, así como lo es la dignidad. De esa manera, dignidad y memoria definen a la persona, su Ser, su dramaturgia y, por ende, deben ser consideradas para su protección en el contexto de los DDHH. Sea dicho, entonces, que, en el devenir de la historia personal y social de las comunidades de víctimas de la guerra, la memoria histórica se convierte en un eje trascendental que interpreta el pasado, para luego dar para paso, en el presente, a los procesos de reconstrucción de la persona y a la restauración del tejido social, en clave de derechos humanos. No obstante, tales procesos implican, además de lo material, una profunda transformación de lo humano, a fin de que se alcance una verdadera reparación integral. Esta visión antropológica ocuparía otro tipo de reflexiones que en el presente documento no es tratada, dado el carácter ético-político de la memoria histórica como dimensión objeto de este análisis.

Si se analizan las múltiples dimensiones de la persona, entonces, tendría que afirmarse que la restauración ha de ser en cada uno de esos aspectos; no sólo lo biológico/fisiológico, sino también lo psicológico, lo ético-moral, lo económico, lo sociológico; lo cultural, lo semiológico y lo educativo, entre otras.

Desde la perspectiva expuesta, la memoria histórica debería ocupar hoy un lugar preponderante en la discusión acerca del vínculo existente entre derechos humanos, dignidad y restauración del tejido social. Es de gran prioridad ubicar a la memoria histórica como plataforma que trasciende el concepto y la praxis de la verdad, para que se le entienda en su compromiso esencial de ir mucho más allá de ésta, de tal manera que, al interpretarse en esa función, las personas, es decir, las subjetividades presentes a través del relato, puedan ser reposicionadas y reestablecidas en su dignidad, que puedan reinterpretarse ontológicamente como sujetos de realidades

ético-políticas, no como individuos que actúan aisladamente, sino como colectividades que asumen responsabilidades históricas en procesos de asociatividad para crecer humana, solidaria y productivamente, para restaurar el tejido social.

Esta ligazón implica que deben ser atendidos todos los relatos de las víctimas, en el marco del entramado semántico que los comprenden y en el cual están insertos, a fin de lograr un consenso para que las fuerzas vivas que representan a las comunidades puedan organizarse y en el interior de estas nuevas sociedades conformadas puedan defender los DDHH y exaltar el rol de la memoria histórica, propiciando la función de reconocimiento de las víctimas (CNMH, 2014).

Así se dará lugar a una nueva y más luminosa defensa de la memoria histórica, conducente al diseño y desarrollo de políticas públicas a nivel nacional que, por fin, terminen desvirtuando el discurso hegemónico estatal que, inclusive, ha alienado, enajenado y cosificado las conciencias de las propias víctimas, quienes, en gran parte y medida, tienen la tarea de oponerse al establecimiento con discursos propios, con la palabra fundante que surge de sus conciencias, impulsadas por el recuerdo, mediante el fortalecimiento de las subjetividades que, al generarse interiormente, conforman el nuevo sentido que busca impactar la verdad, dejando a un lado los temores, y asumiendo el olvido como tarea reparadora, lo cual termina por ahondar la dialéctica existente entre memoria (centro cerebral) y olvido en la experiencia humana.

La triada expuesta (derechos humanos, dignidad y restauración del tejido social), vista desde el vínculo sustancial que la integra, establece un contacto directo e indisoluble con las categorías que fueron analizadas en la investigación realizada. Por un lado, la memoria histórica vista en su perspectiva ético-política y, por el otro, su expresión como narrativa que construye plataformas ideológicas y se instala en la historia misma para constituirse en los testimonios de vida de comunidades afectadas por el conflicto armado.

En ese horizonte, se va reconstruyendo también el tejido social, lo cual podría posibilitar una realidad y una mirada distinta en los procesos de interpretación y comprensión de

quienes sufrieron los rigores de la guerra en Colombia y que actualmente aspiran a que el efecto reparador de la ley sea una realidad de conformidad con las necesidades, a partir de las cuales y en consonancia con los diagnósticos coyunturales que se realicen, se diseñen los programas y proyectos que deben surgir desde las mismas comunidades, a fin de alcanzar las metas de restauración personal y social, de tal forma que los relatos sean también fuente de No Repetición.

De lo expuesto, se desprende que el respeto y protección de la dignidad, como fundamento de los derechos humanos, tiene en la memoria histórica un instrumento mediador para alcanzar la paz; su impacto es fundamental en un país que, en el proceso de implementación de la justicia transicional, se dirige hacia un anhelo nacional que quiere finalmente aliviar tensiones, satisfacer derechos y lograr la mayor suma de justicia social, para el logro de la paz.

Como elemento connatural presente en cada individuo, la memoria, como connatural a lo humano, actúa en el mundo de la vida como los ojos, como las ventanas abiertas que establecen una comunicación intrínseca entre el sujeto-víctima y los hechos que les causaron cicatrices y que se mantienen en el recuerdo, esperando reparación. En su naturaleza, como centro fundamental, inherente en el cerebro humano, la memoria establece un puente entre lo que la persona recuerda, su sufrimiento personal, su conciencia de los hechos y la expresión lingüística de lo sucedido a través del relato. Así pues, la memoria histórica adquiere sentido desde su propia naturaleza en el Ser humano, razón que la hace imprescindible y trascendente en las propuestas de restauración del tejido social.

En la revisión sistemática realizada, con el fin de señalar el norte de la memoria histórica como herramienta imprescindible para que, en cada territorio nacional afectado por el conflicto armado, se conformen asociaciones y a través del trabajo conjunto se desarrollen estrategias para reconstrucción del tejido social. En virtud del análisis ético-político de la misma, se han inferido algunas unidades teóricas que corroboran lo expuesto hasta ahora.

Con todos los aportes encontrados, se podría pensar en un discurso socio político, cuyos pilares sean basado en una ética que esté

sostenida por unos valores y principios innegociables que prevean las consecuencias funestas de una palabra mal pronunciada y descontextualizada en el horizonte de la verdad y que exalte a la memoria histórica como la fuente de nuevos programas y proyectos que reparen de una vez por todas, o al menos mitiguen en un alto porcentaje, los efectos del desastre que la guerra ha dejado en todo el territorio nacional. No obstante, tal prospectiva requiere de estrategias que la mantengan en el tiempo, hasta que su permanencia logre satisfacer integralmente a las víctimas, en el marco de la sostenibilidad.

En la medida en que se logren más adhesiones autónomas alrededor de la verdad y se aumente el nivel de confianza en la palabra, mayor será la identidad con la historia contada y mejores serán las acciones que se promuevan para el establecimiento de un nuevo orden social. De ahí que sea de importancia mayúscula entender que el restablecimiento de los derechos de las víctimas a su estado inicial, la recuperación de su dignidad mediante las medidas de satisfacción y el reconocimiento de la verdad por parte de los victimarios, así como el otorgamiento de la mayor suma de bienestar material y psicológico son acciones enmarcadas en la ley que contribuyen a mitigar el estado de incertidumbre y visión de "No futuro de las víctimas" (Ley 1448/11, artículo 139).

Para Pérez (2016), la configuración socio-histórica de la violencia en Colombia ha hecho que los colombianos realicen un reconocimiento de su propio terreno, abstrayendo desde su interioridad una comprensión de sí mismos y de su mundo, atendiendo a los recursos que da la metafísica de exterioridad en la comprensión de ese "ser otro" que no es él, pero que forma parte de su marco de experiencias en el contexto de la guerra y, en consecuencia, la memoria histórica se constituye en herramienta válida para que se relacionen los acontecimientos alrededor de la misma.

Según este autor, citando a Burke (2003), siempre existe la perspectiva de contar una nueva historia, pero viendo la historia pasada desde el relato de las víctimas protagonistas de la memoria narrada. No se trata de privilegiar los datos objetivos de una realidad visible que no tiene discusión, sino de analizar las construcciones subjetivas que se originan en los acontecimientos del pasado, que se situaron

en el ámbito de la cultura y que hoy se levantan como cicatrices que el pasado ha dejado en los cuerpos y en el pensamiento de miles de víctimas.

De ahí que sea fundamental atender prioritariamente las expresiones verbales de las experiencias subjetivas que perviven en el recuerdo (Todorov, 2012); no obstante, tal realidad avizorada ha de exaltar el acto de narrar como una ética que busca que cada persona se reconozca en su propio relato y que reconozca también a los demás en lo narrado. Es reconocimiento y respeto por el Otro que está presente en el relato, por sus sufrimientos, por sus dolores, por sus cicatrices, expresándose así la ética de la alteridad como producto de la memoria histórica.

Además, en las narrativas se puede leer el carácter político del discurso, puesto que se manifiesta a través de la verdad contada por el sujeto un pensar y un sentir sobre su relación con el entramado que sobreviene al conflicto. La interacción con el universo de la guerra genera formas particulares de pensamiento que señalan un sentido y unas acciones con alto contenido ideológico.

Gran parte de los estudios que se han desarrollado sobre la memoria histórica plantean la importancia de ésta como el eje propulsor que lanza a las sociedades en conflicto hacia una transición más promisoria. Se infiere que, mientras las víctimas recuerdan su pasado traumático y lo exponen ante otras víctimas y ante la autoridad pública, se da una catarsis que, si bien es dolorosa por su origen trágico, permite el tránsito hacia una sociedad reconciliada (Galeano, 2017).

Aduce también el autor que la representación del tiempo que se describe con la palabra narrada permite, con la memoria colectiva, reconstruir el tejido social. Así, entonces, los hechos dolorosos presentes por el recuerdo del pasado se constituyen en representaciones que forman parte de la historia personal y colectiva de comunidades enteras que explican el tiempo y las circunstancias vividas por ellas como actos de la historia que les otorgó una nueva identidad mediante el fortalecimiento de la memoria histórica.

Es, de acuerdo con Sánchez (2006), citado por Galeano (2015), “una nueva forma de

representación del tiempo que se asocia con identidad, movimiento y pluralidad; está asociada con la historia con perennidad y unicidad” (p. 21). Así se van conformando ideologías, activismos y encuentros que le dan el carácter ético-político a la memoria histórica, originando con ello convenciones grupales de reclamaciones de derechos y de consolidación de libertades reclamadas, las que, en un pasado, habían sido arrebatadas por la violencia, pero que, en el presente, están llenas de nuevos significados (Charry, 2008).

En ese contexto, cada acto de memoria histórica se proyecta hacia el cambio, está cargado de futuro y su énfasis se basa precisamente en “la forma como todas estas iniciativas se cargan de futuro, miran hacia adelante sin ignorar la catástrofe, afirman en el presente un futuro abierto que, al mismo tiempo, restaura y renueva las formas de vida comunitaria” (CNRR y GMH, 2009, p. 19). Todo ello contribuye a la reparación simbólica y la reconciliación.

La Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, en particular el grupo de memoria histórica, considera que, al fortalecer a ésta, en el ámbito de los contextos de guerra, las víctimas toman conciencia de que lo sufrido por ellas no es más importante que lo que ellas deberían hacer con la historia narrada en relación con lo vivido, y su responsabilidad ético-política para desarrollar procesos de transformación de todo aquello que les generó dolor y pesadumbre.

Es imprescindible dejar claro que los relatos de sufrimiento, de acontecimientos de violencia, experimentados en el mundo de la vida por los dolientes del conflicto armado pasan a ser indudablemente un estímulo permanente para la transformación; involucra personas que luchan por un nuevo orden en el que la justicia social los incluya y tenga la prevalencia que no tiene hoy. Esas narrativas originan ritos y producciones culturales que exaltan el valor de la memoria histórica como catapulta que proyecta procesos sociales que buscan con denuedo la igualdad y el restablecimiento de lo que se perdió en el pasado.

Ahí está una de las tareas del deber de la memoria histórica, el cual consiste en indagar cuál es el vínculo que la une a la búsqueda incesante de igualdad de oportunidades y la

prevalencia de los DDHH, por encima de la justicia vista desde el contexto jurídico; igualmente, es menester conocer la relación que debe existir entre memoria y democracia, para que se entienda que el reconocimiento de la participación de las víctimas en procesos de narración de verdades es fuente de estabilidad política del país y, al mismo tiempo, va unida a conceptos ineludibles en la discusión, tales preservación-conservación y transmisión (Jelín, 2013).

Se tipifica de esa manera un espíritu y una fuerza política que persisten en un proyecto de reconocimiento, de visibilización y de reinterpretación de su propia ontología. Es por ello que una valoración ética del proceso implica una alta dosis de verdad, de resistencia, de acciones conducentes a un futuro de impacto y a la repetición constante de las narrativas que se opongan al discurso hegemónico del Estado. Pareciera un juego de palabras con contenido dialéctico, es decir, con una alta frecuencia de repetición del discurso de la memoria histórica; sin embargo, no lo es. Esa repetición recurrente es un asunto de alta trascendencia mediante el cual se evita la No Repetición de la violencia causada por la guerra. Si cesan las acciones de violencia política, por la fuerza transformadora de la memoria, inobjetablemente se alcanzarán estados singulares y colectivos de paz y armonía social.

CONCLUSIONES

La reconstrucción del tejido social, el reposicionamiento de los sobrevivientes, los proyectos sociales comunitarios de reintegración y el reconocimiento de las víctimas como sujetos sociales de derechos, son tareas que constituyen un reto para todos los ciudadanos, quienes tienen la responsabilidad política y ética de hacerlo realidad desde la plataforma que se construye con las narrativas implícitas en la memoria histórica.

El territorio se teje precisamente desde los relatos individuales y colectivos que cuentan, en el tiempo y en el espacio, lo que sucedió en el pasado, lo que se sufre en el presente y lo que se encamina hacia un porvenir, en el cual el dolor ya no haga presencia en el recuerdo de las víctimas que luchan contra el olvido. En esa paradoja se condensa la aspiración de un pueblo que piensa una realidad distinta con base en la pedagogía de la memoria.

Los trabajos de exploración desarrollados acerca de este tema plantean la necesidad de emprender acciones que transformen los ejercicios de memoria, de tal manera que rompan los paradigmas de la gestión estatal y se dirijan a desarrollar otras prácticas basadas en estrategias autónomas, a través de las cuales se dignifique la condición humana de las víctimas y las narraciones sean elevadas al estatus de reconocimiento que deben tener como fuente de verdad y expresión auténtica de identidad, en el marco de un pasado que ha sido aciago, y que reclama ser visibilizado para que no se repita en el futuro.

Según el análisis documental realizado, la memoria exige que se le tenga en cuenta en su dimensión ético-política para que ocupe un lugar privilegiado en la discusión sobre lo público, para que el imaginario social conozca la verdad sobre lo que realmente sucedió en la historia del país, a partir de los relatos de quienes experimentaron los hechos en sus propias vidas. Sin embargo, la tarea puede ser obstaculizada por el discurso hegemónico de quienes detentan el poder y pretenden con sus políticas propiciar escenarios en los que el olvido sea la máxima expresión. Es por esa razón que se busca en otros espacios nuevas expresiones de la memoria que puedan tejer un nuevo camino que conduzca a la sociedad civil a la transformación de su universo simbólico.

Entre éstos, las aulas de clase conformarían centros de interés de ejercicios de memoria que formen en ciudadanía y en valoración de la alteridad; las artes que impulsen la sensibilidad y en la estética se encuentren estados de humanización; la asociatividad alrededor de emprendimientos comunitarios, entre otras expresiones. Es así como la memoria lucha contra el olvido: la pluridimensionalidad humana de las víctimas se expresa en el relato, y en el trabajo creativo, suscitando el advenimiento de una realidad próxima a sus aspiraciones de reivindicación y de restauración integral, ya que entienden que sin memoria no son humanos.

No importa si ésta es episódica o semántica o declarativa, la ética de la memoria que se construye en esos escenarios genera instrumentos que se oponen a la lógica de la maldad; que luchan contra la marginalidad, la invisibilización, los silencios y el poder impuesto. Además, en esas prácticas prácticas se

suscitan gramáticas que propician escenarios de perdón a través de los testimonios. Finalmente, subyace un deber moral y una acción política de trascender subjetividades y afianzar competencias comunicativas de defensa de los derechos humanos y fortalecimiento de la ciudadanía, para restaurar la inmaterialidad del tejido social.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar-Forero, J. (2018). Políticas de la memoria en Colombia: iniciativas, tensiones y experiencias. *Historia Crítica*, 68: 111-130. doi:10.7440/histcrit68.2018.06
- Antequera-Guzmán, J. (2011). Memoria histórica como relato emblemático. Consideraciones en medio de la emergencia de políticas de memoria en Colombia. [Tesis Maestría, Universidad Pontificia Javeriana]. <http://hdl.handle.net/10554/1467>
- Aranguren-Romero, J. (2017). Efectividad del daño y desdibujamiento del sujeto: aproximaciones a las narrativas sobre el sufrimiento en el conflicto armado colombiano. *Revista de Estudios Sociales*, (60):62-71. doi:10.7440/res60.2017.05
- Castaño-Zapata, D. y Jurado. P. (2019). ¿Cuál memoria? Los efectos políticos y el orden simbólico de los trabajos oficiales de memoria. *Colombia Internacional*, 97: 147-171. doi:10.7440/colombiaint97.2019.06
- Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1448 del 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48.096 de 10 de junio de 2011. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html
- Cristancho, A., Gómez, N. & Pacheco, N. (2018). Memoria histórica y sistematización de experiencias de la comunidad muisca de Sesquilé. [seminario de trabajo de grado, Universidad Católica de Colombia]. <https://hdl.handle.net/10983/22355>
- Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), Grupo de Memoria Histórica (GMH). (2009). Memoria en tiempos de guerra. Repertorio de iniciativas
- Foundation Open Society Institute. <https://centrodememoriahistorica.gov.co/wp-content/uploads/2020/01/Memorias-en-tiempo-de-Guerra.pdf>
- Herrera, M. C., & Pertuz-Bedoya, C. (2015). Narrativas femeninas del conflicto armado y la violencia política en Colombia: contar para rehacerse. *Revista de Estudios Sociales*, 35(53):150-162. doi:10.7440/res53.2015.12
- García-Marín, M. & Garcés-Giraldo, L. (2018). La construcción del hogar desde la ecología mental: entre la memoria y la creación del tejido social en Pueblo Bello. *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, (55),210-220. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=1942/194258529013>
- Galeano Acosta, L. (2017). Estado del arte de los estudios sociales sobre la memoria del conflicto armado en Colombia 2005-2015 [Tesis de Maestría de la Universidad EAFIT]. <http://hdl.handle.net/10784/12491>
- Gamio-Gehri, G. (2017). Ética de la memoria y cultura de los derechos humanos. Una aproximación filosófica. *Pontificia Universidad Católica del Perú*, 16(1):39-47 doi:10.33539/phi.v16i1.115
- Jaimés-Márquez, M., Galvis-Velandia, L. & Cauca-García, S. (2019). Mujeres sobrevivientes del conflicto armado y reconstrucción del tejido social: una mirada desde el enfoque de las capacidades humanas. *Revista Perspectivas*, 4(1), 32-38. doi:10.22463/25909215.1753
- Jelin, E. (2014). Memoria y democracia: Una relación incierta. *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, 59(221), 225-241. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-19182014000200010&lng=es&tlng=es.
- Latorre-Iglesias, E. (2010). MEMORIA Y RESILIENCIA. Estudio de la memoria de las víctimas del conflicto armado en el departamento del Magdalena: presentificación, visibilización, catarsis y resiliencia. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, XIII(25),95-109. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=876/87617271006>
- Londoño Sánchez, J. G., & Carvajal Guzmán, J. P. (2015). Pedagogías para la Memoria Histórica: Reflexiones y Consideraciones para

un Proceso de Innovación en el Aula. *Ciudad Paz-Ando*, 8(1):124-142. doi:10.14483/udistrital.jour.cpaz.2015.1.a07

Manchado-Garabito, R., Tamames-Gómez, S., López-González, M., Mohedano-Macías, L., D'Agostino, M. & Veiga de Cabo, J. (2009). Revisión Sistemática Exploratoria. *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 55(216), 12-19. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0465-546X2009000300002&lng=es&tlng=es.

Moher, D., Liberati, A., Tetzlaff, J., Altman, D. (2009) Preferred Reporting Items for Systematic Reviews and Meta-Analyses: The PRISMA Statement. *PLoS Med* 6(7): e1000097. doi:10.1371/journal.pmed.1000097

Mosquera-Mosquera, C. E., & Rodríguez-Lozano, M. N. (2018). Tematizar la memoria del conflicto armado desde la literatura, la música y la narrativa para formar la subjetividad política, la compasión y la ética responsable. *Hallazgos*, 15(29):45-70. doi:10.15332/1794-3841.2018.0029.02

Muñoz-Camacho, J. F. (2018). La construcción de la memoria histórica como derecho fundamental en Colombia. [Trabajo de Maestría, Universidad Católica de Colombia]. <http://hdl.handle.net/10983/15809>

Ortega-Valencia, P., & Herrera, M. C. (2012). Memorias de la violencia política y formación ético-política de jóvenes y maestros en Colombia. *Revista Colombiana de Educación*, (62):89-115. doi:10.17227/01203916.1627

Pachón-Muñoz, W., Gómez-Ramírez, N. & Méndez, Á. (2015). Colombia: educación superior y post-conflicto. Proceso de reconstrucción de tejido social basado en el post-conflicto. *Revista Internacional De Aprendizaje En La Educación Superior*, 2(2). doi.org/10.37467/gka-revedusup.v2.1007

Pérez-Lasprilla, M. (2016). Memorias de la violencia política en la narrativa de jóvenes escolares del sur del departamento de Casanare. *Revista Colombiana de Educación*, (71), 361-382. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-39162016000200015&lng=en&tlng=es.

Ramos-Gaviria, N. (2017). Mecanismos de resistencia comunitaria al conflicto armado

en Colombia - las narrativas en los Montes de María y el silencio en el Tigre Putumayo. [bachelorThesis, Universidad de los Andes-Colombia]. <http://hdl.handle.net/1992/15160>

Rodríguez-Sánchez, A. & Cabedo-Mas, A. (2017). Espacios musicales colectivos durante y después del conflicto armado como lugares de preservación del tejido social. *Coherencia*, 14(26), 257-291. doi:10.17230/coherencia.14.26.10

Rodríguez-Pinzón, E. M. (2020). Colombia. La construcción de una narrativa de la memoria histórica como proceso político. *Historia y Memoria*, (21), 109-135. doi:10.19053/20275137.n21.2020.9892

Rueda-Arenas, J. (2013). “Memoria histórica razonada”. Una propuesta incluyente para las víctimas del conflicto armado interno colombiano. *HISTORELo. Revista de Historia Regional y Local*, 5(10),15-52. doi:10.15446/historelo.v5n10.37088

Torres-Cuenca, L. (2017). Narrativas de la memoria: el poder del lenguaje en la construcción de sentido después de una masacre. *Memoria Y Sociedad*, 21(42), 21-37. doi:10.11144/Javeriana.mys21-42.nmpl

Unidad para la atención y reparación integral a víctimas y Centro Nacional de Memoria Histórica [CNMH] (2014). Orientaciones generales para proyectos de memoria histórica en el marco de medidas de satisfacción. <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/lineamientosparaproyectosdememoriahistorica.pdf>

Vázquez-Liñán, M., & Leetoy, S. (2016). Memoria histórica y propaganda. Una aproximación teórica al estudio comunicacional de la memoria. *Comunicación y Sociedad*, (26), 71-94. doi:10.32870/cys.v0i26.5436

Velasco-Mesa, C. (2018). La memoria histórica y su dimensión política, social y académica. *Revista PH*, 231-234. doi:10.33349/2019.96.4302

Vélez, O. C., Sierra, Á. M., Rodríguez, Oar, A., & Becerra, S. (2016). La memoria histórica en los procesos de acompañamiento pastoral a personas en situación de desplazamiento. *Veritas*, (34), 33-60. doi:10.4067/s0718-92732016000100002

Vélez-Villafañe, G. (2012). Pedagogías de las memorias de la historia reciente colombiana: ¿construir memoria, en el campo de una memoria imposible? *Revista Colombiana de Educación*, (62), 245. doi:10.17227/01203916.1638

Vezzetti, H. (2019). La memoria, entre la política y la ética. CLACSO. doi:10.2307/j.ctvt6rm2x

Villa-Gómez, J. (2016). Perdón y reconciliación: una perspectiva psicosocial desde la no violencia. *Polis (Santiago)*, 15(43), 131-157. Doi:10.4067/S0718-65682016000100007

SISTEMA DE NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS Y LA PRODUCTIVIDAD JUDICIAL EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CAJAMARCA

ELECTRONIC NOTIFICATION SYSTEM AND WITH JUDICIAL PRODUCTIVITY IN THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE OF CAJAMARCA

Lic. Abel Idrogo Zamora

Instituto de Gobierno y Gestión Pública de la Universidad de San Martín de Porres
ORCID: 0000-0001-7071-0807
abelidrogozam@gmail.com

Dr. Carlos Augusto Echaiz Rodas

Instituto de Gobierno y Gestión Pública de la Universidad de San Martín de Porres
ORCID: 0000-0003-4262-0227
cechaizr@usmp.pe

Dr. Jaime Agustín Sánchez Ortega

Universidad Norbert Wiener
ORCID: 0000-0002-2916-7213
jaime.sanchezo@uwiener.edu.pe
Perú

DOI: 10.24265/VOX JURIS.2023.v41n1.04

Recibido: 21 de abril de 2022

Aceptado: 5 de setiembre de 2022

SUMARIO

- Introducción.
- Antecedentes del estudio.
- Bases teóricas.
- Marco normativo de las notificaciones electrónicas
- Material y métodos.
- Resultados y Discusión
- Conclusiones.
- Referencias.

RESUMEN

El sistema de notificación electrónica cumple con el propósito de determinar la relación que existe con la productividad judicial en la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en tiempos de pandemia 2020. Esta investigación es de tipo básica, de enfoque cuantitativo y de nivel descriptivo – correlacional. La población estuvo conformada por 150 colaboradores en una muestra de 109 trabajadores de

diversas áreas. Los resultados señalan que la notificación por correo electrónico y *página web* es de significancia $0.000 < 0.05$, la cual demuestra una relación directa. Conclusión, se sugiere que la oficina de Informática de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca a través de la Gerencia de Administración Distrital, invierta en la mejora continua del equipamiento tecnológico para conseguir mejores indicadores de productividad judicial y unificado a la capacitación constante al personal que operan el sistema integrado judicial.

PALABRAS CLAVES

Productividad, Legal, Justicia, Gobernanza, Sistemas, Notificación Electrónica.

ABSTRACT

The purpose of determining the existing relationship between the electronic notification system and judicial productivity in the Superior Court of Justice of Cajamarca throughout the pandemic year of 2020 has been achieved by the electronic notification system. Basic research, quantitative research approach as

abelidrogozam@gmail.com

cechaizr@usmp.pe

jaime.sanchezo@uwiener.edu.pe

VOX JURIS, Lima (Perú) 41 (1): 49-57, 2023

well as descriptive correlational methods were used. The population comprises 150 collaborators with a sample of 109 workers from different working areas. The analysis shows both the email and web page notification have a significance of $0,000 < 0,05$, confirming their direct relationship. To conclude, it would be advisable that the Information Technology office of the Superior Court of Justice of Cajamarca through the District Administrative Management invest in the ongoing technological equipment improvement so as to have better judicial productivity indicators along with a standing training to the judicial integrated system personnel and collaborators.

KEYWORDS

Productivity, Judicial, Justice, Governance, Systems, Electronic Notification.

INTRODUCCIÓN

En esta parte se menciona toda la información relacionada al tema de estudio, problemas que han surgido hasta hoy y que ha ido evolucionado a través del tiempo, los mismos que son más eficientes para cada institución pública o privada.

Asimismo, los avances tecnológicos de la notificación electrónica en cuanto a capacidad y actividad de el sistema judicial ha brindado recientemente nuevas oportunidades en los tribunales para optimizar la eficiencia, la calidad y la transparencia de los casos judiciales en tiempos de pandemia; que deriva en una mejor gestión del control de registros y archivamiento del caso; ante la posibilidad de la normalidad en el sector público que garantice el proceso administrativo electrónico (Ruiz, 2020).

Es necesario plantear que hay partes negativas en la ejecución de este dispositivo que dependen de la protección del cambio y la disposición de los representantes públicos que desconocen el avance de estos ciclos; una gran parte de ellos comprende las medidas de administración electrónica. A través de avisos electrónicos, el destinatario puede conocer su situación legal desde su hogar, oficina, o cualquier lugar donde se encuentre, logrando así una impresionante reserva de tiempos y recursos, donde se establece que los actos

administrativos electrónicos gozarán de la misma validez y eficacia jurídica que los medios tradicionales (Revoredo, 2016).

Por lo tanto, la notificación ha sido y sigue siendo un problema en la Corte Superior de Cajamarca, así podemos observar que del 100% de las notificaciones físicas, el 52.70% fueron de carácter electrónico en los juzgados de mayor producción judicial que se ubican en las ciudades más pobladas; Sin embargo, hay un 29.73% de notificaciones electrónicas en tribunales ubicados en ciudades más remotas donde la notificación física aún representa la forma más rápida y efectiva teniendo en cuenta la geografía existente.

En cuanto al aspecto económico, el Poder Judicial estipula que el máximo tribunal del país prevé en su plan de trabajo anual el presupuesto y demás gastos necesarios para completar la notificación electrónica. Cabe recordar que la notificación es una de las operaciones más importantes del proceso, para no vulnerar el derecho a la defensa. Sin embargo, se puede hacer a través de comisiones, así como de autorizaciones, retransmisiones o decretos. Además, las medidas previstas también son efectivas en los siguientes casos: orden (comunicación dada por el juez a otra persona de la misma categoría para la ejecución de los actos judiciales necesarios para el proceso), que también puede realizarse vía telefónica.

Finalmente, tiene relevancia social; porque se enfoca en los beneficios para el ciudadano usuario de los servicios judiciales ya que invierte en capacidad de respuesta efectiva y seguridad ante la *pérdida de información judicial*. En Cajamarca se está implementando la *conectividad para agilizar los procesos judiciales, con la finalidad de dejar atrás las viejas prácticas tradicionales* (Gestión, 2017).

ANTECEDENTES DEL ESTUDIO

En referencia al estudio realizado por Waykan (2018), manifiesta que la organización de justicia ha registrado diversos problemas de parte de la directiva estos se manifiestan en retrasos en la entrega de informes y accesos que garanticen la eficiencia en los trámites de los procesos, costos, y tiempos para lograr un servicio de calidad. Asimismo, se tuvo que implementar el programa de notificaciones electrónicas E-justicia y lograr

que su funcionamiento se encuentre acorde a las necesidades en la gestión interna, para facilitar a los ciudadanos un servicio eficiente y rentable. Dando como resultado la asistencia legal rápida y segura.

Según, Brito (2017), basándose en la Ley No 20886 relaciona los procedimientos judiciales a través de la utilización de los llamados *e-services* y las herramientas TIC. Sin embargo, los resultados del estudio indican que dicha reforma aún está en proceso de implementación. Por otro lado, García (2018), refiere que la implementación de juzgados sin papeles desarrollado en la localidad de Nuevo León, el procedimiento del sistema debe ser de manejo especializado y eficiente de tal manera que los funcionarios puedan enviar sus informes a los tribunales de manera rápida y efectiva para mejorar la productividad en la economía procesal de las instituciones a través de la justicia electrónica.

Asimismo, Gonzales (2018), a través una investigación indagó la problemática del área de reclamaciones de EPSEL S.A en Chiclayo, donde se evidencia la importancia del diseño de notificación electrónica como herramienta básica para mejorar el proceso de reclamos de la mencionada empresa. También, Espinosa (2018), muestra un estudio que tuvo como resultado que del 12% de las empresas (representantes personales) habían recibido notificaciones por correo certificado y de registros administrativos a través de mensajería. Mientras que el resto de las empresas recibieron notificaciones a través de sistemas electrónicos (88%). Por lo tanto, la efectividad del procedimiento de recaudación obligatoria y el procedimiento de inspección o verificación de la empresa en estudio, la contribución notificada es válida tanto para la empresa notificada por el particular como para las otras empresas. Demostrando que el proceso de cobranza coactiva es tan eficaz con notificación personal, como con notificación de sistema electrónico. Callao (2017), refiere basada en una propuesta desarrollada en Chiclayo, y de acuerdo Los resultados obtenidos muestran que una mala gestión al utilizar el sistema de notificación electrónica afectará su productividad y generará retrasos en la prestación del servicio.

Según, Tofan et al (2022), analiza la importancia del comercio electrónico y sus

tendencias observadas en el proceso regulatorio europeo en el período actual, a través de normas legales aplicables y sus efectos para facilitar el control de los pagos a distancia. Asimismo, el cumplimiento del régimen del IVA (impuesto al valor agregado) se aborda en el contexto descrito por las dos categorías importantes de normas jurídicas activas: las normas para la protección del consumidor y las normas relacionadas con la garantía de la protección de datos. Por lo tanto, se abordan los efectos fiscales de los pagos de comercio electrónico y los desafíos para el régimen del impuesto al valor agregado, tanto del punto de vista teórico como con aportes de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

BASES TEÓRICAS

Hall y Taylor (1996), analizan el ámbito de la estrategia pública, su posición se centra en el examen del plan y ejecución de los arreglos públicos en las medidas de intercambio entre las diversas reuniones coordinadas que resguardan sus ventajas específicas tanto durante el ciclo autoritativo como durante la interacción de ejecución. Por otra parte, la posición utilitaria generalmente se comunica a través del examen de la ventaja del ahorro de dinero como una técnica para evaluar otras opciones políticas.

Ahmed, et al (2021), señala que los sistemas de tribunales electrónicos automatizan los procesos judiciales y proporcionan una administración de casos con una impartición de justicia más eficaz y eficiente. Sin embargo, en 2020 la pandemia de COVID-19 trajo como necesidad inmediata la de utilizar plataformas tecnológicas sin planificación, esto conllevó a un proceso más transparente y una mayor seguridad en los casos judiciales e integrar para afianzarse ante la implementación de un gobierno electrónico en otras ciudades en Irak.

Por otro lado, se define la notificación electrónica (NE), como parte de la informática de gestión jurídica aplicada en el ámbito de la gestión judicial pública. Esto quiere decir que forma parte del llamado e-gobierno, que se precisa como

[...] la implementación de una serie de diligencias que actualmente realiza una región específica, las autoridades competentes de los Estados Unidos han hecho uso de nuevos

recursos tecnológicos, especialmente los proporcionados por Internet. A través de las NE utilizadas en el ámbito judicial, los litigantes podrán encontrar decisiones judiciales en la comodidad de sus hogares, oficinas o en kioscos públicos de Internet y permitiéndoles ahorrar tiempo y dinero a los litigantes (Galván, 2017).

Asimismo, estas teorías sobre notificación electrónica son factibles porque se rigen por la norma técnica N ° 27419, la que asegura que la plataforma de Internet realice el proceso a través del correo electrónico al buzón del abogado. El sistema es flexible, ahorra tiempo, es confidencial y controlado. En cuanto a la seguridad del programa, el sistema proporciona un firewall correspondiente al cifrado de la información. Por lo tanto, es importante contar con una infraestructura técnica que pueda suministrar efectivamente los materiales informáticos, así como con personal calificado y experto en gestión de herramientas digitales.

Cifuentes (2015), declara que las notificaciones electrónicas se refieren a aquellas comunicaciones emitidas por administraciones públicas y privadas mediante métodos electrónicos (como Internet, correo electrónico, fax y teléfono).

Por otro lado, los elementos especiales de la notificación por *e-mail* son los siguientes:

- a. *Domicilio virtual*; radica en un email sugerida por el interesado para que todas las notificaciones que aparezcan en el proceso puedan ser enviadas a esta dirección.
- b. *Confirmación de recepción*; este mecanismo es preciso para avalar la seguridad legal que debe hallarse en todos los procesos. El acuse de recibo consta de un sistema informático a través del cual el notificante puede conocer la fecha y hora exacta de recepción de la notificación en la dirección electrónica indicada. Incluso puede saber cuándo leer correos electrónicos en su computadora.
- c. *Operatividad*; En vista del hecho de que el uso de ordenadores e Internet no está generalizado, es necesario ser coherente con el estado actual del país y mantener la opción de notificación por correo electrónico.

Las notificaciones electrónicas suponen en la actualidad un importante avance en la modernización de la Administración Pública, y es una ayuda que viene a suplantar el método

convencional de recibir avisos de forma habitual, es evidente que es más rápido a través de Internet, en cualquier momento y lugar asociado a través de una cuenta de PC segura.

La definición de notificación electrónica es una comunicación emitida por administraciones públicas y privadas, utilizando métodos electrónicos y de procesamiento de información a distancia como Internet y el correo electrónico para este fin. En el ámbito del gobierno judicial, el sistema parece ser una opción inmediata, que puede asegurar que los procedimientos judiciales que siempre se han utilizado son de carácter certificado y de notificación física, adopten este método y se ejecuten de manera más rápida, económica y procesalmente segura. (Bena y Hesbert, 2013).

Las notificaciones electrónicas de la directiva en el PJ pueden ser a través de una página Web, las mismas que se comunican por distribución en la entrada electrónica o página web institucional, en caso de que sean públicas, no brindan la debida privacidad. Otra clase, son las notificaciones realizadas a través de correo electrónico, las cuales se coordinan a una ubicación electrónica procesal recientemente mostrada por los culpables o sus asesores legales donde registrarán las soluciones u objetivos que se den trabajando en ello.

También las notificaciones electrónicas en otros países; se vienen efectuando con mucho éxito, así tenemos: “NE en Argentina, últimamente, el Poder Judicial de Río Negro ha coordinado progresivamente los avances de datos para desarrollar una Administración General de Informática Jurídica” (Bella, 2016).

Por otro lado, las notificaciones Electrónicas en Costa Rica del Poder Judicial dieron a conocer las disposiciones de notificación y comunicación electrónica en la Circular No. 2366 aprobada por la Corte Suprema en el 15° período de sesiones del 3 de abril de 2000; que establece el artículo. Asimismo, los tribunales del Primer y Segundo Circuito Judicial de San José tienen derecho a notificar las decisiones judiciales por vía electrónica. También las notificaciones electrónicas en Canadá; en el ámbito judicial, desde el 17 y el 97, los juicios en Toronto (Canadá) se están realizando en forma de archivos electrónicos. No hay duda de que los proyectos desarrollados en diferentes países están avanzando hacia este objetivo.

Finalmente, la notificación electrónica en España; Zaragoza,

[...] se implantará en cuatro juzgados de la capital aragonesa un nuevo sistema de NE de decisiones judiciales impulsado por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de la Fiscalía, que podrá notificar directamente a las autoridades judiciales. A través de la computadora del juez o el secretario del tribunal informará a cada abogado a través del sistema de firma electrónica.

La mayoría de los países utilizan tecnología de encriptación para las comunicaciones electrónicas interadministrativas, como las carreteras interestatales de España, que son utilizadas por el Sistema Nacional de Comunicaciones Electrónicas desde 1996 (García, 2016).

MARCO NORMATIVO DE LAS NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS

Según Ley del Sistema para la Modernización de la Gestión Nacional- “Ley N ° 27658, cuyo objetivo es trabajar en la competencia de las administraciones residentes en el uso de datos y avances de correspondencia”. Ley No. 27291 declarada el 24 de junio de 2000, “Accede el manejo de medios electrónicos para comunicar el uso de marcas electrónicas”.

Ley N ° 27291 promulgada el 24 de junio de 2000, “Utilización de los medios electrónicos para transmitir la expresión de voluntad y el uso de firmas electrónicas”.

Ley No. 27419 promulgada el 2 de julio de 2001. Al notificar por correo electrónico, “el correo electrónico y otros métodos están permitidos dentro del alcance de la Ley de Procedimiento Civil.

Ley N ° 30229, “Modificar la ley sobre el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el sistema de subasta judicial y el servicio de notificación de decisiones judiciales, y modificar la Ley de Organización del Poder Judicial, la Ley de Procedimiento Civil, Ley de Procedimiento Constitucional y el Procedimiento Laboral”

Decreto Supremo No. 18-2001-PCM, que estipula: “Las entidades del sector público incluyen procedimientos para facilitar el acceso a la información en sus procedimientos de Texto

Único de Procedimientos Administrativos (TUPA). Establece que estos trámites deben realizarse de manera electrónica”.

Ley N ° 27269 “Ley de Firma y Certificados Digitales y Modificación del Reglamento”.

Decreto Supremo N ° 52-2008-PCM, sobre las reglas de implementación de la “Ley de Firma y Certificación Digitales”

La Resolución Administrativa No. 69-2015 CE-PJ aprobó la “Implementación del Sistema de Notificación Electrónica (Sinoe) a nivel nacional y en todos los campos profesionales”.

Según Vuong (2018), señala que la productividad se entiende como la producción de riqueza, la cual debe ir acompañada de la ética para traer beneficios sociales. Por otro lado, la productividad también está relacionada con la conformación de las políticas de un país.

Valdés (2018), Señaló que medir la productividad, la eficiencia y la efectividad son parte de sus componentes. Eficiencia; es decir, independientemente de los recursos utilizados, la persona efectiva puede lograr los resultados deseados de manera satisfactoria y la persona efectiva es la que menos recursos utiliza para completar las tareas (Hernández y Rodríguez, 2014, p. 23). Por otro lado, la eficacia; evaluar el trabajo realizado, el impacto de los productos o servicios prestados. No basta con producir servicios o productos que sean 100% efectivos en cantidad o calidad, puedan satisfacer las necesidades del cliente o influir en el mercado.

Productividad laboral; También conocido como beneficio por cada hora trabajada, tiene que ver con la extensión o disminución en la ejecución para asegurar el resultado final. La productividad total de los factores (PTF); incremento o disminución en la ejecución debido a la variedad de algún lugar alrededor de una de las partes que median simultáneamente, como trabajo, capital o datos.

Sin embargo, Maximo y Moraes (2021), sobre los factores que conducirían a una actuación eficiente o ineficiente del sistema judicial, y parte de las discusiones académicas se refiere a los antecedentes de desempeño/productividad judicial relacionados con los tribunales y los magistrados. En ese sentido, los aspectos determinantes de la productividad en los tribunales ayudan en la comprensión

de los encargados. Asimismo, Banasik, et al (2022), afirman que los jueces controlan su productividad judicial por razones distintas a la remuneración, posiblemente el sentido de servicio/misión y la amenaza de diversas consecuencias adversas, cuya evidencia, sin embargo, también es débil.

MATERIAL Y MÉTODOS

Se investigó la metodología del estudio según autores que plantearon cada tipo y diseño de investigación. El estudio fue un diseño no experimental de corte transversal. El tipo de investigación básica de enfoque cuantitativo, nivel descriptivo y correlacional. Su población estuvo conformada por 150 trabajadores en diferentes áreas; asimismo se utilizó una confianza de 95% y un error de estimación del 5%, una muestra de 150 trabajadores equivalente a 109 personas para la obtención de datos ingreso de los mismos al programa SPSS. Para la obtención técnica e instrumentos de recolección de datos, se aplicó encuestas estructuradas con un total de 20 preguntas

escala de Likert.

La confiabilidad a través de una prueba piloto del alfa de Cronbach obteniendo para el primer instrumento .808 y el segundo .726 ambos de 10 ítems por instrumento, asimismo señalo que son confiables, ambos instrumentos tienen carácter institucional y fueron validados por expertos con amplia experiencia.

Por otro lado los procedimientos, se realizaron mediante una carta de autorización para el encargado de la corte superior de justicia de Cajamarca, para su respectiva aplicación del instrumento a los trabajadores. Se tabuló a través del programa de SPSS.

ANÁLISIS DE RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En la prueba de normalidad de los datos, la prueba Kolmogorov-Smirnov en todos los valores evaluados presenta un nivel de significación menor a 0.005. En consecuencia se rechaza la hipótesis de normalidad. Por lo tanto, los datos no siguen una distribución normal y se recomienda utilizar la prueba no

paramétrica de Rho de Spearman.

Tabla 1. Análisis de notificación por correo electrónico

	Notificación por correo electrónico	Productividad judicial
--	-------------------------------------	------------------------

Rho de Spearman	Notificación por correo electrónico	Coefficiente de correlación	1.000	.390**
		Sig. (bilateral)	.	.000
		N	109	109
Productividad judicial		Coefficiente de correlación	.390**	1.000
		Sig. (bilateral)	.000	.
		N	109	109

** . La correlación es significativa en el nivel 0.01 (bilateral).

Se observa en la Tabla 1, el nivel de confianza del 95% y una significancia de $0.000 < 0.05$, y con un valor de $Rho = .390$. Se establece que existe relación directa baja entre la notificación por correo electrónico con la productividad judicial en la Corte Superior de Justicia de Cajamarca. Estos hallazgos coinciden con Espinoza (2018) el mismo que plantea en su revisión la ejecución de

avisos electrónicos dentro iniciándose un cambio por el tremendo e inmanejable Poder Judicial.

Notificación por página web

Tabla 2. Análisis de notificación por página web

Rho de Spearman	notificación por página web	Coefficiente de correlación	1.000	.334**
		Sig. (bilateral)	.	.000
		N	109	109
Productividad judicial		Coefficiente de correlación	.334**	1.000
		Sig. (bilateral)	.000	.
		N	109	109

** . La correlación es significativa en el nivel 0.01 (bilateral).

Asimismo, en la Tabla 2, basado en el segundo objetivo específico, evalúa la notificación por página web con la productividad judicial en la Corte Superior de Justicia de Cajamarca. Señalan un nivel de significancia de $0.000 < 0.05$, y con un valor de $Rho = .334$, la cual manifiesta que la notificación por página web con la productividad judicial, es baja.

Estos resultados coinciden con; Waykan (2018), este estudio manifiesta que los tipos de notificación utilizadas por la SUNAT, enviadas a las empresas en estudio, predomina el sistema de comunicación electrónica/página web SUNAT, con 84 empresas que fueron notificadas con este tipo de notificación electrónica que representa el 64.7%.

Tabla 3. Análisis de notificación por Notificación electrónica y productividad judicial

Rho de Spearman		Coeficiente de correlación	finalidad de invertir en la mejora continua del equipamiento tecnológico para conseguir mejores indicadores de productividad judicial. Por lo tanto, se debe implementar la página web con la mayor capacidad de interacción para mejorar la productividad.
Sistema de Notificaciones electrónicas	Sig. (bilateral)	0.387	
	N	1.000	
Productividad judicial	Sig. (bilateral)	0.387	
	N	1.000	Finalmente, los funcionarios públicos de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, deben optimizar el sistema de notificaciones electrónicas para acelerar el proceso de servicios de información digital al ciudadano. Es pertinente, lograr el mejoramiento paulatino de la tecnología, pese a la carencia de recursos técnicos, con el fin de gestionar de manera virtual sus procesos.

** . La correlación es significativa en el nivel 0.01 (bilateral).

Finalmente, en el análisis del último objetivo específico; medir la correlación entre las dimensiones del sistema de notificaciones electrónicas y las dimensiones de la productividad judicial.; en un nivel de significancia de $0.000 < 0.05$, y con un valor de $Rho = 0.387$, afirma que la correlación entre las dimensiones de las variables, señala que tienen una relación baja. Estos hallazgos coinciden con Morales (2016), donde señala que el resultado, 49.21% de trabajadores tienen una percepción desfavorable sobre la aplicación de las notificaciones electrónicas, se obtiene que el 53.97% tienen una percepción desfavorable referente a la productividad judicial.

CONCLUSIONES

En la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, se concluye que el sistema de notificaciones electrónicas, es una herramienta muy importante pero no está siendo utilizada de manera eficiente por parte del personal involucrado en el uso del sistema, es por este motivo que la gerencia de administración distrital de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca a través de la oficina de informática deben invertir en equipos informáticos que ayuden al mejor uso del sistema de notificaciones electrónicas.

Asimismo, se concluye que existe una relación directa entre la notificación por correo electrónico con la productividad judicial, pero esta relación es baja. Asimismo, señalan que al momento de enviar por correo electrónico causa demora, no se visualizan o se pierde la información que se quiere obtener.

Es importante que la oficina de informática a través de la gerencia de administración distrital de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, solicite a la gerencia general del poder judicial mayor presupuesto con la

REFERENCIAS

Fuentes Bibliográficas

Brito, J. (2017). Elaboración electrónica de métodos legales: Chile, Latinoamérica y el mundo. Propuesta de posgrado, Universidad de Chile, Santiago. Recuperado de <https://acortar.link/wSo4QI>

Banasik, P., Metelska-Szaniawska, K., Godlewska, M. (2022) Determinantes de las elecciones de carrera y la productividad de los jueces: un estudio de caso polaco. *Eur J Law Econ* 53, 81–107 (2022). <https://doi.org/10.1007/s10657-021-09688-4>

García, Y. (2016). El Correo Electrónico como medio de notificación tributaria. *Hacienda Local*.

Gonzales, L. (2018). Electronic notice in the cases system of an element giving sterilization administrations Epsel S.A. Chiclayo. Postgraduate theory, Cesar Vallejo University, Lima

Hernández and Rodríguez, S. (2014). Prologue to organization. General managerial hypothesis: beginning, development and vanguard. Mexico: McGRAWHILL/Interamericana Editores, S.A. DE C.V.

Torres, R. (2015). Fulfillment and work usefulness in miniature and little organizations in the business area, retail offer of drug store items and toiletries (drug stores) in the

metropolitan space of Chimbote, 2015

Fuentes hemerográficas

Ahmed, RK , Muhammed, KH , Pappel, I. y Draheim, D. (2021), «Impacto de la implementación de sistemas de tribunales electrónicos: un estudio de caso», Transformación del gobierno: personas, procesos y políticas , vol. 15 núm. 1, págs. 108-128. <https://doi.org/10.1108/TG-01-2020-0008>

Bella, C. (2016). “Incorporation of Information Technologies in the Judicial Power of the Province of Río Negro, Argentina”. Argentina: Editorial-Rama - Siglo XXI.

Bena V, Hesbert (2013) “Notification as a Condition of Effectiveness of Administrative Acts. With Special Reference to Peruvian Administrative Law; Revista Científica; Volumen 8º; Número 15; Opinión Jurídica; pág. 17.

Brito, J. (2017). Tramitación electrónica de los procedimientos judiciales: Chile, Latinoamérica y el mundo. Tesis de grado, Universidad de Chile , Santiago. Obtenido de <https://acortar.link/wSo4QI>

Callao, I. (2017). Plan de mejora en la implementación de las notificaciones electrónicas para incrementar su uso en la corte superior de justicia de Lambayeque en el año 2016. Tesis post grado , Universidad Cesar Vallejo , Chiclayo. Obtenido de <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/9140>

Cifuentes A. (2015) “Actos Procesales modernos de comunicación en el Proceso Civil” Guatemala. Tesis de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala.

Espinosa, T. (2018). Gestión de notificaciones

físicas y electrónicas en la intendencia lima de la superintendencia Nacional de aduanas y de administracion Tributaria- 2017. Tesis de maestria en gobierno y Gestión Pública, Universidad San Martin de Porres, Lima. https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/3564/espinoza_ctc.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Galván, E (2017). Las notificaciones electrónicas en la administración de la Justicia del Perú.

García, ME. (2018). Court without paper, another progression of electronic equity. Revista IUS, 12 (41), 133-154. Recovered on March 29, 2021, from http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472018000100133&lng=es&tlng=es

Gestión. (2017). Notificaciones y citaciones judiciales ahora podrán hacerse por teléfono. Gestión. Obtenido de <https://acortar.link/h7iWgN>

Gonzales, L. (2018). Notificación electrónica en el procedimiento de reclamos de entidad prestadora de servicios de saneamiento Epsel S.A. Chiclayo. Tesis post grado, Universidad Cesar Vallejo, Lima.

Hall, P. y Taylor, R. (1996). Political Science and the Three New Institutionalisms. Political Studies, XLIV, 936-957

Luissi A. (2021). Analysis of Technology Implementation Impact in LA County Superior Court after COVID-19. <https://scholarworks.calstate.edu/downloads/12579z574>

Máximo R y Moraes, M. (2021) *determinantes quantitativos do desempenho judicial: fatores associados à produtividade dos tribunais de justiça*. Rev. direito GV 17 (1). <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/3ztdPFbxMfQd9z486d3vTFB/?lang=pt#>

Ruiz, J. (2020). *Administración electrónica y COVID-19: ¿El sector público vuelve a la normalidad? ¿Cómo implementar garantías en el proceso administrativo electrónico?*. La Ley el angulo legal de la noticia. <https://n9.cl/jm0p7>

Revodero, A. (2016). Electronic Administrative Procedure. Diario Gestión <https://n9.cl/6bko3>

Tofan, M., & Bostan, I. (2022). Some

abelidrogozam@gmail.com
cechaizr@usmp.pe

jaime.sanchezo@uwiener.edu.pe

VOX JURIS, Lima (Perú) 41 (1): 49-57, 2023

ARTÍCULOS DE REVISIÓN
DERECHO CIVIL

ACUERDO DE GESTACIÓN. UN ANÁLISIS DESDE DE LA EXPERIENCIA MEXICANA

GESTATION AGREEMENT. AN ANALYSIS FROM THE MEXICAN EXPERIENCE

Anibal Guzmán-Avalos
Universidad Veracruzana
ORCID: 0000-0002-7791-106X
anibalguzman@uv.mx
México

DOI: 10.24265/VOX JURIS.2023.v41n1.05

Recibido: 17 de diciembre de 2020

Aceptado: 21 de abril de 2022

SUMARIO

- Introducción.
- Relaciones familiares y autonomía de la voluntad.
- Naturaleza jurídica.
- Convenio.
- Elementos de existencia y requisitos de validez.
- Ineficacia y responsabilidad.
- A manera de conclusión.
- Referencias.

RESUMEN

En este trabajo se hace un análisis de los acuerdos de gestación, según los cuales una mujer ubicada como gestante se obliga con otra u otras personas a llevar el proceso fisiológico de la gestación de un hijo(a) para posibilitar su maternidad y/o paternidad, la cual, por diversas razones, no pueden lograr por sí mismos, por lo que se comprometen a realizar todo lo necesario para lograr la reproducción. Este hecho engendra una serie de efectos jurídicos que se trata de identificar y ubicar dentro del campo del derecho patrimonial, independientemente de que se trate del ejercicio de un derecho dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad en materia de relaciones familiares. Es decir, la decisión de convenir la procreación

de un hijo(a) entra en la esfera de un derecho de índole familiar constitucionalmente reconocido, pero externado bajo la óptica del derecho patrimonial en un convenio *lato sensu*. En tal virtud, se analizan los elementos del convenio necesarios para que este tenga existencia y validez, señalando en todo caso su ineficacia y responsabilidad jurídica, en el ámbito del derecho en México.

PALABRAS CLAVES

Filiación, maternidad, sustitución; acuerdo.

ABSTRACT

In this work, an analysis is made based on the agreements on gestation on which a woman who is sorted as pregnant is forced with another or other people to follow a physiological procedure in a child's gestation to enable her maternity and/or paternity, which from a variety of reasons cannot be achieved themselves, by which they are compromised to do everything that is needed to achieve reproduction. This fact engenders a series of legal effects that are being tried to be identified and set in the property right's field. Independently either it is about enforcing a right in the autonomy willing ambit in the matter of family relationships. Therefore, the decision to agree on procreation of a child is in the sphere of a family right wise context, constitutionally recognized but outsourced under the vision of the patrimonial law in a *lato sensu* agreement. Therefore, the elements of the agreement are analyzed so that

it has existence and validity, pointing out in any case, its ineffectiveness and legal responsibility in the law matters in Mexico.

KEYWORDS

Filiation, maternity, substitution, agreement.

INTRODUCCIÓN

Hace algún tiempo se viene generando la práctica en la que una mujer se obliga con otra u otras personas a gestar un hijo –con el auxilio de una técnica de procreación médicamente asistida–, mismo que, después del parto, les será entregado a los que se harán cargo del niño. A la primera de esas personas le denominaremos gestante y a los segundos, padres y/o madres legales.

De esta manera se han formado familias de diversa índole, integradas por parejas heterosexuales o del mismo sexo, así como de hombres y de mujeres en solitario. No obstante, esta práctica no siempre ha sido pacífica, ya que en algunas ocasiones deriva en controversias judiciales, las cuales a veces llegan a ser sumamente dramáticas (Guzmán, 2007).

Este es un hecho jurídico que se ha tratado de encuadrar en alguna institución jurídica clásica, siempre dentro del derecho patrimonial, específicamente en un contrato o transmisión de las obligaciones como la subrogación, concepto más generalizado actualmente; sin embargo, como se expone en este trabajo, este acto tiene una connotación distinta, ya que entraña efectos diversos con obligaciones *ex lege* más allá del consenso, como la renuncia a los derechos que derivan de la gestación y del parto.

En varios lugares del mundo esto se ha regulado siguiendo tres vertientes: la gran mayoría de los países simplemente ha guardado silencio; otros la han prohibido (España, Alemania, Italia, Francia y siete estados de la Unión Americana); en cambio, algunos países han optado por regularla como 17 estados de que la permiten y en 7 más estados la aceptan a través de decisiones jurisprudenciales; En Rusia y en Ucrania, sólo altruistamente se considera, así como en Tailandia, Canadá, Grecia, Sudáfrica, Reino Unido, Brasil y Australia. En México, las únicas entidades federativas que la contemplan son Tabasco y Sinaloa; sin embargo, existe una

propuesta de ley de carácter federal que, en un momento determinado, obligaría a que todo México la considerara en su legislación. Para la Ciudad de México hay una ley aprobada, sin que haya entrado en vigor; no obstante, recientemente hay una nueva iniciativa. Sin embargo, ciertamente constituye un hecho nuevo cuyas consecuencias respecto del derecho hay que meditar.

En este trabajo sólo nos referiremos, en el ámbito espacial de México, específicamente a las entidades federativas donde esta práctica se permite expresamente: Tabasco, que tiene una regulación al respecto desde 1997, pero que ha debido implementar reformas para corregir errores y lagunas detectados en el 2015, mismas que fueron publicadas en enero de 2016. El otro estado es Sinaloa y, recientemente, la Ciudad de México, en donde se presentó la iniciativa de Ley de Reproducción Humana Asistida y Útero Subsidiario, sin que hasta la fecha se haya aprobado esta que, en lo sucesivo, denominaremos Iniciativa de la Ciudad de México.

Partimos de la autonomía de la voluntad de las personas como principio para estructurar sus relaciones jurídicas familiares, misma que las legitima para celebrar este tipo de acto jurídico; se expone su naturaleza jurídica, más allá de considerarla únicamente una técnica de procreación médicamente asistida –lo que sólo es una herramienta que motiva el consenso–, sino considerándola a la luz del derecho patrimonial, dentro de las obligaciones civiles, como convenio *lato sensu*, plurilateral que crea, trasmite, modifica y extingue derechos y obligaciones, no sólo entre las partes directamente involucradas, sino que trascienden hasta el hijo que la gestante va a procrear y a entregar después del parto a los padres y/o madres legales.

Ubicada su naturaleza jurídica como convenio *lato sensu*, se hace un análisis de los elementos de existencia y validez del supuesto que decidimos llamar *acuerdo de gestación*.

RELACIONES FAMILIARES Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La autonomía de la voluntad, como principio, surge del libre juego de las fuerzas económicas y como producto de la ideología liberal e individualista del siglo XIX que proclamaba:

laissez faire, laissez passer; bajo el lema: libertad, igualdad, fraternidad (solidaridad). Este principio estuvo ausente en la construcción del Derecho de familia en México, salvo en materia de capitulaciones matrimoniales. No obstante, hoy encontramos una “nueva” connotación que se adquiere a la luz de las consideraciones hechas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al sostener que “el principio de autonomía de la voluntad goza de rango constitucional y no debe ser reconducido a un simple principio que rige el derecho civil” (Semana Judicial de la Federación [SJF], 2014, p. 219). Por tanto, se sustenta que el individuo tiene libertad para estructurar sus relaciones jurídicas familiares, respetándose su autodeterminación y atendándose a sus deseos.

Este enfoque se interpreta bajo la óptica de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en tratados internacionales, fuera del derecho patrimonial, que comprenden los principios de dignidad, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación y no discriminación, los cuales hoy deben permear la construcción de un nuevo Derecho de las familias. En este sentido, el libre desarrollo de la personalidad, cuya expresión jurídica constituye el principio liberal de “autonomía de la persona”, permite la elección individual de planes de vida, sin interferencia del Estado o de cualquier otra persona en su persecución (SJF, 2015, p. 975).

Esa parece ser la visión de la Primera Sala cuando sostiene la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, la adopción homoparental y la inconstitucionalidad de las causales de divorcio, entre otras figuras.

Esto sin perder de vista que, en materia de procreación, el artículo 4º constitucional concede a los ciudadanos el derecho a decidir el número de hijos que se desea tener y el espaciamiento en su procreación, lo que es máxima garantía de libertad, misma que tiene valor jurídico directo al otorgar a los sujetos actuar con plena libertad, entendiendo que la procreación es un negocio privado de las personas, en lo individual o en pareja, y cuyo ejercicio constituye una opción personal reservada a la esfera de su autonomía, determinante en el papel que juega en la atribución de la filiación, al pertenecer a la

esfera más íntima de la vida privada y familiar de una pareja, pues “la forma en cómo se construye esa decisión es parte de la autonomía de la voluntad de una persona” (SJF, 2018, p. 957). No obstante, en los acuerdos de gestación, más allá de la autonomía están los efectos que la ley hace derivar de ese consentimiento y que trascienden el ámbito del derecho de familia.

La voluntad debe encuadrarse en una correlativa responsabilidad entre la libertad de procreación y la atribución de garantías a la niña o niño procreado, debiendo el Estado dar las bases y vigilar cuando existen intereses que deben protegerse con un adecuado control sanitario.

NATURALEZA JURÍDICA

Este hecho se ha ubicado en los contratos con diversas denominaciones. Así, en México, en el Estado de Tabasco, es llamado “gestación por contrato”; en Sinaloa, “subrogación de la maternidad”. Ambos códigos lo refieren como contrato de uso; no obstante, el artículo 284, fracción III, del Código Civil de Sinaloa especifica que se trata de un contrato de “prestación de servicios” por el cual se paga una cantidad cierta y determinada.

Por su parte, la Iniciativa de la Ciudad de México reconoce su naturaleza patrimonial, pero con muchas imprecisiones, ya que en el glosario de términos (artículo 3, fracciones XIII y XXXIX) define el “Contrato de útero subsidiario” que pareciera ser el término que se acuñaría; sin embargo, en el cuerpo de la Iniciativa (artículo 43), así como en la Iniciativa de reforma al Código Civil (artículo 369 bis), se le denomina “Contrato de aceptación”, sin mencionar nuevamente el contrato de útero subsidiario que, aunque cuestionable, identificaba más al hecho, lo que no hace el denominado contrato de aceptación, toda vez que todos los contratos, para existir, requieren del consentimiento integrado por dos elementos: oferta y aceptación. Por ende, todo contrato implica aceptación, así que esta terminología no caracteriza el hecho adecuadamente, lo cual constituye un rotundo error.

Las dos entidades federativas y la Iniciativa de la Ciudad de México reconocen el carácter contractual del hecho jurídico; pero por su función jurídica este pertenece a los convenios en sentido lato, porque no sólo tiene por efecto producir y transmitir derechos y obligaciones,

sino también modificar y extinguir, como lo explicamos enseguida.

Hay creación y transmisión de derechos y obligaciones, por ejemplo: *a)* en la concertación entre gestante y padres legales al comprometerse: la primera a prestar un servicio biológico y los segundos a entregar un pago; *b)* entre los padres legales y la institución sanitaria, médicos, etc.; *c)* entre el niño y los padres y/o madres legales.

Pero también hay extinción de derechos, ya que los derechos de filiación de la gestante y su pareja –si la tiene– sobre el niño se extinguen y, por consecuencia, ese vínculo se produce entre este y los padres y/o madres legales. El acuerdo de gestación tiene por efecto esa manifestación de voluntad decisiva para atribuir la maternidad y/o la paternidad a otra persona que desea un hijo (creando derechos) y no a la gestante que no desea hacer valer ese título, ni lo quiere, ni tiene voluntad procreativa (Guzmán y Valdés, 2017, p. 75) (extingue el derecho al renunciar al hijo y sólo acepta su gestación), como es el caso en la Iniciativa de la Ciudad de México en cuanto al “contrato de aceptación.” En Tabasco, al implicarse la aportación reproductiva y genética (subrogada), se exige la entrega del recién nacido a la madre legal mediante adopción plena, figura que por un lado crea derechos para los adoptantes y los extingue a los padres biológicos y, por el otro, permite transmitir la patria potestad y modificar las líneas de parentesco, etcétera.

También hay extinción de principios jurídicos clásicos, como el que señala que “los hijos que la cónyuge tenga son del marido”. Si es el caso que la gestante esté unida en matrimonio, ya no se le considerará al marido padre del niño, *pater is est...* Igualmente cae por tierra el principio jurídico acuñado por el pretor Paulo: “*mater sempre certa est*”. Ya no se puede asegurar que el parto atribuya la maternidad, toda vez que se modifican las reglas al privilegiar la voluntad de quien desea gestar y no puede pero que puede ser madre gracias a la solidaridad de otra. Así, en Tabasco, cuando hay un contrato de gestación con la participación de una sustituta, se presume la maternidad a “la madre contratante”, lo que no ocurre con la participación de una madre subrogada porque, en este caso, se está ceñido a lo dispuesto por una adopción plena.

Se modifican una serie de derechos y de obligaciones que se encuentran previstos en la legislación de la materia que tienen que ver con la paternidad, la maternidad, la patria potestad, los alimentos, el parentesco, etc., al permitir un supuesto que anteriormente era imposible: “la transacción en la filiación” o el reconocimiento del hijo de una mujer casada por otro hombre que no sea el marido, como hoy procede en Tabasco, cuando se trata de un hijo nacido de una madre gestante sustituta.

Hay que aclarar que el hecho no es propiamente una técnica de procreación médicamente asistida. Se trata de una convención entre una mujer, su pareja –si la tiene– y otra persona y su pareja –si la tiene–. La técnica es sólo el vehículo, la herramienta que utilizará la gestante para cumplir con el fin propuesto, del mismo modo que, en un contrato de prestación de servicios profesionales, el pintor tiene como medio el lienzo donde va a realizar la pintura solicitada o el médico que va a realizar una cirugía de trasplante de riñón tiene el quirófano, el instrumental y el órgano del donante, entre otras cosas. Las técnicas de reproducción humana se emplean para que una persona se someta a que se realicen una serie de acciones en su propio cuerpo, para lograr la procreación en el ámbito de la autonomía y de la libertad, y con las consecuencias jurídicas que el derecho de familia les impone; por tanto, no se trata de un método de procreación médicamente asistida; es sólo una concertación para que una mujer procrea por otra.

Es este un negocio jurídico que podemos ubicar en el ámbito del derecho patrimonial, pero no bajo el manto de una figura clásica como el arrendamiento o la subrogación, toda vez que se trata de un acto jurídico *sui generis*, con fisonomía distinta, encuadrado en los convenios, en sentido amplio.

Este convenio puede ser oneroso o gratuito. En varios lugares se acepta siempre que sea gratuito; en otros, se permite su onerosidad, a veces disfrazándolo con un término que no sea ‘pago’. Lo cierto es que en algunas ocasiones puede encontrarse una mujer gestante que accede a colaborar altruistamente con los padres legales merced a determinado vínculo que los una, como el parentesco, la amistad, etc.; pero, en la mayoría de las veces, la gestante acepta motivada por la retribución económica; la expectativa de un pago es lo

que determina su participación. En Tabasco, como Sinaloa, se acepta la retribución a la mujer gestante; sin embargo, en la Iniciativa de la Ciudad de México se decreta que es a título gratuito y sin ánimo de lucro, aunque en algunas disposiciones particulares se prescribe lo contrario, porque en el artículo 25 refiere que, cuando el óvulo es de la mujer gestante, la Comisión de Reproducción Humana asistida podrá determinar si hay compensación económica (¿pago?); el artículo 32 refiere que los padres legales deberán garantizar una compensación (¿pago?) por la acción subsidiaria de la gestante, y el 47 ratifica que es gratuito, pero que la gestante puede recibir una compensación como gratificación, pero no como un pago. Entonces ¿es gratuito?

La gestación puede ser total o parcial, dependiendo de quién aporte los gametos. Es total cuando la madre, además de prestar el vientre, también aporta su óvulo, cuando se trata de la inseminación artificial, en cuyo caso el espermatozoide se obtiene de quien quiere ser el padre, o si éste es estéril, de un donante. En cambio, es parcial cuando la gestante sólo aporta su vientre y la pareja interesada aporta ambos gametos. También se da el caso de que la pareja sea del mismo sexo, o solteros, y no puedan aportar dicho material genético, de manera que se tiene que recurrir a un donante. Por último, puede darse el caso de que tanto el óvulo como el espermatozoide sean aportados por donadores (Jiménez, 2012, p. 9; Farnós, 2010, p. 5). Sinaloa dispone que el hecho es total cuando hay contribución genética y capacidad reproductiva; en cambio, cuando solamente se contrata a la gestante para portar el embrión de los padres y/o madres legales, es parcial. En Tabasco se denomina subrogada cuando la gestante tiene una doble contribución: capacidad reproductiva y genética; pero si sólo se contrata su capacidad reproductiva se dice que es sustituta. En la Ciudad de México, se refiere como tradicional cuando implica no sólo la capacidad reproductiva sino también la aportación genética, y como gestacional cuando sólo hay aportación de la capacidad reproductiva.

CONVENIO

Hemos señalado que el acuerdo de gestación es un convenio *lato sensu*, cuyo vínculo jurídico se genera entre la gestante que resulta

obligada con los padres y/o madres legales a prestarles un servicio biológico (Rueda, Mejía y Pinzón, 2015, p. 91) y estos a exigirles ese cumplimiento, así como a entregar la contraprestación pactada. A este convenio lo hemos denominado Acuerdo de Gestación, toda vez que se trata de una concertación entre dos partes para que una de ellas gaste un niño para la otra, y cuyos efectos jurídicos son producir, transmitir, modificar y extinguir derechos y obligaciones.

Los sujetos que intervienen en principio son personas físicas: gestante y padres y/o madres legales, pero también pueden formar parte personas jurídicas como un establecimiento sanitario o el mismo Estado. En tal virtud, estamos ante una obligación compleja, por los sujetos que intervienen.

Es posible la participación de hasta tres mujeres; una primera, que produce y dona el óvulo, cuya participación inicia el proceso generativo (madre genética); una segunda, que lleva a cabo la gestación (madre biológica gestacional:); una tercera, la madre de intención, de deseo, educacional afectiva y social (madre legal: quien asume la maternidad con voluntad y autorresponsabilidad) (Costanza, 1987, p. 1021). En más de las ocasiones sólo participan dos mujeres, en combinaciones diferentes, porque dos de esas funciones la puede realizar una sola mujer: primero, cuando la gestante también colabora con su propio gameto y la otra mujer sólo tiene participación legal. Segundo, cuando la madre legal también aporta el gameto y la otra mujer sólo es gestante; dicha contribución es más aceptada, dado que es un mecanismo que asegura la maternidad genética y da fuerza legal a los acuerdos que se estipulen entre las partes.

La participación masculina se da en los siguientes supuestos: primero, si la mujer gestante está casada, el marido es parte, y debe consentir en el hecho. Segundo, si la mujer legal se encuentra unida en matrimonio o en concubinato, su pareja forma parte de la convención, independientemente de que tengan aportación genética o haya donador de espermatozoide. Tercero, si se requiere de la participación de un donador de espermatozoide, en cualquiera de los supuestos, aunque no necesariamente. Cuarto, si se lleva a cabo únicamente con la intervención de hombres, en solitario o en parejas, con la colaboración

de la mujer gestante con su propio óvulo o con la donación de gametos.

Participan también en el acuerdo, si es el caso, la institución que concierne a las partes y el personal médico responsable encargado de asistir el procedimiento. Los médicos deben ser especialistas en la materia, registrados ante la institución que regula el procedimiento, quienes, entre otras cosas, deben advertir a las partes acerca de todos los riesgos que conlleva el procedimiento, seleccionar la fecundación idónea, practicar los exámenes de rutina, en caso de requerirse, certificar si los padres legales padecen de algún obstáculo para procrear o gestar, para así realizar la fecundación y seguir el proceso hasta el alumbramiento. En Tabasco y en Sinaloa, debe acreditarse que se cumple con la autorización de la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, y hay la obligación de informar ampliamente acerca de las consecuencias médicas y legales a la gestante; debe constatar que las partes satisfacen las formalidades y requisitos tanto legales como físicos, y debe actuarse con estricto apego al secreto profesional. En el caso de la Iniciativa de Ley de la Ciudad de México, se requiere también la autorización de la Secretaría de Salud y de la Comisión de Reproducción Humana Asistida que se creará con esa misma ley.

Al notario público, quien elabora y firma el documento, le corresponde verificar el cumplimiento de los requisitos y condiciones que el acto requiere. En Tabasco y en Sinaloa, así como en la Iniciativa de Ley de la Ciudad de México, se exige esta formalidad.

Por otra parte, un órgano jurisdiccional encargado debe aprobar el acto. En Tabasco, una vez suscrito el instrumento ante notario público, debe ser aprobado por un juez competente, en un procedimiento judicial no contencioso, donde se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, y donde, a su vez, la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubinario renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido.

En algunos lugares se solicita la colaboración de abogados, quienes deben orientar a las partes legalmente, para que todo sea conforme a la ley. En la Iniciativa de Ley de la Ciudad de México esa tarea se confiere a la Comisión de Reproducción Humana Asistida. En Tabasco y en Sinaloa, así como en la Iniciativa de Ley de la

Ciudad de México, se contempla la colaboración de un intérprete, si fuera necesario.

Puede haber intermediarios entre los padres y/o madres legales y las mujeres gestantes; sin embargo, no es lo deseable; es más: debe prohibirse, pues, además de entorpecer el proceso, los costos y las comisiones se elevan siempre en beneficio de dichos intermediarios, y la gestante recibe un menor porcentaje, que no cubre la acción que realiza. Cuando entró en vigor el Código Civil de Tabasco, en 1997, se permitió la intermediación, lo que arrojó malas experiencias. Por ello, a partir de 2016, se sanciona con nulidad el acuerdo si intervienen agencias, despachos o terceras personas.

ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y REQUISITOS DE VALIDEZ

El acuerdo de gestación como convenio requiere de elementos esenciales y de validez, como a continuación se refiere.

Elementos de existencia

El convenio debe reunir consentimiento y objeto. El consentimiento, en este supuesto, es complejo, porque se implica no sólo para la celebración del acuerdo sino para todos los efectos que se originan con la atribución de la filiación.

En principio, se requiere del consentimiento entre los sujetos que intervienen, donde consten los términos y condiciones en que se obligan. Se debe precisar el grado de participación en la gestación, la colaboración genética, riesgos, responsabilidades, retribuciones, etc. Como se precisa en las dos entidades federativas multicitadas y en la Iniciativa de la Ciudad de México, este consentimiento debe ser informado a las partes, de manera explícita, y adecuada, desde la técnica a utilizar, el tratamiento o intervención quirúrgica requerida (Brena, 2012, p. ix) las posibilidades de éxito, los riesgos que pudieran darse y sus bondades y desventajas, no sólo desde el punto de vista médico, sino también desde una perspectiva jurídica y psicológica (Mantovani, 1994, p. 93).

Desde luego, se trata de un consentimiento complejo, en el que confluyen varias voluntades:

- a. Quien solicite el hijo: mujer u hombre en solitario.
- b. La pareja, en su caso, quien asumirá la filiación.
- c. El donador o donadora de gametos, si los hay.
- d. La gestante.
- e. Si la gestante es casada, el esposo. Y, si vive en concubinato, el concubinario.
- f. La institución y/o servicio médico que realizará el procedimiento.

Cada una de estas manifestaciones de voluntad tiene consecuencias diversas (Guzmán y Valdés, 2017, p. 75). Sobre todo, por la determinación de filiación del niño gestar, que no se sujetará a las normas y principios jurídicos clásicos de su atribución, sino que en su lugar se constituirá un vínculo con quien decidió su procreación.

El objeto se refiere al proceso fisiológico de la gestación, otorgar la posibilidad de maternidad y/o paternidad a quienes por diversas razones no las pueden lograr por sí mismos. Es el ejercicio responsabilizado de la función procreativa, y no el hijo, a quien debe considerarse como una finalidad con individualización propia. Incluye también hacer todo lo necesario para lograr la reproducción. La maternidad, más que una relación biológica o genética, es una relación social y cultural, donde prevalece la voluntariedad (Lamm, 2013, p. 50). Sólo hay sustitución de la gestación, no de la maternidad (Vila-Coro, 2015, pp. 283 y 287). La maternidad implica algo más que la gestación, y la gestante sabe que no está gestando su hijo porque ha renunciado a la maternidad y se obligó a entregarlo al parir. “Gestará como persona un ser humano, pero no gestará como madre” (Ferrer, 2018, p. 77).

Es verdad que se trata de un objeto controvertido, toda vez que se ha insistido en que el ser humano no puede ser objeto de negocio jurídico, como si fuera cosa; sin embargo, el fin no es la entrega del hijo que hace la gestante a los padres y madres legales, independientemente que reciba a cambio una gratificación, cuando no es altruista la intervención (Winter, 1998, p. 859; Bernard, 2000, p. 107; Silva, 2016, pp. 5-6), sino prestar un servicio: el proceso fisiológico de la gestación, que simplemente

requiere posibilidad y licitud. En tal virtud, la mujer debe tener la posibilidad de gestar, debe estar sana para llevar a cabo este proceso, pues se acuerda su capacidad reproductiva y será lícito siempre que no se encuentra prohibido.

En México, esa licitud para las entidades federativas que no regulan el supuesto expresamente se puede rastrear desde la misma Carta Magna, en el artículo 4º, primer párrafo, el cual expresa que la mujer y el hombre son iguales ante la ley, protegiendo la organización y el desarrollo de la familia; de la misma manera en el postulado del segundo párrafo: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”.

Lo anterior significa que el Estado tiene la obligación de emitir las normas conducentes, no sólo para la organización de la familia sino para su desarrollo; además, supone un derecho reproductivo que incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción, lo que implica que cualquiera puede realizar las acciones pertinentes para lograr una fecundación natural o con el auxilio de los avances científicos para sí mismo o a través de la colaboración de una tercera persona.

Fundar una familia es un derecho humano, y en congruencia con el derecho a procrear, como parte de los derechos fundamentales, no se puede negar que una mujer decida llevar a cabo un embarazo para entregar el hijo a otra persona. Instrumentos internacionales en la materia han declarado que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (Declaración Universal 16.3; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre VI; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 23.1; Pacto de San José de Costa Rica 17.1), que todos los seres humanos tienen derecho a fundar una familia sin restricción alguna, a partir de la edad núbil (Declaración Universal 16.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 23.2; Pacto de San José de Costa Rica 17.2) y que nadie puede tener injerencias arbitrarias en dicha familia (Declaración Universal 12; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre V.) Es cierto que no existe una declaración específica en cuanto al derecho a procrear, pero también es cierto que ello implícitamente se puede considerar

comprendido, toda vez que es aspiración del ser humano fundar una familia, lo cual conlleva también el “derecho” de dar vida a una descendencia propia.

El mismo artículo 4° de la Constitución de México, también regula el interés superior de la niñez como principio rector y el derecho a la identidad, derechos relevantes que conceden al menor conocer su filiación. Este fundamento es utilizado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando señala en tesis aislada que a un menor de edad nacido por acuerdo de gestación se le debe establecer la filiación, aun en ausencia de regulación específica (SJF, 2019, p. 1159), para respetar, proteger y garantizar sus derechos humanos.

Esto consecuentemente da licitud a los convenios, en aras del interés superior y del derecho a la identidad, rebasando disposiciones jurídicas que consignan que no habrá ni transacción ni compromiso con árbitros en materia de filiación, como aquellas que otorgan la maternidad a la mujer que parió. Así las cosas, se deben modificar con carácter *ex lege* los derechos y las obligaciones que se trastocan con los acuerdos de gestación para garantizar el interés superior del menor. En Tabasco y en Sinaloa, dado que tienen regulado expresamente el acuerdo, éste es completamente lícito.

Requisitos de validez

Los sujetos que participen en la celebración de un acuerdo de gestación deben cumplir con capacidad jurídica plena; debe otorgarse de manera libre, consciente, lícita, y ser externado con la forma requerida por la ley.

Forma

El instrumento, dadas su naturaleza e implicaciones legales, no puede ser tácito ni verbal sino, por el contrario, requiere que la voluntad conste expresamente por escrito en documento indubitable, como lo exija el ordenamiento correspondiente. El instrumento da seguridad jurídica a las partes y, sobre todo al niño por nacer, ya que resulta ser un reconocimiento previo de su filiación y le asegura el embalaje de derechos que debe adquirir.

En tal virtud, el consentimiento no sólo debe constar expresamente y por escrito, sino debe

ser externado ante notario público. En Tabasco, Sinaloa, así como en la Iniciativa de la Ciudad de México, exigen que el documento se externe ante notario público con dos testigos.

Se requiere la intervención del Estado en el procedimiento, tanto desde la regulación con las formalidades necesarias como en su participación en el proceso, designando a una autoridad encargada de vigilar y de verificar el cumplimiento de la ley. En Sinaloa y en Tabasco se encomienda esta facultad a las autoridades de Salud. Para el caso de la Ciudad de México, independientemente de que se requiere la autorización de la Secretaría de Salud, también se solicita la de la Comisión de Reproducción Humana Asistida.

En algunos lugares se exige una homologación judicial, siendo la autoridad jurisdiccional competente quien verifique que el acto sea conforme a la ley, a fin de poder autorizar el inicio del proceso del acuerdo. En Tabasco, una vez formalizado el instrumento jurídico ante notario público, y ya que la Secretaría de Salud del Estado haya verificado el cumplimiento de la ley, debe ser aprobado por un juez competente, a través de un procedimiento judicial no contencioso, donde se reconoce, por un lado, el vínculo entre los padres y/o madres y el feto y, por otro, la renuncia de la gestante y, en su caso, de su cónyuge o concubinario, a cualquier derecho de parentesco con el niño. Aprobado que sea el instrumento, se notifica para sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado.

Es posible que el ordenamiento jurídico exija otras formalidades, que varían atendiendo a cada legislación, como requerir que los padres y/o madres legales tengan cubierta la cantidad estimada como retribución, algún seguro de gastos médicos, etcétera.

En Tabasco, en Sinaloa y en la Iniciativa de la Ciudad de México, se establece que el incumplimiento de los requisitos y de las formalidades señaladas en la legislación provoca la nulidad del acuerdo. Los notarios públicos que indebidamente den fe o certifiquen estos convenios sin apego a las disposiciones jurídicas aplicables, serán separados definitivamente de su cargo, en términos de la ley en la materia, sin demérito de las demás responsabilidades o delitos en que incurran.

Capacidad

La capacidad puede variar atendiendo a la legislación del lugar donde se celebre, y puede ser distinta también entre la madre gestante y los padres y/o madres legales. En México, la capacidad para celebrar actos jurídicos se obtiene a los 18 años; no obstante, existen actos jurídicos que requieren, además de capacidad, una legitimación.

La distinción entre capacidad y legitimación se establece con toda evidencia: capacidad es la aptitud intrínseca de una persona para dar vida a actos jurídicos; legitimación es la aptitud para hacer surgir actos que tengan un determinado objeto, en virtud de una relación en que la parte se encuentra con éste. Hay que ver en la capacidad la idoneidad de la persona para el acto jurídico, con independencia de una relación del sujeto con el objeto del acto. En la legitimación, la idoneidad de la persona para el acto, resultante de una particular relación del sujeto con el objeto del acto mismo. Así, por ejemplo, cuando se dice que el menor de edad no puede realizar negocios jurídicos, se resuelve un problema de capacidad; cuando se dice que el tutor no puede ser adquirente de los bienes confiados a su gestión, se resuelve un problema de legitimación (SJF 1973, p. 17).

La persona debe tener la idoneidad para realizar el acto, como en el caso de la adopción, respecto del cual en Veracruz y en otras entidades federativas, independientemente de que se tenga capacidad de goce y de ejercicio, se requiere que los adoptantes sean de más de 25 años.

Los sujetos que intervienen en un acuerdo de gestación no sólo deben ser capaces, sino que deben contar con legitimación. Las legislaciones no han sido uniformes en cuanto a establecer una edad; es obvio que puede ser distinta entre la gestante y los padres y/o madres legales, pues, mientras que a la primera se le pide una edad que corresponda a su capacidad reproductiva, a los segundos se les pide una edad congruente con la tarea de crianza y educación de los menores. En los estados mexicanos de Tabasco y de Sinaloa se requiere, además de capacidad de goce y ejercicio de la gestante, que su edad oscile entre 25 y 35 años. (En Rusia, la gestante debe tener entre 25 y 30 años; en Australia, mínimo 25 años, y no se pone un límite máximo; en Ucrania, de 18 a 35 años; en Canadá, de más de 21 años; en Grecia

no se pone límite a la gestante, sino a la legal, que no debe de exceder de 51 años.)

En algunas legislaciones, la idoneidad para celebrar el acto se concede a la mujer gestante siempre que acredite, entre otras cosas, estar casada, en perfecto estado de salud, registrada en la institución que lleva el control de estos acuerdos, con un hijo como mínimo, no haber colaborado en estos procedimientos por más de dos veces consecutivas y que, al momento de iniciar el proceso, acredite que ha pasado como mínimo un año sin estar embarazada, Así se prescribe en Tabasco y en Sinaloa; en cambio, en la Iniciativa de la Ciudad de México no se menciona nada al respecto.

Por otro lado, también para los padres y/o madres legales se puede señalar un mínimo y/o un máximo de edad, a fin de garantizar madurez y estabilidad para que tengan la fuerza necesaria para dedicarse a la crianza. Se considera adecuada una edad entre 25 y 40 años.

Suele exigirse a la mujer que va a convenir con la gestante que acredite su incapacidad para gestar o, en todo caso, que la pareja o alguno de ellos acredite la existencia de una enfermedad que puede ser hereditaria al menor o que ponga en riesgo la vida de la mujer, como diabetes, sida, preclamsia, cáncer, entre otros, o que presenten un cuadro de esterilidad o infertilidad que impide la gestación, como se hace en Tabasco y en Sinaloa. Al exigirse incapacidad procreativa de la madre legal, no se legitima a hombres en solitario o en parejas a celebrar un acuerdo de gestación, siendo discriminados en términos del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En la Iniciativa de la Ciudad de México aún no es un requisito, presumiéndose que estará permitido, lo que resulta congruente con la postura vanguardista que sigue la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México.

Una persona casada no tiene legitimación para donar esperma u óvulo a madre portadora sin el consentimiento de su cónyuge, como sucede en Sinaloa. En algunas legislaciones, suele pedirse que los gametos a utilizar no sean de la gestante, para evitar una relación consanguínea con el neonato. Lo ideal es que al menos uno de los padres y/o madres legales, si se trata de una pareja, o la persona soltera, aporte su material genético para así constituir

una vinculación; o, en caso de tener problemas de salud, se utilice donación de terceros o de un familiar, debiendo renunciarse a cualquier derecho. No obstante, en Tabasco, en Sinaloa y en la Iniciativa de la Ciudad de México esto no es restrictivo, ya que regulan el convenio con o sin gametos de la gestante.

En ambas legislaciones sólo se permite celebrar acuerdos de gestación a quienes acrediten la nacionalidad mexicana, o al menos que lo haga uno de la pareja, para evitar así el turismo reproductivo (Alkorta, 2015, p. 79), como sucedía en un principio en Tabasco. En la Iniciativa de la Ciudad de México no hay tal prohibición; por consecuencia, los extranjeros podrán celebrar acuerdos de esta naturaleza.

Tampoco están legitimadas ambas partes si no les resulta favorable la evaluación mental, física, social y económica, como se establece en Tabasco, en Sinaloa y en la Iniciativa de la Ciudad de México.

El hecho que aquí tratamos constituye un acto personalísimo, que no permite la participación de intermediarios, al menos no para el caso de la gestante. Así se estipula en Tabasco y en Sinaloa. En la Iniciativa de la Ciudad de México no se señala nada al respecto.

Si resultare incapacidad o mueren las madres y/o padres legales, ambas legislaciones nacionales establecen que la gestante, con el consentimiento o reconocimiento de su cónyuge, si hubiere, puede pedir la custodia al amparo de este convenio.

Ausencia de vicios del consentimiento

Puede darse el caso de que la voluntad no sea otorgada de manera espontánea o consciente; puede ser afectada o influida, como en el caso de error en la identidad al convenir con personas que pretender ser padres y/o madres legales, pero no son quienes afirman ser. En las legislaciones de Tabasco y de Sinaloa se insiste mucho en el error y el dolo en cuanto a la identidad de los padres y/o madres legales. Seguramente habrán historias en el pasado de estos Estados en cuanto a suplantación de personas. En ambas entidades federativas se establece la nulidad si hay algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas. A mayor abundamiento, en Sinaloa se puntualiza que el acto carece de validez si

hubo error o dolo respecto a la identidad de los padres legales por parte de la mujer gestante.

En cambio, hay dolo si la gestante intenta abortar o no concluye con el acuerdo en los términos pactados o tiene algún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional; así se establece en Tabasco y en Sinaloa. En la Iniciativa de la Ciudad de México corresponde a la Comisión de Reproducción Humana Asistida vigilar que la gestante no tenga enfermedades genéticas o hereditarias graves.

Hay mala fe si los padres legales presentan un certificado de infertilidad, cuando la pareja no es infértil, o si éstos no se cercioran de que la gestante tiene la edad exigida por la ley, etcétera. Puede existir violencia sobre la gestante, mediante la utilización de la fuerza física o de las amenazas de los padres y/o madres legales para obtener su voluntad y conseguir su participación sin su voluntad, o puede ser influenciada por alguien más; o puede ser que se le practique alguna técnica de procreación asistida sin que haya todavía otorgado su consentimiento, etcétera.

Objeto, motivo o fin lícito

El motivo determinante de la voluntad para la celebración del convenio debe estar de acuerdo con las leyes de orden público y las buenas costumbres.

Si se pacta un acuerdo de esta naturaleza en algún lugar donde no está permitido, es ilícito, y da lugar a nulidad; los padres y/o madres legales no tendrían la atribución de la filiación sino la mujer que parió, siguiendo la máxima *mater semper certa est*. Por supuesto, esta madre gestante no podría ser obligada judicialmente a entregar a su hijo(a), aunque en México la licitud la otorga la propia Constitución, en el artículo 4º, y hay que recordar el criterio sustentado por la Primera Sala de la SCJN referido líneas arriba.

Pueden catalogarse como conductas ilícitas el supuesto de que los padres y/o madres legales tengan la intención de utilizar al menor para pornografía, para tráfico, etc., o que se realice un acuerdo contraviniendo disposiciones, como sería el caso al autorizar una gestación con material genético de la gestante, si está prohibido; también sería ilícito pactar

una retribución si sólo se permite en forma gratuita o autorizar la gestación con base en la incapacidad procreativa de la mujer solicitante siendo ésta fértil, etc. En la Iniciativa de la Ciudad de México se cataloga de conducta ilícita el nacimiento forzado y el posterior tráfico de sus órganos, cuya sanción se determina de acuerdo con la legislación de la materia; también será ilícito el hecho de que un médico realice reproducción humana asistida sin consentimiento de la mujer del caso, como queda establecido en la iniciativa de reforma al Código Penal del Distrito Federal que se presenta junto con la Iniciativa de Ley de reproducción humana asistida.

INEFICACIA Y RESPONSABILIDAD

En Tabasco, en Sinaloa y en la Iniciativa de la Ciudad de México se establece que el incumplimiento de los requisitos y formalidades señalados en la legislación provoca la nulidad del acuerdo; también si se establecen compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.

En las regulaciones de las dos entidades federativas referidas se señala que, en caso de nulidad, las partes concertantes no quedan eximidas de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia. Y lo más curioso es que, en Sinaloa, en la última parte del artículo 288, se dispone que “no obstante que se declare nulo, el contrato produce todos sus efectos”. Esto quiere decir que las partes que incumplan los términos de lo convenido de todos modos se hacen acreedores a la responsabilidad civil o penal. Los sujetos que intervienen pueden violar el orden jurídico establecido, contractual o extracontractualmente, actuando con culpa o sin ella; pero de todos modos pueden causar daño o perjuicio y engendrar responsabilidad.

El equipo médico y/o el centro de salud deben realizar sus intervenciones con la diligencia necesaria para evitar que surjan patologías en el producto de la concepción y lesiones en la integridad física de la gestante, en el momento de la fecundación o posteriormente; de lo contrario, pagarán daños y perjuicios, atendiendo a los principios de la responsabilidad contractual y extracontractual. Hay responsabilidad objetiva si no cuentan con el instrumental necesario o no funcionan debidamente; si no se brindó a los

pacientes la información adecuada respecto de las intervenciones de que vayan a ser objeto, si se viola el secreto médico y si se transmitieran enfermedades hereditarias o congénitas que pudieran haber sido evitadas con base en un estudio. También tienen responsabilidad, no sólo civil sino penal, si realizan la fecundación sin el consentimiento y plena aceptación de la gestante, mediante violencia física, intimidación y lesiones causadas a ella o si se encuadra en conductas tipificadas como delitos.

En Tabasco y en Sinaloa se dispone que la gestante puede demandar civilmente a los padres y/o madres legales el pago de gastos médicos, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal. En Tabasco están obligados a una garantía de seguridad mediante una póliza de seguro de gastos médicos mayores, expedido por una institución de seguros establecida legalmente en territorio nacional, que cubra los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio, a favor de la gestante sustituta o subrogada. La Iniciativa de la Ciudad de México señala que los padres legales tienen responsabilidad por daños en la salud de la gestante y, en caso de fallecer ésta, deben indemnizar a los familiares que se haya designado en el contrato; tienen también la obligación y responsabilidad económica en cuanto a la manutención de la gestante, su atención médica y la compensación de la acción subsidiaria.

Hay responsabilidad civil de los padres legales cuando hayan acordado la gestación y, posteriormente, se rehúsen a acreditar la paternidad y/o maternidad; deben responder, entre otros, por los daños y perjuicios frente a la mujer y el niño, desde luego, y fincar la responsabilidad alimentaria y demás que se deriven de la filiación.

Los notarios públicos que indebidamente den fe o certifiquen estos convenios sin apego a las disposiciones jurídicas aplicables serán separados definitivamente de su encargo, en términos de la ley de la materia, sin demérito de las demás responsabilidades o delitos en que incurran.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Podemos definir al acuerdo de gestación como: el convenio *lato sensu*, por medio del cual una

mujer denominada gestante se obliga, onerosa o altruistamente, con otra u otras personas denominadas madres y/o padres legales, a gestar con o sin aportación genética, a quienes entregará el niño después del parto y quienes tienen la atribución de la filiación, mediante el auxilio de una técnica de procreación médicamente asistida.

Si bien es cierto que la decisión entra en el ejercicio de la autonomía de la voluntad como parte de la libertad para estructurar relaciones jurídicas familiares, también es cierto que el acuerdo que se externa es un convenio bajo la óptica del derecho patrimonial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRENA SESMA, Ingrid (2012). *Reproducción asistida*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

COSTANZA, María (1987). “Legislazione e fecondazione artificiale”, *Il diritto de famiglia e delle persone*. Anno XVI, Milano, Italia: Giuffrè.

GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal (2007). “La subrogación de la maternidad”, *Revista IUS*. Vol. 1, núm. 20, Puebla.

GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal y María del Carmen Valdés Martínez (2017). “Voluntad procreacional”, *Oñati Socio-Legal Series*. Vol. 7, núm. 1.

FARNÓS AMORÓS, Esther (2010). “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *InDret. Revista para el análisis del derecho*. Barcelona.

FERRER VANRELL, María del Pilar (2018). “El llamado superior ‘interés del menor’ de los nacidos”, *Estudio sistemático de la ley 26/2015 del 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia*. Madrid: Dykinson.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus.

LAMM, Eleonora (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientre*. Barcelona: Universidad de Barcelona, Colección de Bioética.

MANTOVANI, F. (1994). “Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*. 1.

RUEDA BARRERA, Eduardo Alfonso, Omar A. Mejía Patiño e Inés Yohanna Pinzón Marín (2015). “La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* [Law and the Human Genome Review]. Núm 43, julio/diciembre, Dykinson, Bilbao.

SEMENARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (2014). T/A CDXXV, 1ª Sala, 10ª Época, Libro 13, Tomo I Materia Constitucional.

SEMENARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (2015). T/A CCCLXV, 1ª Sala, 10ª Época, Tomo I Materia Constitucional.

SEMENARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (2018). T/A LXXVI, 1ª Sala, 10ª Época, Libro 55, Tomo II Materia Constitucional, Civil.

SEMENARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (1973). “Capacidad y legitimación. Diferencias”, Registro: 241917, 3ª Sala, 7ª Época, Tesis Aislada, Volumen 51, Cuarta Parte, Materia(s): Civil.

VILA-CORO VÁZQUEZ, Antonio (2015). “Hacia una regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida”, *Boletín del Ministerio de Justicia de España. Treinta años de reproducción asistida en España*. Madrid: Ministerio de Justicia, Gobierno de España.

LA METODOLOGÍA DEL IX PLENO CASATORIO CIVIL PARA LA DEFINICIÓN DE LA NULIDAD MANIFIESTA ¿DEBE SER CONSIDERADA COMO VICIO EN SU APLICACIÓN?

SHOULD THE METHODOLOGY OF THE IX PLENUM CIVIL CASE FOR THE DEFINITION OF MANIFEST NULLITY BE CONSIDERED AS A VICE IN ITS APPLICATION?

Elizabeth Rosmery Huamán García
Universidad de San Martín de Porres
ORCID: 0000-0001-8009-4788
elizabethhgarcia76@gmail.com
Perú

DOI: 10.24265/VOX JURIS.2023.v41n1.06

Recibido: 16 de agosto de 2021

Aceptado: 1 de mayo de 2022

SUMARIO

- Introducción.
- El acto jurídico.
- Ineficacia del negocio jurídico.
- La invalidez del negocio jurídico.
- La nulidad del negocio jurídico.
- Análisis del procedimiento metodológico empleado por la Corte Suprema en la argumentación del alcance del contenido de la nulidad manifiesta.
- Conclusiones.
- Referencias.

RESUMEN

Algunas de sus disposiciones de nuestro Código Civil son claras respecto a su contenido y otras son un tanto difusas y cuestionables. Una normatividad que generan polémica en cuanto a su concepto y empleo es la referida a actos o negocios jurídicos que ha conllevado a que los Supremos Jueces emitan sentencias contradictorias y herradas partiendo de la noción desactualizada o fuera de contexto.

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar la metodología empleada por la Corte Suprema en el IX Pleno Casatorio Civil para

la argumentación del alcance que le ha dado a la noción de nulidad manifiesta, como una causal de nulidad siempre fácil de advertir, en el mismo contrato o a través de otro medio probatorio.

Consideramos de gran importancia establecer los errores metodológicos incurrido por la Corte Suprema al hacer uso inadecuado de lo tratado en la doctrina, las leyes y la jurisprudencia nacional e internacional, para luego contrastar sus limitaciones y plantear su corrección, de tal manera que sea útil a nuestro ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE

Sistema de invalidez, acto jurídico, nulidad de negocio jurídico, referentes jurídicos, nulidad manifiesta.

ABSTRACT

Some provisions of our Civil Code are clear regarding their content and others are somewhat vague and questionable. A regulation that generates controversy in terms of its concept and use is the one referring to the legal acts or business that has led the Supreme Judges to issue contradictory and erroneous sentences based on the outdated notion or out of context.

The aim of this paper is to analyze the methodology used by the Supreme Court in the IX Civil Cassation Plenary for the

argumentation of the scope that it has given to the notion of manifest nullity, as a cause of nullity that can be easily noticed in the same contract or through other evidence.

It is extremely important to establish the methodological errors incurred by the Supreme Court when improperly using what is treated in the doctrine, laws and national and international jurisprudence, to later contrast its limitations and propose its correction, in a way that is useful to our legal system.

KEYWORDS

Disability system, legal act, nullity of legal business, legal references, manifest nullity.

INTRODUCCIÓN

Un problema de resonancia social se presenta en los frecuentes casos judiciales en los que, los justiciables pretenden la declaración de la nulidad de negocios jurídicos por diferentes razones y la mayoría de ellos llegan en busca del amparo de una casación que muchas veces ante petitorios similares han merecido sentencias contradictorias.

El objetivo fundamental del derecho es garantizar al ciudadano, a través de un ordenamiento jurídico, la seguridad de ser protegido y de alcanzar reparación si el caso amerita, aspiración que se logra si se cuenta con un sistema normativo claro, preciso y coherente en tiempo y espacio, que permita la uniformidad de criterios en la toma de decisiones de los tribunales de justicia. Para este fin, se convocan a reuniones de jueces supremos, en los conocidos como Plenos Casatorios que, con carácter vinculante establecen uniformidad de interpretación en la resolución de conflictos análogos.

Para Campos (2014) los Plenos Casatorio para afrontar el problema concreto hacen uso metodológico de generar diálogo entre los formantes doctrinales y legislativos, los que deben responder a un mundo real, en continuo movimiento y cambio, que se mueve en dos niveles: en el espacio, en el que existen los objetos y los sujetos; y en el tiempo, en el que se dan los hechos y los actos. Según Morales (2014) todo sistema jurídico y un hecho real se encuentran firmemente vinculados, por lo

tanto, la norma tiene que crear un lenguaje jurídico hipotético y concreto a determinado tiempo y espacio.

Campos (2014) afirma que, con el propósito de resolver la uniformidad de interpretación de la posible validación del negocio jurídico en un proceso sumarísimo cuyo petitorio es el otorgamiento de escritura pública y en su intento de llenar de contenido a la nulidad manifiesta incurrió en un defecto metodológico de circunscribirlo a una causal “fácil de advertir”.

De este modo, resulta necesario en la presente investigación, plantearnos como objetivo: analizar la metodología empleada por la Corte Suprema en el IX Pleno Casatorio Civil para la argumentación del alcance que le ha dado a la noción de nulidad manifiesta, como una causal de nulidad siempre fácil de advertir, en el mismo contrato o a través de otro medio probatorio.

Con tal fin, corresponde establecer como punto de partida la configuración doctrinaria de acto jurídico, para luego tratar la ineficacia y la invalidez del negocio jurídico, hacer una distinción entre lo que debemos comprender por nulidad del negocio jurídico; para posteriormente centrarnos en el objetivo del presente trabajo, analizar el procedimiento metodológico empleado por la Corte Suprema en el IX Pleno Casatorio Civil para argumentar el alcance del contenido de la nulidad manifiesta; y, finalmente, plantharemos nuestras conclusiones.

EL ACTO JURÍDICO

Para Bobbio (2018) el acto jurídico se deriva de un sistema normativo que otorga a los ciudadanos el poder de autorregularse, se vuelven legisladores en pequeño, de tal forma que los contratos se integran al universo de las normas, semejante a una legislación.

La sentencia Casatoria N° 3098-2011-Lima, de fecha 30 de julio del 2012, afirma que, el acto jurídico, es un acto constituido por una o varias voluntades con sus respectivas manifestaciones anunciadas por los sujetos con el fin de lograr un efecto práctico que la norma jurídica le confiere un efecto jurídico que consiste en la creación, modificación, regulación o extinción de relaciones jurídicas.

Should the methodology of the ix plenum civil case for the definition of manifest nullity be considered as a vice in its application?

Según Rodríguez y Chávez (2020), el acto jurídico es el ejercicio de una facultad de toda persona de reglar las relaciones entre sí con el fin de satisfacer necesidades privadas y para Alcocer (2017) es un acto legal, con declaración voluntaria y autónoma de los sujetos, orientada a la consecución de consecuencias queridas, contempladas en el derecho objetivo y que en su origen presenta dos aspectos: la validez que corresponde a su estructura y la eficacia que corresponde a sus efectos jurídicos.

INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

Alcocer (2017) define el negocio jurídico ineficaz como aquel acto que no produce los efectos jurídicos esperados, por lo que no detenta utilidad, por lo tanto, la ineficacia produce falta de resultados del acto jurídico como efecto principal de la invalidez del acto.

La sentencia del V Pleno Casatorio Civil (2014) afirma que, la ineficacia negocial explica la no producción de efectos jurídicos, prefijados en el acuerdo negocial privado y que corresponden al propósito de las partes, la misma que se origina por la presencia de causas intrínsecas o extrínsecas del negocio jurídico. (Fundamento Jurídico 145).

Para Tantaleán (2019) la ineficacia de un acto jurídico se debe ya sea a causas intrínsecas, cuando el acto nace grave o moderadamente viciado atacando su propia estructura, de ahí el nombre de original o estructural; o por causas extrínsecas, cuando la falta de efectos se produce por un hecho posterior y externo a su celebración, se le conoce también, como sobreviniente.

Según Torres (2018) la ineficacia es una categoría genérica que corresponde a los actos jurídicos que nunca causan o no dan los efectos perseguidos o que, produciendo, cesan de producir a consecuencia del surgimiento de una causa sobreviniente a la génesis del negocio.

Se distinguen dos figuras de ineficacia: La primera, lo constituye la ineficacia sobreviniente o funcional, originado a causa de la existencia de factores extrínsecos; que produciendo normalmente efectos jurídicos, más adelante cesa en su eficacia, debido a la presencia de un motivo acaecido después de la génesis del negocio jurídico; y la segunda, que es la ineficacia inicial, originado por la

existencia de algún defecto en su estructura, desde el mismo momento de su nacimiento; por ello también se le denominada ineficacia estructural; que nuestro Código Civil reconoce a la nulidad y a la anulabilidad como invalidez del negocio jurídico.

LA INVALIDEZ DEL NEGOCIO JURÍDICO

Sobre la invalidez del acto jurídico podemos citar a Vásquez y Zegarra (2017) quienes afirman que, la invalidez es el remedio jurídico originado por la falta de conexión entre un negocio jurídico concreto y la norma establecida por el legislador y que según Barassi procede de una deficiencia en la configuración del negocio, de falta de algún elemento interno, concurrente al instante de su formación, es decir adolece de una ineficacia estructural.

La invalidez nos dice Alcocer (2017) es una situación patológica que se presenta en el origen del acto jurídico por ciertos vicios, anomalías o alteraciones en su conformación no conformes a ley, es decir, es falta de concurrencia de los elementos esenciales en su conjunto y el incumplimiento de las condiciones de validez que individualmente deben cumplir éstos y que citando a Espinoza (2017) complementa que dichos elementos son: agente, objeto, fin y formalidad *solemnitatem*.

Torres (2018) señala que, la invalidez del acto jurídico se presenta cuando el acto adolece de algún requisito que la ley ordena o que dichos requisitos se encuentran viciados, de tal forma que siendo inválido puede ser ineficaz; pero no siempre todo acto ineficaz es inválido. La relación ineficacia-invalidez es de género a especie, siendo la ineficacia el género y la invalidez que se manifiesta con la nulidad y anulabilidad, es la especie de la ineficacia estructural.

Por lo general, los negocios válidos son eficaces, pero también es posible identificar negocios perfectamente estructurados o sea válidos pero que no producen efectos jurídicos, es decir, ineficaces; como también se presentan negocios con defectos en su conformación, es decir, inválidos, pero que producen efectos jurídicos, es decir, eficaces.

Esto conduce a que, el ordenamiento jurídico valore la idoneidad o *inidoneidad* del

negocio jurídico, estableciendo las causas de nulidad y anulabilidad para asignarles sus correspondientes efectos jurídicos, de eficacia o ineficacia; y que, por interés del presente trabajo, trataremos la nulidad como una figura de la invalidez del acto jurídico.

LA NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO

Según Vidal (2016) el acto nulo adolece de ciertos elementos esenciales o se lleva a cabo vulnerando leyes de carácter imperativas o de interés público y no produce efectos, ni positivos ni negativos para los sujetos que lo celebran o terceros, es por tanto una negación de toda eficacia al acto nulo y considerado como no celebrado; además refiere que, la nulidad del acto, siendo una nulidad de pleno derecho, no requiere de una sentencia declaratoria dado que se trata de un acto jurídicamente inexistente con apariencia de validez que origina consecuencias, pero que es nulo de pleno derecho.

Para Alcocer (2017) el acto jurídico nulo es el acto que estructuralmente presenta ausencia de ciertos elementos esenciales o estando completos no reúnen las condiciones para su validez o que se formó violentando normas imperativas o de orden público; mientras que, el acto jurídico anulable a pesar de contener en su estructura a todos los elementos esenciales, sufre de un vicio estructural en su configuración, y que, a pedido de una de las partes puede sancionarse con la nulidad quedando sus efectos purificados y si las partes desean conservarlo corrigiendo los vicios presentes en su estructura optarán por la confirmación quedando sus efectos purificados.

Añade el mismo autor que, la nulidad es la consecuencia de la configuración de la invalidez del acto jurídico, que constituye la causa para buscar impedir que el acto jurídico produzca cierto efecto jurídico considerándolo sin existencia, lo que constituye una ineficacia estructural. Presenta doble dimensión: sanción-remedio.

Es una sanción hacia los efectos defectuosos de los individuos que no cumplieron observar que los elementos esenciales reúnan condiciones de validez para que genere efectos (acto nulo o acto anulable), sanción que impide todo efecto jurídico desde su celebración. Es un remedio porque está dirigido a depurar los efectos

dañinos producidos desde su celebración. Sanción-remedio que se presenta con mayor claridad en los actos que sufren de efectos anulables y que pueden ser confirmados en caso les es favorable a las partes, en cuyo caso no hay daño alguno y no hay razón para sancionar el acto como nulo ni aplicar remedio alguno porque no hay daño que reparar. Si no es confirmado pueden ser objeto de nulidad, es decir la sanción-remedio que conlleva opera a pedido de una de las partes.

La doctrina señala que, existe nulidad siempre en cuando el acto jurídico adolece de un requisito esencial en su estructura como de elementos, presupuestos y requisitos de validez, es la nulidad estructural; que sea establecida textualmente en la norma, es la nulidad textual; que atente contra el orden público o las buenas costumbres, o que violenta una norma imperativa, es la nulidad virtual.

Al respecto Mejía (2017) indica que, el Estado como ente rector y protector de los intereses de la sociedad, como el de resguardar el orden jurídico, otorga al Poder Judicial la facultad de declarar nulos los actos jurídicos, sin la necesidad que las partes lo invoquen, cuando comprueba la presencia de una causal de nulidad absoluta siempre que la nulidad sea manifiesta.

ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO EMPLEADO POR LA CORTE SUPREMA EN LA ARGUMENTACIÓN DEL ALCANCE DEL CONTENIDO DE LA NULIDAD MANIFIESTA

Para analizar la argumentación desarrollada por la Corte Suprema en relación del alcance que ha asumido sobre la noción de “nulidad manifiesta”, debemos precisar lo que la doctrina sostiene sobre la utilidad de la metodología de la argumentación jurídica.

Así tenemos, que a criterio de Fernández (2017), toda justificación metodológica en una argumentación jurídica, que compara ordenamientos jurídicos, aplicando determinados referentes, como las doctrinas, la jurisprudencia y los referentes legislativos; no radica fundamentalmente en el análisis de los resultados obtenidos, sino a un análisis de la validez, oportunidad y procedencia en su utilización al caso concreto, y que obedecen

Should the methodology of the ix plenum civil case for the definition of manifest nullity be considered as a vice in its application?

a un momento histórico-jurídico; de esta manera, la argumentación jurídica en una sociedad democrática es útil para ofrecer un derecho justo, razonable y motivado, como resultado de un proceso de debate complejo, considerando a los actores, a los hechos como sujetos de argumentación; de tal forma que una argumentación jurídica será deductivamente válida, cuando la conclusión es correcta, justa y verdadera por cuanto procede de una premisa también correcta, justa y verdadera.

Al respecto, Huerta (2017) señala que, en toda argumentación jurídica se cuestiona la validez de las premisas y de las reglas de inferencia, los que están íntimamente vinculadas a reglas y valores de una determinada sociedad; y citando a Savigny afirma que una argumentación jurídica debe tener en cuenta la lógica, gramática e histórica para aprehender el pensamiento de la ley.

Establecido la teoría de la argumentación jurídica, pasamos a analizar la metodología utilizada por la Corte Suprema en el IX Pleno Casatorio Civil, para establecer los alcances de la “nulidad manifiesta”, asumiendo que,

Para este Supremo Tribunal la nulidad manifiesta es aquella que resulta evidente, patente, inmediatamente perceptible, en suma, aquella que resulta fácil de detectar sea que se desprenda del acto mismo o del examen de algún otro elemento de prueba incorporado al proceso. La nulidad manifiesta no se circunscribe a algunas o a alguna específica causal de nulidad, sino que se extiende a todas las causales que prevé el artículo 219 del Código Civil siempre que –repetimos- la incursión en alguna causal, cualquiera que ésta sea, resulte fácil de advertir. (...).

La deconstrucción de la posición asumida por la Corte Suprema sobre la nulidad manifiesta se basa fundamentalmente en dos variables:

- Que puede desprenderse del mismo contrato o de otro medio probatorio incorporado al proceso.
- Pero que, cualquiera que sea la causal de nulidad, siempre debe ser fácil de advertir.

Procede ahora concentrar nuestra atención en los referentes utilizados por la Corte Suprema.

El referente doctrinario nacional citado por la Corte presentan dos grupos de posiciones, el primer grupo se sustenta en el análisis de

Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena para quien, la nulidad manifiesta puede proceder de aquello que el juez percibe a través de otros elementos de prueba o sobre hechos ajenos al acto jurídico mismo; o puede ser de aquello que se expresa en el acto mismo y no requiera de prueba extrínseca; inclinándose por la alternativa no cubierto o desconocido, que no requiera de prueba alguna o de análisis externo y que, por lo tanto, no son casos de nulidad manifiesta los que precisan de una prueba extrínseca. Doctrina que sanciona a la nulidad manifiesta sin ningún sustento y explicación del porqué se inclina por la segunda alternativa desechando la primera. Esta misma postura es compartida por José León Barandiarán y Fredy Escobar. El segundo grupo, conformado por Fernando Vidal Ramírez, quien refiere que, inicialmente se presenta encubierta, pero luego resulta manifiesta, como consecuencia de la evaluación que realiza el juez; posición compartida por Ninamancco (2014) que nos dice que, la nulidad manifiesta ocurre no sólo cuando la causa de la nulidad resulta evidente a raíz de una evaluación del negocio en sí mismo, sino también resulta visible luego de un examen de otros elementos que forman parte del proceso; de tal forma que, procede de un menor análisis probatorio requerido para su comprobación y que por lo tanto admite menos margen de discusión; y Torres (2017) quien señala que, la nulidad manifiesta se deduce del análisis documentario relacionado al acto jurídico, o de elementos aportados como prueba al litigio; en ese sentido la nulidad es manifiesta, cuando se origina en el mismo acto jurídico por la violación de normas que son imperativas, de orden público, que atenten a las buenas costumbres; o surge de las pruebas presentadas por las partes en el proceso o de las conseguidas de oficio por el Juez.

El Supremo Tribunal considera acertado la posición asumida por el grupo de Juan Lohmann, sin ningún debate que al final determine la razón o razones que hacen consistentes el asumir dicha posición, por cuanto, como lo señala Campos (2017), se debe analizar al formante doctrinario (el referente) si es consistente, con lo tratado y resuelto por su jurisprudencia, frente a casos concretos, a fin de identificar los verdaderos problemas objetos de su reflexión, que conlleven a una acertada posición.

A nivel jurisprudencial la Corte cita a la Casación N° 2009-2002-Puno, que sanciona la nulidad manifiesta como aquel que se deriva del acto mismo; y a la Casación N° 609-2009-Lima, como aquel que se deriva de algún otro medio probatorio actuado en el proceso, conclusión que arriban de acuerdo a los casos concretos tratados y que son diferentes en cada casación. Tal como se evidencia del fundamento 39 del IX Pleno, sólo se trata de un simple acopio de las sentencias de las respectivas Cortes, sin ninguna trascendencia en la motivación utilizada por el Pleno que refleje lo útil de recurrir a dichas fuentes. Haciendo nuestro el criterio de Campos (2017), señalamos que la jurisprudencia es un recurso que tonifica la motivación, por cuanto contiene un conocimiento amplio de la legislación, de los principios que sirven de base en la interpretación de normas y de los aportes doctrinarios alimentados por los hechos concretos que desarrollaron.

A nivel legislativo latinoamericano, también realiza una simple cita de los Códigos Civiles de Chile, de Ecuador, de Colombia, Uruguay haciendo referencia como aquel que aparece de manifiesto en el acto o contrato, y en cuanto al de Paraguay que sanciona como una manifestación en el acto o que haya sido comprobada en juicio, que a criterio de Campos (2017) la fuente de información del plenario lo constituyó el anterior Código Civil Argentino que, de acuerdo a los artículos 1038 y 1047 se entendía que la nulidad manifiesta era aquella nulidad considerada como absoluta, que se verifica del mismo acto incidido por la imperfección, y que por lo tanto no necesita del aporte de elementos que prueban su verificación; en consecuencia, dicho texto que alude a la nulidad manifiesta como aquella que se desprende del mismo acto afectado de vicio y que no requiere de otros medios probatorios, no es útil para optar dicho contenido por estar contextualizado aun tiempo diferente a lo actuado, siendo lo idóneo el haber tomado como referente legislativo el nuevo código argentino, que conforme a su doctrina, establece que la nulidad sólo es posible si el defecto se sustrae rectamente del orden público, del daño a la moral y las buenas costumbres, debido a las pruebas aportadas al litigio, por los justiciables o las que se obtengan durante lo actuado en el litigio.

En este contexto ya no figura la mención al “acto o contrato” que restringía la aplicación de

la “nulidad de oficio”; más al contrario requiere de una evaluación concienzuda y meticulosa de todos los medios de prueba que dispone el proceso, con lo que debe prescindirse de que dicho vicio sea “fácil de advertir” por cuanto debe encontrarse absolutamente acreditada, exenta de la menor duda posible, que garantice el principio de conservación del negocio jurídico.

Como se puede desprender del fundamento 40, la Corte Suprema recurrió a una simple colección de algunas normas latinoamericanas, sin realizar ningún análisis de los fundamentos que llevaron a sancionar el contenido de dichos códigos y sin ninguna referencia del tiempo que suscitaban los hechos; de tal forma que no se entiende la importancia y el sentido de citar dichas referencias normativas.

De acuerdo a la teoría de la argumentación jurídica utilizada en la comparación de referentes jurídicos, resulta de vital importancia un debate amplio y profundo, transversal e integral, entre los referentes doctrinarios, jurisprudenciales y los legislativos; que la Corte Suprema no observó al hacer un inadecuado uso de dichos referentes jurídicos, sin establecer las razones que justifican su determinación, deslegitimando su actuación para establecer precedentes judiciales, todo lo cual evidencia que incurrió en vicios metodológicos que restringe la causal de nulidad manifiesta a una condición de fácil de advertir, que conlleva a confusión y a una falsa conclusión.

Así, a manera didáctica de explicar dicha confusión, los autores Vásquez y Zegarra (2017) lo ilustran con el siguiente ejemplo, que para mejor entender lo hemos adaptado con el propósito de ejemplificar esta corriente. Imagínese que la sociedad “A” celebra mediante documento con firmas legalizadas un contrato de compraventa destinado a transferir el principal activo fijo a la sociedad “B”, ambas vinculadas jurídicamente, el mismo que permanece inscrito a nombre de la vendedora en tanto el acto traslativo nunca será registrado por decisión de las partes.

Posteriormente, “X”, acreedor de “A”, logra trabar un embargo del referido inmueble de la compraventa con “B”, que permanece registrado a nombre de “A”. Con la finalidad de evitar la ejecución del inmueble, “B” inicia un proceso de tercería de propiedad fundamentando que el mencionado activo

Should the methodology of the ix plenum civil case for the definition of manifest nullity be considered as a vice in its application?

le pertenecía en virtud del contrato de compraventa con firmas legalizadas.

SUPUESTO 1: “La nulidad manifiesta es aquella que resulta evidente, patente, inmediatamente perceptible, en suma, aquella que resulta fácil de detectar que se desprenda del acto mismo”.

FALLO 1: La demanda de tercería sería declarada fundada lo cual es un injusto.

SUPUESTO 2: “La nulidad manifiesta es aquella que resulta evidente, patente, inmediatamente perceptible, del examen de algún elemento legítimamente incorporado al proceso”.

Como medios probatorios incorporados al proceso figura un acta en la cual se registra que, la junta general de accionistas de “A” celebra la compraventa del activo fijo con la única y exclusiva finalidad de evitar que el referido inmueble sea materia de embargo por sus acreedores.

FALLO 2: La demanda de tercería sería declarada infundada, lo cual es justo.

Analizando la configuración de la categoría que se opta como “la nulidad que se desprende del acto mismo” y de “fácil de detectar”, o aquella que se desprende “del examen de algún otro elemento incorporado al proceso”, queda definitivamente deslindado que debe dejarse de lado como la nulidad que se desprende del mismo acto; porque restringe el concepto de nulidad manifiesta y debe quedar sellada la segunda, “del examen de algún otro elemento incorporado al proceso”.

CONCLUSIONES

La mala interpretación y uso de los referentes jurídicos legales, jurisprudenciales y doctrinarios conlleva a errores y dificultades en su aplicación, al no estar contextualizado con hechos concretos que se quiere analizar y sancionar.

La declaración de la nulidad de oficio que evite causar dificultades o injustos a los justiciables y a la sociedad requiere de una correcta definición de nulidad manifiesta, que comprenda los momentos y el espacio en el que se desarrolla los casos, es decir contextualizados en tiempo y espacio.

No resulta correcto definir a la nulidad manifiesta empleando sinónimos como “evidente, patente o inmediatamente perceptible”, “aquella que resulta fácil de detectar” porque constituyen criterios muy relativos, difícil de uniformizar, porque cada sujeto tiene su forma de entenderlo y que por lo tanto generan confusión en el intérprete.

Consideramos que la Corte Suprema en el IX Pleno Casatorio Civil ha interpretado incorrectamente, que la “nulidad manifiesta” es aquella que es “fácil de detectar” y “aquella que se desprende del acto mismo” al incurrir en vicios metodológicos en los argumentos utilizados para comparar jurídicamente los referentes doctrinarios, jurisprudenciales y legislativos.

Planteamos que debe prescindirse que el vicio de nulidad sea “fácil de detectar” y dejarse de lado la noción restrictiva de la nulidad manifiesta como “aquella que se desprende del acto mismo” y quedar sellada la que se desprende “del examen de algún otro elemento incorporado al proceso”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alcocer, W. N. (2017) La invalidez e ineficacia del acto jurídico. Propuesta de modificación del título IX del libro II del código civil. *Derecho y Cambio Social*. (50). <http://docplayer.es/67992231-La-invalidez-e-ineficacia-del-acto-juridico-propuesta-de-modificacion-del-titulo-ix-del-libro-ii-del-codigo-civil-wilmer-nino-alcocer-huaranga-1.html>.

Bobbio, N. (2018). Teoría General del Derecho. España: Ediciones Olejnik.

Campos, H. A. (2014). Apuntes introductorios a la pretensión de nulidad de negocio jurídico desde la perspectiva civil: Análisis crítico de la posición del Quinto Pleno Casatorio Civil respecto de la impugnación de negocios colegiales asociativos. *THEMIS Revista De Derecho*, (66), 59-84. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12688>

Campos, H. A. (2017). Breves Apuntes Respecto de la “Nulidad Manifiesta” como presupuesto material de su “Apreciabilidad” de oficio en el ordenamiento jurídico peruano. *THEMIS Revista De Derecho*, (70),

- 149-163. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/19609>.
- Espinoza, J. (2017) Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Lima: Instituto Pacífico.
- Fernández, G. (2017). Argumentación y lenguaje jurídico. México: Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM.
- Ferreira de Almeida, C. (2017). Contratos. Tomo V. Coimbra: Livraria Almedina. <https://www.almedina.net/contratos-v-invalidade-2-edi-o-1597909211.html>.
- Huerta, C. (2017). Interpretación y argumentación en el derecho. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*. (11). 379-416. <http://www.scielo.org.mx/pdf/paftd/n11/2007-4387-paftd-11-379.pdf>.
- León, L. (2014). Introducción al régimen general de los negocios jurídicos en el código civil peruano. El Negocio Jurídico. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente. <https://docplayer.es/33857968-Leon-leysser-introduccion-al-regimen-general-de-los-negocios-juridicos-2014-pdf.html>
- León, L. (2019). Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos. Colección Lo esencial del derecho. Perú: Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://www.untumbes.edu.pe/vcs/biblioteca/document/varioslibros/0929.%20Derecho%20privado.%20Parte%20General%20%20Negocios%2C%20actos%20y%20hechos%20jur%C3%ADdicos.pdf>
- Mejía, C. M. (2017). La posesión en virtud de un título manifiestamente nulo ¿debe ser considerada como posesión precaria?. *Lumen*. (13), 37–50. <https://doi.org/10.33539/lumen.2017.v13.570>
- Morales, R. (2014). La desnaturalización de la categoría del negocio jurídico por obra y gracia del Quinto Pleno Casatorio Civil. *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 192, Gaceta Jurídica, Lima. <https://www.mpfm.gov.pe/escuela/contenido/archivosbiblioteca/4695.pdf>
- Ninamanco, F. (2014). La invalidez y la ineficacia del negocio jurídico en la jurisprudencia de la Corte Suprema. 1era. Ed. Lima: Gaceta Jurídica. <https://www.mpfm.gov.pe/escuela/contenido/archivosbiblioteca/dci0361.pdf>
- Paz, A. (2014). La acción de nulidad y la impugnación de los acuerdos societarios, legitimación, procesos y caducidad en la ley general de sociedades. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho de la Empresa. Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/5611>.
- Rodríguez, J. L. y Chávez, F. E. (2020). Lo que el tiempo no se llevó: la atemporalidad de la declaración de oficio de la nulidad del acto jurídico. *IUS: Revista De investigación De La Facultad De Derecho*, 9(2), 5-17. <https://doi.org/10.35383/ius-usat.v9i2.473>
- Sentencia (Cas. No. 3098-2011-Lima). del 30 de julio de 2012. <http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/boletines-dialogo/ar-boletin/3098-2011-LIMA.pdf>
- Sentencia del Quinto Pleno Casatorio (Cas. 3189-2012-Lima) del 31 de julio de 2014. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8a4f0480451669b2b8a5b9279eb5db9a/V+Pleno+Casatorio+Civil.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8a4f0480451669b2b8a5b9279eb5db9a>
- Tantaleán, R.M. (2019). La Nulidad del acto jurídico y las incoherencias en su tratamiento. 2da Ed. Perú: Instituto Pacífico S.A.C.
- Torres, A. (2017). Nulidad declarada de oficio IX Pleno Casatorio Civil. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política* 15(19). <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v15i19.1373>.
- Torres, A. (2018). Acto jurídico. Volumen II. Lima: Jurista editores.
- Vásquez, W. y Zegarra, F. (2017). La nulidad del negocio jurídico y su carácter manifiesto: reflexiones sustanciales y procesales con ocasión al IX Pleno Casatorio Civil Actualidad Civil. *Instituto Pacífico*. 32 (207-227). <https://docplayer.es/82265723-La-nulidad-del-negocio-juridico-y-su-caracter-manifiesto-reflexiones-sustanciales-y-procesales-con-ocasion-al-ix-pleno-casatorio-civil.html>.
- Vidal, F. (2016). El acto jurídico. 10° Ed. Lima: Instituto Pacífico.

DERECHO DEL CONSUMIDOR

ALCANCES DEL ALLANAMIENTO Y RECONOCIMIENTO FRENTE A LA INFRACCIÓN AL DEBER DE IDONEIDAD EN LA JUSTICIA DE CONSUMO EN EL PERÚ

SCOPE OF THE SEARCH AND ACKNOWLEDGMENT OF THE INFRINGEMENT OF THE DUTY OF FITNESS IN THE CONSUMER JUSTICE IN PERU

Omar Alfredo Damián Medina
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
ORCID: 0000-0002-0630-8060
omaralfredo.damian@unmsm.edu.pe
Perú

DOI: 10.24265/VOX JURIS.2023.v41n1.07

Recibido: 11 de abril de 2022

Aceptado: 26 de agosto de 2022

SUMARIO

- Introducción.
- Estado del arte.
- Aspectos adjetivos del deber de idoneidad.
- Reflexiones del allanamiento y reconocimiento a la luz del Decreto Legislativo Nro. 1308 y la Directiva Nro. 001-2021/COD-INDECOPI.
- Conclusiones y reflexiones finales.
- Referencias.

RESUMEN

La presente investigación analizará los alcances del allanamiento y el reconocimiento de la responsabilidad administrativa del proveedor en el marco de un procedimiento administrativo frente a la infracción al deber de idoneidad, a partir de la inserción de nuevos cuerpos legales que redirigieron la práctica del sistema de protección y defensa del consumidor en el Perú. De ese modo, nuestro propósito se desarrollará bajo un enfoque normativo, hermenéutico y jurisprudencial, desde la evaluación de los diversos pronunciamientos de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi en el periodo comprendido desde el 2012 hasta el 2021.

PALABRAS CLAVE

Consumidor • Proveedor • Deber de Idoneidad • Responsabilidad Administrativa • Allanamiento • Reconocimiento • Atenuantes

ABSTRACT

This research will analyze the scopes of the acceptance and the recognition of the administrative liability of the supplier in the framework of an administrative proceeding against the infringement of the duty of suitability, from the insertion of new legal bodies that redirected the practice of the system of consumer protection and defense in Peru. Consequently, our purpose will be developed under a normative, hermeneutic and jurisprudential approach, from the evaluation of the various pronouncements of the Specialized Chamber on Consumer Protection of Indecopi in the period from 2012 to 2021.

KEYWORDS

Consumer • Supplier • Duty of Suitability • Administrative Responsibility • Seizure • Recognition • Mitigating

INTRODUCCIÓN

El régimen de “economía social de mercado” resalta en el artículo 65° de la Constitución Política del Perú, su orientación por la defensa del interés de los consumidores y usuarios

respecto de la información, salud y seguridad del agente más débil en una relación de consumo. De ese modo, el *deber de idoneidad* se consagra como una especial categoría jurídica binaria, desde un corte sustantivo y adjetivo, que procura la justicia en las relaciones de consumo, a partir del respeto de la aptitud de los bienes que son ofrecidos al mercado y se encuentran a disposición de los consumidores.

En ese contexto, el *deber de idoneidad* confina sus alcances interpretativos, junto a las demás normas que se consagran en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, a los distintos órganos resolutivos que conforman el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), en su calidad de agente promotor y vigilante de la libre y leal competencia en el mercado peruano. Sin embargo, en los últimos años, nuevos cuerpos legales como el Decreto Legislativo Nro. 1308 y la Directiva Nro. 001-2021/COD-INDECOPI –que derogó totalmente a las Directivas Nros. 006-2017/DIR-COD-INDECOPI, 004-2018/DIR-COD-INDECOPI, 005-2018/DIR-COD-INDECOPI, 005-2017/DIR-COD-INDECOPI– reorientaron la práctica jurisprudencial administrativa sobre el desarrollo jurídico de nuestro sistema de protección y defensa del consumidor.

En razón a ello, resulta posible identificar que el problema que motiva la presente investigación se circunscribe sobre la considerable crisis que afronta el *deber de idoneidad*, puesto en evidencia por el irrestricto hilo conductor de su interpretación, a partir de la propia aplicación de la Sala Especializada en Protección al Consumidor. Ello, sin detrimento del agravante que generan las implicancias de las figuras del *allanamiento* y *reconocimiento* de la responsabilidad administrativa del proveedor en el marco de los procedimientos administrativos.

En ese orden de ideas, la importancia del tratamiento a enmarcar circunscribe su eje temático sobre el análisis de los alcances e impactos que representan la inserción de la responsabilidad administrativa del proveedor frente a las infracciones al *deber de idoneidad* en el sistema de protección y defensa del consumidor en el Perú.

ESTADO DEL ARTE

Conscientes de la trascendencia de la presente investigación, destacamos –aunque no compartimos– el aporte humanístico que recoge la tesis intitulada «Los deberes de protección a favor del deudor-consumidor: ¿Exceso de protección del Estado o la obligación como medio efectivo de cooperación intersubjetiva?», cuyo estudio apunta que la función que se le otorga a la diligencia requerida al consumidor¹ termina por ser un mecanismo de exclusión de la protección especial que constitucionalmente es reconocida, toda vez que sólo admitirá al sujeto recurrente de tutela cuando hubiera tenido el cuidado de observar todas o la gran parte de las implicancias posibles de su actuación, lo cual, desde su punto de vista, percibe que el consumidor tutelado será sólo aquel que actúe con racionalidad.

Desde el otro horizonte, saludamos respetuosamente la tesis intitulada «El procedimiento de protección al consumidor que se sigue ante el Indecopi por denuncia de parte debe ser trilateral y no sancionador»; no obstante, no será considerada, toda vez que no reviste un nivel profesional adecuado al grado que apunta nuestro propósito.

ASPECTOS ADJETIVOS DEL DEBER DE IDONEIDAD

El ordenamiento jurídico peruano, atendiendo a los principios contenidos en la Constitución Política de 1993, abraza en toda su extensión a la Ley Nro. 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, que confina sus alcances interpretativos a los distintos órganos resolutivos que conforman el Indecopi.

De esa manera poco usual frente a la normativa comparada, nuestro legislador, a través del artículo 18° consagró el *deber de idoneidad*, comprendiendo esta categoría como la correspondencia entre lo que el consumidor espera frente a aquello que efectivamente

¹ Para el precitado autor,

La definición del consumidor o usuario, en función a su diligencia es confusa. La diligencia es una categoría del derecho de obligaciones que sirve de parámetro al cumplimiento de las prestaciones, vale decir, la medida que permitirá descartar en los supuestos de inejecución de obligaciones, la responsabilidad del deudor. A éste, sería imputable tal incumplimiento en tanto no ha desplegado los comportamientos debidos, de manera que, finalmente la conducta de cooperación no llega a realizarse.

recibe, en función a diversos factores que apuntan al contexto, circunstancias, información y naturaleza de la oferta de los bienes que el proveedor pone a disposición en el mercado.

Para Stucchi (2005: 65) y Baca Oneto (2013: 36-37), la *idoneidad* de un bien depende significativamente de la información que el proveedor haya puesto a disposición del consumidor, toda vez que la misma, determina las expectativas razonables de cada ciudadano respecto de aquello que evalúa adquirir para satisfacer alguna de sus necesidades. Por ese motivo, ambos autores arriban que la idoneidad y la información se encuentran estrechamente vinculadas; sin embargo, destacan que esto no nos debe llevar a entender que es el único parámetro para determinar la *idoneidad*, sino que además deberá evaluarse la naturaleza del bien.

Por su parte, Damián, refiere que:

Estamos frente a una norma bipartita que se instaura desde una doble perspectiva, la cual: (i) Por una parte, ampara el Derecho del Consumidor, de exigir el cumplimiento de lo que espera recibir (*ex ante*) frente a lo que efectivamente recibe (*ex post*), en función a la oferta e información que previamente le fue proporcionada —lo cual no necesariamente hace referencia a la publicidad— además de las circunstancias y condiciones de la transacción; y, (ii) por otra, resalta el Deber del Proveedor de cumplir todas las expectativas legítimas y razonables que el consumidor origine en virtud a lo previamente ofrecido e informado y que aquello que recibirá, se ajuste a las circunstancias del caso, así como a la aptitud y naturaleza propia del producto o servicio para atender a la finalidad por la cual ha sido puesto en el mercado (2019: 455).

Sin perjuicio de lo expuesto, los precitados aportes doctrinarios, sólo obedecen a un aspecto sustantivo de esta especial categoría, omitiendo la naturaleza adjetiva o procesal de esta norma que se desprende desde una interpretación sistemática a partir de la lectura de los artículos 19°, 20° y 104° del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Atendiendo a lo expuesto, se desprende que los artículos 19°, 20° y 104° (en su primer párrafo), apuntan claramente que el proveedor será responsable por la falta de *idoneidad* de los bienes que traslada al mercado. No obstante,

no se debe perder de vista que la evaluación del *deber de idoneidad* será determinada por la atención de las garantías legales, explícitas e implícitas que circunscriben al bien, bajo un adecuado dinamismo probatorio que recae, en primer término, sobre el consumidor, a excepción de aquellas situaciones, donde la naturaleza procesal, demanda la inversión de la carga de la prueba y, en un segundo momento al proveedor, quien deberá acreditar que el bien es idóneo.

El precitado criterio fue desarrollado por la Sala Especializada en Protección al Consumidor a través de la Resolución 2547-2015/SPC-INDECOPI, en la cual se estableció que:

Si bien mediante Resolución 177-2012/SC2-INDECOPI, la Sala consideró que la existencia de una falla potencial en un producto constituía una infracción al deber de idoneidad, esta Sala considera necesario realizar un cambio de criterio, a fin de establecer que el análisis del deber de idoneidad, respecto de si el producto adquirido o servicio prestado corresponde a lo esperado por el consumidor, surge en tanto quede acreditado, en primer lugar, la existencia de fallas o desperfectos (sic).

En este apartado, es importante señalar que la exigencia probatoria descrita, no parte del arbitrio de la autoridad de consumo, sino que reposa en lo preceptuado en el artículo 162°, que establece que la carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio —contenido en el mismo cuerpo normativo— y preceptúa que corresponde a los administrados, aportar pruebas mediante la presentación de documentos y demás diligencias permites o aducir alegaciones.

Para Hernando Devis Echandía,

Si no existiera esta regla de juicio que faculta al juez para evitar el *non liquet* cuando falte la prueba, sería muy frecuente el fracaso del proceso y la consiguiente pérdida de tiempo, trabajo y dinero para el Estado y las partes. [...] La carga de la prueba es, por consiguiente, una medida imprescindible de sanidad jurídica y una condición *sine qua non* de toda buena administración de justicia (2019, 429).

Con mayor exhaustividad procesal, conviene recordar que, en razón al principio de la carga de la prueba, la responsabilidad de probar los hechos corresponde a quien los alega. De conformidad con lo expuesto, el artículo 173°

del Texto Único Ordenado de la Ley Nro. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo Nro. 004-2019-JUS y el artículo 196° del Código Procesal Civil, norma de aplicación supletoria a los procedimientos administrativos, establece la carga de los administrados de aportar pruebas en el procedimiento.

En tal medida, si un proveedor considera que el defecto acreditado en el procedimiento no le es imputable, deberá presentar los medios probatorios idóneos que permitan demostrar ello, más allá de la mera contradicción. Por tal motivo, corresponde determinar la responsabilidad de la entidad financiera por el hecho materia de denuncia.

En la misma línea de prioridades, sobre el desarrollo de la etapa de actuación probatoria que recae sobre las partes, la Sala Especializada en Protección al Consumidor, en reiterada jurisprudencia, a través de las Resoluciones 3230-2019/SPC-INDECOPI, 3229-2019/SPC-INDECOPI, 2826-2019/SPC-INDECOPI, 2412-2019/SPC-INDECOPI, 1134-2019/SPC-INDECOPI, 243-2018/SPC-INDECOPI, 219-2018/SPC-INDECOPI y 3232-2018/SPC-INDECOPI, ha resuelto que:

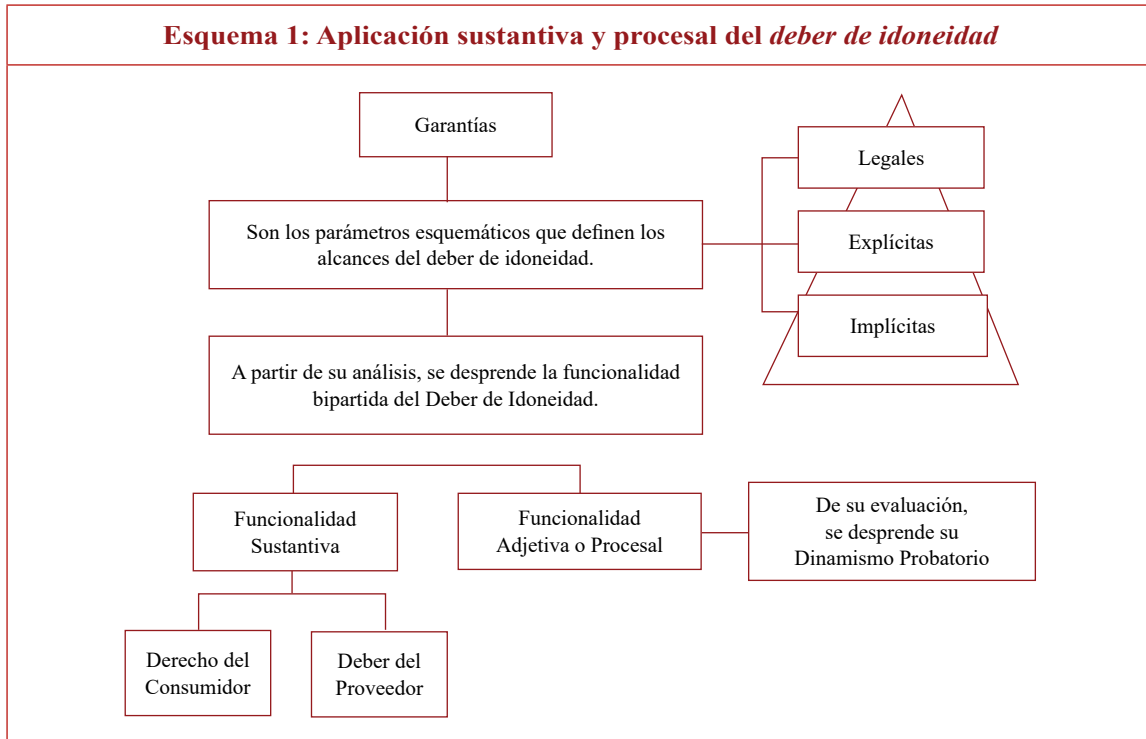
El supuesto de responsabilidad administrativa en la actuación del proveedor impone a este la carga procesal de sustentar y acreditar que no es responsable por la falta de idoneidad del bien colocado en el mercado o el servicio prestado, sea porque actuó cumpliendo con las normas debidas o porque pudo acreditar la existencia de hechos ajenos que lo eximen de responsabilidad. Así, una vez acreditado el defecto por el consumidor o la autoridad administrativa, corresponde al proveedor acreditar que este no le es imputable.

Sin embargo, el precitado artículo 104° desarrolla las exclusiones de responsabilidad del proveedor, frente a la acreditación de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure la ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de un tercero o la imprudencia del propio consumidor afectado.

A razón de lo precedido, se desprende que el *deber de idoneidad* es una categoría jurídica binaria que se bifurca en dos vertientes claramente diferenciadas: Un aspecto sustantivo y un aspecto adjetivo. Por una parte, encontramos un aspecto sustantivo que reconoce el derecho de los consumidores de adquirir y disfrutar de productos y servicios que cumplan con la aptitud por la cual fueron desplazados hacia el mercado; siendo deber de todo proveedor, cumplir con el compromiso legal, explícito o implícito que se adhiere a su oferta. Por otra, hallamos un aspecto adjetivo o procesal que establece las reglas y excepciones probatorias a efectos de arribar a la verdad material de los hechos materia de controversia.

A efectos de ilustrar esta postura, compartimos el siguiente esquema² que denota la esencia binaria, sustantiva y procesal del *deber de idoneidad*:

2 El esquema fue presentado por primera vez en: DAMIÁN MEDINA, O. *La interpretación del deber de idoneidad desde el análisis de la responsabilidad administrativa del proveedor y su impacto en el sistema de protección y defensa del consumidor*, Tesis presentada para optar por el título de Abogado por Universidad de San Martín de Porres, 2016.



REFLEXIONES DEL ALLANAMIENTO Y RECONOCIMIENTO A LA LUZ DEL DECRETO LEGISLATIVO NRO. 1308 Y LA DIRECTIVA NRO. 001-2021/COD-INDECOPI

Para Vicente Gimeno Sendra (2007: 254) «el allanamiento es un acto del demandado, por el que, manifestando su conformidad con la pretensión formulada por el demandante, pone fin al proceso, provocando la emisión de una resolución con todos los efectos de la cosa juzgada».

En la misma sintonía, Marianella Ledesma (2014, T. I, p. 438), destaca que:

El allanamiento es el negocio jurídico procesal unilateral del demandado a través del cual este acepta el petitorio de la demanda dirigida contra él por el demandante en el proceso». Asimismo, añade que, en el proceso civil, «La oportunidad para allanarse es dentro del plazo para contestar la demanda y la respuesta que provoca el allanamiento aprobado por el juez es en cualquier estado del proceso, previo a la sentencia. Si se realiza dentro del plazo para contestar la demanda genera la exoneración de gastos procesales (2014, T. I, p. 438).

A razón de ello, no debemos perder de vista, la importante anotación de Gimeno Sendra (2007: 255), cuando precisa que:

[...] dicho acto de disposición (allanamiento) puede ser total o parcial. Es total, cuando el demandado reconoce todas las pretensiones, declarativas y de condena, del actor y manifiesta su disposición a cumplir voluntariamente con todas las prestaciones. Es parcial, cuando dicho reconocimiento se limita a determinadas pretensiones (así, ante una pretensión mixta, el demandado reconoce la declarativa, pero no la de condena) y no a otras o cuando existiendo una sola pretensión la conformidad se circunscribe a un solo pronunciamiento (así a la principal de la condena, pero no a la de pago de intereses y costas) [...]. Tan solo el allanamiento total produce la finalización anormal del procedimiento [...], debiendo, en el parcial, continuar el procedimiento contra los demás.

Sin embargo, esta última referencia no debe ser confundida con el forzado concepto de *allanamiento* o *reconocimiento* parcial de una pretensión, el mismo que, de manera acertada y oportuna fue rechazado por la Sala Especializada en Protección al Consumidor a través de la Resolución 542-2021/SPC-INDECOPI, la misma que apoyada en

la Directiva Nro. 006-2017/DIR-COD-INDECOPI, actualmente derogada por la Directiva Nro. 001-2021/COD-INDECOPI, Directiva Única que regula los procedimientos de protección al consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, sostuvo que, cuando la infracción no ha sido reconocida en su totalidad, sino, en parte de ella, no corresponde aplicar la circunstancia atenuante prevista en el artículo 257°.2 literal a) del TUO de la LPAG, toda vez que, en estricto, no puede ser considerado como un reconocimiento de responsabilidad sobre la infracción imputada.

Por su parte, para Alberto Hinostrza (2018: 626), por medio del *reconocimiento*, el sujeto declara expresamente que acepta la pretensión y la certeza o autenticidad de los hechos y la fundamentación jurídica en que dicha pretensión se sustenta.

En el mismo escalafón de prioridades, el precitado Alberto Hinostrza, anota que:

Al igual que para el allanamiento, si el reconocimiento fuese parcial y se hubiesen desestimado en la sentencia las pretensiones no comprendidas en él, entonces, la condena del pago de costas y costos incide únicamente sobre aquellas pretensiones que hayan sido acogidas para el vencedor (que fueron objeto de reconocimiento), correspondiendo su pago al vencido. Ello se desprende del tercer párrafo del artículo 412. Además de la exoneración del pago de costas y costos por declaración judicial expresa y motivada (a la que alude la parte final del primer párrafo del art. 412), existe otra salvedad a la regla general, cual es, en el caso particular, la exoneración del pago de costas y costos de quien reconoce la demanda dentro del plazo para contestarla (art. 413 último párrafo) (2018: 631).

Examinadas cada una de las prerrogativas expuestas, conviene resaltar que, en el caso de nuestra legislación procesal de consumo, la Directiva Nro. 001-2021/COD-INDECOPI, denominada Directiva Única que regula los procedimientos de protección al consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, mediante el literal b) del artículo 29°, preceptúa –al igual que su antecesora– que «el allanamiento o reconocimiento puede abarcar la totalidad de las pretensiones o algunas de ellas; en este último caso, el procedimiento administrativo continúa respecto de aquellas pretensiones

no comprendidas en dicho allanamiento o reconocimiento».

Es importante señalar que, como consecuencia del *allanamiento* o *reconocimiento* de los proveedores denunciados en el marco de un procedimiento administrativo de protección al consumidor, los órganos resolutivos deberán tener en consideración las siguientes disposiciones:

1. El *allanamiento* o *reconocimiento* no impiden evaluar la procedencia de los hechos materia de denuncia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 108°, oportunamente modificado por los Decretos Legislativos 1308 y 1390, el mismo que reúne las razones de improcedencia de la denuncia, cuando: a) no exista legitimidad para obrar activa; b) no exista legitimidad para obrar pasiva; c) no exista una relación de consumo; d) si ha prescrito la facultad de la autoridad administrativa; e) si existe falta de interés para obrar; y, f) si el proveedor subsana corrige la conducta constitutiva de infracción administrativa con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos.
2. Sin perjuicio de la defensa que el proveedor ejerza sobre el fondo, se da por concluido el procedimiento con la resolución de determinación de responsabilidad del proveedor, estableciéndose la sanción, el dictado de medidas correctivas según corresponda y la inscripción del denunciado en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.

En la misma sintonía, la Sala Especializada en Protección al Consumidor, mediante la Resolución 483-2019/SPC-INDECOPI es enfática al señalar que:

No obstante, si el proveedor denunciado invoca el *allanamiento* o *reconocimiento* condicionado a que, primero, se realice un análisis respecto de sus alegatos de defensa, la Sala considera que corresponde desestimar aquella solicitud, por no ser directa, y en ese sentido pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

3. De igual forma, se precisa que, cuando el denunciado presente el *allanamiento* o *reconocimiento*, dentro del plazo para realizar sus descargos, se podrá imponer una amonestación. Asimismo, se dispondrá

la exoneración de costos del procedimiento, únicamente, si alcanza a todas las pretensiones del denunciante.

Al respecto, a través de la Resolución 327-2019/SPC-INDECOPI, la Sala precisa que «si el proveedor invoca el allanamiento y/o reconocimiento entre sus alegatos de defensa, el pedido –si es claro y expreso– debe surtir sus efectos, siendo que carece de objeto pronunciarse sobre tales alegatos en torno al fondo de la controversia».

4. Cuando el denunciado presente el allanamiento o reconocimiento, fuera del plazo para realizar sus descargos o del plazo de prórroga concedido para ello, necesariamente, se impondrá una sanción pecuniaria, sin perjuicio de la facultad de aplicar los criterios atenuantes al graduar la sanción. En estos casos no procede la exoneración del pago de los costos del procedimiento.

Sin menoscabo de lo expuesto, resulta pertinente repasar la jurisprudencia emitida por la Sala Especializada en Protección al Consumidor, en la cual, en un primer momento, a través de las Resoluciones 3115-2018/SPC-INDECOPI y 3523-2018/SPC-INDECOPI, reconoció que:

De conformidad con el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en los procedimientos de oficio promovidos por una denuncia de parte, cuando el proveedor se *allana* a la denuncia presentada o *reconoce* las pretensiones en ella contenidas, liminarmente se da por concluido el procedimiento por ese o esos extremos de la denuncia respecto de los cuales el proveedor pretende *allanarse* o *reconocer*, siendo que, bajo ese contexto, corresponde a la autoridad declarar fundada la denuncia.

Ahora bien, si el proveedor reconoce o se allana en la oportunidad en que debe presentar los descargos, corresponde a la autoridad, luego de declarar fundada la denuncia, amonestarlo y exonerarlo únicamente del pago de los costos del procedimiento. Por el contrario, si el *allanamiento* o *reconocimiento* fue presentado, luego o fuera del plazo en que el proveedor presentó sus descargos, la autoridad evaluará esta situación como atenuante para la graduación de la sanción y, de otro lado, no lo exonerará del pago de los costos del procedimiento.

Como es posible advertir, si bien, por un lado, la norma advierte la posibilidad de imponer una amonestación frente al *allanamiento* o *reconocimiento* del proveedor; por otro, la jurisprudencia que esgrime la Sala Especializada en Protección al Consumidor determinó, contrariamente a cualquier interpretación, que corresponde a la autoridad amonestarlo.

No obstante, años más tarde, a través de las Resoluciones 2405-2019/SPC-INDECOPI y 2404-2019/SPC-INDECOPI, el mismo colegiado, señaló –en una nueva versión– que:

[...] aceptar el allanamiento no implica imponer automáticamente una amonestación, sino que, en base a la evaluación del caso concreto, se estimará la posibilidad de imponer una multa pecuniaria, en cuyo caso se asignará a dicha figura un porcentaje determinado como atenuante de la infracción.

Indudablemente, este pronunciamiento deja en evidencia otro gran problema: La impredecibilidad de las resoluciones administrativas y el quebrantamiento del principio de confianza legítima en los procedimientos administrativos en protección al consumidor, el mismo que, bajo la comprensión de Rivero y Damián, deberá tenerse en cuenta que:

[...] este principio, pretende orientar la actividad de la autoridad administrativa hacia la certera comprensión de su actividad, los requisitos, gestión, plazo de demora y posibles respuestas que se podrían obtener a partir que se encuentra obligada a brindar información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo. De ese modo, la norma avizora que las actuaciones de la autoridad administrativa, serán congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas, siempre que obedezcan a la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que existan nuevos criterios que, debidamente fundamentados, se aparten de la predictibilidad en la que se enmarcaban. Bajo esta fórmula, el legislador pretende salvaguardar y preservar la seguridad jurídica del ordenamiento nacional, alejándolo de las posibles irregularidades que puedan mal encaminar la interpretación de las normas aplicables y la jurisprudencia (2019: 888-889).

En el mismo sentido, Rivero y Damián, añaden que:

La confianza legítima institucional de esta agencia de competencia, sólo se construirá sobre la uniformidad jurisprudencial que persiga cada una de las resoluciones que sus distintos órganos resolutivos centralizados y descentralizados emitan en cada una de sus instancias, alineados a la normatividad y los principios rectores vigentes que rigen nuestro Sistema de Protección y Defensa del Consumidor (2019: 892).

Retornando al punto medular de estudio, es importante informar al lector que, la «nueva» fórmula que trajo consigo el *allanamiento y reconocimiento*, así como otras variables al espíritu procesal del derecho de consumo en el Perú, no partieron de la Directiva Nro. 006-2017/DIR-COD-INDECOPI, Directiva que regula los procedimientos en materia de protección al consumidor, previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor; la misma que, en la actualidad, fue derogada por la Directiva Nro. 001-2021/COD-INDECOPI, Directiva Única que regula los Procedimientos de Protección al Consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, sino que yacen de la matriz que instauró el Decreto Legislativo Nro. 1308, denominado Decreto Legislativo que modifica el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Sin embargo, el énfasis de señalar que estamos frente a una «nueva» fórmula sobre el reconocimiento, surge a partir de las memorias que nos dejó el estudio de la jurisprudencia mediante la Resolución 3113-2013/SPC-INDECOPI, en la cual, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, asumiendo una interpretación en concordancia con el principio *in dubio pro consumidor*, consideró que, incluso cuando se verifique que el proveedor reconoció la veracidad de los hechos denunciados, no debe configurarse un perjuicio para el consumidor, toda vez que incurrió en una serie de gastos para interponer su denuncia por le corresponde válidamente que le sean devueltos. En ese sentido, resolvió en mayoría –con el voto de los vocales Julio Durand Carrión, Alejandro Rospigliosi Vega y Javier Zúñiga Quevedo– que:

[...] la interposición de un reconocimiento no debe traer como consecuencia que el denunciado sea exonerado del pago de las costas y costos del procedimiento a favor del consumidor. En ese orden de ideas, discrepa con el criterio adoptado por la Comisión en el sentido que la

interposición del reconocimiento no conlleva a dicha exoneración, no resultando aplicable al caso el artículo 413° del Código Procesal Civil.

En la misma sintonía, mediante la Resolución 3575-2012/SPC-INDECOPI, en referencia al *allanamiento*, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, resolvió también en mayoría, bajo las mismas consideraciones expuestas anteriormente frente a la interpretación del principio *in dubio pro consumidor*, con el voto de los mismos vocales, que:

[...] la interposición de un allanamiento no debe traer como consecuencia que el denunciado sea exonerado del pago de las costas y costos del procedimiento a favor del consumidor. En tal sentido, concuerda con el criterio adoptado por la Comisión en el sentido que no resulta aplicable el artículo 413° del Código Procesal Civil al caso [...].

Por lo ahora desarrollado, se advierte que el Decreto Legislativo Nro. 1308, no sólo abordó cambios sustanciales en la aplicación del *allanamiento* y reconocimiento, contrarios a los principios que alguna vez defendió la Sala Especializada en Protección al Consumidor, sino que además realizó diversas modificaciones a las competencias del Indecopi en materia de protección y defensa del consumidor sobre los procedimientos a su cargo³.

De igual forma, introdujo cambios a lo referido a la aplicación de las medidas cautelares, sanciones y los criterios de graduación de las sanciones administrativas, las medidas correctivas reparadoras, multas coercitivas por incumplimiento de mandatos, multas coercitivas por incumplimiento del pago de costas y costos, la competencia de los órganos resolutivos de procedimientos sumarísimos de protección al consumidor y, en especial, a la postulación del procedimiento, la incorporación de «nuevas» formas de conclusión anticipada del procedimiento de oficio, así como sus implicancias y la eliminación del recurso de revisión⁴.

3 De igual manera, el referido Decreto Legislativo, modificó algunos alcances del Decreto Legislativo Nro. 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, en el extremo referido a las Salas funcionales del Tribunal y la capacidad de conocer en consulta, los precedentes de observancia obligatoria emitidos por las Comisiones que interpretan de modo expreso y con carácter general, el sentido de la legislación en su competencia.

4 El recurso de revisión se encontraba destinado a atender

Aspectos positivos

Si bien, el Decreto Legislativo Nro. 1308 insertó diversas modificaciones que fueron objeto de duras críticas, resulta importante mencionar que preservó los procedimientos por incumplimiento de medidas correctivas, medidas cautelares, pago de costas y costos, así como los procedimientos por proporcionar información falsa, ocultamiento y negativa injustificada ante los requerimientos de la autoridad.

En el mismo camino de acierto, indirectamente, esta norma marcó un hito importante hacia la autorregulación que sólo existía en muy pocas propuestas empresariales y reforzó su estricto cumplimiento a través del empoderamiento que recibieron los procedimientos por incumplimiento de acuerdos conciliatorios o cualquier otro que, de forma indubitable, deje constancia de la manifestación de voluntad de las partes.

De ese modo, el diseño de esta norma insertó el primer punto de partida hacia la corregulación⁵ a través de la coexistencia entre la regulación estatal y el cumplimiento normativo o *compliance* y la autorregulación.

cuestiones de puro derecho frente al apartamiento de un precedente de observancia obligatoria o la incorrecta interpretación jurídica. El precitado mecanismo, se encontraba reservado para los procedimientos sumarísimos de protección al consumidor y, en su aplicación cotidiana, fue indebidamente calificado como una suerte de casación administrativa o tercera instancia y su resolución se encontraba a cargo de la Sala Especializada en Protección al Consumidor; no obstante, en la actualidad, los procedimientos sumarísimos de protección al consumidor, concluyen en segunda instancia ante la resolución final que emite la correspondiente Comisión de Protección al Consumidor, agotando de ese modo la vía administrativa. En evidente obediencia, la Sala Especializada en Protección al Consumidor a través de las Resoluciones 974-2017/SPC-INDECOPI, 160-2017/SPC-INDECOPI y 9-2017/SPC-INDECOPI, reafirmó lo expuesto por la norma, señalando que:

«En virtud del Decreto Legislativo Nro. 1308, Norma que modifica el Código de Protección y Defensa del Consumidor y que resulta de aplicación inmediata conforme a su única Disposición Complementaria Transitoria, el recurso de revisión ya no está contemplado en los procedimientos sumarísimos en materia de protección al consumidor a cargo del Indecopi como medio impugnatorio y, por ende, la Sala Especializada en Protección al Consumidor ya no tiene la facultad de conocerlo ni resolverlo».

5 «The groups can be wholly responsible for developing the self-regulatory instruments, monitoring compliance and ensuring enforcement, or they can work with government entities and other stakeholders in these areas, in a co-regulatory capacity. Co-regulation can be seen as being part of the continuum between self-regulation and government regulation. Self-regulatory schemes entailing some degree of Government involvement are common; the level of involvement, however, can vary significantly among schemes». OECD (2015: 11).

Ello, toda vez que, bajo el esquema actual, los procedimientos por incumplimiento de acuerdos conciliatorios, fuerzan la conciencia en el proveedor que acostumbraba a desatender sus promesas conciliatorias y, ahora, con mayor fuerza, se ven compelidos a su adecuado, estricto y oportuno cumplimiento si es que no quieren asumir el inicio de un procedimiento por incumplimiento que puede resultar más gravoso que un litigio sobre el fondo de la *litis*, a través de sanciones que parten desde una (1) hasta las doscientas (200) Unidades Impositivas Tributarias, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que corresponda.

En la misma retórica, quizás, la propuesta referida al *allanamiento* y *reconocimiento* se encuentre justificada en el hecho de acelerar los procedimientos llevados a cabo ante la autoridad administrativa; sin embargo, esta celeridad no puede ni debe ir en desmedro de un mecanismo de protección adecuada, acorde con los principios constitucionales⁶ que se desarrollan con motivo de nuestro sistema de protección y defensa del consumidor.

Aspectos negativos

De conformidad con lo expuesto, el artículo 29° de la Directiva Nro. 001-2021/COD-INDECOPI, concordante con el propósito al cual apunta el Decreto Legislativo Nro. 1308, detalla los alcances del *allanamiento* y *reconocimiento* del proveedor frente a una denuncia administrativa por infracción a los derechos de los consumidores, contenidos en nuestra normativa de tutela.

Si la invocación del proveedor denunciado se origina de manera oportuna, es decir, dentro el plazo que la autoridad otorga para presentar sus descargos⁷, se evaluará y determinará su responsabilidad, la misma que podrá

6 «El fin de esta regulación es proteger al público, pues en caso contrario, se situaría en indefensión o debilidad contractual. Son límites a la libertad derivados del derecho de los demás a la necesaria protección de la igualdad de las transacciones. Esta regulación del sujeto y de la actividad es una regulación conforme al mercado. La mayor parte de las veces la regulación tiende a preservar el buen funcionamiento del mercado, a asegurar o introducir competencia allí donde ésta no exista o esté amenazada» (ARIÑO ORTIZ, G, 2004: 296).

7 La norma es clara cuando señala que, en aquellos casos donde el denunciado presente el allanamiento o reconocimiento fuera del plazo para realizar sus descargos o del plazo de prórroga concedido, necesariamente, se impondrá una sanción pecuniaria, sin perjuicio de la facultad de aplicar los criterios atenuantes al graduar la sanción. Asimismo, se señala que, en estos casos, no procede la exoneración del pago de los costos del procedimiento.

desencadenar en una amonestación –siempre que el derecho infringido no se encuentre vinculado a la salud, vida, sustancias peligrosas y discriminación, en cuyo caso, la sanción siempre será pecuniaria– que será inscrita en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi, se dictarán las medidas correctivas que correspondan y se dispondrá la exoneración de costos del procedimiento (p.e., honorarios profesionales del abogado patrocinante), en este último caso, únicamente, si alcanza a todas las pretensiones del denunciante. Es de precisar que dicha exoneración no involucra las costas procedimentales, referidas al pago de la tasa por denuncia administrativa.

Conocidas las implicancias del *allanamiento* y *reconocimiento* en los procedimientos administrativos de protección al consumidor, coincidimos con el criterio esbozado por la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, a través de las anteriormente citadas Resoluciones 3113-2013/SPC-INDECOPI y 3575-2012/SPC-INDECOPI. Como el lector podrá recordar, el criterio apunta al propósito de ejercer una auténtica tutela de los derechos del consumidor, sustentando su interpretación en el principio *in dubio pro consumidor*, por el cual, resulta claro que el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores, de modo que, la defensa de sus derechos no debe configurar ningún perjuicio para el consumidor afectado, quien ya incurrió en una serie de gastos para interponer su denuncia, por lo que, corresponde válidamente que sean reembolsados.

El principio *in dubio pro consumidor* ha sido abordado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, a través de la sentencia emitida en el marco del Expediente 3315-2004-AA/TC, señalando que:

Dicho postulado o proposición plantea que los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado realicen una interpretación de las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de las mismas. En puridad, alude a una proyección del principio pro-consumidor.

Atendiendo a la premisa que debe ejercer el Estado, somos de la opinión que las razones que en algún momento llevaron a la Sala Especializada en Protección al Consumidor a reconocer el reembolso de los costos que ya fueron incurridos por el consumidor en

el inicio y desarrollo de un procedimiento administrativo (de naturaleza protectoria), reside en la imposibilidad fáctica y jurídica del accionante, quien no puede conocer por ningún medio, de qué forma su contraparte ejercerá su derecho de defensa.

En este acápite, es importante recordar que el ejercicio o la renuncia al derecho de contradicción es una *alea* que no resulta conocida ni conocible por el accionante⁸, con anterioridad a la notificación de imputación de cargos por parte de la autoridad judicial o administrativa, según corresponda. En ese sentido, podemos afirmar que el allanamiento, como manifestación de renuncia al derecho de contradicción es una decisión intrínseca –arbitraria, inmotivada, libre y unilateral– de la contraparte en el marco de una controversia.

Expuestas así las posibilidades de ejercicio o renuncia al derecho de contradicción de nuestra contraparte y que éstas son variables desconocidas por el accionante, debe tenerse en cuenta que, en materia de protección al consumidor, las partes envueltas en un conflicto de consumo, se encuentran en posiciones asimétricas que evidencian una situación de fragilidad cognoscitiva del agente más débil del mercado. Dicha situación, se manifiesta de múltiples formas, entre las cuales, se halla el desconocimiento cívico del consumidor, lo cual, conlleva a que muchas veces incurra en gastos de patrocinio legal por parte de un letrado especialista para la defensa de su causa.

En este punto, conviene recordar que la latente fragilidad cognoscitiva del agente más débil del mercado, se genera desde el momento en el cual:

El consumidor no está capacitado para defenderse espontáneamente ante un contrato con cláusulas abusivas, ante una publicidad que lo discrimina o ante una situación que viola su derecho a ser tratado con dignidad. La mayoría de las veces, ni siquiera sabe que está siendo engañado o abusado, otras veces podrá tener una sensación de injusticia o de opresión; pero por sí solo no podrá entender cuál de sus derechos está siendo afectado y qué puede hacer para defenderse (Zentner, 2009: 17).

⁸ Entiéndase, demandante en la vía civil o arbitral o denunciante en la vía administrativa, frente a los procedimientos administrativos de protección al consumidor.

Sin perjuicio de ello, cuando un imputado recibe una sanción menos gravosa, es propenso a repetirla, sea ignorando el cumplimiento de la norma o abusando de las deficiencias del sistema, como se advirtió en la endémica impredecibilidad de las resoluciones administrativas y la falta de aplicación de decisiones más drásticas ante la reincidencia y *reiterancia* de las conductas infractoras.

¿El allanamiento debe ser regulado obedeciendo a su funcionamiento en materia procesal civil o su aplicación debe ser completamente independiente?

En primer término, el lector debe recordar que:

El *allanamiento* es un mecanismo de defensa que se perfecciona con la declaración de voluntad y representa la renuncia parcial o total –según su invocación– al derecho de contradicción, sometiéndose a la pretensión que obra en su contra y abandonando toda posibilidad de defensa, que no da lugar a la conclusión del proceso sino a la sentencia subsiguiente (División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2014: 38).

Así, se desprende que el *allanamiento* parcial o total, no agota la relación jurídica procesal, toda vez que la extinción se produce sólo con la resolución que se expida en razón a la controversia y, por ningún motivo, exime al denunciante de probar los hechos en los que basa su pretensión, siendo que, incluso, puede desestimarse si no se logra acreditar de manera adecuada.

En referencia a la oportunidad, resulta claro que se buscaba que el *allanamiento* o reconocimiento, se realice en el primer acto procesal del denunciado a través de la presentación de descargos, a efectos de no ocasionar mayores dilataciones en el procedimiento y este pueda ser resuelto de manera más expeditiva. Por ese motivo, la autoridad reconoce su sinceridad, con una sanción no pecuniaria a través de una amonestación; caso contrario, como la misma norma lo señala, la sanción tendrá un corte patrimonial aminorado, mediante la imposición de una multa que se verá reducida por el atenuante que la norma confiere.

Situación contraria se aprecia sobre el segundo punto de la norma, donde se advierte la omisión de supuestos de improcedencia o denegatoria

del *allanamiento*, como sí lo hace el Código Procesal Civil y que incluso no debieron verse aminorados mediante atenuantes, frente a supuestos de discriminación, vida, salud y sustancias peligrosas, sino que además debió contemplar mayores supuestos que se desprenden de la lectura de la norma adjetiva anteriormente descrita en contraste con la normativa de consumo, cuando señala que no procederá cuando el conflicto de intereses afecte el orden público, las buenas costumbres o se haga referencia a derechos indisponibles.

De esa manera, el *allanamiento* o reconocimiento no deberá proceder cuando estemos frente a casos de contenido cuasidelictual (p.e., cuando existe la falsificación de documentos que obligan al consumidor a asumir prestaciones que no pactó o el llenado de letras en blanco); cuando dañe la dignidad del consumidor en supuestos más allá de la discriminación⁹ o trato diferenciado ilícito, frente a métodos abusivos de cobranza; cuando se desvíe o impida al consumidor poder acceder a cualquier mecanismo autocompositivos o heterocompositivos que propicia el sistema de justicia de consumo¹⁰; cuando la conducta es sistemáticamente reiterativa sobre información¹¹, salud y seguridad¹², en atención al mandato del artículo 65^o; cuando la conducta contravenga el deber de inocuidad alimentaria y derive en un supuesto de idoneidad al poner en riesgo la salud e integridad del consumidor;

9 Cabe recordar que, «[...] el consumidor tiene derecho a recibir un trato equitativo basado en causas objetivas y no en sus características personalísimas como son la raza, el género, nivel socioeconómico, entre otros» (FERRAND RUBINI, 2004: 66).

10 «Estos sistemas de resolución de conflictos, generan certidumbre para las partes y, obviamente, dichas certezas se transfunden al mercado. Un mercado con reglas de juego que permita el equilibrio de las partes entre consumidores y proveedores –e incluso entre proveedores entre sí, atendiendo a un plano más extenso desde otro enfoque del Derecho– es un mercado confiable y justo. Si la posibilidad del consumidor de solucionar sus conflictos es baja, entonces la credibilidad del mercado es baja, las actitudes de los proveedores tenderán al incumplimiento y los beneficios del intercambio no llegarán a alcanzar en forma adecuada el bienestar de la sociedad» (AMAYA AYALA, L., 2003: 22-23).

11 «La eficacia y suficiencia de la información afecta también al contenido. De ahí que se distinga dos fases en la información: Una precontractual, que entrañará la aportación de todos los datos exigidos por la Ley y una posterior, referida a la información sobre cada producto, que quedaría concreto en la fase de ejecución del contrato». (REYES LÓPEZ, María José, 1999: 271).

12 «El deber de seguridad de los empresarios, tiene que ver con la obligación de poner en el mercado, los productos y servicios, en condiciones tales que no ocasionen daños al consumidor, en su persona o en sus bienes» (STIGLITZ, G., 1998: 15).

cuando se contravenga los derechos de los consumidores en servicios esenciales, tales como la educación; entre otros.

No menos importante, frente al último aspecto que se desprende frente al *allanamiento* o reconocimiento formulados con la presentación de los descargos del proveedor, creemos que no debe exonerarse al denunciado del pago de los costos del procedimiento, toda vez que, como hemos señalado con anterioridad, el desconocimiento cívico del consumidor, conlleva a que muchas veces incurra en gastos de patrocinio legal por parte de uno o más abogados especialistas para la defensa de su causa. De negarse el reembolso de los costos, éste sólo constituirá un gasto no previsto ni reembolsable para el accionante, lo cual generará una pérdida para éste y una inminente contravención a su derecho de defensa¹³, incidiendo directamente en el deber constitucional del Estado de defender y proteger el interés de los consumidores y usuarios en el marco de una economía de mercado¹⁴.

A razón de todo lo expuesto, las figuras del *allanamiento* y reconocimiento, deben ser reguladas sobre las bases del Código Procesal Civil pero adecuada a la realidad situacional de desequilibrio que ocupan las partes en el marco de una relación y conflicto de consumo.

13 En este apartado, cabe recordar que, anteriormente, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI, mediante las Resoluciones 2165-2014/SPC-INDECOPI, 1955-2014/SPC-INDECOPI y 1981-2014/SPC-INDECOPI, señaló que:

- El objeto del pago de costas y costos es reembolsar a la parte denunciante, los gastos en que se vio obligada a incurrir para acudir ante la Administración a denunciar el incumplimiento de la norma por parte del infractor. Por ello, las costas y costos asociados al procedimiento deben ser asumidos por la parte cuya conducta dio origen al procedimiento.
- Atendiendo a ello, la doctrina señala que los costos y costas son un conjunto de desembolsos dinerarios efectuados por un proceso determinado que guardan con éste relación de causalidad y necesidad. En términos generales, la condena en costas y costos merece un juicio favorable desde el punto de vista del derecho de acceso a la justicia por actuar como incentivo para el ejercicio de las pretensiones fundadas, al tiempo que evita, que se presenten aquellas otras con escasa consistencia jurídica, y regidas por la mala fe o temeridad.

14 «La economía de mercado, según la versión de sus corifeos neoconservadores, es la designación del orden espontáneo en el que suceden las acciones deliberadas y propósitos individuales que hacen que la vida en sociedad se desarrolle en forma tal que todos los individuos, en determinado momento, lleguen a cooperar entre sí y satisfacer sus necesidades con economía de recursos». MOSSET ITURRASPE, J. y SOTO COAGUILA, C., 2004: 105).

¿A quién beneficia el «nuevo» concepto de allanamiento instaurado en el Código de Protección y Defensa del Consumidor?

En principio, la modificatoria del numeral 3 del artículo 112° de la Ley Nro. 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, a partir del Decreto Legislativo Nro. 1308 y su reafirmación a partir del Decreto Legislativo Nro. 1390, no puede ser vista desde una sola perspectiva, sino desde múltiples puntos de vista.

A cualquier justiciable –y, en este caso en concreto, el consumidor– no le interesa obtener un papel digno de enmarcar que señale que su caso resultó favorable y que se dictará –de haber sido declarada fundada la acción, a partir de la evaluación del caso y los medios probatorios que obran– una medida correctiva reparadora en su beneficio, sino que además se debe perseguir que éste no asuma ningún perjuicio en razón a su legítimo derecho de defensa, el cual puede ser propia o cautiva.

Conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída a la luz del Expediente 52-2010-PA/TC, el *allanamiento* no supone la exoneración del reembolso de los costos procesales a la parte vencedora, toda vez que, con ello, se busca reponer las cosas al estado anterior a la eventualidad lesiva, siendo que además, se protege el derecho contractual que existió entre el accionante con sus abogados y el respeto por la labor prestada por los patrocinantes, quienes desplazaron tiempo y esfuerzo para la consecución del éxito obtenido.

Sin embargo, cualquiera que sea la óptica desde la cual se pretenda evaluar esta norma, es claro que, con la excesiva emoción que produce resolver casos de manera más célere y expeditiva, se dejó de lado aspectos fundamentales sobre los cuales no debería proceder el *allanamiento* y se generó incentivos para los proveedores que buscan beneficiar al Estado y que terminaron por convertir a la protección en «desprotección» para los consumidores y más aún en pilares tan fundamentales como el derecho a la información y *deber de idoneidad*.

CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

El *deber de idoneidad* es una categoría jurídica binaria que se bifurca en dos vertientes claramente diferenciadas: Un aspecto sustantivo y un aspecto adjetivo. Precisamente, en este último aspecto, nuevos cuerpos legales redirigieron la práctica jurisprudencial administrativa sobre el desarrollo jurídico de nuestro sistema de protección y defensa del consumidor, afectando la aplicación del *deber de idoneidad*, confinándolo hacia una situación crítica, a partir de la inserción del *allanamiento* y el *reconocimiento* de la responsabilidad administrativa del proveedor en el marco de un procedimiento administrativo.

Sobre este último punto, debemos señalar que, probablemente, la propuesta referida al *allanamiento* y *reconocimiento* se encuentre justificada en el hecho de acelerar los procedimientos llevados a cabo ante la autoridad administrativa; sin embargo, esta celeridad no puede ni debe ir en desmedro de un mecanismo de protección adecuada, acorde con los valores constitucionales y principios que consagra nuestro sistema de protección y defensa del consumidor.

Aventurándonos a calcular fríamente las posibles consecuencias de esta norma, creemos que, si bien, un efecto positivo del *allanamiento* y *reconocimiento* es la disminución de la carga procesal para la resolución de conflictos de consumo, no lo es para su prevención. De ese modo, advertimos que el impacto que engendra el Decreto Legislativo Nro. 1308, nos lleva a comprender que, con este nuevo rumbo, nuestro sistema de tutela perdió la perspectiva de proteger y defender el interés de los consumidores. Sin perjuicio de ello, consideramos que el diseño de esta norma, no es del todo negativo, toda vez que engendró el primer punto de partida hacia la corregulación a través de la coexistencia entre la regulación estatal y el cumplimiento normativo o *compliance* y la autorregulación.

En ese escalafón de prerrogativas, coincidimos con el criterio esbozado por la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, a través de las Resoluciones 3113-2013/SPC-INDECOPI y 3575-2012/SPC-INDECOPI que apuntaban al propósito de ejercer una auténtica tutela de los derechos

del consumidor, en base a la interpretación del principio *in dubio pro consumidor*.

Ello, toda vez que, frente a la contravención de los derechos del consumidor –por ejemplo, al *deber de idoneidad*– el ejercicio o la renuncia al derecho de contradicción es una «alea» que no resulta conocida ni conocible por el accionante, con anterioridad a la notificación de imputación de cargos por parte de la autoridad, lo cual, sumado al desconocimiento cívico del consumidor, conlleva a que muchas veces, este agente incurra en gastos de patrocinio legal para la defensa de su causa, con lo cual, de negarse el reembolso de los costos, éste sólo se constituirá como un gasto no previsto ni reembolsable, lo cual generará una pérdida y una inminente contravención a su derecho de defensa.

Finalmente, no debemos omitir que, cuando un imputado recibe una sanción menos gravosa, es propenso a repetirla, sea ignorando el cumplimiento de la norma o abusando de las deficiencias del sistema, como se advirtió en la endémica impredecibilidad de las resoluciones administrativas y la falta de aplicación de decisiones más drásticas ante la reincidencia y *reiterancia* de las conductas infractoras, lo cual genera a todas luces, un quebrantamiento importante en nuestro sistema de protección y defensa del consumidor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

AMAYA AYALA, Leoni. (2003). “La letra pequeña que nadie lee. Sistemas de control contra las cláusulas abusivas”. En: *Actualidad Jurídica*, 120.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. (2004). *Principios de derecho público económico*. Lima, Ara Editores.

BACA ONETO, Víctor. (2013). *Protección al consumidor*. Lima, S/Ed.

DAMIÁN MEDINA, Omar Alfredo. (2019) “Análisis de las instituciones del comercio electrónico a la luz del Código de Protección y Defensa del Consumidor Peruano”, en *Tratado de Protección y Defensa del Consumidor*. Lima, Instituto Pacífico.

DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA. (2014). *El Código Procesal Civil explicado en su Doctrina y Jurisprudencia*. t. II. Lima, Gaceta Jurídica.

ECHANDÍA, Hernando Devis. (2019). *Teoría general de la prueba judicial*. T. I. 6ta Ed. Bogotá, Temis S.A.

FERRAND RUBINI, Enrique et. al. (2004). *Ley de Protección al Consumidor. Comentarios, precedentes jurisprudenciales y normas complementarias*. Lima, Rodhas.

GARCÍA-CRUCES, José Antonio. (2014). *Finalidad y ámbito de aplicación de la competencia desleal, en Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, T. II. Valencia, Tirant Lo Blanch.

GIMENO SENDRA, Vicente. (2007). *Derecho procesal civil*. T.I. 2da Ed. La Coruña, Colex.

HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. (2018). *Compendio de derecho procesal civil*. T. I. Lima, Moreno S.A.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. (2014). *Estudios críticos de derecho procesal civil y arbitraje*. T. I. Lima, Gaceta Jurídica.

MOSSET ITURRASPE, Jorge y SOTO COAGUILA Carlos. (2004). *El contrato en una economía de mercado*. Lima, Normas Legales.

OECD (2015). «Industry self-regulation: Role and use in supporting consumer interests». OECD Digital Economy Papers, 247, Paris, OECD Publishing, 11. <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5js4k1fjqkwh-en.pdf?expires=1624207912&id=id&accname=guest&checksum=B3089586210169D58AABE536C9E9E071>

REYES LÓPEZ, María José, et. al. (1999). *Derecho de consumo*. Valencia, Tirant lo Blanch.

RIVERO NIETO, Alfredo Daniel y Omar Alfredo, DAMIÁN MEDINA. (2019) “La importancia del principio de confianza legítima en la tutela administrativa de la protección al consumidor”, en *Tratado de Protección y Defensa del Consumidor*. Lima, Instituto Pacífico.

STIGLITZ, Gabriel (1998). *Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios*. Rosario-Santa Fe, Editorial Juris.

STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino, et. al. (2006). *Normas de la publicidad en defensa del consumidor*. Lima, Rodhas.

ZENTNER, Diego, et. al. (2009). *Manual de derecho del consumidor*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Tesis

DAMIÁN MEDINA, Omar Alfredo. (2016). “La interpretación del deber de idoneidad desde el análisis de la responsabilidad administrativa del proveedor y su impacto en el sistema de protección y defensa del consumidor”, tesis presentada para optar por el título de Abogado por Universidad de San Martín de Porres.

HOWARD DEJO, Paul Iván. (2010). “Los deberes de protección a favor del deudor-consumidor: ¿Exceso de protección del Estado o la obligación como medio efectivo de cooperación intersubjetiva?” presentada para optar por el grado de Magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LIZAFERRARI, Ghianella Arlette. (2018). “El Procedimiento de Protección al Consumidor que se sigue ante el Indecopi por denuncia de parte debe ser trilateral y no sancionador” presentada para optar por el grado de Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Legislación

Congreso de la República. (1993, 22 de abril). Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil. Diario Oficial El Peruano.

Congreso de la República. (1993, 29 de diciembre). Constitución Política del Perú. Diario Oficial El Peruano.

Congreso de la República. (2001, 11 de abril). Ley del Procedimiento Administrativo General. Diario Oficial El Peruano.

Congreso de la República. (2008, 25 de junio). Decreto Legislativo Nro. 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi. Diario Oficial El Peruano.

Congreso de la República. (2010, 2 de setiembre). Código de Protección y Defensa del Consumidor. Diario Oficial El Peruano.

Congreso de la República. (2016, 30 de diciembre). Decreto Legislativo Nro. 1308, Decreto Legislativo que modifica el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Diario Oficial El Peruano.

Congreso de la República. (2018, 5 de setiembre). Decreto Legislativo Nro. 1390, Decreto Legislativo que modifica el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Diario Oficial El Peruano.

Congreso de la República. (2019, 25 de enero). Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Diario Oficial El Peruano.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2017, 2 de mayo). Directiva Nro. 006-2017/DIR-COD-INDECOPI, Directiva que regula los Procedimientos en materia de Protección al Consumidor Previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Diario Oficial El Peruano.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2017, 28 de abril). Directiva Nro. 005-2017/DIR-COD-INDECOPI, Directiva que regula el Procedimiento Sumarísimo en materia de Protección al Consumidor previsto en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Diario Oficial El Peruano.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2018, 2 de marzo). Directiva N° 004-2018/DIR-COD-INDECOPI que modifica el numeral 4.3 Calificación de la denuncia, de la Directiva N° 006-2017/DIR-COD-INDECOPI. Diario Oficial El Peruano.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2018, 31 de mayo). Directiva Nro. 005-2018/DIR-COD-INDECOPI, Directiva que modifica el numeral 4.5.1 «Imprudencia de la Denuncia» de la Directiva Nro. 006-2017/DIR-COD-INDECOPI, denominada «Directiva que regula los procedimientos en materia de protección al consumidor pr. Diario Oficial El Peruano.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2021, 30 de abril). Directiva Nro. 001-2021/COD-INDECOPI, Directiva Única que Regula los Procedimientos de Protección al Consumidor Previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Diario Oficial El Peruano.

Jurisprudencia peruana del Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia emitida en el marco del Expediente 3315-2004-AA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia emitida en el marco del Expediente 52-2010-PA/TC.

Jurisprudencia peruana de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi

Resolución 542-2021/SPC-INDECOPI
Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/f0ef67cf-8668-481e-a3d3-1e98598f75ea>

Resolución 3230-2019/SPC-INDECOPI
Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/2d1bce49-bd17-4660-9f80-baf31541e967>

Resolución 3229-2019/SPC-INDECOPI
Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/db02691b-e958-47fb-881f-82d4bfa4a87a>

Resolución 2826-2019/SPC-INDECOPI
Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/607b2144-bd69-46bf-aae5-3f0194abd21d>

Resolución 2412-2019/SPC-INDECOPI
Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/9baa2e4b-b3aa-40fc-b213-950932c8fd52>

Resolución 2404-2019/SPC-INDECOPI

Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/45902f73-5a3b-4995-92de-c8128ddd81a7>

Resolución 1134-2019/SPC-INDECOPI

Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/2ccf4e92-4f5c-429c-83dd-81e3bd46ade7>

Resolución 483-2019/SPC-INDECOPI

Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/9037d7be-c007-41ff-9718-1e083d3c56ce>

Resolución 327-2019/SPC-INDECOPI

Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/b77d8447-242c-4e3f-8588-c846c174f7ee>

Resolución 3232-2018/SPC-INDECOPI

Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/0ed9098c-65bf-4dfc-b002-d28aad8e187a>

Resolución 3523-2018/SPC-INDECOPI

Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/d6159500-be7d-4af6-8066-e95d0f40ebac>

Resolución 3115-2018/SPC-INDECOPI

Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/cc6c4172-db51-4009-bfed-1f31de3af64b>

Resolución 243-2018/SPC-INDECOPI

Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/4a50b2f5-0bfb-4732-a926-a3f1636a2d4e>

Resolución 219-2018/SPC-INDECOPI

Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://>

SpacesStore/384354be-bf28-426d-9872-b22f4879ea8b

Resolución 974-2017/SPC-INDECOPI

Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/5af3e577-c598-4eed-8774-79c0e45f8bdb>

Resolución 160-2017/SPC-INDECOPI

Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/141633b3-9f1e-45e9-8c1d-780c4f99067b>

Resolución 9-2017/SPC-INDECOPI

Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/628dbb88-c03c-41b1-b3e2-cba2dd686cd9>

Resolución 2547-2015/SPC-INDECOPI

Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/43de10a7-4a52-44d5-a2e5-c0fe87d92337>

Resolución 2165-2014/SPC-INDECOPI

Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/bel44aad-9e7d-4c5c-9419-74aef164b18b>

Resolución 1955-2014/SPC-INDECOPI

Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/c8bb591e-f569-4d4a-9b79-a180fddd3b68>

Resolución 1981-2014/SPC-INDECOPI

Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/fc2811cb-b605-4233-ad83-a619988070e1>

Resolución 3113-2013/SPC-INDECOPI

Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/e6403d34-dc6a-486e-aeb5-fac2f3ef691>

Resolución 3575-2012/SPC-INDECOPI

Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/b30ae808-0bb0-49eb-a59f-198e753d248a>

Resolución 177-2012/SC2-INDECOPI

Enlace: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/d28439dd-1f5e-4c03-a0fc-8a45a5b3cabd>

DERECHOS HUMANOS

UNA CRÍTICA A LA CONFIGURACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL PERÚ

A CRITICISM TO THE CONTENT CONFIGURATION OF THE RIGHT TO DIGITAL DISCONNECTION IN PERÚ

Fátima Deyanira Arrivasplata Reyes
Poder Judicial - Corte Superior de Justicia de Lima
ORCID: 0000-0002-8911-2775
f.arrivasplata.dr@gmail.com
Perú

DOI: 10.24265/VOX JURIS.2023.v41n1.08

Recibido: 30 de septiembre de 2022

Aceptado: 2 de junio de 2022

SUMARIO

- Introducción.
- Reflexiones de la doctrina en torno a la configuración del contenido del derecho a la desconexión digital.
- Precedentes en el ámbito comparado: Experiencias legislativas previas en Francia, Italia, España, Chile y Argentina.
- El derecho a la desconexión digital en la normativa peruana.
- Acerca de la positivización del derecho en examen: una necesidad.
- Bienes jurídicos protegidos por la desconexión digital.
- Sobre la configuración del contenido del derecho a la desconexión digital en el ordenamiento jurídico nacional.
- Conclusiones.
- Referencias.

RESUMEN

A pesar de la positiva intervención normativa peruana en el ámbito del derecho a la desconexión digital regulado en la modalidad del trabajo remoto y en el nuevo marco normativo del teletrabajo a través del Decreto de Urgencia 127-2020, del Decreto Supremo 004-2021-TR y del Proyecto de Ley 5408/2020-CR, se advierten, no obstante, algunas

deficiencias en cuanto a la configuración del contenido del derecho en referencia. En ese escenario y desde una perspectiva crítica, se estudia el derecho a la desconexión digital bajo el propósito de mejorar los dispositivos precitados, en suficiencia para el tercero y en claridad para el segundo. El resultado de la investigación formula, respecto del Proyecto de Ley 5408/2020-CR, un deber de garantía a cargo del empleador encaminado a asegurar el ejercicio efectivo de la desconexión digital, en tanto que para el Decreto Supremo 004-2021-TR se postula un uso empresarial razonable de tales herramientas tecnológicas fuera de la jornada de trabajo conciliando el uso empresarial extra jornada de las Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones [NTICs] a efectos laborales y el deber de garantía de la desconexión digital. En lo metodológico, la investigación de enfoque cualitativo y método teórico fundamentado en el estudio sistemático de la cuestión incluyó el de la doctrina pertinente al caso y el de la normativa nacional; luego, una vez alcanzada la saturación del estudio de las deficiencias en la normativa nacional antes señaladas, se llegó a la emergencia de las propuestas de suficiencia y conciliación, debidamente fundamentadas en los datos analizados.

PALABRAS CLAVE

Bienes jurídicos protegidos; Deber empresarial de garantía; Derecho a la desconexión digital; Riesgos psicosociales; Uso razonable de las NTICs.

ABSTRACT

Despite the positive peruvian normative intervention in the field of the right to digital disconnection regulated in the modality of remote work, and, in the new regulatory framework of telework, through the Decreto de Urgencia 127-2020, Decreto Supremo 004-2021-TR and of the Proyecto de Ley 5408/2020-CR, some deficiencies are noted, however, regarding the configuration of the content of the right in reference. In this scenario and from a critical perspective, the right to digital disconnection is studied with the aim of improving the devices, in sufficiency for the third and in clarity for the second. The result of the investigation formulates, within respect to Proyecto de Ley 5408/2020-CR, a guaranteed duty in charge of the employer aimed at ensuring the effective exercise of digital disconnection, while for Decreto Supremo 004-2021-TR it postulates a reasonable business use of such technological tools outside the working day, conciliating the extra-day business use of the NICTs for employment purposes and the duty to guarantee digital disconnection. In methodological terms, the research with a qualitative approach and theoretical method based on the systematic study of the issue, included that of the relevant doctrine to the case and that of the national regulations; then, once the study of the deficiencies in the national regulations was saturated, the adequacy and reconciliation proposals emerged, duly based on the data analyzed.

KEYWORDS

Protected legal assets; Business guarantee duty; Right to digital disconnection; Psychosocial risks; Reasonable use of New Information and Communication Technologies.

INTRODUCCIÓN

La inserción de las NTICs en la sociedad y en el ámbito del trabajo así como los beneficios que ellas reportan en términos de agilidad en el flujo de información y conexiones interpersonales sincrónicas, sin duda constituye un lugar común y de cotidiana realidad. Enfocando este escenario en el marco de la gestión informatizada de las relaciones laborales, el trabajador, de ordinario, se encuentra en un estado de continua conexión

respecto a las cuestiones laborales, llegando a difuminarse las barreras que demarcaban el tiempo de trabajo del de descanso dedicado a su vida personal o familiar, comprometiendo negativamente importantes bienes jurídicos fundamentales, como la salud, privacidad, descanso, la conciliación entre la vida profesional y personal, entre otros. En efecto, gracias a las herramientas tecnológicas hoy existentes, se ha facilitado el acceso a todo lo concerniente al trabajo así como la deslocalización espaciotemporal del centro o puesto laboral, vislumbrándose una situación de intensificación del ritmo y carga de trabajo que a la par dificulta al trabajador su desenganche de las responsabilidades laborales, agudizándose ello en el terreno de las modalidades de trabajo a distancia, prevalentes hoy a raíz de la pandemia COVID-19. En esta realidad, el Perú no es la excepción. La dimensión de la problemática laboral y sanitaria ha propiciado la regulación de la modalidad temporal del trabajo remoto a través del Decreto de Urgencia 026-2020 y su norma de desarrollo recaída en el Decreto Supremo 010-2020-TR, conformantes del paquete de medidas adoptadas por el Gobierno peruano con la finalidad de frenar la propagación del coronavirus.

En ese contexto, la problemática generada por la hiperconectividad digital que afecta a los trabajadores ha conllevado el reconocimiento del derecho a la desconexión digital por medio de respuestas legales, primero, en algunos países de la Unión Europea como Francia, Italia y España y luego en otros de Latinoamérica, como el Perú. Es así como el 1 de noviembre de 2020 se publicó oficialmente el Decreto de Urgencia 127-2020 en virtud del cual se consagró el referido derecho en el contexto del trabajo remoto; luego, y bajo el propósito de alcanzar una mayor concreción de la regulación primigenia sobre aquel, a inicios del año en curso se difundió el Decreto Supremo 004-2021-TR estableciendo los lineamientos para su aplicación. A posteriori, el pleno del Congreso aprobó el Proyecto de Ley 5408/2020-CR que propone en texto sustitutorio, la «Ley del teletrabajo», aplicable para el sector público y privado, en virtud del cual también se previó el derecho en comentario a favor del teletrabajador.

Así pues, si bien se considera que la regulación nacional en materia de desconexión digital

representa una progresión en la tutela de diversos derechos fundamentales laborales a través de la delimitación del tiempo de trabajo, también se advierten algunas deficiencias en la configuración del contenido del derecho en referencia. La primera de ellas, concretada en la insuficiencia advertida sobre ese particular en el Proyecto de Ley 5408/2020-CR por cuanto, y a criterio propio, la sola estipulación de un deber atribuible al empleador de no exigir a su contraparte la reanudación del contacto con los asuntos laborales durante sus horas de descanso, no se ajusta suficientemente al cumplimiento de la finalidad tuitiva del derecho bajo examen.

La segunda, se concreta en una aparente contradicción advertida en el Decreto Supremo 004-2021-TR respecto al uso extrajornada de las NTIC por el empleador con fines laborales y el cumplimiento del deber de garantía ahí previsto, enfocado en asegurar el ejercicio efectivo de la desconexión digital. A resultas de lo anterior, se plantea la pregunta de investigación siguiente: ¿De qué manera se puede contribuir a la mejora de la configuración del contenido del derecho a la desconexión digital en las deficiencias identificadas?

En atención a esta problemática, es propósito de este estudio, respecto a la primera deficiencia, contribuir a la suficiencia en la configuración del contenido del derecho en estudio mediante una propuesta de obligación empresarial de garantía en el ámbito de la desconexión digital. Ahora, en relación a la segunda de ellas, esta investigación se dirige a formular una propuesta interpretativa conciliatoria sobre la posibilidad de un uso razonable de las NTIC por parte del empleador fuera de la jornada de trabajo, proponiéndose así determinadas medidas concretas dirigidas a garantizar la desvinculación tecnológica del trabajador durante sus horas de descanso.

La relevancia de las propuestas derivadas de esta breve investigación estriba en que a través de ellas se potencia la adecuada actuación del derecho en análisis y por ende, el efectivo disfrute de bienes jurídicos fundamentales tales como el derecho al descanso, a la intimidad y a la seguridad y salud en el trabajo -por nombrar los aquí tratados-, previniéndose de ese modo el recorte de la finalidad tutelar del derecho en estudio, lo que a su vez redundará en favor no

solo de los trabajadores sino de la contraparte empleadora, en la medida que la desconexión digital, a causa de los bienes que protege, también representa un factor potenciador de la productividad y del rendimiento de aquellos.

En la investigación teórica se empleó un método que, una vez identificada la problemática, se enfocó en la consulta literaria y normativa nacional e internacional pertinentes al tema, relacionándolas con el criterio propio en la búsqueda de soluciones a las cuestiones planteadas, señalándose las contribuciones de las propuestas en el capítulo VII. La metodología se enmarca en un estudio de enfoque cualitativo interpretativo con observación bibliográfica como medio de recolección de datos, analizándose la teoría y la normativa nacional buscando relaciones y su significado con la realidad laboral peruana.

REFLEXIONES DE LA DOCTRINA EN TORNO A LA CONFIGURACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

Con la finalidad de abordar el objeto de esta investigación, se considera necesario partir de algunas reflexiones que la doctrina especializada en el tema ha introducido sobre el contenido del derecho a la desconexión digital. Efectivamente, para un sector de esta, el derecho en estudio constituye un poder de autodeterminación del trabajador que lo habilita a decidir su conexión o desconexión de los dispositivos digitales vinculados con los asuntos laborales, postura no exenta de críticas como ya se advertirá en los párrafos siguientes.

Ahora bien, junto a dicha posición, concurre otra que en síntesis sugiere el encuadramiento de la desconexión digital, más que en un derecho del trabajador, en una auténtica obligación empresarial, asignándosele así un rol activo a la parte empleadora en lo que concierne al cumplimiento del propósito tutelar predicable del desenganche tecnológico en el ámbito laboral, en la medida que la aludida garantía puede verse afectada si se le traslada íntegramente al trabajador la asunción diligente de la responsabilidad sobre su disponibilidad conectiva respecto de las cuestiones laborales durante su tiempo libre, dada la subordinación estructural connatural al contrato de trabajo.

De otro lado, en los párrafos siguientes se expone otro punto de vista que podría reputarse complementario en relación a la postura anteriormente descrita y desde la cual es factible concebirse a la desconexión digital como el derecho que confiere a su titular la posibilidad de oponerse a permanecer en el entorno organizativo empresarial durante su tiempo libre, enlazándose correlativamente con una obligación del empleador traducida en abstenerse de entablar con su contraparte cualquier tipo de comunicación con fines laborales tras la finalización de la jornada, así como de llevar a cabo toda práctica que entorpezca el adecuado disfrute del tiempo de descanso, calificándose de antijurídicas tales conductas empresariales invasivas; ello, sin desatender el enfoque que propugna que a la par del comentado deber del empleador se encuentra el deber de colaboración que le corresponde asumir al trabajador, encaminado a hacer un uso prudente y razonable de las herramientas digitales utilizadas con fines laborales, facilitándose de este modo su propia desconexión digital fuera de jornada, además de la eficacia de las medidas implementadas por el empleador de cara a asegurar el ejercicio efectivo del derecho en análisis.

Así pues, lo expuesto en el párrafo anterior refiere de forma breve las posiciones doctrinarias que han tratado de explicar -cada cual desde su particular perspectiva- la configuración que podría adoptar el derecho a la desconexión digital, a través de los intentos de la doctrina por articular la construcción teórica de su contenido, tarea aquella que permite proporcionarle anticipadamente al lector una visión genérica desde la cual enjuiciar el objeto de esta investigación, a saber: contribuir a la mejora de la configuración del contenido del derecho a la desconexión digital en el marco de la normativa nacional expedida sobre la materia.

Ahondando ahora en la cuestión, una primera posición doctrinaria que sobre el particular se destaca es aquella que por el derecho en estudio entiende que éste, “(...) confiere a los trabajadores la posibilidad de decidir, con carácter transitorio o permanente, su disponibilidad conectiva con los dispositivos técnicos digitales” (Alemán, 2017, p. 31). Por ello, partiendo de dicha concepción, el derecho en análisis se configura como uno de ejercicio potestativo por cuanto en el trabajador reside la autodeterminación del momento en que

se desconecta de los instrumentos digitales cuanto que también decide la reanudación de la conexión con los asuntos del trabajo (Alemán, 2017, pp. 31-32).

Sin embargo, ante dicha postura cabe objetar que el abordaje de la desconexión digital bajo la figura de una facultad del trabajador dejada a su libre arbitrio genera una serie de implicancias prácticas en cuanto a su exigibilidad, ya que ello conllevaría transferirle al trabajador la entera responsabilidad en su observancia y cumplimiento, circunstancia ésta que compromete negativamente su efectividad si se atiende a la particular posición contractual en la que aquel se encuentra dentro de la relación laboral. De ahí que, desde los alcances de tal posición, habría también que cuestionarse qué tan libre puede ser la decisión del empleado de no ejercer la desconexión digital y por ende de permanecer en una situación de completa disponibilidad hacia los requerimientos del trabajo.

Por otro lado, el mencionado criterio tampoco guarda correlato con la finalidad preventiva de los riesgos psicosociales que se pretende satisfacer a través de la implementación del desenganche tecnológico del trabajador puesto que los perjuicios que la hiperconectividad digital puede acarrear en su salud, plantea la necesaria formulación de prescripciones normativas tendentes a impedir que el empleador lleve a cabo ciertos comportamientos capaces de propiciar un entorno laboral ubicuo, lo cual difícilmente puede lograrse en un escenario en el que la efectividad de la desconexión digital queda librada al mero arbitrio del trabajador.

Partiendo de la crítica ante el enfoque anteriormente comentado, se ha afirmado que la inserción de la desconexión digital en el marco de una obligación empresarial, de hecho optimiza en mayor medida la finalidad tuitiva y garantista que se atribuye al derecho en estudio por cuanto este deja de representar solo una posibilidad de actuación dejada al libre arbitrio del trabajador, para ser asumida como una responsabilidad indisponible del empleador pasible de un mayor control por parte de las instancias estatales (Gutiérrez, 2020, pp. 5-6).

Como complemento del punto de vista precedente, se inscribe otro autor para quien el derecho en análisis lleva aparejada la obligación empresarial de no contactar a su

contraparte durante el tiempo de descanso, en la medida que aun cuando se atribuye a su titular la posibilidad de resistirse a permanecer en el entorno organizativo empresarial una vez concluida su jornada; sin embargo, en razón de la desigualdad jurídica que afecta a las partes del contrato de trabajo, es probable que debido a ello, muchos trabajadores no se sitúen en la mejor posición para reivindicar el derecho del que son titulares (Taléns, 2019, p. 159).

Otros autores han expresado que la desconexión digital es más que una mera consecuencia de la delimitación del ámbito de obligatoriedad del contrato de trabajo por cuanto aquella no solo abarca la potestad del trabajador de oponerse a cualquier actuación empresarial que intente extenderse más allá de los parámetros espaciotemporales a los que se circunscribe la deuda de su actividad a cargo, sino que a la par de ello también comporta la antijuricidad de tales conductas empresariales, de modo que a la mencionada posición jurídica de ventaja reconocida a favor del trabajador se anuda correlativamente el deber del empleador de no poner en práctica determinadas conductas que interfieran en el adecuado disfrute de los tiempos vitales de sus empleados (Nores & Goerlich, 2020, Cap. 5).

No obstante, a este respecto también se ha sostenido que de instituirse un deber empresarial de no contactar al trabajador fuera de las horas laborales, el problema que se suscita es que en ese caso quedaría abierta la posibilidad de que el empleador alegue que fue un acto voluntario del trabajador el permanecer en conexión durante su tiempo de ocio. Es por esa razón que se postula que el deber de abstención atribuible al empleador debe articularse con el deber de colaboración del trabajador dirigido a facilitar la desconexión de los dispositivos digitales utilizados como herramientas de productividad (Igartua, 2018, pp. 363-365).

Finalmente, otro enfoque que ha sido acogido sobre el tópico en análisis, es el que se desprende del Informe Mettling de 2015¹ en el que se sostiene que el derecho en comentario no solo comporta una garantía del trabajador puesto que sobre él igualmente recae un deber de desconexión fiscalizable por el empleador

entendiéndose que aquel es corresponsable junto con este último en cuanto a la supervisión y organización del trabajo y del tiempo que a este se dedica, sin perjuicio de que el cumplimiento de dicha obligación a cargo del trabajador deba ser apoyada por la empresa, por ejemplo a través de la cobertura de la jornada así como recurriendo a la implementación de políticas de formación en el uso responsable de las NTIC, en razón de que a dicho deber del trabajador subyace la habilidad adquirida -por aprendizaje-, consistente en saber desconectarse de las cuestiones del trabajo (Triclin, 2016, págs. 329-331).

Sin embargo, en contraposición a la referida postura se ha objetado que ello podría dar lugar a algunas prácticas cuestionables tales como la imposición de sanciones disciplinarias a quien incumpla con dicha obligación o en contraste con esto último, la sanción del trabajador motivada porque, aun cuando haya respetado estrictamente el deber de desconexión, le es ahora imputado un deficiente rendimiento laboral por no haber alcanzado las metas de producción requeridas en su modalidad contractual (Triclin, 2016, p. 324).

PRECEDENTES EN EL ÁMBITO COMPARADO: EXPERIENCIAS LEGISLATIVAS PREVIAS EN FRANCIA, ITALIA, ESPAÑA, CHILE Y ARGENTINA

El reconocimiento del derecho a la desconexión digital fuera del tiempo de trabajo fue regulado originalmente en Francia el año 2016² a través de la publicación de la Ley n.º 2016-1088 conocida como *Loi Travail* vigente desde el 1 de enero de 2017, en virtud de la cual se consagró el derecho en estudio a favor de todos los trabajadores, encomendando en

1 El cual inspiró la norma francesa en materia de desconexión digital antes comentada, recaída en la Ley 2016-1088, conocida como *Loi Travail* o *Loi El Khomri* vigente el 1 de enero de 2017.

2 No obstante, en la etapa precedente a la regulación heterónoma del derecho a la desconexión digital, la reglamentación de dicha garantía tuvo como fuente la voluntad unilateral de determinadas empresas así como la autonomía colectiva propiciadora de diversos convenios colectivos que abordaron esa materia. Un caso ejemplo de ello es la empresa alemana Volkswagen en la cual se instituyó la política restrictiva de llamadas a teléfonos móviles fuera de la jornada; de igual forma el Grupo Daimler-Benz instauró un sistema de redireccionamiento de correos electrónicos a empleados que estuvieran gozando de permisos o vacaciones. Por otro lado, en cuanto al resultado de la negociación colectiva, cabe rescatar los pactos celebrados en España por las empresas, Thalès (2014), Areva (2012), Syntec (2014) y Cinov 39 (2014), así como el convenio suscrito por la empresa AXA SEGUROS (2017-2020) a través del cual se reconoció el derecho de los trabajadores a no contestar mensajes o comunicaciones de índole profesional fuera de la jornada de trabajo (Vallecillo, 2020, pp. 224-227).

gran medida la labor de la delimitación de sus modalidades de ejercicio a la negociación colectiva, confiriéndole a través de ello, una elevada dosis de dinamismo a dicha garantía ya que su contenido prácticamente se adaptará a la realidad específica de cada empresa, a la par de que, en defecto de acuerdo, obliga al empleador a implementar una serie de medidas encaminadas a efectivizarla (Cialti, 2017, p.155).

Posteriormente, en Italia se promulgó la *Legge 22 maggio 2017, n.º 8181/2017*, en vigor desde el 14 de junio de 2017, a través de la cual se regularon determinadas modalidades contractuales caracterizadas por combinar bloques de tiempo de presencia en la empresa con periodos de trabajo fuera de ella, haciéndose ello posible gracias al uso intensivo de herramientas tecnológicas aplicables a esos efectos. Es en ese marco donde se contempló el deber de las partes de pactar los mecanismos pertinentes a fin de asegurar el desenganche del trabajador de los equipos tecnológicos (Purcalla, 2018, p. 108).

Mientras tanto en España, el derecho en estudio se reguló en la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales 3/2018 del 5 de diciembre de 2018, a través de la cual se reconoció a favor de los trabajadores el derecho a la desconexión digital con el fin de tutelar su tiempo de descanso así como su intimidad personal y familiar, encomendándose a la negociación colectiva -o en su defecto al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores-, la definición de las modalidades de ejercicio del derecho en cuestión, según la naturaleza y objeto de la relación laboral, sin perjuicio de comprometer al empleador en cuanto a la puesta en práctica de acciones de formación y sensibilización del personal sobre el uso razonable de las NTIC de cara a prevenir el riesgo de fatiga informática (Gutiérrez, 2020, p. 4). Sobre esta última regulación, es pertinente destacar que, al igual que la norma francesa, ambas otorgan un papel central a la negociación colectiva en la concreción del derecho en mención; sin embargo otro aspecto importante a resaltarse es que dichos textos legales coinciden en establecer a cargo del empleador, la obligación de formular una política interna de corte más bien preventivo ante la emergencia de riesgos psicosociales vinculados al uso intensivo de las NTIC (Trujillo & Valero, 2020, Cap. II).

Sucesivamente y a nivel latinoamericano, en Chile se promulgó la Ley 21.2020 difundida el 26 de marzo de 2020, cuyo texto consagra el derecho a la desconexión digital, aunque en el marco de la regulación del trabajo a distancia, comprendiendo en su ámbito al colectivo de trabajadores con capacidad para autogestionar las horas de trabajo y de quienes se encuentran excluidos de los máximos de la jornada, confiriéndoles un tiempo mínimo de desconexión de 12 horas continuas en un arco temporal de 24, en cuanto que para la parte empleadora, dicho texto normativo también ha instituido expresamente un deber de abstención de entablar contacto durante el periodo de descanso o desconexión.

Finalmente, en Argentina también se ha regulado el derecho a la desconexión digital en el marco de la Ley 27.555, Régimen Legal del Contrato de teletrabajo, en virtud del cual se le otorgó al trabajador la posibilidad de desengancharse de los dispositivos digitales y/o de las NTIC por fuera de la jornada laboral, con el agregado de que no podrá sancionarse por el ejercicio de la desconexión digital instaurándose asimismo la prohibición del empleador de cursarle comunicaciones durante su tiempo de descanso.

EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN LA NORMATIVA PERUANA

El Decreto de Urgencia 127-2020

El 1 de noviembre de 2020 se difundió oficialmente el Decreto de Urgencia 127-2020 que mediante disposición complementaria modificatoria incorporó al Decreto de Urgencia 026-2020³ el artículo 18º en virtud del cual se estipuló la obligación a cargo del empleador de respetar el derecho a la desconexión digital en la modalidad del trabajo remoto, previéndose también que el trabajador tiene la posibilidad de desengancharse de los medios tecnológicos empleados con un fin profesional durante su tiempo de descanso en general. En contrapartida de ello, el dispositivo en mención agregó que el empleador debe abstenerse de exigir a su contraparte la atención de los asuntos del trabajo a lo largo del intervalo de desconexión digital. Finalmente, la norma

³ A través del cual se establecieron una serie de medidas jurídicas temporales dirigidas a prevenir la propagación de la COVID-19 en el País.

en comentario comprendió en el ámbito del derecho al personal excluido de los límites de la jornada máxima, reconociéndoles un periodo de desconexión de 12 horas ininterrumpidas en un arco temporal de 24, además de los tiempos de suspensión previamente citados.

El Decreto Supremo 004-2021-TR y los ámbitos de aplicación del derecho a la desconexión digital

Con la finalidad de concretar aún más la regulación primigenia sobre el derecho en estudio, el 11 de marzo de 2021 se publicó el Decreto Supremo 004-2021-TR en el cual se previó la inclusión del artículo 9-A en el texto del Decreto Supremo 010-2020-TR, el cual desarrolló normativamente la categoría del trabajo remoto originalmente contemplada en el precitado Decreto de Urgencia 026-2020. Al respecto, es preciso subrayar que la referida disposición mantuvo intacto el contenido adscrito al referido derecho en el Decreto de Urgencia 127-2020, sin embargo precisó algunas categorías tales como tiempo de desconexión además de establecer determinadas causales de excepción en cuanto al ejercicio del derecho, sumándose a ello la estipulación de un expreso deber de garantía de la desconexión digital atribuible al empleador.

Es por ello que, estando a los aportes proporcionados por la referida norma en cuanto a la concreción del derecho en examen, se considera pertinente abordar con mayor detalle lo previsto por el artículo 9-A, enunciándose, de modo no categórico, los ámbitos que pueden desprenderse de dicha disposición normativa respecto al ejercicio del derecho bajo análisis.

Ámbito objetivo

De acuerdo con lo previsto en el artículo 9-A.1, a favor del trabajador se reconoce: el derecho a desvincularse de las herramientas tecnológicas empleadas como herramientas de productividad, lo que a nuestro criterio reporta al trabajador el derecho a desengancharse de los asuntos del trabajo fuera de su jornada a través del bloqueo de las funcionalidades que ofrecen los dispositivos digitales a efectos laborales, independientemente de la titularidad real que sobre ellos ostenten los sujetos contractuales.

De otro lado, a cargo del empleador, se atribuye el deber de abstenerse de exigir a su contraparte

a través de las herramientas tecnológicas útiles a esos efectos, la atención de los asuntos del trabajo durante sus horas de descanso sea que dicha exigencia se concrete en la impartición de órdenes de trabajo, en obligar a contestar los mensajes electrónicos enviados o en entablar reuniones de coordinación sobre cuestiones laborales.

Sobre este particular, es pertinente puntualizar que la normativa bajo análisis, en su artículo 9-A.2, introduce la precisión de que el derecho a la desconexión digital no le impide al empleador hacer uso de dichos medios tecnológicos para esos cometidos pues lo que formaría parte del contenido obligacional enlazado a ese derecho, sería el deber empresarial de abstenerse de exigir a los trabajadores la atención de los requerimientos laborales cursados a través de medios telemáticos fuera de la jornada.

En suma, a diferencia de la regulación chilena y argentina comentadas *supra*, desde la perspectiva de la regulación nacional que se comenta, el empleador estaría facultado a remitir contenidos laborales valiéndose de canales digitales fuera de la jornada de trabajo ya que su deber se circunscribiría únicamente a no exigir a sus dependientes su atención dentro del intervalo de desconexión digital establecido en la norma respectiva.

Sin embargo, en cuanto a ello, cabe igualmente destacar que en dicho dispositivo se ha contemplado un deber a cargo del empleador de adoptar los recaudos necesarios encaminados a asegurar la adecuada actuación del derecho, de modo que si bien para la norma en referencia, este último no excluye que aquel pueda enviar comunicaciones laborales extrajornada, cierto es que con el objetivo de evitar incongruencias en el sentido de sus estipulaciones, dicha práctica deberá ser comprendida y aplicada en el marco del deber de garantía ahí previsto, de modo que no entorpezca su despliegue, conforme se verá más adelante.

Ámbito subjetivo

De acuerdo con el artículo 9-A.5 seguido del artículo 9-A.6 de la norma en comentario, el derecho en estudio ha sido conferido a favor de quienes realizan sus labores bajo la modalidad -coyuntural- del trabajo remoto.

A mayor abundamiento, del texto del referido dispositivo es factible apreciar que este no ha dejado huérfanos de protección a los colectivos de trabajadores que, en ese contexto, se encuentran fuera de los confines de la jornada máxima -a saber, trabajadores de dirección, los que brindan servicios intermitentes y el personal no sujeto a fiscalización inmediata en cuanto a su jornada-, aspecto este que resulta destacable puesto que el mayor margen de autogestión del tiempo de trabajo con el que ellos suelen contar puede al mismo tiempo reportarles una mayor dificultad para trazar los límites necesarios que demarquen la esfera del trabajo de la personal y familiar, comprometiendo sus horas de descanso y eventualmente su salud.

Es por ello que resulta más que justificada la importancia de acoger en el ámbito de ejercicio de la desconexión digital, a los grupos laborales mencionados pues ello redundaría en beneficio de una adecuada delimitación de los tiempos vitales de los trabajadores que desarrollan su actividad bajo esas condiciones.

Por otro lado, en cuanto al empleador, se sabe que este, en calidad de titular de la posición jurídica -pasiva- correlativa al derecho del trabajador, viene a ser el llamado a garantizar su adecuado ejercicio; de ahí que no en vano en el artículo 9.A-2 de la norma en comentario se le atribuya el deber de adoptar las medidas idóneas dirigidas hacia ese propósito.

Ámbito temporal

Acorde con los artículos 9-A.3, 9-A.4 y el precitado 9-A.5 de la regulación comentada en este apartado, el ejercicio del derecho en estudio se incardina a extramuros del tiempo de trabajo, habiéndosele denominado a este marco temporal como tiempo de desconexión, el cual comprende el intervalo horario que media entre la culminación de la jornada diaria y el inicio de la siguiente así como los días de descanso semanal, feriados, vacaciones, días de licencia y demás periodos de suspensión del vínculo laboral.

Bajo esa premisa, es razonable colegir que el derecho en estudio no desplegará su eficacia durante las horas de trabajo, lo cual podría comprender, salvo pacto en contrario, aquellos lapsos de inactividad inmersos dentro de ella,

por ejemplo, los momentos de pausa o *break* concedidos por algunas empresas⁴.

Asimismo, de las disposiciones invocadas es posible colegir que la desconexión digital se ejercita día a día y durante un lapso ininterrumpido y acotado, de ahí que a favor de los colectivos laborales exentos de los límites máximos de la jornada, el dispositivo en comentario les haya conferido un tiempo mínimo de desconexión digital de doce horas continuadas de un total de veinticuatro, adicionales a los demás periodos de suspensión de la relación laboral descritos supra.

Ámbito de excepción

Al amparo de los precitados artículos 9-A.1 y 9-A.3 del decreto supremo sub examine, se advierte que en este ámbito se acogen determinados supuestos a mérito de los cuales se restringe el ejercicio del derecho en examen por parte del trabajador, a saber: a) el acuerdo con el empleador para realizar labores en sobretiempo; y b) el acaecimiento de situaciones configuradoras de un hecho fortuito o fuerza mayor que puedan conllevar un riesgo inminente a las personas o los bienes del establecimiento empresarial o que ponga en peligro su integridad, de conformidad con lo previsto por el artículo 9º del TUO del Decreto Legislativo 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo 007-2002-TR [TUO-DL854].

A este respecto, es preciso subrayar que, para el dispositivo en cuestión, la desconexión digital decae prácticamente ante el sobretiempo convenido con el empleador para realizar alguna labor, así como cuando aquel se torna forzoso debido al acaecimiento de circunstancias excepcionales contempladas en la norma respectiva.

4 Aunque sobre el derecho en cuestión no se cuenta con muchos referentes jurisprudenciales, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia [TSJ] de Madrid 962/2020, emitida el 4 de noviembre de 2020, la cual se pronunció sobre la oportunidad prevista para el ejercicio de la garantía en alusión, con ocasión de abordar la calificación como tiempo de trabajo o de descanso, respecto del par de horas demandadas al trabajador por un curso online implementado por el empleador, concluyendo que la desconexión digital no despliega sus efectos dentro de las horas de trabajo sino solo durante el tiempo de descanso.

Así pues en lo concerniente al primer supuesto previsto en el literal a), cabría preguntarse si cualquier tipo de tarea encomendada durante las horas de descanso -desde la convocatoria a una reunión virtual con el personal de la empresa hasta la realización de un informe-, podría ser considerada trabajo en sobretiempo retribuable como tal, ante lo cual, sin ánimo de dar una respuesta definitiva sobre el asunto se considera que ello depende de las características derivadas del requerimiento, entendiéndose que la sola constatación de un exceso en el tiempo de conexión por fuera de la jornada no puede automáticamente dar lugar al reconocimiento pecuniario de horas extraordinarias; en cualquier caso este punto se deja como una cuestión e hipótesis emergente.

Otro aspecto a destacar respecto a ese supuesto reside en que si bien la norma no es específica respecto a si es exigible un acuerdo expreso entre ambas partes, sin embargo sobre el particular se considera que, dada la amplia accesibilidad y ubicuidad que caracterizan a las herramientas tecnológicas desde las cuales por lo general se lleva a cabo la actividad laboral, en esos casos debería requerirse autorización expresa del empleador para realizar trabajo en sobretiempo siempre que no se descuide la necesaria transparencia informativa hacia los trabajadores respecto de las reglas de uso de los dispositivos informáticos desde donde tiene lugar la ejecución de la prestación así como de la ordenación del tiempo de trabajo, seguido de la adopción por parte del empleador de medidas técnicas adecuadas a fin de prevenir horas extras no deseadas.

Por otro lado, en cuanto a las circunstancias descritas en el literal b), cabe subrayar que como aquellas habilitan la inaplicación del derecho en cuestión, es preciso entonces interpretarlas en clave restrictiva en consonancia con las peculiaridades del caso específico, por lo que, en ese entendido, no cabrían dentro de su ámbito las situaciones, que si bien puedan ser urgentes de atender, no representan un riesgo inminente para las personas o los bienes de la empresa o un peligro para su preservación.

El Proyecto de Ley 5408/2020-CR: La nueva ley del teletrabajo

El pleno del Congreso aprobó en fecha 20.05.2021 el Proyecto de Ley 5408/2020-CR que propone en texto sustitutorio, la «Ley del

teletrabajo», aplicable para el sector público y privado, en virtud del cual tendrá lugar la derogación de la Ley 30036 que hasta la fecha ha venido regulando dicha modalidad laboral. Es así como, entre los aspectos novedosos del dispositivo en mención se encuentra el reconocimiento a favor de los teletrabajadores, del derecho en análisis contemplado en el artículo 10 de dicho cuerpo normativo, habiéndoseles conferido el derecho a desconectarse digitalmente fuera de la jornada aplicable y durante los periodos de suspensión laboral.

A diferencia de las dos normas antes comentadas, en esta se ha optado por dejar expresamente sentada la finalidad tuitiva del derecho en cuestión, al estipular que este se dirige a optimizar el tiempo de descanso del trabajador además de la compaginación entre la esfera laboral y la vida privada y familiar.

A mayor abundamiento, en el dispositivo sub examine se estipula que el empleador tiene el deber de observar el derecho en comentario garantizando que su contraparte no se encuentre obligada a responder comunicaciones o demandas formuladas durante su tiempo de descanso, salvo situaciones excepcionales, habiéndose también incluido en el campo del derecho en estudio, a los ya mencionados colectivos excluidos de la jornada máxima, a quienes se les confiere un intervalo diario de desconexión, siendo que de acuerdo con lo previsto por el artículo 11° del dispositivo en comentario, la delimitación de ese lapso específico ha de ser fijado por acuerdo entre los sujetos contractuales, sea en la etapa de celebración del contrato respectivo o al momento de suscribir el pacto que conlleva la variación a la modalidad de teletrabajo.

Vistas así las cosas, de la norma legal en comentario se espera que en la vía de su reglamentación, se acoten tales circunstancias excepcionales que habilitan la inaplicación del derecho en examen, mediante el establecimiento de ciertos parámetros que permitan concretizar su margen operativo en función de las particularidades de cada realidad empresarial, ello con la finalidad de prevenir que a causa de la cuestionada indeterminación se termine invalidando la posibilidad real de ejercicio del derecho.

Otro aspecto cuestionable del referido dispositivo es que en este no se contempla la duración mínima que debe tener el periodo de desconexión digital en el supuesto de los grupos de trabajadores exonerados de los límites máximos de la jornada, como sí se ha hecho en el Decreto Supremo 004-2021-TR antes abordado, resultando igualmente objetable que se haya contractualizado dicha condición, cuando lo que debería quedar librado a la voluntad de las partes es la determinación del momento en que el citado intervalo comenzaría a transcurrir, mas no su alcance temporal.

ACERCA DE LA POSITIVIZACIÓN DEL DERECHO EN EXAMEN: UNA NECESIDAD

Llegado a este punto, resulta relevante abordar lo atinente al carácter necesario de la positivización del derecho en referencia, cuestión discutida por la doctrina especializada en la materia, la cual se ha planteado si ya era suficiente el marco normativo vigente hasta ese momento en materia de descanso y jornada, para dar cobertura a las situaciones de hiperconectividad digital facilitadas por el uso intensivo de las NTICs a efectos laborales y fuera del tiempo de trabajo, o si por el contrario, era necesaria la positivización del derecho en estudio para dar cuenta de esas nuevas realidades. Es así como, hacia ese propósito se dirigen las líneas siguientes, en las cuales se traen a colación las posturas adoptadas a ese respecto por la doctrina española, finalizándose luego con una breve exposición del criterio acogido en este estudio.

Acerca del tema en cuestión, una parte de la doctrina ha venido postulando que la regulación positiva del derecho en estudio no condiciona su existencia sobre la base de las estructuras normativas preexistentes en materia de ordenación del tiempo de trabajo, por lo que, respecto de quienes suscriben dicho criterio, el derecho bajo examen no sería más que una manifestación de otros derechos preexistentes como el derecho al descanso, el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de la salud en el trabajo. Por ejemplo, con ocasión de las críticas formuladas a la regulación del derecho en comentario en la Ley 2016-1088 así como en la Ley 3/2018, una sección de la doctrina española, suscriptora de la posición previamente descrita, sostiene que el derecho

en estudio no representa ningún aporte al bagaje jurídico preexistente al no ser sino una versión tecnológica del clásico derecho al descanso recogido en numerosos instrumentos internacionales, concibiéndolo antes bien como una política de acción con propósitos preventivos (Vallecillo, 2020, p. 216).

Así, en concordancia con lo anterior, se sitúa quien ha defendido la idea de que el derecho en análisis constituye uno de carácter instrumental del derecho al descanso y del derecho a la intimidad, considerándosele exigible independientemente de su positivización. (Molina, 2017, p. 273).

No obstante, en el mismo contexto anterior y frente a dicha postura, se encuentra la que admite el carácter necesario de la regulación sobre la desconexión digital en la medida que reconoce la importancia de la intervención normativa que aborde el problema relativo a la incapacidad del trabajador para desengancharse de los asuntos laborales, cuestionando sin embargo la configuración normativa respecto a la desconexión digital por cuanto propone que esta realidad debió ser abordada desde la perspectiva del empleador antes que del trabajador, a través del establecimiento de una obligación atribuible al primero en vez de la estipulación de un derecho o libertad a favor de este último difícilmente ejercitable a causa de la subordinación estructural que caracteriza a las relaciones laborales, potenciándose, desde este enfoque, su carácter tutelar contra los riesgos derivados del exceso de conectividad a efectos laborales (Taléns, 2019, p. 159).

En esa misma línea se encuentra quien defiende la relevancia de su positivización considerándola una respuesta del ordenamiento jurídico frente a los peligros que conlleva el uso excesivo de las NTICs, las que a su vez han propiciado la confusión de los límites espaciotemporales que otrora separaban la esfera personal y familiar respecto a la profesional (Alemán, 2017, p. 17).

Otro autor, en similar dirección, plantea la pertinencia del derecho bajo examen, argumentando que a pesar de que a los trabajadores ya les ha sido reconocido bienes jurídicos fundamentales como el descanso; sin embargo, la incorporación masiva de herramientas tecnológicas en la gestión de las relaciones laborales plantea nuevas realidades

con sus propias dificultades que justifican ampliamente la introducción de un derecho específico para esos nuevos supuestos (Cialti, 2017, pp. 164-166).

Otra opinión que corre en ese sentido es aquella que reconoce la trascendencia de regular el derecho en estudio sobre la base de que a través de aquel se aborda la situación cada vez más común de que no sea el empleador quien valiéndose de las facilidades comunicacionales que proporcionan las NTICs, imparta una orden expresa que interfiera en el tiempo de descanso de sus trabajadores, sino que por el contrario sean estos quienes de forma espontánea y voluntaria deciden permanecer conectados con los asuntos del trabajo fuera de su jornada y sin que medie necesariamente alguna instrucción empresarial que demande dicha disponibilidad más allá del horario establecido.

En suma, lo que a través de ello se intenta sostener es que el derecho en comentario se encuentra dirigido a proteger al trabajador frente a situaciones de autoexplotación en que pudiera incurrir por hacer un uso irresponsable de las nuevas tecnologías especialmente cuando estas son aplicadas hacia un fin productivo, escenario este que difiere de aquel en el que se enmarca la clásica normatividad sobre jornada de trabajo, lo que conlleva defender la virtualidad tuitiva del derecho sub examine, su singularidad y consecuentemente la relevancia de su consagración normativa (Torres, 2020, pp. 254-255).

En ese marco de opiniones, y a efectos de este estudio, se considera que independientemente de su categorización como derecho autónomo o derecho instrumental de otros de larga data (el descanso o la salud), la normativización del derecho en examen se perfila necesaria y relevante puesto que a esta garantía subyace la necesidad de limitar la disponibilidad tecnológica del trabajador fuera de la jornada establecida, situación que no ha podido ser afrontada eficazmente por las normas clásicas sobre los alcances y límites de la jornada de trabajo y descansos, debido al enorme potencial de las NTICs para erosionar las fronteras demarcadoras de las horas de trabajo y de las de descanso volviéndolas permeables a su influjo; más aún si es factible que la reconexión con el trabajo fuera de la jornada responda no solo a una actuación del empleador quien irrumpe en los tiempos vitales del trabajador

sino también aquella puede originarse por el accionar imputable a este último, quien de forma voluntaria retoma el contacto con los asuntos laborales más allá del tiempo de trabajo. Es así como la situación descrita constituye una nueva realidad que requiere de la desconexión digital como garantía jurídica capaz de abordarla adecuadamente, al punto de llegar a sostenerse que hoy en día resulte impensable que el derecho al descanso, sin el derecho en estudio, posea alguna virtualidad tuitiva ante tales supuestos, considerándose más que justificada la positivización del derecho en análisis, aunque claramente esto último no implica conformidad total con la configuración que sobre aquel se ha adoptado en la normativa nacional existente sobre la materia, aspecto sobre el que se volverá más adelante.

BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR LA DESCONEJIÓN DIGITAL

Con base en la normativización del derecho en examen, cuya necesidad y relevancia se ha sostenido en el párrafo anterior, otro tópico importante de abordar por ser útil para perfilar su margen de acción normativa, así como para articular mecanismos adecuados dirigidos a garantizar su ejercicio efectivo, es el relativo al establecimiento de los bienes jurídicos subyacentes a aquel, los cuales a su vez justifican, a modo de base legitimadora, su positivización.

Ello es así en la medida de que si se considera que al derecho sub examine subyace a título de bien jurídico protegido, el derecho al descanso y a la limitación razonable de la jornada de trabajo, entonces su configuración no puede estar ajena a las disposiciones y límites contemplados en la normativa sobre jornada de trabajo (Altés y Yague, 2020, p. 66).

De otro lado, si se asume que la tutela de la seguridad y salud en el trabajo subyace al derecho en análisis, será razonable que las directrices que informan la normativa en materia preventiva condicionen de cierto modo el contenido preceptivo adscrito al derecho en estudio, aunque no se descarta que este también propicie una relectura del sentido de la política de prevención de riesgos a ser implementada por el empleador.

Concomitantemente, el vincular la desconexión digital con la tutela de la intimidad personal y familiar, podría conllevar a comprenderla no solo en su rol limitador del ejercicio del poder directivo del empleador concretado en la posibilidad de impartir órdenes o formular requerimientos fuera de la jornada, sino también como garantía frente al despliegue de facultades de vigilancia y control empresarial que pudieran tener lugar durante ese intervalo (Cruz, 2019, p. 35), principalmente cuando su actuación se operacionalice a través de la implementación de soluciones de *software* o aplicaciones instaladas en los dispositivos electrónicos de los empleados capaces de monitorizar su actividad informática sin restricciones espaciotemporales.

Finalmente, si mediante el derecho a la desconexión digital se busca facilitar o potenciar para el trabajador, la conciliación de su vida laboral y familiar, dicha relación comportaría el robustecimiento de la imperatividad del derecho en estudio y consecuentemente el respeto irrestricto de los periodos *off call* en el marco del trabajo a distancia por mediar frecuentemente la atención de responsabilidades personales o familiares del trabajador (Cardona, 2020, pp. 122-123).

En suma, en vista de lo relevante de establecer los bienes jurídicos subyacentes a la desconexión digital se han señalado los que a criterio de la autora, poseen conexión directa con el derecho en análisis, de los cuales únicamente se abordan los tres primeros, a saber, el descanso y limitación de la jornada trabajo; la seguridad y salud en el trabajo; y, la intimidad personal y familiar. Se excluye el concerniente a la conciliación de la vida laboral y personal-familiar del trabajador en razón del grado de complejidad que conlleva el abordaje de su conexión con el derecho en estudio en la medida que aquel comprende en su ámbito situaciones de diversa naturaleza en función de cada caso en concreto además de que las medidas de desconexión que pudieran articularse en aras de garantizar los tres bienes jurídicos que le anteceden redundan finalmente en beneficio de éste último, potenciando su ejercicio.

La limitación de la jornada de trabajo y el derecho al descanso

El derecho *sub examine* ciertamente posee una vertiente fundamental relacionada con el

descanso y por ende con la extensión razonable del tiempo de trabajo, al evitar que, de facto, este último se prolongue indebidamente a causa de hacer un mal uso -o abuso- de las NITC, configurándose de ese modo como garantía de no interferencia del trabajo durante los tiempos vitales de la persona. De ahí que, resulta confirmativo de ello, lo estipulado en el artículo 10 del Proyecto de Ley 5408/2020-CR en el que, distintamente a lo que ocurre con el Decreto de Urgencia 127-2020 y el Decreto Supremo 004-2021-TR, aparece expresamente consagrado el propósito del derecho a la desconexión digital de los teletrabajadores referido a asegurar el descanso y disfrute del tiempo libre.

En ese orden de ideas, y, quedando sentado entonces el carácter instrumental del derecho en examen de cara a garantizar la efectividad del derecho a la limitación razonable de las horas de trabajo así como del derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre, cabe destacar que estas garantías se encuentran recogidas en importantes tratados internacionales sobre derechos humanos los cuales son vinculantes para el Perú, de conformidad con lo previsto en el artículo 3, artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana.

Por otra parte, a nivel de nuestra Constitución, se tiene que el artículo 25° también recoge determinados derechos atinentes a la ordenación del tiempo de trabajo, entre los que resalta a los efectos de este estudio, el relativo a la jornada máxima de trabajo como garantía del derecho humano a la limitación razonable del tiempo de trabajo, aunque al encontrarse supeditada, de forma disyuntiva, a un límite diario de 8 horas o a uno semanal de 48 horas, desde ya esto confiere al empleador un mayor margen de acción para organizar el tiempo de trabajo de sus dependientes de cara a la consecución de los objetivos de la organización empresarial.

Sin embargo, en lo concerniente al derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre consagrado en el artículo 22 del Texto Constitucional⁵, viene caso subrayar que pese

5 Jurisprudencialmente, nuestro Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse expresamente sobre el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre en el Expediente N° 4635-2004-AA/TC (Caso Southern), señalando: "Es evidente que el ejercicio del derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre guarda estrecha relación con la implantación de una jornada de trabajo

a su vinculación con la tutela de la salud del trabajador, en el medio nacional aún no se ha desarrollado con suficiencia lo relacionado con su contenido adscribible así como lo referente a las garantías que deberían articularse para asegurar su efectivo disfrute. Por ello, ante ese escenario se considera que la normativización del derecho a la desconexión digital representa un avance en ese sentido por preservar la impenetrabilidad de las horas de descanso al configurar un límite frente al poder de dirección que puede ser ejercido de modo invasivo por el empleador, quien haciendo un uso no razonable de las NTIC podría llegar a traspasar los tiempos y espacios vitales del trabajador.

Es así que, tras haberse establecido la estrecha vinculación entre el derecho en estudio con el derecho a la limitación razonable de la jornada y el derecho al descanso, es igualmente necesario destacar que el derecho en estudio es ejercitable precisamente más allá del tiempo de trabajo; por esto último, para que el derecho en referencia pueda cumplir eficazmente su rol garante de tales derechos constitucionales, es necesario que en principio se encuentre bien delimitado el intervalo temporal durante el cual los trabajadores se dedicarán a su actividad laboral así como que exista un adecuado registro de tal periodo.

Ahora bien, aun cuando dicha delimitación no resulte problemática en el caso de quien labora sujeto a un horario y jornada rígidos, el escenario cambia sustancialmente en aquellos supuestos en los que la actividad laboral se encuentra deslocalizada como ocurre con los vendedores o comisionistas que prestan sus servicios sin hallarse sujetos a un lugar fijo o si el trabajo se hace desde el domicilio, y en general si se desarrolla a distancia, generalmente sustentado en el uso intensivo de las NTIC.

En efecto, dado que es característico -aunque no exclusivo- de dichas formas de empleo su flexibilidad horaria, dicha libertad de organización puede llegar a representar un riesgo puesto que si bien puede reportar ventajas, es igualmente cierto que aquella

puede acarrear complicaciones en cuanto a la capacidad del trabajador para separar la esfera laboral de la personal y familiar (OIT, 2018, p. 5), sin descontar el hecho de que a causa de dicha flexibilidad horaria y de la autoorganización del tiempo de trabajo -por lo menos en nuestra legislación- es plausible el encuadramiento de las referidas modalidades dentro de las categorías excluidas de la jornada máxima, de conformidad con lo previsto en el artículo 5° del TUO-DL854⁶; con la consiguiente exoneración del registro obligatorio de las horas de trabajo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1° del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, complicándose la referida delimitación del tiempo de trabajo así como del intervalo de desconexión digital.

Ahora bien, acerca de dichos colectivos excluidos de la jornada máxima, es preciso señalar que de acuerdo con el precitado artículo 9-A.5 del Decreto Supremo 004-2021-TR, se ha reconocido a favor de tales categorías, un tiempo mínimo de doce horas continuadas de desconexión digital dentro de un intervalo doble, sin perjuicio de los días de descanso semanal, anual, licencias y en general de los periodos de suspensión del vínculo laboral, replicándose ello en el citado PL5408/2020-CR, en cuyo artículo 11° se ha encomendado a la voluntad de ambas partes contractuales la delimitación del periodo de desconexión digital a favor de esos grupos laborales. Sin embargo, se echa en falta en los textos normativos mencionados, la previsión de algún mecanismo idóneo que garantice una supervisión eficaz del cumplimiento del tiempo de desconexión digital⁷, el cual no puede

6 El Artículo 5° del TUO-DL854 establece: “No se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia”.

7 Contexto en el que cobraría relevancia, entre otras medidas complementarias, la implantación de soluciones que viabilicen el control efectivo de las horas de trabajo diario, el cual, si bien no podría ser utilizado a efectos de un eventual cómputo de sobretiempo -dada la exclusión de la jornada máxima que pesa hasta ahora sobre ellos- cierto es que, especialmente en relación con quienes tienen la capacidad de distribuir libremente su jornada diaria, el aludido registro sirve principalmente como una herramienta de prevención en el marco de la seguridad y salud en el trabajo capaz de proveer información útil de cara a verificar el modo en que se ha ido articulando la organización flexible del tiempo productivo del trabajador, además de permitir la delimitación del periodo ininterrumpido de desconexión digital diaria que debe mediar entre una jornada y otra, a la vez de que podría proporcionar una serie de indicadores para que se efectúen reajustes en la carga de trabajo asignado, en las metas de productividad o en los plazos de entrega exigibles, en orden a asegurar

razonable. Entonces, la jornada de trabajo no puede ser un impedimento para el adecuado ejercicio del mencionado derecho o convertirlo en impracticable. Es válido por ello concluir, también, en que las jornadas atípicas deberán ser razonables y proporcionadas según el tipo de actividad laboral, a fin de que el derecho al descanso diario sea posible.” (Fundamento N° 20).

decaer en tales supuestos, especialmente en los que la flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo configura un factor habilitante para la exclusión de las reglas de la jornada máxima. De ahí que, la consagración del derecho en análisis a favor de dichos colectivos laborales representa, entre otras cosas, un desafío para la situación actual de la normativa sobre jornada de trabajo, la cual reclama como necesaria, su adecuación a las formas actuales de empleo.

Protección de la salud en el trabajo y prevención de riesgos psicosociales

Aunque en la normativa nacional que regula la desconexión digital, no se estipule su vinculación con la tutela de la salud de la persona trabajadora⁸, ciertamente se considera que su conexión teleológica con la prevención de riesgos laborales -de acuerdo con lo preceptuado en los incisos a) y c) del artículo 49 de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, [LSST]⁹- se encuentra plenamente sustentada en el hecho de que la desconexión digital se erige como factor atenuador de la hiperconectividad digital en que puede hallarse inmerso el trabajador, derivando ello en la protección de su salud y bienestar, los cuales pueden resultar afectados debido a la desmejora de la calidad del descanso que propicia el uso negligente de las herramientas tecnológicas aplicadas al campo laboral, siendo también factible que esto último acarree un conjunto de riesgos de variada naturaleza (Cardona, 2020, pp. 119-120).

de que, por ejemplo, en el terreno de las modalidades de trabajo por objetivos no termine quedando en papel mojado el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión digital, el cual viene representando un avance en el establecimiento de límites que aboguen por la duración razonable de la jornada de trabajo, algo tan reclamado en colectivos que laboran a distancia -en sus distintas modalidades- como en aquellas categorías de trabajadores sin jornada máxima.

8 Consagrado en el artículo 7 de la Constitución peruana, respecto al cual, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado alegando que aquel confiere a su titular la posibilidad de lograr y conservar un estado de plenitud física y psíquica no significando solo la ausencia de enfermedad (STC N° 2945-2003-AA/TC, FJ 30). Por otro lado, no puede dejar de destacarse su conexión con el derecho a la vida concebida desde una dimensión material, según la cual aquella no solo es la ausencia de peligro de muerte sino que comporta la exigencia de garantizar condiciones de existencia digna manifestándose en una vida saludable (STC N° 05954-2007-PH/TC, FJ 11).

9 Cuyo objeto se traduce en el deber empresarial consistente en asegurar en el lugar de trabajo las condiciones encaminadas a preservar la vida, salud y bienestar de los empleados mediante la implementación de las medidas que resulten necesarias en aras de prevenir los riesgos laborales.

Es así que, sin ánimo de desatender la posible concurrencia de riesgos físicos y ergonómicos en el trabajo basado en el uso intensivo de las NTICs, ciertamente en este contexto cobran relevancia aquellos riesgos derivados de factores de índole psicosocial alusivos a determinadas condiciones vinculadas con el entorno de trabajo, la organización empresarial, la naturaleza de la prestación y la ejecución de actividades que afectan real o potencialmente la salud y bienestar del trabajador, de acuerdo con la definición que al respecto se recoge en la Resolución Ministerial 375-2008-TR que aprueba la Norma Básica de Ergonomía y de Procedimiento de Evaluación de Riesgo Disergonómico.

Así, entre los riesgos psicosociales asociados a la sobreexposición tecnológica del trabajador con motivo del ejercicio de su labor, se encuentran la tecnofatiga¹⁰, la tecnoadición¹¹, el síndrome de Burnout¹² y el tecnoestrés¹³, los

10 La tecnofatiga es otro de los riesgos psicosociales que se definen como un estado psicológico nocivo o negativo con presencia de sensación de cansancio psicológico y cognitivo íntimamente vinculado con el uso de NTIC, hacia las cuales el trabajador manifiesta actitudes pesimistas. Un tipo de tecno-fatiga es el denominado síndrome de la fatiga informativa materializada en la sobrecarga informativa viabilizada a través de Internet (Salanova, 2003, pág. 230). Entre los efectos más comunes de la tecno-fatiga es la deficiente habilidad para interiorizar nueva información obtenida de la navegación on line con la consecuente emergencia de la carga mental negativa (Salanova, Llorens, & Cifre, 2007, p. 2).

11 La tecno-adición es el tecnoestrés específico generado por la necesidad incontrolable de mantenerse permanentemente conectado a internet o estar en modo always on, siendo irrelevante el espacio donde se esté, situación ésta que se potencia por las amplias funcionalidades que ofrecen las NTICs a tal punto que quienes lo padecen estructuran su vida en torno a tales tecnologías (Salanova, 2003, p. 230).

12 El Síndrome del Burnout o también conocido como síndrome de estar quemado por el trabajo, constituye el típico supuesto de estrés laboral que no es sino una respuesta negativa cuando las demandas de trabajo sobrepasan los recursos del trabajador, causando perjuicio en su productividad y eficiencia en el cumplimiento de su actividad laboral. Este síndrome se origina por exponerse continuamente a factores de riesgo psicosocial (elevado flujo de información, intensificación del ritmo de trabajo, alta demanda de movilidad y flexibilidad horaria, hiperconectividad, estado de permanente disponibilidad tecnológica, estabilidad laboral precaria, etc.), traducándose en un estrés crónico respecto del cual se han enunciado tres dimensiones: agotamiento emocional, despersonalización hacia el trabajo y valoración pesimista de la propia función, hallándose condicionado, el estado psicológico, a factores laborales y organizacionales (López, García, y Pando, 2014, p. 165).

13 El tecnoestrés podría definirse como un padecimiento o estado psicológico negativo producido por la difícil adaptación a las nuevas tecnologías, ligado a un desbalance entre las elevadas demandas requeridas por la organización empresarial y las capacidades o recursos técnicos y cognitivos de la persona involucrada. Su origen causal puede obedecer a una variedad de causas como el ritmo de trabajo acelerado por las NTICs, excesiva carga cuantitativa o cualitativa de trabajo, deficiente infraestructura técnica

cuales pueden repercutir negativamente en el rendimiento laboral de quienes los padecen al traer consigo una serie de trastornos o estados psicológicos negativos como desmotivación, insomnio, ansiedad, depresión, dificultad en la concentración, etc. (Vallecillo, 2020, pp. 230-233).

A propósito de lo antes mencionado, cabe puntualizar que, la prevención de riesgos psicosociales como los antes señalados resulta plenamente exigible en el ordenamiento jurídico peruano en atención a la obligación del empleador de proveer seguridad y salud, concordando con lo dispuesto en el artículo 56 de la LSST en cuya virtud se consagra su deber de prever que la exposición a los agentes psicosociales presentes en el lugar de trabajo no acarreen daños en la salud de sus empleados, destacándose igualmente en el artículo 57 del dispositivo legal en referencia, la exigencia empresarial de poner en marcha un análisis y actualización de todos los riesgos con el entorno laboral o con la organización del trabajo, al menos una vez al año o cuando se susciten modificaciones en las condiciones de trabajo o se hayan materializado eventos perjudiciales para la seguridad y salud de los trabajadores, evidenciándose de ello la amplitud con la que se aborda normativamente la categoría de los riesgos presentes en el ámbito del trabajo, lo cual sin duda incluye a los de tipo psicosocial.

Es así que, partiendo de la exigibilidad para empleador de adoptar una política preventiva en materia de riesgos psicosociales vinculados a la utilización de las NTIC y ante la hiperconectividad digital que estas permiten, se suscribe la idea de que el derecho en estudio se resignifica como una herramienta útil de cara a garantizar finalmente la salud del trabajador, llegando a ser entendida como una medida de prevención frente a riesgos psicosociales como los indicados anteriormente (Fernández, 2018, pp. 10-11). En esa línea, cabe subrayar que

y problemas de conectividad, englobándose entre otros como factores objetivos. Sin embargo, también influyen factores subjetivos como las aptitudes, actitudes y hábitos de los trabajadores. Los efectos en la salud a consecuencia de la referida condición podrían resumirse en sensación de ansiedad causada por temor a estar desconectado (Salanova, 2017, pp. 4-5). Finalmente, es preciso subrayar que la categoría del tecnoestrés es un constructo amplio en el cual pueden entenderse comprendidos otros específicos como la tecnofatiga y la tecnoadicción abordados en las anteriores notas al pie (Salanova, 2003, p. 230).

habiéndose aliviado el sustento -de índole preventivo- que acompaña al derecho bajo examen, se tiene que ello lo aproxima más a su dimensión obligacional correlativamente atribuible al empleador, respecto de quien, se asume, deberá implementar las medidas de desconexión que eviten el uso desviado de las herramientas tecnológicas durante el tiempo de descanso.

Desconexión digital y derecho a la intimidad

En el marco de la progresiva virtualización de las relaciones laborales, es sabido que las NTIC no solo despliegan su influencia en el modo de ejecutar la prestación de servicios sino también en el modo en que es ejercitado el poder de dirección del empleador, en la medida que es frecuente que se recurra a herramientas sofisticadas que permitan implantar un control cuasi milimétrico del trabajo y de todos los aspectos circundantes a este.

Esto se ha hecho posible gracias al procesamiento y análisis de cuantiosa información personal de los trabajadores que queda almacenada en los dispositivos digitales móviles -smartphones, tabletas, relojes o pulseras inteligentes- utilizados como herramientas de productividad en beneficio del empleador, con independencia de quien detente la propiedad real sobre ellos. Así, entre los métodos más comunes de tecnovigilancia empresarial cabe mencionar la utilización de dispositivos de geolocalización por GPS, los sistemas de videovigilancia conectadas a internet, monitorización y registro del uso de ordenador a través de programas informáticos, entre otras (Goñi, 2017, pp. 3-5), aunque también ingresan en esa lista, la denominada tecnología vestible o *wearable devices* inserta en pulseras, chaquetas, relojes, etc., la cual frecuentemente cubre desde el lugar de trabajo hasta el domicilio de los empleados cuando los portan (Mercader, 2020, apdo. VII).

Por lo general, las mencionadas tecnologías son capaces de poner en marcha un control ubicuo por cuanto tienden a trascender los límites espaciotemporales, a los que históricamente se había circunscrito el despliegue de las facultades de ordenación y fiscalización del empleador, así como los límites de la prestación debida, propiciando naturalmente

que se difuminen las fronteras entre lo laboral y lo privado o familiar de los trabajadores¹⁴.

En el contexto descrito anteriormente, si bien la desconexión digital ha sido analizada desde la perspectiva de la exclusión del trabajador del ámbito rector del empleador a través del desenganche o *unplugged* de la red telemática empresarial cuando aquel se encuentra fuera de su jornada, también se vislumbra que aquella no solo configura una restricción frente al poder empresarial de impartir directrices durante el tiempo de descanso, sino que a su vez, el derecho *sub examine* puede ser abordado desde la perspectiva de la salida del trabajador del círculo de vigilancia y control del empleador durante sus horas de descanso (Cruz, 2019, pp. 34-35).

Es así como la desconexión digital también opera a modo de contrapeso frente al despliegue de tales facultades, las que pueden llegar a interferir en los tiempos y espacios vitales del trabajador creando un entorno laboral ubicuo. Lo expuesto cobra plena actualidad en las modalidades de trabajo a distancia basadas en el uso intensivo de las NTICs, por cuanto en este contexto, es frecuente que el trabajador realice el *home office* aportando sus propios dispositivos digitales a fin de aplicarlos a una dualidad de usos, personal y profesional, lo que puede conllevar a amplificar el riesgo de sobrexposición al influjo del control tecnificado desplegado por su contraparte, el cual en esos supuestos, suele ser implementado con la finalidad principal de preservar la intangibilidad del soporte informático empresarial, aunque debido a las múltiples funcionalidades que ofrecen las herramientas tecnológicas utilizadas a tal efecto, pueden terminar sirviendo a otros fines claramente de corte fiscalizador hacia el trabajador viéndose plausiblemente comprometida su esfera privada (Baz, 2019, apartado 5.2).

En ese orden de consideraciones, a pesar de que en la normativa nacional sobre el derecho bajo análisis no se encuentre expresamente plasmada la vinculación entre la desconexión

digital con el derecho a la intimidad del trabajador de acuerdo con la línea argumental previamente explicada, se considera razonable postular que otro de los bienes jurídicos fundamentales respecto del cual el derecho en análisis se perfila como garantía instrumental, es la intimidad personal del trabajador contemplada en el Art 2°, inciso 7 de la Constitución peruana¹⁵.

Con esta base, el derecho en cuestión no solo desplegaría su eficacia ante la prolongación de la jornada laboral derivada del uso negligente de las herramientas tecnológicas -por parte del trabajador y/o del empleador- sino que también actuaría frente a la implantación de formas de vigilancia electrónica configuradas de tal modo que continúan operando más allá de la jornada.

SOBRE LA CONFIGURACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

En este capítulo se estudian las deficiencias que a criterio de la autora existen en la normativa peruana sobre la configuración del contenido del derecho a la desconexión digital.

Crítica a la configuración actual del derecho a la desconexión digital en el Proyecto de Ley 5408/2020-CR

En el marco doctrinal antes expuesto y volviendo sobre el tenor del Proyecto de Ley 5408/2020-CR, se considera que si bien la desconexión digital se ha configurado normativamente como un derecho específico del trabajador a desvincularse de los medios informáticos y análogos utilizados a modo de herramientas de productividad, cierto es que de una primera lectura a dicha normativa, específicamente del artículo 10.2 del referido dispositivo, podría extraerse que, desde la perspectiva del trabajador, la desconexión digital se aproximaría más a una libertad de aquel para decidir sobre su disponibilidad con los asuntos laborales a través del uso de los dispositivos digitales durante sus horas de descanso.

14 Un ejemplo de ello reside en una aplicación que es capaz de hacer un seguimiento del comportamiento del trabajador denominada Hubstaff, la cual tiene por función, supervisar el tiempo que aquel dedica a la ejecución de su labor por medio de capturas de pantallas aleatorias con captación de su imagen y espacio, recogiendo a su vez datos de localización vía rastreo GPS, además de registrar la navegación por sitios web realizada por el trabajador (Trujillo, 2020, p. 45).

15 En el artículo 2, inciso 7 de la Constitución peruana se encuentra este derecho, cuya esencia refiere a la protección de un espacio personalísimo, condición necesaria para un desarrollo pleno de la personalidad de su detentor, considerándose que lo contrario conllevaría a un serio compromiso psicológico para aquel (Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de agosto de 2007, FJ. 41).

Ello se sustenta en el hecho de que en la regulación en comentario, solo se compele al empleador a garantizarle al trabajador, que durante sus horas de descanso, no estará obligado a atender los requerimientos de índole laboral, lo que no se traduce sino en un deber de abstenerse de exigir a sus trabajadores la atención de tales demandas laborales durante el tiempo de desconexión digital, mas no se le exige crear activamente las condiciones necesarias a fin de facilitar el efectivo desenganche tecnológico del trabajador, es decir, que lo que a aquel se le demandaría únicamente sería la no interferencia de dicha libertad decisoria reconocida al trabajador a través de su abstención en cuanto a imponerle la reanudación del contacto con los asuntos del trabajo fuera de la jornada y durante sus días de descanso.

Sin embargo, a ese respecto se considera que, si a partir de dicho deber empresarial de no exigencia, se califica la desconexión digital como un derecho de ejercicio potestativo, pendiendo su efectividad del libre arbitrio del trabajador; ello significaría, en términos prácticos, transferirle a aquel el íntegro de la responsabilidad en su cumplimiento, atribuyéndose solamente al empleador el cómodo deber de no imponerle a su contraparte la reanudación del contacto con las demandas o pendientes laborales fuera de su jornada, a partir de lo cual, el deber de respeto del derecho a la desconexión digital que se contempla en el dispositivo previamente mencionado podría acercarse más a una perjudicial pasividad ante lo que resuelva hacer el trabajador con el derecho en análisis.

Esto último a su vez se perfila incompatible con la finalidad de dotar al derecho en examen de garantías idóneas exigibles principalmente al empleador que aseguren su ejercicio efectivo por parte de su titular, las cuales se tornan necesarias en razón de que su posición contractual estructuralmente subordinada puede llegar a comprometer negativamente la posibilidad real de reivindicar el derecho que le ha sido reconocido, más aún si en algunos casos no hará falta una actuación material del empleador para que aquel termine siendo afectado. Considérese por ejemplo el supuesto de quien labora por objetivos, aun cuando no se le curse un correo laboral o no se le exija atender un pendiente durante el tiempo de desconexión establecido, puede suceder que si se le ha

asignado una carga de actividades excesiva en función de la potencialmente realizable en una jornada razonable, en los hechos no se le dejará otra opción que extenderla si es que busca satisfacer las expectativas depositadas en él por parte de sus superiores, o, incluso motivado por la competencia con sus pares.

En suma, si bien conforme se estipula en dicha norma, no le es exigible al trabajador reconectarse con los asuntos de la empresa durante el tiempo de descanso, resulta insoslayable que ello por sí solo no coadyuva a garantizar el efectivo desenganche extra jornada del trabajador respecto de la red telemática del empleador por cuanto, como se ha señalado *supra*, aquel no se encuentra en la mejor posición contractual para hacer valer el derecho en cuestión tras la finalización de su jornada, lo cual puede generar implicancias desfavorables para su ejercicio.

Por ello, habiéndose arribado a la insuficiencia en la configuración normativa de la desconexión digital traducida en la sola estipulación de un deber empresarial de no exigencia en cuanto a la atención de cometidos laborales fuera de la jornada, el cual a su vez conlleva que aquella se aproxime más a una mera libertad decisoria del trabajador respecto a su disponibilidad conectiva durante sus horas de descanso, cabe entonces partir desde una interpretación acorde con el estatus que ella posee en el dispositivo aquí comentado, esto es, como un derecho del trabajador que evoca respecto de su contraparte algo más que un mero deber de no exigencia, por albergar la pretensión dirigida a que aquel sea debidamente garantizado en aras de optimizar el cumplimiento de su finalidad protectora sobre los bienes jurídicos fundamentales implicados en su reconocimiento, postulándose así su dimensión obligacional correlativamente atribuible al empleador, significada en el deber empresarial de garantizar activamente el desenganche tecnológico del trabajador.

Propuesta de deber de garantía en el Proyecto de Ley 5408/2020-CR

Aun cuando en el Proyecto de Ley 5408/2020-CR no se encuentre expresamente previsto un deber de garantía a cargo del empleador respecto a la desconexión digital, sí que es cierto que para que el reconocimiento del referido derecho posea alguna utilidad, dicha obligación empresarial debe considerársele

una posición jurídica correlativa del primero, a fin de que éste no vea afectada su eficacia, puesto que, conforme a lo ya expuesto, la sola estipulación de un deber empresarial relativo a la no exigencia de realización de labores extrajornada resulta a todas luces insuficiente de cara a asegurar el propósito tutelar de los bienes jurídicos que subyacen al derecho *sub examine*.

Sentado ese aspecto, viene al caso señalar, que si bien el contenido adscribible al deber de garantía previamente formulado podría variar según la realidad específica de cada empresa en la que aquel se aplique, ciertamente el estándar mínimo que dicha obligación debería alcanzar se concretiza en la exigencia dirigida al empleador de adoptar las medidas idóneas encaminadas a asegurar la adecuada actuación del derecho bajo examen tal y como, por ejemplo, se ha establecido en el precitado artículo 9-A.2. del Decreto Supremo 004-2021-TR. Partiendo de esa premisa cabe subrayar que la referida obligación poseería un contenido complejo en el entendido de que las medidas a implementarse en la empresa no solo comportarían el cumplimiento de deberes negativos o de abstención a cargo del empleador, sino también la puesta en práctica de acciones positivas que conduzcan a crear determinadas condiciones -de diversa naturaleza- que favorezcan y faciliten la desconexión digital de los trabajadores fuera de su jornada.

Ahora bien, independientemente de lo expuesto en líneas precedentes, es necesario enfatizar en que la existencia del comentado deber de garantía imputable al empleador, en modo alguno conlleva restar importancia a la colaboración que debe prestar el trabajador a fin de potenciar la eficacia de las medidas o políticas de desconexión digital implantadas en la empresa, siempre que previamente aquel cuente con la formación necesaria en materias importantes a esos efectos, tales como la gestión del tiempo de trabajo y uso responsable de las NTIC dentro y fuera de la jornada, priorización de tareas, etc.; por cuanto el aprendizaje de habilidades para la desconexión digital no solo está relacionado con la formación sobre el uso razonable de las NTIC durante el tiempo de descanso, sino que también se encuentra indisolublemente unido al desarrollo de habilidades en lo referente a la productividad durante la jornada de trabajo,

con el fin de evitar que esta se prolongue indebidamente, comprometiendo la eficacia del derecho en estudio.

Finalmente, a modo de agregado, cabe subrayar que si bien al igual que en el Proyecto de Ley 5408/2020-CR, en el Decreto de Urgencia 127-2020 no se prevé un deber de garantía en el campo de la desconexión digital cierto es que carece de objeto desarrollar algún argumento a favor de su formulación ya que la anotada omisión ha sido de cierto modo suplida mediante el Decreto Supremo 004-2021-TR en cuyo texto sí se recoge expresamente dicha obligación en el marco del trabajo remoto. No obstante, sobre este último es necesario dejar sentado que aun cuando en su tenor se encuentre regulado el aludido deber de garantía a cargo del empleador, por ese solo hecho no deja de ser necesario recalcar la relevancia que adquiere esta obligación en lo que atañe a la configuración del contenido del derecho *sub examine*.

Ello se trae a colación toda vez que en el precitado decreto supremo, el anotado deber de garantía concurre con el comentado deber de no exigencia a cargo del empleador, pudiendo acarrear cierta confusión en cuanto a la interrelación que existiría entre ambas obligaciones, pues podría pensarse que el cumplimiento del primero se agota con la observancia del segundo, conclusión esta que no es recibida en este estudio, ya que de acogerse dicho criterio se estaría incurriendo en la ya explicada insuficiencia que se desprende de la sola institución del referido deber de no exigencia.

Es así como, ante ese escenario, cabe introducir solo a modo de aclaración, que a pesar de que en el Decreto Supremo 004-2021-TR se reconozca la plena vigencia del deber de no exigencia atribuible al empleador, este se posiciona en un estatus lógicamente subordinado al deber de garantía antes referido al no formar sino parte de este último cuyas posibilidades de actuación consecuentemente no se agotan en aquel.

Aparente contradicción en el Decreto Supremo 004-2021-TR con el cumplimiento del deber de garantía

Sin perjuicio de que en el Decreto Supremo 004-2021-TR se encuentre previsto expresamente el deber del empleador de garantizar el derecho

en examen mediante la implementación de medidas adecuadas, la referida norma a su vez estipula que esto último no impide que el empleador recurra a herramientas tecnológicas para remitir actividades pendientes o correos a sus trabajadores fuera de la jornada laboral, siempre que no exija su atención inmediata, lo cual podría conllevar una contradicción con el hecho de asegurar el desenganche tecnológico del trabajador, tanto más si como se vio supra, alguna posición doctrinaria ha postulado como parte de las medidas dirigidas a garantizar la desconexión digital, la institución del correlativo deber del empleador de no asignar pendientes o remitir comunicaciones a la finalización del jornada laboral.

En ese orden de ideas, si bien en base a dicha postura doctrinal, la previsión normativa mencionada de hecho representaría un sinsentido en relación con la simultánea estipulación del deber de garantía exigible al empleador en ese campo, no es menos cierto que la contradicción invocada es más aparente que real si se considera que dicha abstención no siempre se perfila como una herramienta eficaz contra la hiperconectividad digital del trabajador, al existir otros factores que también podrían intervenir para que ella se produzca, como sucedería, por ejemplo, en el caso de una sobreasignación de trabajo. De igual modo la abstención tampoco es operativa en organizaciones empresariales con múltiples horarios y modalidades contractuales.

Ahora bien, lo anteriormente expuesto tampoco significa una licencia para el empleador respecto del uso indiscriminado y excesivo de las NTIC con fines laborales extrajornada al grado de interferir en el descanso del trabajador, pues lo que aquí se intenta es conciliar las necesidades empresariales que subyacen a la realización de dichas prácticas con el respeto de los tiempos y espacios vitales del trabajador que deben tener lugar tras la culminación de la jornada.

Por ende, en este estudio se asume que aun cuando en el aludido dispositivo se estipule que la vigencia del derecho en estudio, no impide al empleador recurrir a las NTIC para remitir comunicaciones a su contraparte durante el periodo de desconexión digital, cierto es que el uso extrajornada de las herramientas tecnológicas por parte del empleador a efectos laborales debe ser interpretado como una posibilidad de uso razonable de tales medios

dentro de dicho intervalo, el cual debe ser actuado de forma tal que logre ser compatible con la desconexión digital y con el deber empresarial de garantía previamente abordado. De ahí que su despliegue debe estar sujeto a ciertos parámetros de razonabilidad dirigidos a no perjudicar el desenganche tecnológico de los trabajadores, los cuales si bien no pueden enumerarse exhaustivamente en esta breve investigación -por cuanto ellos dependerán del caso en concreto y de cada realidad empresarial donde tenga lugar su aplicación-, sí que es factible enunciar algunos recaudos encaminados hacia ese propósito, acción que se concreta en el capítulo siguiente.

Propuesta de algunas medidas a implementar a fin de garantizar la desconexión digital

Partiendo de la premisa según la cual es deber del empleador garantizar el derecho a la desconexión de los dispositivos tecnológicos, se infiere que aquel deberá adoptar las medidas idóneas o adecuadas con el objeto de garantizar su pleno ejercicio, y, estando a que aquellas también constituyen recaudos que el empleador puede adoptar con el propósito de hacer un uso razonable de las NTICs cuando ello tenga lugar fuera de la jornada del trabajador, conviene enunciar a modo de propuesta, algunas medidas de carácter técnico, preventivo y organizativo dirigidas hacia esa finalidad, las que indudablemente son susceptibles de modificación o adecuación, dependiendo de las particularidades de la organización empresarial donde se apliquen.

Medidas técnicas

En atención a que las múltiples funcionalidades de las NTIC han propiciado una suerte de hiperpresentismo digital en el entorno virtual del trabajo, acompañado de una fuerte expectativa empresarial de permanente disponibilidad del empleado (Trujillo, 2021, pp. 13-15), no es menos cierto que las herramientas tecnológicas también pueden servir a la finalidad de facilitar la desconexión digital operando a su vez contra el abuso que pueda hacerse de ellas, de modo que, en orden a la dimensión tecnológica propia del derecho en análisis, las acciones encaminadas a garantizarlo, deberían valerse del potencial que albergan las NTICs para viabilizar el desenganche del trabajador de los asuntos laborales durante su tiempo de

descanso. En este orden de ideas, se proponen las siguientes:

a. *Bloqueo de notificaciones laborales*: Actualmente existen aplicaciones habilitadas en diversas plataformas web entre cuyas funcionalidades se cuentan, además del registro de jornada laboral, otras dirigidas a garantizar el desenganche de los trabajadores de sus cometidos laborales permitiendo configurar el dispositivo durante los periodos de descanso así como durante cualquier tipo de ausencia, de modo tal que se consigue bloquear la posibilidad de recibir notificaciones de índole laboral (Trujillo, 2021, pp. 13-15).

b. *Configuración de envío retardado de comunicaciones electrónicas*: En algunas corporaciones se han implementado determinadas medidas técnicas encaminadas a posibilitar el ejercicio del derecho en examen una vez culminada la jornada laboral, tales como la configuración de envío retardado de correos electrónicos u otro tipo de comunicaciones, la cual opera en los casos en que se remitan correos fuera de la jornada de trabajo con la finalidad de que estos lleguen a su destinatario dentro de la jornada siguiente (Trujillo, 2020, pp. 52-54).

c. *Configuración del mensaje de respuesta automática*: Consiste en la configuración de mensajes de respuesta automática durante los periodos de licencia del trabajador con el objeto de redireccionar los asuntos laborales pendientes hacia otros empleados que se encuentren disponibles, cuya información de contacto aparece consignada en los referidos correos electrónicos (Trujillo, 2020, pp. 52-54).

d. *Mecanismos de desconexión automática de sistemas de supervisión remota*: El elevado riesgo informático al que puede verse expuesta la red computacional del empleador, si conviene con sus trabajadores en que estos aporten sus propios dispositivos digitales para llevar a cabo su prestación laboral, puede motivarlo a proceder con la instalación en dichos equipos de determinados programas -softwares- aptos para efectuar -a veces en tiempo real- un seguimiento y registro del quehacer informático y la localización de sus empleados, por ejemplo, a través

de la implementación del *Mobile Device Management* (Baz, 2019, apartado 5.3).

En ese contexto, y a fin de preservar la intimidad del trabajador mediante su desenganche de la esfera de vigilancia y control del empleador, es preciso que dichos sistemas o programas se configuren de tal modo que logren operar durante un intervalo temporal acotado de forma que no se extiendan hacia los espacios y tiempos vitales del trabajador, procurándose habilitar respecto de ellos determinados mecanismos de apagado -preferentemente automático- durante el intervalo diario de desconexión vigente entre ambas partes de la relación laboral, sin perjuicio de la eventual irregularidad de la jornada del trabajador implicado, pues conforme se señaló antes, el derecho a la desconexión digital igualmente se perfila como una garantía instrumental dirigida a preservar la esfera privada del trabajador durante su tiempo libre, protegiéndolo de que aquel quede suspendido, no solo en el círculo rector del empleador, sino en su círculo de vigilancia y control.

Medidas preventivas que garantizan la desconexión digital

El proceso de digitalización que afecta a las empresas -el cual ha venido experimentado un acelerado crecimiento a raíz del contexto de pandemia COVID-19- ha propiciado una progresiva dilución de los parámetros de espacio y tiempo en el marco de las relaciones de trabajo, favoreciendo su deslocalización, así como la flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo.

Así pues, si bien las implicancias anteriormente descritas pueden configurarse como un factor facilitador de la compaginación de lo laboral y las responsabilidades personales y/o familiares del trabajador, no es menos cierto que el exceso de conectividad al que habilitan las NTIC suele favorecer la sobrecarga cuantitativa y cualitativa de trabajo a la par de incrementar la incidencia de problemas técnicos capaces de generar interrupciones en la ejecución de la actividad laboral, además de potenciar el ritmo de trabajo desembocando en un entorno laboral ubicuo que puede hacer emerger una suerte de presunción de disponibilidad permanente de los empleados para con las cuestiones del trabajo

(Fernández, 2017, pp. 73-74), interfiriendo negativamente en su descanso con perjuicios potenciales para su salud debido a la aparición de riesgos donde prevalecen, entre otros, los de carácter psicosocial derivados comúnmente de la falta de límites en cuanto al uso de las herramientas tecnológicas a efectos laborales, contándose entre ellos al tecnoestrés, el *burnout*, la tecnofatiga, la tecnoansiedad, la tecnoadicción, etc. (López, 2020, pp. 108-111).

Es así como la influencia de las NTIC en el entorno laboral representa un reto en el terreno de la protección de seguridad y salud en el trabajo, en la medida que obliga a repensar las obligaciones preventivas tradicionalmente enfocadas en la protección frente a los riesgos físicos concurrentes en el centro de labores, cobrando entonces progresiva importancia la identificación, evaluación y prevención de los riesgos psicosociales a través del estudio de factores relacionados con las características de las labores asignadas, especialmente con aspectos tales como la carga cuantitativa y cualitativa de trabajo, el ritmo de la actividad, el nivel de automatización o de conectividad digital que aquella puede demandar, a la par de la gestión del tiempo de trabajo que comprende aspectos atinentes a su extensión, pausas dentro de la jornada o entre jornadas, nivel de flexibilidad en la gestión de la jornada, entre otros análogos (Gil Monte, 2012, p. 238), sobre los cuales las NTIC suelen desplegar su influencia, comprometiendo eventualmente el bienestar de los empleados además de su rendimiento laboral.

En esta línea de ideas y habiendo quedado establecido el carácter vinculante de la actividad preventiva de los riesgos de índole psicosocial, la desconexión digital se perfila, no como un fin en sí mismo sino como un derecho instrumental que sirve a ese cometido, por cuanto representa un factor atenuador ante el hiperpresentismo digital de los trabajadores. Por ello, su reconocimiento normativo abre la posibilidad de implementar en la política preventiva de riesgos laborales, protocolos de desconexión digital y uso responsable de las NTIC, con el objeto de proveerle al trabajador de un intervalo de aislamiento digital extralaboral, asegurándole su impenetrabilidad y efectivo disfrute.

Asimismo, resulta indispensable incorporar dentro dicha política, medidas formativas y

de sensibilización a los trabajadores sobre la gestión adecuada del tiempo de trabajo, productividad sostenible, desarrollo de habilidades para desconectarse del trabajo, delimitando lo laboral y lo personal y/o familiar, actualizándose y capacitándose en el uso adecuado de las NTIC, entre otras análogas.

Sin perjuicio de lo expuesto, viene al caso subrayar que la implementación de la política de prevención de riesgos psicosociales como los antes mencionados, y, específicamente la implementación de protocolos de desconexión digital, de hecho no es un cometido de fácil realización dada la diversidad de modelos de organización empresarial, modalidades contractuales y puestos de trabajo cuyo soporte recae en un uso intensivo de las NTIC.

Por otro lado, lo atinente a la supervisión del cumplimiento de dicha política también puede llegar a revestir cierto grado de complejidad especialmente en el marco de las modalidades del trabajo a distancia, puesto que en su eficacia suele verse fuertemente comprometida la voluntad y disposición del trabajador para cooperar hacia ese propósito.

Otro factor a considerar en el curso de dicho control es el probable compromiso de la privacidad y los datos personales del trabajador, especialmente cuando aquel se despliega de manera remota a través de paquetes de softwares o apps instaladas en los equipos portables empleados como herramientas de productividad, puesto que si bien la configuración adoptada puede proporcionar al empleador suficientes elementos de juicio en torno a cómo sus dependientes vienen gestionando el uso de las NTIC con el fin de ejecutar su prestación en la medida que aquellas se encuentran habilitadas para medir los tiempos de conexión y desconexión de los trabajadores hacia la red telemática empresarial, no debe perderse de vista que al mismo tiempo tales operaciones permiten extraer el perfil de los trabajadores usuarios de dichos dispositivos.

Es por ello que, en el contexto antes descrito, las medidas de índole preventiva adoptadas en la empresa, específicamente, aquellas medidas técnicas que puedan ponerse en marcha con el propósito de garantizar la desconexión digital no podrían estar ajenas a la aplicación de los

principios base de la normativa de protección de datos personales recaída en la Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales, cuyo abordaje no es materia de análisis.

Ahora bien, pese a la concurrencia de los referidos factores que abonan a la complejidad que puede acarrear la implementación de una política preventiva de riesgos psicosociales y concretamente, el diseño y puesta en marcha de protocolos preventivos de desconexión digital, cierto es que el empleador no puede liberarse de dicha responsabilidad transfiriéndola íntegramente a los trabajadores, recomendándose entonces, en esos casos, entablar el diálogo con los representantes de los trabajadores a objeto de mapear los riesgos psicosociales que potencialmente pudieran surgir en la empresa asociados al uso de las NTIC, para finalmente arribar a la suscripción concordada de dichos protocolos (López, 2020, pp. 108-111).

De igual forma se insiste en sugerir la importancia de la puesta en práctica de planes de información y formación a los trabajadores sobre la gestión razonable de las NTIC y la desconexión digital, en aras de facilitar su colaboración respecto al desenganche tecnológico potenciando así el disfrute del tiempo libre, cuanto su salud psicosocial (Igartúa, 2018, pp. 334-337).

Medidas organizativas del tiempo de trabajo que garantizan la desconexión digital

Complementando las medidas anteriores dirigidas a asegurar el derecho en estudio, a continuación, se enuncian otras que si bien no irrogan el costo de las de carácter técnico antes señaladas, no dejan de ser tan necesarias como estas. En tal sentido, por su fácil implementación como por su bajo costo, aquellas son aplicables a cualquier organización empresarial, independientemente de sus dimensiones. Es así como, análogamente a las anteriores propuestas, se enuncian a continuación algunas pautas y recomendaciones formuladas en base a (Trujillo, 2020, pp. 52-54), encaminadas a viabilizar la desconexión digital tras la culminación de la jornada:

- a. El respeto a los periodos de descanso diario, semanal, anual, licencias, entre otros, evitando en cuanto sea posible el envío de

comunicaciones de carácter laboral durante los referidos intervalos. Si por situaciones urgentes se requiera el conocimiento inmediato de su contenido, se sugiere recurrir a otros medios más directos como una llamada telefónica, por ejemplo.

- b. Evitar realizar llamadas telefónicas fuera de la jornada y durante los días de descanso, salvo por circunstancias excepcionales que así lo requieran, respecto de las cuales es recomendable que se concreten de modo restrictivo.
- c. Podrían establecerse siestas digitales, si ello fuera factible, con restricción en la remisión de comunicaciones electrónicas empresariales, promoviendo la comunicación directa entre los trabajadores.
- d. Evitar en la medida de lo posible copiar el mensaje a personas distintas del destinatario principal si no se encuentran directamente relacionadas con el asunto que aborda el correo.
- e. Instruir a los trabajadores en la administración eficiente de las horas de trabajo, distribución de tareas y uso racional y responsable de las NTIC durante la jornada laboral evitando que esta se prolongue excesivamente.
- f. Procurar en la medida de lo posible, la separación de las herramientas tecnológicas de uso profesional de las de uso personal, evitando su traslape mediante el delimitado de ambos entornos virtuales.

CONCLUSIONES

Confiar la efectividad de la desconexión digital a la libertad decisoria del trabajador en cuanto a la disponibilidad digital fuera de su jornada no contribuye a garantizar suficientemente su efectivo desenganche tecnológico respecto de la red telemática del empleador en razón de que su posición contractual subordinada frente a este último no hace sino complicar la reivindicación de su derecho.

La desconexión digital, en lo que atañe a la configuración normativa de su contenido en el Proyecto de Ley 5408/2020-CR, debe interpretarse conforme al estatus que posee en este dispositivo, esto es, como un derecho del trabajador que reclama de su contraparte

el deber de garantizarlo adecuadamente. Es así como una interpretación congruente con la optimización de su finalidad protectora de los bienes jurídicos fundamentales que sustentan su reconocimiento normativo conlleva a postular que al derecho en estudio le es correlativo el deber del empleador dirigido a garantizar el desenganche tecnológico del trabajador durante sus horas de descanso esto es el deber de adoptar las medidas idóneas encaminadas a efectivizar el ejercicio del derecho en mención.

A pesar de que en el Proyecto de Ley 5408/2020-CR, no se contempla expresamente un deber de garantía a cargo del empleador, cierto es que para que el derecho en examen que ahí se regula surta un efecto útil -traducido en el cumplimiento efectivo de su finalidad tuitiva sobre el descanso, la salud y la intimidad, como bienes jurídicos fundamentales-, la referida obligación empresarial debe categorizarse como una posición jurídica correlativa al derecho en mención, pues la sola estipulación de un deber empresarial de no exigencia en cuanto a la prestación de labores extrajornada resulta insuficiente para asegurar su propósito protector.

Aun cuando en el Decreto Supremo 004-2021-TR pueda vislumbrarse una contradicción entre la posibilidad del empleador de recurrir a las NTIC para remitir a su contraparte comunicaciones durante el intervalo de desenganche tecnológico, y el deber de garantía exigible en ese campo, cierto es que ella es más aparente que real si se atiende a que dicho uso extra jornada de las NTIC a efectos laborales se le interpreta como una permisón de uso razonable de tales medios durante las horas de descanso del trabajador.

La concreción del uso razonable de las NTIC por parte el empleador con fines laborales y extrajornada dependerá del caso concreto y de la realidad de cada empresa en el que tenga lugar. Sin embargo, la idea base que subyace a ello es la posibilidad empresarial de uso de tales herramientas tecnológicas acompañada de la necesaria adopción de ciertos recaudos a fin de no interferir en el periodo de desenganche digital conferido a los empleados. A esos efectos, en el presente estudio se han enunciado algunas medidas encaminadas hacia ese propósito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alemán Páez, F. (Junio de 2017). El derecho de desconexión digital: Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “Loi Travail N° 2016-1088”. *Revista Trabajo y Derecho*(30), 12-33.

Arrieta Idiákez, F. (2020). La desconexión digital y el registro de la jornada diaria en España como mecanismo para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia. *Lan Harremanak*(42), 89-126. doi:<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21286>

Baz Rodríguez, J. (2019). *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*. Madrid: Wolters Kluwer.

Cardona Rubert, B. (2020). Los perfiles del derecho a la desconexión digital. *Revista de Derecho Social*(90), 109-126.

Cialti, P.-H. (2017). EL derecho a la desconexión en Francia: ¿Más de lo que parece? *Revista Temas Laborales*(137), 163-181.

Cruz Villalón, J. (2019). Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos. *Temas Laborales*(150), 13-44.

Del Rey Guanter, S. (2020). *Documentos sobre el impacto de las nuevas tecnologías en la gestión de las personas y en las relaciones laborales*. (I. C. RRHH, Ed.) Madrid, España: Wolters Kluwer. Obtenido de <https://www.smarteca.es/>

Fernandez Aviles, J. (2017). NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora. *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*(2), 69-101.

Fernández Avilés, J. (Agosto de 2018). El “derecho a la desconexión” como medida preventiva frente a los nuevos riesgos psicosociales derivados del cambio tecnológico. *Observatorio de Riesgos Psicosociales*(28), 8-15.

Gil Monte, P. (Junio de 2012). Riesgos psicosociales en el trabajo y salud ocupacional. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Publica*, 2(29), 237-241. doi:10.17843/rpmesp.2012.292.348

- Gonzales Ramírez, L. (abril de 2013). Supuestos de exoneración de la jornada laboral máxima. (G. Jurídica, Ed.) *Soluciones Laborales*(64), 79-85.
- Gonzalez Labrada, M. (Julio-Setiembre de 2019). El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance. *Revista de Derecho Social*(87), 91-111.
- Goñi Sein, J. L. (2017). Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016. *Revista de Derecho Social*(78), 1-29.
- Gutiérrez Colominas, D. (octubre de 2020). La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación. *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*(31).
- Guzmán-Barrón Leidinger, C. (2021). ¿Regular el tiempo de trabajo? Una reflexión a propósito del horario flexible. *Revista LABOREM*(24), 201-225.
- Hernández Rueda, L. (1997). Poder de Dirección del Empleador. En N. De Buen Lozano, & E. Morgado Valenzuela, *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Vol. 188, págs. 405-419). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas .
- Igartúa Miró, M. (2018). *Ordenación Flexible del Tiempo de Trabajo: Jornada y Horario*. Valencia: Tirant Lo Blanch. Obtenido de <https://ebooks.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788491901709#ulNotainformativaTitle>
- Igartua Miró, M. T. (Marzo de 2019). El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*(432), 61-87.
- López De La Fuente, G. (2020). *La Revolución Tecnológica y su Impacto en las Relaciones de Trabajo y en los Derechos de los Trabajadores*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- López Palomar, M., García Cueva, S., & Pando Moreno, M. (2014). Factores de Riesgo Psicosocial y Burnout en Población Económicamente Activa de Lima, Perú. *Ciencia & Trabajo*(51), 164-169.
- Mercader Uguina, J. (Marzo de 2020). Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico. *Trabajo y Derecho*(63).
- Naranjo Colorado, L. D. (Julio-Diciembre de 2017). Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: Un análisis desde la base del derecho laboral. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, 12(2), 49-57. doi:<https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2017v12n2.1531>
- Nores Torres, L., & Goerlich Peset, J. (2020). Protección de la privacidad digital: derecho a la desconexión e investigación en redes sociales. En E. Taléns Visconti, & M. Valls Genovard, *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*. Madrid: Wolters Kluwer España, S.A. Obtenido de <https://www.smarteca.es/>
- OIT. (2018). *Nota informativa preparada para la segunda reunión de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. 15-17 de febrero de 2018*. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Grupo 1: El papel del trabajo para los individuos y la sociedad. #1. Los individuos, el trabajo y la sociedad.
- OIT-OMS. (1984). *Factores Psicosociales en el Trabajo: Naturaleza, Incidencia y Prevención. Informe del Comité Mixto OIT-OMS sobre medicina de trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- Pazos Perez, A. (2019). El derecho a la desconexión digital en el empleo público. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*(54).
- Pérez Campos, A. (Enero-Marzo de 2021). Teletrabajo y el derecho a la desconexión digital. *Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO*, 500-528.
- Purcalla Bonilla, M. (2020). Seguridad, Salud Laboral y Desconexión Digital. *Temas Laborales*(155), 109-128.

Purcalla Bonilla, M. Á. (2018). Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y prácticas. *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 5, 95-110.

Rodriguez Escanciano, S. (2019). *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*. Cizur Menor: Aranzadi, S.A.U. Obtenido de <https://preview.thomsonreuters.com/>

Salanova Soria, M. (2003). Trabajando con tecnologías y afrontando el tecnoestrés: el rol de las creencias de eficacia. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 19(3), 225-246.

Salanova, M. (2017). Nuevas tecnologías y nuevos riesgos psicosociales en el trabajo. *Equipo de Investigación WONT*, 1-25.

Salanova, M., Llorens, S., & Cifre, E. (2007). NTP 730: Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial. (M. d. España, Ed.) *Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo*.

Taléns Visconti, E. E. (Diciembre de 2019). El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*(17), 150-161.

Torres García, B. (Enero-Marzo de 2020). Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 8(1), 239-261.

Toyama Miyagusuku, J. (2018). Tiempo de trabajo: hacia una limitación de las facultades del empleador. *Yachaq*(5), 413-433.

Trujillo Pons, F., & Valero Moldes, F. (2020). La positivización del derecho laboral. En F. Trujillo Pons, & D. Toscani Fernández, *La desconexión digital en el trabajo*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, S.A.U.

Trujillo Pons, F. (2020). El ejercicio del derecho a desconectar digitalmente del trabajo: su efectividad en las empresas. *Lan Harremanak*(44), 39-55.

Trujillo Pons, F. (2020). *La “Desconexión Digital” en el ámbito laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch. Obtenido de <https://ebooks.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413559131>

Trujillo Pons, F. (2021). La “desconexión digital” a lomos de la seguridad y salud en el trabajo. *LAN HARREMANAK – REVISTA DE RELACIONES LABORALES*(45), 1-18.

Ulloa Millares, D. (2016). El tiempo de trabajo en España y Perú. *Tesis de Doctorado*. Universidad de Castilla-La Mancha, España. Obtenido de <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/15052/TESIS%20Ulloa%20Millares.pdf?sequence=>

Vallecillo Gámez, M. (enero-marzo de 2020). El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 8(1), 210-238.

Sentencias

Tribunal Constitucional [Perú]. Sentencia de 17 de abril de 2006. Exp. 04635-2004-AA/TC

Tribunal Constitucional [Perú]. Sentencia de 20 de abril de 2004. Exp. 02945-2003-AA/TC

Tribunal Constitucional [Perú]. Sentencia de 27 de noviembre de 2007. Exp. 05954-2007-PHC/TC

Tribunal Superior de Justicia de Madrid [España]. Sentencia de 04 de noviembre de 2020. Exp. 962/2020.

DERECHO LABORAL

LIBERTAD SINDICAL EN MÉXICO. APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS 87 Y 98 DE LA OIT EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL T-MEC

TRADE UNION FREEDOM IN MEXICO. APPLICATION OF ILO CONVENTIONS 87 AND 98 IN RELATION TO OBLIGATIONS ARISING FROM THE USMCA

María de Lourdes Castellanos Villalobos
Universidad Veracruzana
ORCID: 0000-0002-6358-3413
locastellanos@uv.mx
México

DOI: 10.24265/VOX JURIS.2023.v41n1.09

Recibido: 18 de julio de 2022

Aceptado: 17 de agosto de 2022

SUMARIO

- Introducción.
- Sindicatos en México y su regulación derivada del T-MEC.
- La Organización Internacional del Trabajo y los Convenios 87 y 98.
- Conclusiones.
- Referencias.

RESUMEN

En el año 2017 una reforma constitucional a los artículos 107 y 123 conllevó la creación de un nuevo paradigma en materia procesal laboral, que junto con la renegociación del tratado comercial entre Estados Unidos, Canadá y México -conocido con las siglas T-MEC- implicó que en México se tuviera que ratificar el Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo al derecho de sindicación y de negociación colectiva a fin de adecuar su normativa interna. Es así que el 1° de mayo del año 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) la reforma a la Ley Federal de Trabajo (LFT), misma que entró en vigor al día siguiente, en la cual se señala entre otras cosas el hecho de que los sindicatos tienen hasta el 2023 para legitimar sus contratos colectivos, adecuar sus estatutos internos para incorporar la perspectiva de

género en sus directivas y junto con el patrón crear un protocolo que erradique la violencia, acoso y hostigamiento –tanto laboral como sexual- al interior de los centros de trabajo, además de democratizar los procesos de elección de las dirigencias sindicales, lo cual permitirá no solo el debido cumplimiento del mandato constitucional, sino que también reconoce la importancia de los compromisos internacionales contraídos en favor del respeto a los derechos humanos de los trabajadores, la equidad de género, la libertad sindical y la negociación colectiva.

PALABRAS CLAVES

Derechos Humanos, Equidad de Género, T-MEC, Sindicatos, México.

ABSTRACT

In 2017, a constitutional reform to articles 107 and 123 led to the creation of a new paradigm in labor procedural matters, which together with the renegotiation of the trade agreement between the United States, Canada and Mexico -known by the acronym T-MEC- implied that our country had to ratify Convention 98 of the International Labor Organization (ILO) regarding the right to organize and collective bargaining in order to adapt its internal regulations. Thus, on May 1, 2019, the reform to the Federal Labor Law (LFT) was published in the Official Gazette of the Federation (DOF),

which entered into force the following day, which states, among other things, that unions have until 2023 to legitimize their collective bargaining agreements, adapt their internal bylaws to incorporate the gender perspective in their directives and together with the employer create a protocol that eradicates violence, harassment— both labor and sexual – within the workplaces, in addition to democratizing the election processes for union leadership, which will not only allow due compliance with the constitutional mandate, but also recognizes the importance of the international commitments made in favor of respect for the human rights of workers, gender equity, freedom of association and collective bargaining.

KEYWORDS

Human Rights Gender Equity, USMCA, Trade Unions, Mexico

“Los sindicatos no son organismos desligados de la política, toda vez que se inspiran en los principios de la lucha de clases.”

José Díaz Ramos¹

INTRODUCCIÓN

México se encuentra inmerso en grandes procesos de transformación jurídica, desde el año 2011 y hasta la fecha se han efectuado diversas reformas a nuestra Carta Magna y las leyes federales que de ella emanan; un ejemplo de ello es el cambio paradigmático realizado en el año 2017 con la reforma en materia procesal laboral, en la que se estableció que la nueva justicia en dicha materia sería impartida por los tribunales del Poder Judicial (PJ) tanto federal, como local, dando mayor relevancia a la figura jurídica de la conciliación, misma que estaría a cargo del nuevo ente de naturaleza administrativa el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral (CFCRL), el cual se define como “...un organismo público descentralizado de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, y con plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión” (Congreso de la Unión, 2020), insisto con su correlativo a nivel estatal o local.

Debido a lo anterior, el Congreso Federal se dio a la tarea de reformar la ley reglamentaria del artículo 123 Constitucional con la finalidad de dar cabal cumplimiento a las nuevas disposiciones que establecía la Constitución Política Mexicana (CPM), además de contribuir a los acuerdos y directrices que se empezaron a negociar en noviembre de 2018 entre México, Estados Unidos de América y Canadá, para firmar el denominado T-MEC, que sustituyó al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) firmado en 1994; en este sentido el nuevo tratado comercial contempla en su capítulo 23 y su anexo 23-A el tema laboral y la representación de los trabajadores en las negociaciones de naturaleza colectiva, misma que se realiza por medio de los sindicatos.

Dicho capítulo 23 del T-MEC establece en su artículo 23.3 los derechos laborales que se reconocen dentro dicho tratado y que cito textualmente:

1. Cada Parte adoptará y mantendrá en sus leyes y regulaciones, y en las prácticas que deriven de éstas, los siguientes derechos, tal y como se establecen en la Declaración de la OIT sobre los Derechos en el Trabajo:
 - (a) libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;
 - (b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
 - (c) la abolición efectiva del trabajo infantil y, para los efectos de este Tratado, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil; y
 - (d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.
2. Cada Parte adoptará y mantendrá leyes y regulaciones, y prácticas que deriven de éstas, que regulen condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo, y seguridad y salud en el trabajo. (Gobierno de México, 2019).

Lo anterior permitió que los tres países reconocieran que en materia laboral, sindical y negociación colectiva estarían constreñidos en términos de la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los

¹ Político español de ideología comunista. Fallece en 1942. Disponible en <https://citas.in/autores/jose-diaz-ramos/>

derechos del trabajo que data del año 1998. En ese tenor los estados signantes recuerdan que,

“[...] al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas (Organización Internacional del Trabajo, 1998).

Nuestra propuesta de análisis e investigación se centrará en la última reforma a la LFT mexicana que se realizó el 1 de mayo de 2019 y sus repercusiones en materia de sindicalismo, concatenado con el marco internacional que rigen a la libertad de sindicación y negociación colectiva con base en los convenios 87 y 98 de la OIT para establecer la importancia jurídica del respeto a los derechos humanos laborales en México.

SINDICATOS EN MÉXICO Y SU REGULACIÓN DERIVADA DEL T-MEC

Como ya se mencionó, a partir de 2017 se dio la reforma constitucional en materia de justicia laboral en México y que a la par de las negociaciones del T-MEC significó la adecuación de la ley reglamentaria del artículo 123 Constitucional. El 1 de mayo de 2019 se publicaron las reformas a la Ley Federal del Trabajo (LFT) en el Diario Oficial de la Federación (DOF). En este punto es menester señalar que México había sido objeto de señalamientos ante la Organización Internacional del Trabajo (OIT) por violaciones en materia de democracia sindical y contratación colectiva. Basta con leer el 332º informe del Comité de Libertad Sindical², de dicho organismo internacional para darnos cuenta de la negativa mexicana a ratificar el Convenio 98, el cual fue suscrito en 1949, pero que sin dicha ratificación el T-MEC no hubiera prosperado, de ahí la necesidad e importancia de adecuar la normativa laboral interna.

En diciembre de 2018 se presentó la iniciativa de reforma antes señalada, misma que fue aprobada por la cámara de origen en el mes

de abril de 2019, posteriormente los diputados enviaron a la cámara revisora –senadores- la minuta para las observaciones que ellos pudieran tener respecto del trabajo realizado, y el Senado a finales de ese mismo mes aprobó la iniciativa de ley, la cual pasó al visto bueno del ejecutivo federal con la finalidad que este promulgara el decreto para su posterior publicación. Dicha reforma entró en vigor el día 2 de mayo de ese año; cabe señalar que debido a la importancia que revisten los sindicatos en México, esta adecuación a la Ley Federal del Trabajo (LFT) y la ratificación del Convenio 98 -que garantiza la libre asociación y negociación colectiva- trajo consigo una serie de debates entre las cúpulas de los grandes sindicatos, federaciones y confederaciones gremiales y la administración pública federal actual, debido al impacto jurídico que causó la adecuación del marco normativo laboral.

También debemos recordar que el trabajo es un derecho humano que se encuentra debidamente garantizado en nuestra Carta Magna en diversos numerales, como el 123- en sus apartados A y B-, 5º y 3º y desde junio de 2011 su protección se eleva a la luz del artículo 1º de nuestra Carta Magna que de manera puntal establece en sus párrafos segundo y tercero:

[...] Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley [...] (Congreso de la Unión, 2021).

Que, concatenado con los artículos segundo y tercero de la LFT, queda claro que el trabajo es un derecho humano y goza de la protección más amplia en favor de los trabajadores, ya que no se considera artículo de comercio y al ser un deber social exige el respeto a las libertades consagradas en la norma jurídica, pero sobre todo la deferencia a la dignidad humana de quienes prestan el servicio subordinado; además de reconocer

2 Organización Internacional de Trabajo. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003, 288a Reunión, disponible en <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb288/pdf/gb-7.pdf>

las diferencias de mujeres y hombres, pero siempre en búsqueda de la igualdad sustantiva en materia del trabajo a través de la eliminación de actos discriminatorios y de violencia que menoscaben o invisibilicen los aportes de las mujeres en el ámbito laboral, brindando las mismas oportunidades, tomando en cuenta las diferencias en función de los aspectos biológicos, culturales, sociales o religiosos entre los varones y las mujeres.

La normativa laboral en México busca no solo el equilibrio entre patrones –empleadores- y trabajadores, sino además la justicia social y más importante aún, persigue que en las relaciones laborales el trabajo sea digno y decente, que “respete la dignidad humana del trabajador y no exista discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil” (Congreso de la Unión, 2021); en este rubro la propia Ley Federal del Trabajo (2021) incluye “el respeto irrestricto a los derechos colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva”, así como el tener un sueldo que sea suficiente y remunerador, contar con servicios de salud y ser capacitado de manera constante y contar con mecanismos de seguridad e higiene en el centro de trabajo para evitar los riesgos de trabajo.

Ahora bien, centrándonos en el ámbito de los sindicatos en México, la reforma a la LFT en 2019 originó los siguientes cambios:

Primero: Respecto de la justiciabilidad laboral. La ley contempla la creación de tribunales especializados en dicha materia, los cuales estarán insertos en el Poder Judicial de la Federación, con su correlativo a nivel local –entidades federativas-, los cuales se encargarán de la resolución de los juicios que les presenten; lo anterior conllevó que las juntas de conciliación y arbitraje en ambos niveles de gobierno desaparecieron para dar paso a los tribunales laborales.

Segundo: La creación de un nuevo organismo público administrativo, es cual será descentralizado, reconociéndole no solo personalidad jurídica y patrimonio propio, sino además tendrá autonomía presupuestaria, técnica y de gestión, contando con independencia en la toma de decisiones. El Centro Federal de

Conciliación y Registro Laboral (CFCL) será el responsable de sustanciar los procedimientos prejudiciales entre patrones y trabajadores, tanto de forma individual como colectiva, conforme lo establece la fracción XX del artículo 123 apartado A de la Constitución Mexicana en sus párrafos segundo y tercero. Se exceptúan de agotar esta instancia los conflictos señalados en el artículo 685 Ter de la LFT, entre los cuales están la discriminación por embarazos, por razones de sexo, orientación sexual, raza, religión, origen étnico, condición social o acoso u hostigamiento sexual; la libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva; la disputa de la titularidad de contratos colectivos o contratos ley, y la impugnación de los estatutos de los sindicatos o su modificación. (Congreso de la Unión, 2021)

Tercero: Los sindicatos, por medio de sus dirigentes, tienen el deber de rendir cuentas a sus agremiados del patrimonio de la agrupación, lo que deberá hacerse por lo menos cada seis meses y en ese mismo tenor, las mesas directivas no podrán durar de forma indefinida, tal y como se marca en el artículo 358 fracc. II de la LFT. La reforma también contempla que los trabajadores poseen el derecho de la libre afiliación, es decir, ellos deciden si es su voluntad pertenecer o no a un sindicato o si desean dejar de pertenecer a aquel en el cual militan.

Cuarto: Respecto del derecho de huelga la ley laboral estableció adecuaciones al procedimiento de la misma respetando en todo momento la libertad de asociación, por ejemplo para poder llevar a cabo el emplazamiento, los sindicatos titulares de un Contrato Colectivo de Trabajo (CCT), deben acreditar la representatividad que tienen por medio de la constancia que señala la LFT, y tratándose del emplazamiento derivado de la revisión contractual –que se realiza cada dos años-, el sindicato que ostenta la titularidad del CCT, tiene que consultar a su base trabajadora a fin de que ellos ratifiquen el documento en los términos de los numerales 400 Bis y 390 Ter de la LFT.

Quinto: También se estableció que cualquier sindicato podrá perder su registro cuando se compruebe de manera fehacientemente que sus directivos han cometido actos de extorsión en contra de los patrones con la finalidad de desistirse del emplazamiento a huelga y además se implementaron en la LFT los mecanismos democráticos para la elección de las dirigencias por medio del voto libre y secreto. De la misma manera la ley estableció el pleno reconocimiento a la participación igualitaria de las mujeres dentro de los comités sindicales.

Sexto: En este proceso de adecuación de los sindicatos a las reformas de la LFT, se establece como término perentorio el año 2023 para que su base trabajadora legitime el contenido de su contrato colectivo, mediante un proceso de votación libre y secreta, dicho mecanismo de legitimación garantiza la libre negociación colectiva en los términos del Convenio 98 de la OIT.

Séptimo: Los patrones se obligan en términos de la reforma laboral a elaborar junto con los trabajadores un protocolo para prevenir la discriminación para prevenir y erradicar la discriminación en los centros de trabajo por razones de su género y atención de los casos de violencia, hostigamiento y acoso sexual. También deben hacer entrega de Contrato Colectivo del Trabajo (CCT) impreso en un plazo de 15 días posteriores a la fecha en que se deposite en el CFCRL, debiendo –el patrón- acreditar que si realizó la entrega física del documento.

Es así que, los sindicatos en México deberán acceder a la justicia laboral en sede jurisdiccional cuando se vulnere la libertad de asociación, libertad sindical, el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva, exista disputa por la titularidad del contrato colectivo o contrato ley y cuando se trate de la impugnación de sus estatutos o su modificación; para cualquier otra situación, se tendrán que acudir primero en sede administrativa para agotar el procedimiento prejudicial o conciliatorio.

Dicha etapa conciliatoria se contempla en los numerales 684-A al 684-E de la Ley Federal del Trabajo (LFT), su duración máxima es de 45 días naturales y se regirá por los principios de “imparcialidad, neutralidad, flexibilidad, legalidad, equidad, buena fe, información, honestidad, y confidencialidad” (Congreso de la Unión, 2021). En esta etapa, si las partes llegan a un convenio, la LFT señala que adquiere el nivel de cosa juzgada, pero en caso de no llegar al acuerdo conciliatorio se emitirá la Constancia de No Conciliación (CNC) para dar paso a la siguiente instancia procedimental: Los tribunales laborales competentes.

LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y LOS CONVENIOS 87 Y 98

Como ya señalamos la reforma laboral mexicana de 2019, a la luz de las reformas

constitucionales de 2011 en materia de derechos humanos y 2017 de acceso a la justicia laboral, trajeron consigo la necesidad de revisar el marco convencional en materia del trabajo, por lo tanto, es menester señalar la importancia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los convenios que suscriben los diversos países que la constituyen, y que posteriormente son ratificados.

La OIT con 103 años de vida, es un organismo que forma parte del Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH), cuyo origen se remonta al año 1919 y su Constitución fue elaborada por un comité de expertos de nueve países: Bélgica, Cuba, Checoslovaquia, Francia, Italia, Japón, Polonia, Reino Unido y Estados Unidos (Organización Internacional del Trabajo, 2022). Este organismo es responsable de vigilar el respeto de los derechos humanos laborales y preservar la paz universal, así como promover la justicia social.

Actualmente agrupa a 187 países junto con las representaciones obreras y patronales de los mismos, y de forma tripartita se encargan de enunciar normas en el ámbito laboral y generar políticas internacionales en dicha materia, teniendo como directriz planes y programas que impulsen el trabajo digno y decente que permitan el desarrollo integral de las personas, asegurando el mejoramiento y protección de sus condiciones laborales y el respeto a su dignidad humana.

Por ello la OIT ha establecido diversos convenios apegados a sus objetivos estratégicos, que son:

- a. Promover y cumplir las normas y los principios y derechos fundamentales en el trabajo;
- b. Crear mayores oportunidades para que mujeres y hombres puedan tener empleos e ingresos dignos;
- c. Mejorar la cobertura y la eficacia de una seguridad social para todos;
- d. Fortalecer el tripartismo y el diálogo social (Organización Internacional del Trabajo, 2022)

Para efectos de esta investigación sólo nos avocaremos a los dos acuerdos que están coaligados a la reforma laboral de 2019 en

México: el Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección al derecho de sindicación y el Convenio 98 sobre derecho de sindicación y negociación colectiva.

Convenio 87 de la OIT

Este documento fue presentado durante la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, la cual se celebró en la ciudad de San Francisco en junio de 1948, el cual fue ratificado por México en abril de 1950.

De la lectura de su preámbulo se establece la importancia de la libertad de asociación, de expresión y el progreso constante:

Considerando que el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo enuncia, entre los medios susceptibles de mejorar las condiciones de trabajo y de garantizar la paz, “la afirmación del principio de la libertad de asociación sindical”;

Considerando que la Declaración de Filadelfia proclamó nuevamente que “la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante”

Considerando que la Conferencia Internacional del Trabajo, en su trigésima reunión, adoptó por unanimidad los principios que deben servir de base a la reglamentación internacional, y

Considerando que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su segundo período de sesiones, hizo suyos estos principios y solicitó de la Organización Internacional del Trabajo la continuación de todos sus esfuerzos a fin de hacer posible la adopción de uno o varios convenios internacionales,

Adopta, con fecha nueve de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948” (Organización Internacional del Trabajo, 1950)

Este acuerdo internacional les otorga a los trabajadores la facultad de constituirse a través de organismos sindicales, federaciones o confederaciones, imponiéndoles el deber de elaborar sus estatutos y cumplirlos; se les reconoce el derecho de elegir a sus dirigencias y limita al Estado de intervenir en cualquier forma que impida el ejercicio los derechos

laborales que le reconoce el Convenio. De la misma manera consigna el principio de legalidad y respeto a las prerrogativas que se enumeran en el dicho instrumento obligando a los países a tomar las medidas necesarias para garantizar el derecho del libre ejercicio de sindicación.

Los sindicatos tendrán dentro de sus objetivos fomentar la defensa de los intereses de sus agremiados, estableciéndose un mecanismo de elección democrático para las negociaciones colectiva y brindando la libertad para las organizaciones sindicales de redactar sus estatutos y reglamentos, prohibiendo que las autoridades puedan intervenir. Respecto de esto último, hay autores que sostiene que la reforma laboral de 2019 en México vulnera el artículo 3° del Convenio, al permitir que el Estado establezca requisitos y procedimientos que vulneran la autonomía sindical, dejando a las organizaciones en estado de indefensión, pero eso será parte de otra investigación.

Convenio 98 de la OIT

En el año de 1998 surge la *Declaración sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT*, sobre la cual descansan los convenios 87 y 98, los cuales son complementarios para su aplicación, y pese a su vinculación México se negó a ratificar el convenio 98 debido a las presiones corporativistas y empresariales que suscribían los denominados contratos de protección o creaban los denominados sindicatos blancos. Este convenio, fue firmado en 1949 en Ginebra, Suiza, durante la trigésima segunda reunión de la Conferencia General de la OIT, en la cual se discutió y analizó el derecho de sindicación y de negociación colectiva, entrando en vigor en 1951.

Este convenio, pese a que México lo firmó, no se había ratificado y por lo tanto, no era obligatorio en nuestro país, fue con la renegociación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y Canadá (TLCAN/NAFTA), hoy conocido como el T-MEC, que se obligó al gobierno mexicano a realizar las adecuaciones necesarias a la normativa interna a fin de adoptar un sistema democrático y transparente en materia de libertad de asociación sindical y el derecho a la negociación colectiva.

En ese sentido, el capítulo 23 de este nuevo

tratado comercial y su anexo A establecen que el Estado debe garantizar que los trabajadores deben participar durante el proceso de negociación colectiva que su dirigencia haga con el patrón, teniendo el derecho de contar con elecciones de sus representantes por medio del voto libre y secreto, además se marca que las dirigencias sindicales deberán crear estatutos que contemplen los mecanismos para erradicar la violencia en los centros de trabajo y se reconozca la equidad de género en favor de las mujeres para que accedan en igualdad de oportunidad -50/50- a las carteras, puestos o secretarías que el sindicato reconoce; a los trabajadores también se le permite afiliarse al sindicato de su interés.

La ratificación de este convenio, impulsó al Congreso Mexicano para reformar en el año 2019 la Ley Federal del Trabajo (LFT) y crear nuevas figuras administrativas responsables de vigilar los procesos antes señalados, además de instaurar un nuevo sistema de justicia laboral dentro de los tribunales del poder judicial, todo ello con la finalidad de hacer frente a las obligaciones internacionales contraídas en el ámbito laboral, que exigen la protección más amplia de la libertad sindical de las y los trabajadores, la negociación colectiva y el nuevo sistema de justicia de la materia en comento.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El nuevo paradigma laboral en México, ha implicado una serie de adecuaciones, no solo a la normativa interna, sino a la propia cultura del trabajo; la denominada Reforma Laboral efectuada en mayo de 2019 implicó la deconstrucción del arcaico y arraigado esquema del sindicalismo mexicano, lo cual ha generado molestias en las viejas bases gremiales y dirigencias eternizadas en el poder, lo que genera una serie de retos para el gobierno de nuestro país, pero especialmente para los trabajadores y la clase trabajadora, quienes deberán re-direccionar sus formas de interacción ante el nuevo esquema de justicia laboral.

Los deberes que establecen los Convenios 87 y 98 de la OIT posicionan al trabajador como el actor principal en materia de negociación colectiva, y le otorga mayores beneficios en materia de su derecho de sindicación al regular la libertad sindical; pero, sobre todo,

el ejercicio real de la democracia al interior de los sindicatos, dándole a los agremiados el verdadero poder para la toma de decisiones. También trajo consigo el compromiso de reformar estatutos sindicales a fin de erradicar los casos de violencia mediante la elaboración de protocolos que coadyuven a este tema y el logro de la igualdad sustantiva de las mujeres dentro de las dirigencias gremiales.

Sin duda alguna, la situación que vive México en el ámbito laboral, impone la ineludible tarea de contar con políticas públicas permanentes a favor de los trabajadores en materia sindical, pero especialmente de las mujeres. Esto con la finalidad de erradicar de los centros laborales la cultura de violencia y actos discriminatorios, que conllevan a las desigualdades –de todo tipo- y que han impedido –de forma histórica y sistemática- el empoderamiento real de las mujeres al interior de los sindicatos, incumpliendo con los pactos internacionales que hemos suscrito y ratificado.

Finalmente, si queremos ser un país que logre el reconocimiento efectivo de los derechos humanos laborales, es menester replantearnos como nación qué estamos haciendo para combatir la falta de igualdad sustantiva, el acceso a la justicia laboral, erradicación de la violencia, el acoso y hostigamiento sexual, el respeto al derecho sindicación y democracia sindical, y combatir discriminación, lo que vulnera el principio de progresividad de los derechos humanos en materia del trabajo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ascencio Romero, Ángel; Ascencio López Noemí. “Las nuevas reformas del derecho procesal del trabajo”. Editorial Trillas, México, 2021.

Arámbula Reyes, Amalia, Tratados Internacionales Vigentes en México en materia de Derechos Sociales. Parte II (Derechos de trabajadores) <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-21-07.pdf>

Baltazar Cavazos, et all, “Ley Federal del Trabajo Comentada”, Editorial Trillas, México, 2019

Bensusán, Graciela, La efectividad de la legislación laboral en América Latina, Instituto Internacional de Estudios Laborales, Ginebra,

2007. Disponible en <http://ilo.org/public/spanish/bureau/inst/download/dp18107.pdf>

Encinas Nájera, Alejandro, et al., "Legitimación de Contratos Colectivos de Trabajo: la llave de acceso al nuevo modelo laboral Guía de acción", Editado por el Gobierno Mexicano y la Secretaria del Trabajo y previsión social. Febrero 2021, disponible en <https://www.gob.mx/stps/documentos/legitimacion-de-contratos-colectivos-de-trabajo>

Congreso de la Unión. (01 de 06 de 2020). *Cámara de diputados*. Obtenido de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOFCRL_060120.pdf

Congreso de la Unión. (28 de mayo de 2021). *Cámara de Diputados*. Obtenido de <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

Congreso de la Unión. (31 de julio de 2021). *Cámara de Diputados*. Obtenido de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Ley_Federal_del_Trabajo.pdf

Congreso Federal. (2019). *Camara de Diputados*. Recuperado el 15 de septiembre

de 2019, de <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2019/Abril/11/1440-Aprueba-Camara-de-Diputados-reformas-en-materia-laboral>

Diccionario Real Academia Española. (s.f.). <http://lema.rae.es/dpd/srv/search?id=nsGOFFqWnD6bGG5i80>.

DOF. (01 de mayo de 2019). *Diario Oficial de la Federación*. Recuperado el 15 de Septiembre de 2019, de https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5559130&fecha=01%2F05%2F2019

Gobierno de México. (3 de junio de 2019). *T-MEC*. Obtenido de <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465805/23Laboral.pdf>

Organización Internacional del Trabajo. (04 de julio de 1950). *OIT*. Obtenido de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312232:NO

Organización Internacional del Trabajo. (18 de junio de 1998). *Organización Internacional del Trabajo*. Obtenido de <https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--es/index.htm>

Organización Internacional del Trabajo. (30 de marzo de 2022). *OIT*. Obtenido de <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm>

Organización Internacional del Trabajo. (30 de marzo de 2022). *OIT*. Obtenido de <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang--es/index.htm>

DERECHO PENAL

SANCIÓN PENAL Y CAUSAS DE EXENCIÓN DE PENA EN LAS LESIONES OCASIONADAS EN LA PRÁCTICA DEL FÚTBOL

CRIMINAL SANCTION AND CAUSES OF EXEMPTION FROM THE PENALTY IN THE INJURIES CAUSED IN THE PRACTICE OF FOOTBALL

Juan Carlos Villena Campana
Ministerio Público del Perú – Fiscalía Suprema
ORCID: 0000-0003-3907-582X
juan_villena@usmp.pe
Perú

DOI: 10.24265/VOX JURIS.2023.v41n1.10

Recibido: 27 de junio de 2022

Aceptado: 5 de setiembre de 2022

SUMARIO

- Introducción.
- El delito de lesiones.
- Lesiones en el fútbol: dolosas o culposas.
- Las reglas del fútbol.
- Supuestos de exención de sanción penal.
- Consentimiento.
- Riesgo permitido.
- Ámbito de protección de la norma.
- Adecuación social.
- Obrar en el ejercicio legítimo de un derecho o de un oficio.
- Conclusiones.
- Referencias.

RESUMEN

A menudo las lesiones corporales ocasionadas en la práctica del fútbol implican semanas de recuperación, pero cuando se trata de lesiones graves pueden requerir de largos tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas que significan incluso el retiro de la práctica profesional del deportista. Dichas lesiones, normalmente no son denunciadas a la autoridad competente, porque erradamente se suele entender que todas ellas no tienen relevancia penal.

Lo cierto, es que, en la doctrina, los autores se han ocupado, en general, de las lesiones en la práctica de los deportes, con diversas posiciones respecto a los casos que merecen sanción penal y los que están exentos de la misma. Así, algunos afirman que dichas conductas son atípicas porque se ocasionan al amparo del consentimiento del deportista y del riesgo permitido; otros sostienen que están exentas de pena porque el deporte es una actividad que se realiza en el legítimo ejercicio de un oficio o de un derecho, o que no caen en el ámbito de protección de la norma penal o no son punibles por adecuación social.

El objetivo de este trabajo es establecer cuándo dichas lesiones constituyen delito doloso o culposo y en qué casos están exentos de sanción penal por aplicación de algún instituto de la teoría del delito; para ello se analizarán y confrontarán las ideas y argumentos de diversos autores, para establecer que estos sucesos deben analizarse caso por caso de acuerdo con sus propias particularidades, pues, a priori no puede sostenerse que estas lesiones estén exentas de pena.

PALABRAS CLAVE

Fútbol, lesiones, pena, exención.

ABSTRACT

Often the bodily injuries caused in the practice of soccer involve weeks of recovery, when it comes to serious injuries, they can require long medical treatments and surgical interventions

that even mean the withdrawal of the athlete from the professional practice. These injuries are not normally reported to the competent authority, perhaps because it is often mistakenly understood that all of them have no criminal relevance.

The truth is that, in the doctrine, the authors have dealt with injuries in the practice of sports, with different positions regarding the cases that deserve criminal sanction and those that are exempt from it. Thus, some affirm that said behaviors are atypical because they are caused under the consent of the athlete and the risk allowed; that they are exempt from punishment because sport is an activity that is carried out in the legitimate exercise of a trade or the exercise of a right; or that they do not fall within the scope of protection of the standard; or that they are not punishable by social adequacy.

The objective is to establish when said injuries constitute an intentional or negligent crime and in which cases they are exempt from criminal sanctions in application of the crime theory; For this, the ideas and arguments of various authors will be analyzed and confronted, to establish that these cases must be analyzed case by case, since, a priori, it cannot be affirmed that these injuries are intentional or negligent or that they are exempt from punishment by this or that legal institution.

KEY WORDS

Football, injuries, pain, exemption.

INTRODUCCIÓN

El delito de lesiones se encuentra regulado en el Capítulo III del Título I -Delitos Contra La Vida, El Cuerpo y La Salud- del Libro Segundo -Parte Especial- del Código Penal Peruano de 1991. El bien jurídico protegido es sin duda la salud personal o individual, en especial, la integridad física o corporal, además, la mental o psíquica. Las lesiones, según su intensidad, se sancionan, como delitos de lesiones graves y lesiones leves; y, también como faltas contra la persona. Estas, a su vez, por la modalidad de su comisión, pueden ser dolosas o culposas.

Las lesiones corporales serán dolosas cuando el agente de manera consciente y voluntaria ejecuta los elementos descriptivos y normativos

del tipo objetivo del delito de lesiones, que se señalan en el supuesto de hecho de la norma, como conducta punible: “causar un daño a la integridad corporal de otra persona”, sin que para ello importe el medio comisivo que se emplee o utilice para dicho fin, es decir, el autor debe saber que procediendo de la forma como pretende hacerlo y con los medios que decide utilizar, puede producir un daño o lesión a la integridad corporal de otra persona, y aun así decide hacerlo.

Las lesiones serán culposas cuando el agente no tiene la intención deliberada de causar un daño o una lesión a la integridad física de la víctima, pues, su intención va dirigida a lograr otra finalidad -que incluso puede ser lícita y muy loable- pero al pretender lograr dicha finalidad, infringe el deber objetivo de cuidado y como consecuencia directa de ello deviene el resultado lesivo al sujeto pasivo.

En este trabajo se va a determinar, cuándo las lesiones ocasionadas en la práctica del fútbol se pueden considerar un delito doloso o culposo, ejemplificando cada uno de ellos y de la misma forma, cuándo dichas lesiones, según su intensidad, circunstancias y forma de su ejecución, podrían o no estar exentas de sanción penal, de acuerdo a las instituciones dogmáticas de cada uno de los niveles de la estructura de la teoría del delito, como: el consentimiento, el riesgo permitido, el ámbito de protección de la norma, el ejercicio legítimo de un oficio y de un derecho, obrar en cumplimiento de un deber y la adecuación social, analizando incluso la aplicación conjunta de algunas de ellas, para luego concluir y proponer, que estos casos deben abordarse analizando uno a uno de acuerdo a sus características particulares, sin asumir a priori que todos ellos están exentos de sanción penal por el solo hecho de darse en el campo de juego.

EL DELITO DE LESIONES

En el caso específico del delito de lesiones, el bien jurídico protegido es sin duda la salud personal o individual, en especial, la integridad física o corporal, además, de la mental o psíquica, aunque evidentemente para los fines de este trabajo, es la integridad corporal la que es de nuestro interés.

Las lesiones, según su intensidad, se sancionan, como delitos de lesiones graves y

lesiones leves; y, también como faltas contra la persona. Estas, a su vez, por la modalidad de su comisión, pueden ser dolosas o culposas.

En el Código Penal de 1991 el delito de *lesiones dolosas graves* se encuentra previsto en el artículo 121, que reprime a quien cause a otro un daño grave en el cuerpo o en la salud; considerándose graves:

1) las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima; 2) las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o la hacen impropia para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguren de manera grave y permanente; 3) las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera veinte o más días de asistencia o descanso según prescripción facultativa (...).

Las *lesiones dolosas leves*, están previstas en el inciso 1 del artículo 122 del Código Penal, que sancionan “a quien causa a otro, lesiones en el cuerpo o en la salud física o mental que requieran más de diez y menos de veinte días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa (...).”

En tanto, que las *lesiones culposas*, leves o graves, se sancionan en el artículo 124 del Código Penal, es decir, a quien por culpa cause a otro un daño en el cuerpo o en la salud.

Finalmente, de acuerdo con el artículo 441 del Código Penal, se sancionan como *faltas contra la persona*, a quien, “de cualquier manera, causa a otro una *lesión dolosa* en el cuerpo o en la salud física o mental que requiera hasta diez días de asistencia o descanso”, según prescripción facultativa, o cause la *lesión por culpa* y ocasiona hasta cinco días de incapacidad.”

LESIONES EN EL FUTBOL: ¿DOLOSAS O CULPOSAS?

Como se ha señalado, una lesión a la integridad física o corporal de una persona puede ser ocasionada de manera dolosa o culposa. Las lesiones corporales serán *dolosas* cuando el agente de manera consciente y voluntaria ejecuta los elementos descriptivos y/o normativos de la tipicidad objetiva de algunos de los tipos penales de lesiones, que se describen en el supuesto de hecho de la norma:

“causar un daño a la integridad corporal de otra persona”, sin que importe en absoluto el medio comisivo que se emplee o utilice, es decir, el autor debe saber que procediendo de la forma como pretende hacerlo y con los medios que decide utilizar, puede causar un daño o una lesión a la integridad física de otra persona, y aun así decide hacerlo. En la doctrina normalmente se exige, además del dolo, que el sujeto activo actúe con *ánimus vulnerandi o laedendi*.

Las lesiones serán *culposas* cuando el agente no tiene la intención deliberada de causar un daño o una lesión a la integridad física de la víctima, pues, su intención va dirigida a lograr otra finalidad -que incluso puede ser lícita y muy loable- pero al pretender lograr dicha finalidad, infringe el deber objetivo de cuidado y como consecuencia directa de ello deviene el resultado lesivo al sujeto pasivo. En la tipicidad objetiva, entonces, además, de la relación de causalidad entre acción y resultado, se exige para la imputación objetiva, que el sujeto activo, infringiendo el deber objetivo de cuidado, exceda los límites del riesgo permitido y que el mismo se realice en el resultado típico (lesión corporal), que, a su vez, sea dentro del *ámbito de eficacia* que la norma de cuidado pretendía impedir. En la tipicidad subjetiva, evidentemente hay ausencia de dolo, respecto al hecho típico realizado, ya que el agente no tiene la intención de lesionar la integridad física del agraviado, pero se produce por la inobservancia del deber objetivo de cuidado, que no cumple su obligación de actuar con el cuidado debido para impedir la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos o crear un riesgo penalmente desaprobado.

Ahora, la experiencia nos dice que las lesiones ocasionadas en el curso de un partido de fútbol normalmente son lesiones culposas dado que se ocasionan dentro del campo de juego, en la disputa del balón, con acciones que no buscan deliberadamente ocasionar un daño a la integridad física del contrincante, sino lograr la posesión o el dominio del balón para trasladarlo al arco contrario y anotar un gol, por lo cual si en dicho propósito se ocasionan lesiones al adversario, dentro de los alcances de las reglas del juego -pequeños rasmillones y moretones- no se sancionaran al no vulnerar a las mismas, pero si se las infringen, dará lugar a las sanciones impuestas por el árbitro, dentro del desarrollo mismo del juego -tarjeta amarilla o

roja- y de ser el caso, pueden merecer también sanciones en el ámbito penal, si es que son claramente dolosas o temerariamente culposas.

Algunos ejemplos de lesiones *culposas* que todavía podrían estar dentro de los márgenes de las reglas del juego pueden ser: la lesión que ocasionara Jefferson Farfán al danés William Kvist en el partido de Perú - Dinamarca en el Mundial de fútbol de Rusia 2018, en la que ambos jugadores al saltar junto con la finalidad de cabecear un balón dividido, el primero de ellos, al impulsarse para saltar golpeó con una de sus rodillas el lado izquierdo del cuerpo de su rival y con ello, se dice, le ocasionó la rotura de dos costillas que habrían perforado uno de sus pulmones. El recordado hundimiento del hueso temporal del cráneo de Claudio Pizarro que le ocasionara el defensor venezolano Alejandro Cichero en un partido por la Copa América 2004, entre Perú y Venezuela, que se dio también cuando ambos saltaron en medio del campo de juego para cabecear un balón y éste le propino a aquél, un golpe en la cabeza, por lo que se dijo que luego fue operado de emergencia y después tuvieron que ponerle una placa especial en el cráneo. Finalmente, la pérdida de tres piezas dentales que sufriera el defensor uruguayo del Atlético Madrid, Diego Godín, cuando su equipo jugaba un partido con el Valencia C.F., en una de las fechas de la Liga Santander Española en febrero del año 2018, en esa ocasión, la pelota había sido lanzada en un centro al área rival y al saltar con la intención de cabecearla para anotar un gol, fue golpeado por el arquero del equipo rival, Norberto Neto, que había salido decidido a despejar el balón de su área buscando darle un golpe de puño al balón, pero con su codo llega a impactar el rostro de Diego Godín, con las consecuencias indicadas.

En estos casos, como es evidente se trata de lesiones graves ocurridas dentro del desarrollo de un partido de fútbol, en los cuales evidentemente se está disputando el balón, pero no hay una intención manifiesta y deliberada de causar un daño a la integridad física del rival; por tanto, esas lesiones culposas no serían sancionadas en el ámbito penal por aplicación del riesgo permitido y el consentimiento, sino únicamente bajo las reglas de la práctica deportiva -amonestación o expulsión del campo de juego por jugada peligrosa-, salvo que se demuestre una intencionalidad manifiesta de causar daño

corporal, en cuyo caso se sancionaran como delito de lesiones dolosas.

Sin embargo, también existen conductas, dentro del campo de juego, en las que no se busca precisamente la posesión del balón, ni se dan plenamente dentro de una jugada del partido de fútbol, sino se trata de agresiones deliberadas a la integridad física del adversario, para inhabilitarlo u obligarlo a salir por lesión o simplemente porque al darse un incidente dentro del juego, se pierden los papeles y se deriva en una gresca, siendo estas agresiones claramente *dolosas*, como: el recordado cabezazo de Zinedine Zidane contra el defensor italiano Marco Materazzi en el partido entre Francia e Italia en la final del Mundial de Alemania 2006; la increíble mordida en el hombro, del uruguayo Luis Suárez al defensor italiano Giorgio Chiellini, en el juego entre Uruguay e Italia, en el Mundial de Brasil 2014; y, en nuestro fútbol, el recordado golpe de puño, directo a la quijada, del paraguayo Jorge Amado Nunes al argentino Juan Carlos Kopriva, causándole un *knock out*, en un clásico de nuestro fútbol peruano, entre Universitario y Alianza Lima, allá por el año 1994.

En estos casos evidentemente no había ninguna intención de jugar el balón, ni se daba en el curso de una jugada del partido; por tanto, si se causa un menoscabo significativo en la integridad corporal del rival y califican o se subsumen en alguna de las modalidades de los delitos de lesiones –graves o leves- o faltas contra la persona, bien pueden y deben ser investigados y, de ser el caso, sancionados penalmente, pues, no hay eximente alguna de sanción penal.

No obstante, no siempre son tan claras y evidentes las intenciones de las personas, pues, en una acción aparentemente culposa, puede esconderse una dolosa, por lo cual es muy importante siempre analizarlas de acuerdo con sus particularidades, caso por caso, a la luz de la teoría del delito y no considerar que se da tal o cual eximente para todos los deportes, e incluso para uno de ellos, pues, siempre tienen incidencia otros factores propios de cada hecho. Aun así, vamos a analizar cada una de las eximentes de responsabilidad penal que podrían alegarse tratándose de las actividades deportivas en general y del fútbol en particular, no sin antes referirnos a las reglas de juego del

fútbol, esencial en la aplicación de cada una de las eximentes.

LAS REGLAS DE JUEGO DEL FUTBOL

La práctica del fútbol, como actividad deportiva, implica cierto riesgo para la integridad física del deportista, por ello *The International Football Association Board – FIFA*, ha establecido las Reglas de Juego 2020/21 de que entraron en vigor el 1 de julio del 2021. Una de las más importantes, para nuestros fines, es la Regla 12 -Faltas y Conducta Incorrecta- que busca evitar se produzcan lesiones a la integridad física de los jugadores; establece que las infracciones cometidas, cuando la pelota está en juego, se sancionan con tiros libres directos, indirectos o penaltis. Con tiro libre directo, concedido al equipo adversario, cuando un jugador comete una de las siguientes faltas, contra un adversario, que el árbitro juzga imprudentes, temerarias o con uso de fuerza excesiva, como: i) Cargar; ii) Saltar encima; iii) Dar una patada o intentarlo; iv) Empujar v) Golpear o intentarlo (cabezazos incluidos) vi) Hacer una entrada o disputarle el balón; vii) Poner una zancadilla o intentarlo. Se denomina, además, conducta *imprudente* (cuando el jugador muestra falta de atención o de consideración o actúa sin precaución al disputar el balón a un adversario), *temeraria* (cuando el jugador realiza una acción sin tener en cuenta el riesgo o las consecuencias para su adversario), y *con uso de una fuerza excesiva* (cuando el jugador se excede en la fuerza empleada, poniendo en peligro la integridad física del adversario), según lo cual se imponen sanciones disciplinarias de amonestación o expulsión; pero merecerá expulsión; **viii**) si es culpable de juego brusco grave (falta de extrema dureza); ix) se escupe o muerde a alguien; y, x) si se es culpable de conducta violenta.

En la Regla 12 -Faltas y Conducta Incorrecta-, se considera, además, “juego brusco y grave” (falta de extrema dureza), las entradas o disputas del balón que pongan en peligro la integridad física de un adversario o en las que el jugador se emplee con fuerza excesiva o brutalidad; y, “conducta violenta”, si un jugador emplea o tiene la intención de emplearse con fuerza excesiva o con brutalidad contra un adversario cuando no le está disputando el balón, y cuando el jugador, sin estar disputando el balón, golpee

deliberadamente a un adversario o a cualquier otra persona en la cabeza o la cara con la mano o con el brazo, a menos que la fuerza empleada sea insignificante. Finalmente, la regla precisa que *Juego peligroso*, es toda acción que, al intentar jugar el balón, suponga riesgo de lesión, incluso para el propio jugador que realice la acción, o que impida que un adversario cercano juegue el balón por temor a lesionarse.

La infracción de dichas normas, suponen un indicio de la violación de la norma de cuidado, y si se realizan en un resultado típico, esto es, en una lesión a la integridad corporal podrían constituir una falta contra la persona o un delito. Pero ¿podría eximirse de responsabilidad penal al agente por aplicación de algún criterio de atipicidad o causa de justificación que impida la punibilidad de las mismas? Veamos:

SUPUESTOS DE EXENCIÓN DE SANCIÓN PENAL

En la doctrina normalmente se han referido a las lesiones ocasionadas en el deporte o la actividad deportiva en general, donde los autores en algunos casos combinan dos o más criterios de exención de sanción penal, pero no es común encontrar un análisis de alguna disciplina en particular y menos del fútbol. Se tiene el consentimiento, el riesgo permitido, el ámbito de protección de la norma, la adecuación social, el legítimo ejercicio de un oficio y el legítimo ejercicio de un derecho a los que nos referiremos a continuación, analizando si pueden eximir de sanción penal individualmente o es que deben combinarse dos o más de ellas.

EL CONSENTIMIENTO

Los requisitos para la exclusión típica, por consentimiento, según Felipe Villavicencio (2009, Pág.343) son: “capacidad del sujeto pasivo de entender la situación en la que se produce el consentimiento; el consentimiento debe ser anterior a la acción; y, el consentimiento no debe provenir de un error ni haber sido logrado mediante amenaza.”

En ese sentido, no existe mayor cuestionamiento cuando se excluye de sanción penal por atipicidad, al médico a quien se da consentimiento para que nos practique una

intervención quirúrgica, según las normas y protocolos, y nos efectúe cortes en el cuerpo -lesiones- con fines sanitarios o estéticos, pues, el contenido y límites del consentimiento otorgado implican precisamente realizar estas lesiones para el logro de los objetivos médicos.

Ahora, cuando se trata de los deportes de contacto, como el boxeo, la lucha libre, y otros, bien puede resultar de aplicación esta eximente, dado que los deportistas al practicar estas disciplinas no sólo son conscientes de que para ganar la competencia deben golpear al rival con sus manos, pies u otras partes del cuerpo hasta tirarlo al suelo, dejarlo inconsciente, indefenso o ganar por puntos conectando los mejores golpes; sino también consienten y asumen el riesgo -permitido- de recibir ese mismo tipo de golpes y sus consecuencias, aun cuando hagan lo necesario para evitarlo; entonces, podemos decir que su consentimiento, implica consentir las acciones del rival -agresiones- y el resultado típico que de ellos se deriva -lesiones- siempre y cuando se den dentro de las normas reglamentarias.

Pero en el caso de las lesiones en el fútbol, no existe suficiente sustento para la exclusión de sanción penal por esta causa, pues, el consentimiento presunto que presta el deportista al decidir participar en un juego de fútbol, sólo implica consentir mínimas afectaciones a su indemnidad corporal propias del desarrollo normal del juego y dentro del reglamento de juego, no así las lesiones corporales descritas en los tipos penales correspondientes que para ser abarcadas por la causal del consentimiento tendrían que estar incluidas en el contenido u objeto del mismo, como en los deportes antes señalados, que sí consisten en agredir, golpear o lesionar al adversario, en tanto que en el fútbol la Regla 12 -*Faltas y Conducta Incorrecta*- sanciona conductas violentas, imprudentes, temerarias o con uso de fuerza excesiva, y prohíbe el juego brusco grave y la conducta violenta, que ya se han descrito.

Entonces, si un jugador de fútbol llega a causar una lesión corporal a la integridad física de su adversario, que por su intensidad pueda constituir faltas contra la persona o delito de lesiones leves o graves, dolosas o culposas, debe responder penalmente por ellas, pues, el consentimiento prestado no lo exime de responsabilidad penal.

Coincidimos en ese sentido con Hans-Heinrich Jescheck (2014) quien concluye que:

Quedan cubiertas con el consentimiento las lesiones imprudentes en el deporte que tienen lugar dentro del marco reglamentario (por ejemplo, una colisión en el campo de fútbol) e, incluso, leves e inintencionadas infracciones de las reglas; no lo están, sin embargo, aquellas contravenciones dolosas o gravemente imprudentes que originan lesiones corporales (Pág.887).

Igualmente estamos de acuerdo, con Muñoz Conde (2001) quien explica que debería verificarse la validez y los límites del consentimiento para determinar la exención de pena en las lesiones, puesto que nadie consiente que se le rompa intencionadamente una pierna en un partido de fútbol.

EL RIESGO PERMITIDO

El riesgo permitido, como elemento de la imputación objetiva, es un criterio esencial para la determinación del deber de cuidado, pues, muchas de las actividades peligrosas que están permitidas socialmente, tienen como límite las normas, reglas o máximas de la experiencia que las regulan. Así, Muñoz Conde (1999) sostiene que:

[...] no quiere decir que dichas conductas peligrosas puedan ser realizadas sin ningún tipo de precauciones. Precisamente porque son peligrosas deben ser realizadas con el máximo cuidado posible, extremando la diligencia debida. De ahí se desprende que, realmente, los casos de riesgo permitido, más que causa de justificación son causa de exclusión del tipo del injusto del delito imprudente ya que lo que excluye la responsabilidad en estos casos no es que la actividad peligrosa es permitida, sino que está permitida en la medida que se realiza con la diligencia debida, es decir, sin culpa (Pág.93).

Ahora, es cierto que en la práctica del fútbol se asume cierto riesgo para la integridad física del deportista, pero los límites del mismo se establecen precisamente en las reglas del juego que buscan reducir al mínimo dicho riesgo; basta con recordar que en la Regla 12 -*Faltas y Conducta Incorrecta*- de las Reglas de Juego 2020/21 de The International Football Association Board – FIFA, ha establecido, qué conductas constituyen faltas contra un adversario que pueden ser cometidas de

manera imprudente, (actuar sin precaución al disputar el balón), temeraria (actuar sin tener en cuenta el riesgo o las consecuencias), y con uso de una fuerza excesiva (cuando se excede en la fuerza empleada, poniendo en peligro la integridad física del adversario), además, se sanciona el “juego brusco y grave”, (disputas del balón que ponen en peligro la integridad física de un adversario o emplear fuerza excesiva o brutalidad); la “conducta violenta”, (si se emplea fuerza excesiva o con brutalidad cuando no se está disputando el balón y aun así se golpee deliberadamente a un adversario) y, el “juego peligroso” que es toda acción que, al intentar jugar el balón, suponga riesgo de lesión, incluso para el propio jugador que realice la acción, o que impida que un adversario cercano juegue el balón por temor a lesionarse.

Entonces, las únicas lesiones que pueden quedar exentas de sanción penal, por encontrarse dentro del riesgo permitido, son las que se den y no sobrepasen las reglas del juego, es decir, las que normalmente son de mínima lesividad, no así las de mayor gravedad, que además de vulnerar dichas normas tengan como resultado las conductas que se describen en cada uno de los tipos penales respectivos.

ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA

Para la imputación objetiva, no es suficiente crear o incrementar un riesgo no permitido y que el mismo se haya realizado en un resultado, sino que, además, éste debe producirse dentro del ámbito de protección de la norma penal, esto es, dentro de los fines que se pretende evitar con la norma en concreto, aquello que se quiere proteger y prevenir.

Así, Peña Cabrera (2017) sostiene que, en las actividades deportivas, como en otras, las personas colocan en grave riesgo su salud, que constituyen riesgos permitidos si se realizan dentro las normas que regulan las mismas, pero como dichas personas asumen de forma libre y responsable esos riesgos, que pueden producirle lesiones a su integridad física, caen en una *autopuesta* en peligro que por lo mismo no puede ser objeto de sanción penal al no estar bajo el ámbito de protección de la norma.

Sin embargo, en los diversos tipos penales del delito de lesiones, el bien jurídico que

se protege es la integridad física o personal que puede ponerse en riesgo o vulnerarse en cualquier ámbito de la actividad humana, sin que pueda excluirse alguna de ellas, lo que implica que las lesiones ocasionadas en cualquier actividad deportiva en general y en el fútbol en particular, no puedan eximirse de ser sancionadas penalmente, por *autopuesta* en peligro, si se dan todos y cada uno de los elementos de tipicidad objetiva y subjetiva, puesto que el riesgo que asumen los futbolistas al decidir practicar este deporte es mínimo dado que se encuentran limitados por las reglas del juego detalladas anteriormente. De esa forma no se puede sostener que una persona por el sólo hecho de participar en un partido de fútbol en la que asume cierto riesgo para su integridad corporal propia de la naturaleza de la práctica de este deporte, pueda llevar a considerar que es una *autopuesta* en peligro que haga que las lesiones constitutivas de delito estén fuera del ámbito de protección de la norma y con ello se genere impunidad.

LA ADECUACIÓN SOCIAL

Por el principio de adecuación social se sostiene, según Muñoz Conde (1999) que:

[...] ciertas acciones en sí típicas carecen de relevancia al ser corrientes en el ámbito social. (...) Este desfase puede llevar inclusive a la derogación de hecho de la norma jurídica y a proponer su derogación formal, pero en tanto esto último no suceda, no puede admitirse que la adecuación social sea una causa de exclusión de la tipicidad. (Pág.35).

Pérez (2018, Pág.248) se pregunta, “hasta qué punto puede seguir el ordenamiento jurídico manteniendo permitida una conducta que formalmente cumple un tipo penal y materialmente lesiona un bien jurídico protegido, y cuándo estas conductas pueden generar responsabilidad penal”; y responde, las lesiones producidas en el deporte pueden quedar impunes por adecuación social e insignificancia, riesgo permitido y el consentimiento e incluso por ejercicio legítimo de un derecho, en tanto las mismas se hayan producido sin vulnerar las reglas del juego y con el debido cuidado.

Sin embargo, para Mir Puig (1996) las lesiones en el ámbito deportivo en cuanto no excedan las normas del juego pueden ser eximidas

por adecuación social e insignificancia de la conducta, siempre y cuando se haya consentido participar en el deporte.

Las posiciones son claramente divergentes, desde las que consideran que las lesiones deportivas no se eximen de pena por adecuación social, las que piensan sí las exime y los que piensan que sí las eximen si se aplican juntamente con otras instituciones. Lo acertado es afirmar que por adecuación social no se puede eximir de sanción penal ninguna conducta punible mientras la norma penal no sea derogada, aunque esa conducta, pese a ser típica, haya caído en desuso.

OBRAR EN EL LEGÍTIMO EJERCICIO DE UN OFICIO (DEPORTE PROFESIONAL)

Algunas de las causales por las cuales también se exime de responsabilidad penal al agente, según el inciso 8 del artículo 20 de nuestro Código Penal, es el obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Según Hurtado Pozo (2005) en la doctrina actual, la causa de justificación, del obrar por disposición de la ley, en sentido amplio, se entiende como obrar conforme a derecho, debido a que, en las diversas normas del ordenamiento jurídico -no sólo en las leyes- se establecen deberes y derechos de las personas que pueden dar lugar a la aplicación de esta eximente. Ahora, cuando nos referimos al *obrar en el ejercicio legítimo de un oficio*, entendido como actividad laboral habitual de una persona, debe estar autorizado o permitido por la ley y para ello basta con citar el principio constitucional de la libertad de trabajar (Constitución artículo 2 inciso 15). Esta causa de justificación pretende evitar se privilegie sólo a quienes ejercen labores profesionales para los cuales se requiere una autorización y formación especial, favoreciendo también a quienes desempeñan oficios u ocupaciones sin dichos requisitos, sin que ello signifique que incumplan las reglamentaciones pertinentes orden y seguridad pública. El ejercicio de un oficio supone, pues, que quien lo desempeñe, lo haga dentro de las normas legales.

Ahora, como el futbolista “profesional” no tiene ningún título que lo acredite como tal, más allá de que pueda haber recibido una

formación rigurosa y adecuada, durante años, debe entenderse que se hace profesional sólo cuando accede a formar parte de un equipo de fútbol que disputa la primera o segunda división de un campeonato oficial y esta actividad se hace su oficio, su medio de vida y subsistencia, su trabajo, normalmente con un contrato de trabajo; descartándose evidentemente a los jugadores aficionados o amateur que practican el fútbol de manera ocasional o complementaria de alguna otra actividad principal a la que se dedican como actividad laboral.

Pero ¿el sólo hecho que las lesiones se produzcan en la práctica del fútbol profesional -oficio- las hace impunes? No, pues, las Reglas de Juego 2020/21, no permiten o autorizan a golpear o lesionar al contrincante, todo lo contrario, la Regla 12 -*Faltas y Conducta Incorrecta*- sanciona con tiros libres directos, indirectos o penaltis, y en su caso, con medidas disciplinarias, como la tarjeta amarilla (amonestación) o roja (expulsión), las infracciones imprudentes, temerarias y con el uso de una fuerza excesiva.

OBRAR EN EL LEGÍTIMO EJERCICIO DE UN DERECHO (NO PROFESIONAL)

Ahora, cuando nos referimos al obrar en el ejercicio de un derecho, Villavicencio Terreros (2009) explicaba:

Esta justificación es consecuencia del principio de unidad del ordenamiento jurídico, ya que lo que está legitimado en una parte del derecho no puede estar prohibido penalmente en otra. En realidad, el ejercicio legítimo de un derecho es una regla general que envía el análisis en busca de disposiciones permisivas a cualquier otro sector del orden jurídico. Se trata entonces de ubicar aquellas autorizaciones o permisos específicos y ciertamente particulares para la realización de un tipo. (Pág.555).

En armonía con ello, en nuestro ordenamiento jurídico, la Ley N°28036 – Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte, tiene como objetivo promover la práctica masiva de la educación física, la recreación y el deporte en general en sus diferentes disciplinas y modalidades. Entonces, cuando se practica el fútbol de manera informal, amateur (no profesional), por recreación, hobby, o simplemente por hacer ejercicio, haciéndolo incluso dentro en campeonatos deportivos interinstitucionales, escolares, de barrio, etc., se realizan al amparo

de esta norma, que no solamente permite, sino que promueve y propicia la actividad deportiva. Pero ¿esta ley constituye una causa de justificación de las lesiones ocasionadas en la práctica del fútbol? No, pues, no permite, ni tampoco autoriza la lesión corporal al adversario deportivo, fuera de los reglamentos de la disciplina, que normalmente son afectaciones mínimas a la incolumidad física, como pequeñas tumefacciones, excoriaciones, raspones de poca o mínima significación. Si se dan lesiones de mayor intensidad, califican como faltas contra la persona, lesiones leves o lesiones graves, que tendrían que ser investigadas y de ser el caso sancionadas penalmente.

Zaffaroni (2008) tiene una posición contraria, afirma:

La actividad deportiva está claramente fomentada en el orden jurídico por varias leyes vigentes. En el transcurso de esa actividad pueden resultar lesiones e incluso la muerte, toda vez que importan conductas riesgosas para la integridad física. De no mediar esta legislación que fomenta el deporte, en el caso del boxeo, habría supuestos de tipicidad dolosa de lesiones leves y en los restantes deportes, más o menos violentos, se trataría de tipicidades culposas. (...) El límite de tipicidad lo marca el reglamento deportivo. Violado el reglamento, la conducta será típica, pudiendo ser dolosa o culposa, según el caso. (...) La violación del reglamento importa cuando menos, una violación del deber de cuidado, pues, el reglamento es el límite del riesgo asumido mediante el consentimiento. (...) Las reglas precedentes son aplicables tanto en competencias oficiales como no oficiales. (Pág.384)

CONCLUSIONES

Todas las causas de exención penal analizadas ineludiblemente deben tomar en cuenta las reglas del juego del fútbol para determinar sus límites y los del deber objetivo de cuidado. Ninguna de las causales de exención de pena, individual o conjuntamente con otra, puede eximir de sanción penal a las lesiones dolosas causadas dentro del campo de juego de fútbol dado que este deporte no consiste en golpear o menoscabar la integridad física del rival, como en otros deportes. El consentimiento, la adecuación social, ni el ámbito de protección de la norma, individualmente, como causas de exención de pena, pueden eximir de sanción

penal las lesiones culposas que se causen en la práctica del fútbol. Las causas de exención penal, como el riesgo permitido y el obrar en ejercicio legítimo de un oficio, individualmente, pueden invocarse sólo para eximir de sanción penal de las lesiones corporales culposas mínimas que podrían constituir faltas contra la persona e incluso lesiones leves, en tanto, no exceda las normas del debido cuidado. Aun combinando algunas de las causales de exención de pena no es posible eximir completamente de sanción penal a las lesiones culposas graves y menos a las lesiones dolosas graves.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND Thomas. (2014) *Tratado de derecho penal – Parte general*, Volumen II, Instituto Pacífico, Lima.

MIR PUIG, Santiago. (1996) *Derecho Penal – Parte General*, PPU S.A., Barcelona.

MUÑOZ CONDE, Francisco. (1999) *Teoría general del delito*, Temis, Santa Fé de Bogotá.

MUÑOZ CONDE, Francisco. (2001) *Derecho Penal – Parte especial*, Tirant lo blanch, Valencia.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. (2017) *Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*, Gaceta Jurídica, Lima.

PEREZ LOPEZ, Jorge. (2018) *Las 15 Eximentes de responsabilidad penal*, Gaceta Jurídica, Lima.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. (2009) *Derecho Penal – Parte general*, Grijley, Lima.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, (2008) *Manual de Derecho Penal – Parte General*, EDIAR

FUENTES LEGALES

THE INTERNATIONAL FOOTBALL ASSOCIATION BORD – FIFA (2021) *Reglas de juego 2020/21*, Zurich.

CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL PERU, (1991) Decreto Legislativo N°635 - Código Penal, 03 de abril 1991.

DERECHO ROMANO

FELIPE PINGLO Y EL DERECHO ROMANO: EL PLEBEYO EN LAS XII TABLAS Y LA LEX CANULEIA

FELIPE PINGLO AND ROMAN LAW: THE COMMONER IN THE XII TABLES AND THE LEX CANULEIA

Julio Santiago Solís Gózar
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
ORCID: 0000-0002-9478-4912
philosiuris@gmail.com
Perú

DOI: 10.24265/VOX JURIS.2023.v41n1.11

Recibido: 10 de marzo de 2022

Aceptado: 11 de julio de 2022

SUMARIO

- Prolegómeno.
- Las XII Tablas.
- Trémulo de emoción.
- No es distinta la sangre ni otro el corazón. La *lex canuleia* o *lex de connubio partum et plebis*.
- Conclusiones.
- Referencias.

RESUMEN

El objetivo de este artículo es dar a conocer ampliamente el origen, la estructura y la finalidad de la Ley de las XII Tablas, instrumento jurídico trascendental en la República romana, con especial énfasis en el matrimonio entre patricios y plebeyos, evocando finalmente a la *lex canuleia* al ritmo de la canción más emblemática del cantautor peruano Felipe Pinglo.

PALABRAS CLAVE

XII Tablas, República, Plebeyo, Felipe Pinglo, Derecho romano.

ABSTRACT

The objective of this article is to widely publicize the origin, structure and purpose of the Legal Law of the XII Tables, a

transcendental legal instrument in the Roman Republic, with special emphasis on the marriage between patricians and plebeians, finally evoking the *lex canuleia* to the rhythm of the most emblematic song of the Peruvian songwriter Felipe Pinglo.

KEY WORDS

XII Tables, Republic, Plebeian, Felipe Pinglo, Roman Law.

PROLEGÓMENO

La palabra “bardo” significa poeta y fue usada para decir que Shakespeare es el “Bardo de Avon” y Felipe Pinglo¹, el “bardo inmortal”. Ellos tuvieron tal calificativo por sus creaciones en el teatro y la música, ya que al sólo contacto con sus lectores, espectadores u oyentes, traspasaban las fibras de su sensibilidad.

Sobre Felipe Pinglo, una de sus más célebres composiciones fue “El plebeyo”, en ella se narra una historia de amor enrevesada por la diferencia entre clases sociales; en palabras del cantautor peruano “(...) el hombre que supo amar y que sufriendo va esa infamante ley, de amar a una aristócrata siendo plebeyo él (...)”².

1 Felipe Pinglo Alva, compositor y músico peruano, nacido en la ciudad de Lima un 18 de julio del año 1899 y fallecido en la misma ciudad el año 1936, año en el que se promulgó el tercer Código Civil que ha tenido el Perú.

2 Parte de la letra del afamado vals peruano intitulado “El plebeyo”, compuesto aproximadamente en el año 1930. Al parecer, narra la historia de Felipe Pinglo, obrero de una imprenta, que se enamoró de la hija de su patrón, quien

Lo escrito por él, encaja perfectamente con la historia de los plebeyos de la antigüedad — principalmente en la etapa de la monarquía e inicios de la República— ya que sufrían del desprecio y desigualdad social por ser pobres o no provenir de familias fundadoras de Roma y con todo ello, se les prohibía contraer matrimonio con la clase patricia.

La Ley de las XII Tablas, fue un instrumento jurídico importante para aquella época, tuvo como finalidad, reconocer y aplicar el principio de igualdad —conocido por los griegos como isonomía— entre patricios y plebeyos, pero esta ley escrita ¿logró reconocer y avalar el matrimonio entre patricios y plebeyos?

Luego de un estudio del origen, razones y estructura de las XII Tablas, hemos de dar respuesta a tal interrogante.

LAS XII TABLAS

Las *mores maiorum* y el absolutismo de los patricios

Roma se divide cronológicamente en tres etapas; Monarquía, República e Imperio. Hasta la República (Acosta, 1920, p. 233), no había leyes escritas, las relaciones jurídicas y la solución de conflictos de los ciudadanos romanos se regulaban mediante la única fuente de derecho o “modo primitivo de formación del derecho” (Bonfante, 2002, p. 22), que era la costumbre de los antiguos o *mores maiorum*, “transmitidas oralmente de una generación a otra, que fueron consideradas además como una parte de su herencia popular como romanos” (Stein, 2001, p. 4).

En la actualidad la costumbre sigue siendo fuente de derecho, pero no es determinante para solucionar a cabalidad un conflicto jurídico, con decir que ni la ley ni la propia jurisprudencia podría jactarse de algo así.

Por lo tanto, la costumbre —tanto hoy como en la antigüedad romana— no era garantía de solución efectiva o plena de un conflicto jurídico; mucho menos generadora de bases sólidas para un proceso justo, solo era un instrumento de justicia destinado a la parcialidad.

Para los plebeyos, la aplicación de las *mores maiorum*, les generaba un vacío o angustia, ya que era una labor exclusiva del colegio de pontífices, considerados los primeros juristas (Panero, 2008, p. 55), y estaban conformado por patricios. Ellos tenían la facultad de entender cuál era el verdadero sentido y su correcta interpretación “*interpretatio pontificium*”. Por tanto, tenían un amplio poder y esta situación fue ingrata a los ojos de los plebeyos, ya que debían aceptar sin cuestionamiento las fórmulas propuestas por el colegio de pontífices argumentado que es una verdad absoluta, dirimente e inmutable.

Como mencionamos, los pontífices eran patricios; personas que formaban parte de la elite romana o de la alta sociedad, descendientes de los fundadores de Roma. Esta relación patricio-pontífice, y la determinación de que éstos tendrían la última palabra a la hora de interpretar o ejecutar la única fuente de derecho que era la costumbre, generó perturbación, desconsuelo y fastidio entre los plebeyos, quienes veían que sus pretensiones no eran valoradas ni tomadas en cuenta o eran banalizadas en beneficio de su oponente, que tenía la condición de patricio.

Los plebeyos eran la otra cara de la moneda, los marginados sociales, de quienes no se sabía su origen, limitados para obtener cargos públicos o religiosos.

Aquel desasosiego y hasta molestia de los plebeyos es lógicamente justificable, ya que, ante un conflicto jurídico entre un patricio y un plebeyo, el colegio de los pontífices, conformado en su totalidad por patricios, sería una suerte de juez y parte, y eso generaba desconfianza.

Los plebeyos consideraban que sería más objetivo, conocer las reglas secretas que utilizaban los pontífices para interpretar o aplicar la costumbre, y así en un ánimo de transparencia estar convencidos que había una aplicación correcta de la justicia.

La lucha de los plebeyos

La distinción entre patricios y plebeyos, así como el sistema arcano de justicia a cargo de los pontífices, quienes eran custodios celosos del derecho consuetudinario (Ghirardi, 1995, p. 89), motivaron y robustecieron la lucha de

fuere Giannina Zuccarello. Al enterarse el padre de la relación sentimental, envió a su hija a Florencia - Italia.

los plebeyos por alcanzar igualdad y un sistema de justicia de conocimiento público.

Como consecuencia de su lucha —secesión plebeya del año 449 a.C.— lograron ser representados por un tribuno, el nombre de este personaje fue Terentilio Arsa, quien solicitó en el año 462 a.C, la redacción de una ley escrita que ponga en igualdad a patricios y plebeyos (Benítez, 2020, p. 71). Ocho años después, exactamente en el año 454 a.C., el pedido tuvo aceptación y se encargó a tres patricios para que investiguen como se cimienta una ley que equilibre a patricios y plebeyos, para tal fin, viajaron a Atenas —que para los ojos de los romanos era como hablar de Grecia—, ya que eran famosas las leyes de Solón y Licurgo, que casualmente, remedió la discordia entre el pueblo y la nobleza.

Por tal razón, algunos sostienen que hubo una influencia griega en la creación de la Ley de las XII tablas, como puede ser; la novedad que el derecho sea escrito y se publique; la producción legislativa de la ley; la idea de isonomía —igualdad ante la ley—; y la identificación del “nuevo concepto de *lex* con el griego *nomos*, que podrían traducirse por norma jurídica” (Fernández, 2010, p. 91).

Sin embargo, al tener griegos y romanos, personalidades distintas, así como una manera auténtica de comprender el derecho, esa influencia fue moderada (Kunkel, 1981, p.33). En la misma línea de moderación en cuanto a la influencia griega, Guillermo Margadant menciona figuras como la libertad testamentaria que fueron creaciones exclusivas del derecho romano (González, 2003, p. 86).

Retornando con la expedición jurídica a la ciudad de Atenas mencionaremos el aporte de Solón quien fuese referido por el gran filósofo Aristóteles, destacando sus seis disposiciones fundamentales:

1. Prohibió que se ofreciera a la propia persona del deudor, como garantía real del cumplimiento de sus obligaciones.
2. Canceló las deudas públicas y privadas, y anuló las garantías reales que afectaban a su cumplimiento.
3. Estableció el sorteo para la provisión de magistraturas.

4. Dispuso la publicidad de las actuaciones judiciales y la posibilidad de apelar las resoluciones de los magistrados.

5. Dispuso la obligación de los ciudadanos de intervenir en los asuntos públicos.

6. Endureció la represión de la tiranía, mediante la privación de todos los derechos para el tirano y su estirpe. (Fernández, 2010, p. 90)

Posterior al viaje de los patricios a Atenas, se formó el “*Decemviri legibus scribundis*” — por esta comisión de diez integrantes, se llamó a la Ley de las XII Tablas, ley decenviral—; esta comisión estuvo encargada, de redactar la ley escrita.

La primera entrega se dio en el año 451 a.C., y fueron X tablas, esta estuvo a manos de patricios. Las dos tablas posteriores contaron con la participación de los plebeyos y data del año 449 a.C., curiosamente, estas últimas resultaron odiosas al pueblo (González, 2003, p. 91).

La amplitud de las XII Tablas.

Se podría decir que la extensión jurídica de la Ley de las XII Tablas en cuanto al derecho civil fue ambiciosa —sin perjuicio de los exiguos planteamientos en materia contractual y obligacional— principalmente aquellas que se relacionaban con el día a día del agricultor, como por ejemplo el derecho de colindancia o contigüidad; también se pronunciaron sobre instituciones familiares y de sucesiones, incluyendo algunas instituciones provenientes del derecho penal y procesal, por tanto, fue considerada como “el primer monumento legislativo del pueblo romano” (Hernández, 2014, p. 115)

Sin embargo, no reguló “la organización política del Estado ni la constitución judicial. Por tanto, lo único que quería el legislador era recoger el *ius civile*, es decir, las normas que se referían al ciudadano particular; ahora bien, éstas, en la medida de lo posible, de modo exhaustivo” (Kunkel, 1981, p. 33).

El mérito de esta obra motivada por los plebeyos se basa en el intento de realizar una codificación completa de leyes, que sirvan de base para los edictos del pretor, y un intento en la separación del *ius* (derecho de los hombres) del *fas* (derecho divino). Su amplitud, se pudo

comparar mil años después, con el encargo del emperador Justiniano, cuando se concretó el *Corpus Iuris Civilis* (Benítez, 2020, p. 73).

A continuación, describiremos algunas reglas contempladas en las XII Tablas, que pueden resultar sorprendentes para los ojos del presente.

Algunas disposiciones de las XII Tablas, que sorprenderán a los ojos del presente

En referencia a la inejecución de las obligaciones

La Ley de las XII Tablas, en virtud del *nexum* —cadena que ata al deudor con su acreedor— fue desalmada con el deudor de una obligación dineraria cuando este no cumplía con su prestación. Aquel deudor desdichado —sin condena judicial—, perdía su dignidad y autonomía, pasando a ser víctima de los abusos más desmesurados de su acreedor o acreedores. Por ejemplo —en caso de inejecución de las obligaciones— el deudor dejaba de ser persona y se convertía en una cosa, pasible de disposición y destrucción a manos de su acreedor quien podía matar a su deudor y cortarlo en pedazos proporcionales a su deuda. Por tanto, el deudor era un sometido. Otra regla inquietante se dio cuando el acreedor fallecía sin que el deudor haya cumplido con su obligación, este último, podría ser enterrado vivo, para que la cadena que lo une con su acreedor se mantenga hasta después de la muerte; también tenía la facultad de amarrar a su deudor y sacarlo a la calle como si fuese su mascota o venderlo como esclavo.

Naturalmente, en la evolución del derecho romano, estas circunstancias negativas para el deudor tuvieron fin, ya que nacen figuras jurídicas como la *Lex Poetelia Papiria* del año 326 a.C., mediante la cual, el acreedor ya no podía cobrarse con la integridad del deudor, sino con sus bienes, regla que se mantiene vigente hasta la fecha y resumida con la locución latina “*bonorum venditio*”.

En referencia a ciertos delitos y daños a la propiedad

El homicida y sobre todo el fugitivo, estuvo condenado a morir de hambre y sed “*aqua et igni interdictio*”, ya que había una prohibición en la Ley de las XII Tablas, de prestarle ayuda, aplicable para todos, sean amigos o familiares.

La finalidad era expropiarlos de tierras romanas “*exilium*”.

Quien se aprovechase de cosecha ajena, era colgado porque era un delito muy grave, que atentaba contra su máxima diosa de la agricultura llamada Ceres. Si el ladrón, era atrapado por el dueño de la cosecha, en el momento de la comisión del hurto, este tenía la facultad de ajusticiarlo sin recibir reproche alguno por los parientes del fallecido; sin embargo, los familiares, podrían asumir pecuniariamente la responsabilidad del ladrón y solicitar su libertad. Pero en el caso, no haya sido *in flagrante*, esta misma ley, prohibía cualquier tipo de escarmiento físico; permitiendo solo la compensación económica a favor del agraviado, recibiendo el doble del valor del bien hurtado.

El hueso roto, de un ciudadano que goza de libertad, tenía un costo predeterminado, ascendiente a 300 ases, pero si el agraviado era un esclavo, se debía pagar la mitad al dueño.

Si el daño corporal, era de tal magnitud que causaba invalidez o pérdida definitiva de las funciones de alguna de las partes del cuerpo humano, se aplicaba la Ley del Talión, salvo que haya un acuerdo compensatorio.

La persona que, con hechicerías, conjuros y afines, dañaban a una persona o sus cosechas, debía ser castigado con la muerte.

Aquel que de manera premeditada calcina una cosa ajena, debía ser castigado de igual manera. Eso quiere decir que el causante del daño debía ser quemado sin piedad, reflejándose a la Ley del Talión naciente en el Código de Hammurabi.

En referencia al proceso

Si se demuestra, que quien testifica, no presenció el hecho delictivo o dañoso, era arrojado a los acantilados.

Mas adelante, brindaremos mayores datos que atraparan su atención por peculiares y extravagantes.

¿La ley de las XII Tablas fue un sueño de los juristas romanos o fue una hermosa realidad?

Es posible que La Ley de las XII Tablas haya sido la primera fuente escrita —haciendo

la salvedad del *ius civile papirianum*, considerada como una leyenda que agrupó leyes reales— pero nunca saldrá del mundo de las posibilidades ya que fue destruida en integridad, quemada por los galos en el año 390 a.C. Por tal razón algunos investigadores como Héctor País y Eduardo Lambert niegan su existencia.

Lo que conocemos de ella es a través de las citas de jurisconsultos de la época clásica e historiadores como fueron Pomponio, Ulpiano, el estelar Gayo y Tito Livio, este último, consideró a las XII Tablas como “fuente de todo el derecho público y privado, y Cicerón afirmaría que todos los niños debían aprenderla de memoria” (Stein, 2001, p. 9). Se dice que las XII Tablas, estaban hechas de bronce y madera, haciéndose pública, en el centro de la ciudad, específicamente en el Foro.

Sin embargo, como ya mencionamos anteriormente, no hay prueba material ni concreta de su existencia, menos del orden original de las mismas; no obstante inquietos investigadores han tratado de unificar criterios para ordenar y hasta cierta medida estandarizar su contenido a fin de poder ser explicadas en clase.

Contenido de las XII Tablas

Tabla I. Derecho procesal civil

Determinó la organización judicial y las reglas procesales para los litigantes como la citación y comparecencia ante el magistrado. La citación la hará personalmente el demandante y si este se niega a acudir, el accionante podrá hacer uso de la fuerza. Si el demandado por motivos ajenos a su voluntad —como puede ser su estado de salud producto de una enfermedad o la vejez— no puede acudir al Foro, el demandante tiene el deber de brindarle las facilidades del caso, como el envío de caballería y en el mejor de los casos con carruaje. Si no desea acudir por propia voluntad, puede encomendar al *vindex* o fiador para que lo represente en el proceso (Fernández, 2010, pp. 94-95).

Tabla II. Derecho procesal civil

Esta tabla, determinaba el trámite del litigio. Aquí se establece que la opinión sobre la litis que conduce a la sentencia no será dictada por el magistrado, sino por un tercero que haya

sido convocado por las partes. Además, se promueve un acuerdo conciliatorio antes de concluir el proceso.

También, se regulan dos tipos de procesos, tomando en cuenta si la pretensión versa sobre los derechos que se tiene sobre una cosa o una potestad sobre personas o sobre un derecho de crédito.

Dato curioso, es que, los testigos de los alegatos iniciales de las partes eran los dioses. Así también, el perdedor de un proceso no solo perdía el fondo, sino que debía pagar al Estado un monto igual a la pretensión pecuniaria, y dicho monto servía para el culto de sus dioses.

Tabla III. Derecho procesal civil

Trata de la ejecución en caso de confesión y condena, especialmente contra los deudores insolventes, quienes luego de la sentencia, podían ser maltratados por sus acreedores, lesionando sin reparos su dignidad e integridad. Ejemplo de ello, luego de 30 días que se emitió la sentencia y el deudor no cumple con su obligación, el acreedor está legitimado para vender al deudor como esclavo en el extranjero “*trans tiberim*” y así recuperar su crédito; Así también, en el caso de varios acreedores, se les facultaba a matar a su deudor común y cortarlo en pedazos, siempre con el debido cuidado que no se corte más de lo debido, en proporción a su crédito.

Todos estos actos de hostilidad y crueldad hacia el deudor cesaron con la *Lex poetelia papiria* del siglo IV a.C., cuyo objetivo era el cobro de la deuda, ya no con la integridad del deudor, sino con su patrimonio, situación vigente hasta el sol de hoy y que justifican a figuras como la hipoteca, medidas cautelares, la no prisión por deudas, entre otros.

Por otro lado, quien está ausente en el proceso, pierde el litigio, por lo tanto, la sentencia será favorable para la parte que sí está presente, pudiendo ser el demandado o demandante.

Tabla IV. Derecho de familia

Contenía reglas acerca del divorcio por parte de la mujer, como el ausentarse tres noches consecutivas del hogar conyugal “*usurpatio trinoctii*”, con tal conducta se evidenciaba la voluntad de la mujer de interrumpir la convivencia y dar por finalizado el matrimonio.

Esta regla al parecer no aplicaba para los varones.

También reconoció los poderes del *paterfamilias*, como arrendar las fuerzas del hijo para las labores agrícolas y tal renta era de disposición absoluta del *paterfamilias*. Si el padre trasfirió a su hijo mediante este arrendamiento por tres veces consecutivas, este perdía la patria potestad, convirtiendo el hijo en emancipado y por lo tanto en un *sui iuris* —aquel que no depende de nadie—.

Para finalizar, el *paterfamilias* tenía tres derechos que de seguro serán inquietantes a los ojos del presente. Estos son el “*ius vitae necisque*” —derecho sobre la vida y la muerte de los hijos—, el “*ius vendendi*” —la posibilidad de vender a sus hijos, sobre todo cuando el *paterfamilias* se encuentre en estado de necesidad económica—, el “*ius exponendi*” —exponer a grave peligro a sus hijos—, el “*noxae deditio*” —entregar al hijo como compensación por el daño causado por este—.

Tablas V. Sucesiones, tutela y “capitis deminutio”

Otorga amplia libertad para que el testador disponga de sus bienes. Desarrolla la sucesión *ab intestato*, esta que se presenta cuando el *paterfamilias* no ha dejado testamento o este no es válido; las reglas de este tipo de sucesión están sustentadas en base al parentesco civil y la agnación, prevaleciendo ante la cognación.

Orienta en cuanto a la división proporcional del activo y pasivo del patrimonio del causante en favor de los herederos.

Crean la figura del legado, haciendo posible que parte de la masa hereditaria pase a personas con las cuales no tiene un vínculo familiar y jurídico.

Se crea la tutela de mujeres, que estaba destinada a aquellas que no habían contraído matrimonio ni estaban sujetas a la patria potestad.

También, se crea la curatela para los *capitis deminutio* o personas con discapacidad como son los enajenados “*furiosi*” y también para los dilapidadores de su patrimonio, quienes ponen a su familia en riesgo material y de subsistencia.

Tablas VI. Posesión y propiedad

Propone la diferencia entre posesión y propiedad. Reconoce un tipo de propiedad

exclusiva de los ciudadanos romanos conocido como “*dominium ex iure quiritium*”. Nace la prescripción adquisitiva de dominio siendo denominada como “*usucapio*”.

Se crean figuras jurídicas para la transferencia de titularidades, como son el “*nexum*” —figura rigurosa y drástica con el deudor quien queda sometido a su acreedor como si estuviese encadenado a él—, “*sponsio*”, “*mancipatio*” —acto formal de transferencia de la titularidad, requiriéndose para ello de cinco testigos, una balanza que contenga una piedra y bronce en ambos lados y que mantenga equilibrio, mostrando con ello que en el intercambio de titularidades no hay desproporción ni lesión alguna—, “*in iure cesio*” —es más práctica que la *mancipatio*, ya que no se requiere de tantos instrumentos y rituales; en el caso concreto, las partes interesadas, deben acudir ante el magistrado, y cuando este pregunte a quien pertenece el bien materia de transferencia, el vendedor se queda callado allanándose al pedido del comprador de ser el nuevo titular, la intervención del magistrado brinda seguridad jurídica— y el ya mencionado “*usucapio*”.

Tablas VII. Limitaciones al derecho de propiedad

Con especial énfasis en las labores agrícolas, se crean las reglas sobre el derecho de vecindad —como cortar las ramas que ingresen al fundo del colindante y hacerse de los frutos del colindante que caen en su fundo— y servidumbres legales, determinándose medidas de anchura mínima de las vías.

Tabla VIII y Tabla IX. Derecho penal y procesal penal

Se determinan los principios del derecho procesal penal y se distingue los delitos públicos “*crimina*” —instancia de parte o de oficio / penas afflictivas y pecuniarias— de los privados “*delicta*” —instancia de parte / penas pecuniarias, vestigio de la actual responsabilidad extracontractual—; el incendio doloso del incendio culposo; homicidio culposo —pena pecuniaria— del homicidio doloso —pena de muerte o venganza de sangre por parte de los familiares—. Como se puede notar, se avala la venganza privada y la antigua Ley del Talión para delitos graves y una compensación económica en cuanto a los delitos leves.

En cuanto a las lesiones físicas, si este era “leve” —fractura de un hueso— y la víctima era un ciudadano romano, este último estaba legitimado para pedir en compensación la suma de trescientos ases, como ya mencionamos el “as” era la moneda de aquel tiempo la cual estaba hecha de bronce. Si la víctima de la lesión era esclavo, el monto compensatorio se reducía a la mitad.

Si la lesión era grave, se promovía el acuerdo compensatorio entre las partes “*pactum*” y en su defecto, procedía la Ley del Talión.

En cuanto al delito de hurto “*furtum*”, si el facineroso realizó la conducta delictiva de día o de noche, pero con arma, se le facultaba a la víctima para quitarle la vida, siempre que hubiese testigos que hayan presenciado el hurto.

También se castigaban a los usureros, aquellos que prestaban dinero a cambio de intereses exorbitantes, superiores a lo legalmente establecido; a los escandalosos que con palabras y gestos deshonraban a otras personas; a los jueces prevaricadores; a los que traicionaban a la comunidad “*perduellio*”.

Finalmente, las conductas delictivas, en su mayoría estaban tipificadas, sin embargo, no era aplicable el aforismo “*nullum crimen, nullum poena, sine lege*”.

Tabla X. Derecho sagrado

Se desarrolla el derecho sacro y las reglas de los funerales, prohibiéndose los lujos funerarios y la incineración o entierro de cadáveres dentro de la ciudad, por motivos de salud pública, así como la imposibilidad de usucapir las cosas pertenecientes a los dioses manes o antepasados fallecidos, como son los sepulcros y utensilios para su adoración.

Tabla XI y Tabla XII

Fue obra del nuevo colegio decenviral, el cual fue tirano y deseoso de mantener el poder (González, 2003, 91). Estos marcaron nuevamente las diferencias entre patricios y plebeyos —por eso fue denominada como “*tabulae iniquae*” o leyes injustas—. Fue increíble su publicación por parte de los cónsules Valerio y Horacio quienes eran considerados restauradores de la libertad (Arangio-Ruiz, 2006, p. 69). En estas últimas tablas se prohibió expresamente el matrimonio entre patricios y plebeyos.

TRÉMULO DE EMOCIÓN

El desconuelo de los plebeyos tenía su origen en la forma arbitraria y desfavorable de administrar justicia a cargo del colegio de los pontífices y la desigualdad social. Por ello, se luchó, para ver contentura en sus rostros y demoler la irrefutable disparidad entre los habitantes de la antigua Roma.

En tal sentido el grito desesperado de todos los plebeyos, logró la presencia de un tribuno el cual veló por sus intereses y como consecuencia se logró la publicación de una ley escrita que tenía como finalidad acabar con el monopolio jurídico de los patricios, sin embargo, esto no fue suficiente para lograr a plenitud la isonomía; los patricios siguieron siendo hijos predilectos de Roma y como consecuencia no cesaron las desigualdades, no hubo matrimonios ni romances bien vistos entre patricios y plebeyos y la ley se aplicaba con mayor dureza a los plebeyos y le limitaban en cuanto a oportunidades, como por ejemplo, los plebeyos no pudieron acceder a las magistraturas sino hasta el año 367 a.C. (Castresana, 2013, p. 35).

Para finalizar, reiteramos y precisamos que la *iustae nuptiae* entre patricios y plebeyos, de acuerdo con el contenido de la Tabla XII, prohibía el matrimonio entre un patricio y un plebeyo.

NO ES DISTINTA LA SANGRE NI OTRO EL CORAZÓN. LEX CANULEIA (LA LEY CANULEYA O LA LEY DE CANULEYO) O LEX DE CONUBIO PATRUM ET PLEBIS (LEY SOBRE EL MATRIMONIO DE PATRICIOS Y PLEBEYOS)

Cicerón consideraba que la prohibición del matrimonio entre patricios y plebeyos era humanamente injusta (Marcos, 2000, p. 373) y fue recién en el año 445 a.C., por gestión del tribuno Cayo Canuleyo, en la que se vota favorablemente por la ley que llevaría su nombre “*Lex Canuleia*” la cual modifica un orden social (Agudo, 2012, p. 665), admitiéndose el matrimonio entre patricios y plebeyos “*iustae nuptiae*” o las nupcias justas (Iglesias, 1972, p. 551) y por tanto, siendo ya legítima esta unión (Petit, 1959, p. 39), los hijos que naciesen de dichos matrimonios deberían ser reconocidos como herederos de la familia paterna y con

ello se eliminaban los prejuicios de casta; sin embargo, las formalidades religiosas del matrimonio, como la presencia de los más altos dignatarios sacerdotes era exclusivo de los patricios (Mejía, 2009, p. 506-509).

Waldemir Ayala Ríos, profesor de lenguas clásicas y vivas, traduce la cita original de Cicerón del latín al español y de Tito Livio del francés al español, las cuales complementan la naturaleza jurídica de la “*Lex Canuleia*” (Comunicación personal con Ayala Ríos el 11 de julio del 2022):

Cicerón, de Republica, liber secundus, LXIII:

«*Ut ne plebei cum patribus essent, inhumanissima lege sanxerunt, quae postea plebiscito Canuleio abrogata est.*»

“Para que no estuviesen patricios con plebeyos, ratificaron con una ley muy inhumana, la cual fue luego abolida por plebiscito Canuleyo”.

Tite-Live, Histoire romaine, livre quatrième, 1:

«Dès les premiers jours, Gaius Canuléius, tribun du peuple, proposa une loi relative aux mariages entre patriciens et plébéiens, laquelle devait, selon les patriciens, souiller la pureté de leur sang et confondre les droits de toutes les races. Ensuite, la prétention, insensiblement élevée par les tribuns, d’obtenir que l’un des consuls fût choisi parmi le peuple, en vint là que neuf tribuns présentèrent un projet de loi, pour que le peuple romain pût, à son gré, choisir les consuls parmi les plébéiens ou les patriciens».

“Desde los primeros días, Gayo Canuleyo (tribuno del pueblo) propuso una ley, relacionada con los matrimonios entre patricios y plebeyos, la cual debía—según los patricios—contaminar la pureza de su sangre y confundir los derechos de todas las razas. Luego, la pretensión —imperceptiblemente levantada por los tribunos— de obtener que uno de los cónsules fuere elegido entre el pueblo, allí vino que nueve tribunos presentaron un proyecto de ley para que el pueblo romano pudiese, a su conveniencia, elegir a los cónsules entre los plebeyos o los patricios”.

Vemos cómo este plebiscito, permitió la tan ansiada equidad civil y social entre patricios

y plebeyos en cuanto al matrimonio, del cual puede sentirse afín Luis Enrique, el plebeyo, el hijo del pueblo, el hombre que supo amar (...).

CONCLUSIONES

- a. La primera fuente de derecho en la monarquía romana fue la *mores maiorum*. Los que la interpretaban era el colegio de pontífices, conformado exclusivamente por patricios.
- b. La lucha de los plebeyos mediante la segunda secesión del año 449 a.C., logró que estos tengan un tribuno y este solicitó la creación de una ley escrita que permita la igualdad entre patricios y plebeyos, estas fueron las XII Tablas.
- c. Las XII Tablas tuvieron un mayor desarrollo en el derecho privado.
- d. Las reglas desarrolladas en las XII Tablas sorprenden a todo estudioso contemporáneo del derecho por su crueldad con el deudor y los hijos.
- e. La evidencia de la existencia de las XII Tablas proviene de los escritos de juristas e historiadores de la época.
- f. Las XII Tablas no lograron a cabalidad la igualdad social entre patricios y plebeyos siendo la Tabla XII la que prohibiese el matrimonio entre ellos.
- g. La *Lex Canuleia* acabó con la prohibición de *iustae nuptiae* entre patricios y plebeyos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografía

- Benítez, A. (2020). *Derecho romano*. Intercontinental.
- Fernández, A. (2010). *Historia del derecho romano*. Thompson Reuters.
- González, E. (2003). *Manual de derecho romano*. Universidad Externado de Colombia.
- Ghirardi, J. (1995). *Derecho romano I*. Eudecor.
- Morales, J. (1989). *Derecho romano*. Trillas.

Kunkel, W. (1981). *Historia del derecho romano*. Ariel.

Bonfante, P. (2002). *Instituciones de derecho romano*. Reus.

Stein, P. (2001). *El derecho romano en la historia de Europa*. Siglo Veintiuno.

Panero, R. (2008). *Derecho romano*. Tirant Lo Blanch.

Arangio-Ruiz, V. (2006). *Historia del derecho romano*. Reus.

Iglesias, J. (1972). *Derecho romano*. Ariel.

Mejía Valera, J. (2009). *Sociología del derecho. Teoría social del derecho*. JB Editores.

Petit, E. (1959). *Tratado elemental de derecho romano*. Editorial Universidad.

Acosta, E. (1920). *Historia del derecho romano público y privado*. Editorial Reus.

Hernández Canelo, R. (2014). *Derecho romano. Historia e instituciones*. Jurista Editores.

Fuentes electrónicas

Agudo Ruiz, A. (2012). A propósito de los fundamentos de derecho romano del profesor Dr. Antonio Fernández de Bujan. *Revista de Derecho UNED*, núm. 10, 655–686. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2012-10-5250/Documento.pdf>

Marcos Celestino, M. (2000). La Ley de las XII Tablas. *Helmantica: Revista de filología clásica y hebrea*, núm. 155. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4630654>

GESTIÓN PÚBLICA

EL LIDERAZGO EN EL SECTOR PÚBLICO, LA VARIABLE CRÍTICA PARA REFORMAR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

LEADERSHIP IN THE PUBLIC SECTOR, THE CRITICAL VARIABLE TO REFORM THE PUBLIC ADMINISTRATION

René Arturo Barra Zamalloa
Value & Growth Partner E.I.R.L.
ORCID: 0000-0002-3568-5578
rbarraz@usmp.pe
Perú

DOI: 10.24265/VOX JURIS.2023.v41n1.12

Recibido: 23 de enero de 2022

Aceptado: 8 de julio de 2022

SUMARIO

- Introducción.
- ¿Por qué las reformas o los cambios organizacionales del Estado exigen liderazgo?
- Las reformas del Estado peruano y la relación con la visión y la estrategia.
- Ideas finales y conclusiones.
- Referencias.

RESUMEN

El presente artículo de opinión aborda el problema de las reformas de la administración pública peruana desde la óptica del liderazgo, la visión y la estrategia. Se sostiene que a pesar de la relevancia y urgencia del cambio de la administración pública, las reformas emprendidas fracasan o nunca maduran por el énfasis en una gestión administrativa o burocrática en lugar de una gestión estratégica de las mismas, con un liderazgo y una capacidad de visionar que serían nuevos para el Estado. Para ello se revisa detenidamente la bibliografía relevante y se define qué es liderazgo, visión y estrategia, para estar en capacidad de vincular estos conceptos con el cambio o la transformación organizacional. La tesis planteada es que para reformar la administración pública se necesita mucho más liderazgo que administración y nuestro

Estado padece de “solo administración”. El concepto de liderazgo que se propone es aquel que instaura en las organizaciones una visión compartida, una ruta estratégica y construye comunidad al interior de aquellas.

PALABRAS CLAVES

Estrategia, cambio, liderazgo, reforma, visión

ABSTRACT

This opinion article addresses the problem of the reforms of the Peruvian public administration from the perspective of leadership, vision and strategy. It is argued that despite the relevance and urgency of the change in public administration, the reforms undertaken fail or never mature due to the emphasis on administrative or bureaucratic management instead of their strategic management, with concepts as leadership and capacity for envision unknown for the State. For this, the relevant bibliography is carefully reviewed and what is leadership, vision and strategy is defined, in order to be able to link these concepts with organizational change or transformation. The thesis proposed is that to reform the public administration much more leadership is needed than administration and our State suffers from ‘only administration’. The concept of leadership that is proposed is one that establishes a shared vision in organizations, a strategic route and builds community within them.

KEY WORDS

Change, leadership, reform, strategy, vision.

INTRODUCCIÓN

El liderazgo es fundamental para la supervivencia y el cambio de las organizaciones. El Estado y sus entidades no son ajenos a este requerimiento. Más aún, la despreocupación en el sector público sobre este aspecto de la dirección hace que el liderazgo cobre una relevancia fundamental.

En efecto, toda reforma o cambio exige compromiso e involucramiento activos de los trabajadores de una organización. Pero este compromiso e involucramiento no surgen si no hay un líder al frente que sea visible; que reclame y logre permanentemente el mayor esfuerzo posible de todos; que señale la importancia de la renovación o del cambio. Más aún, el mismo líder debe mostrar que está convencido de todo aquello y de que no hay nada más importante en su cabeza y corazón.

Brosnahan afirma que, “al describir a los ejecutivos de los sectores corporativo, sin fines de lucro y público, tendemos a referirnos a ellos como gerentes más que como líderes; enfatizamos solo una parte del rol que se requiere que estos individuos desempeñen” (OECD, 2001, p. 212). Bacon (2011), por su parte, señala que “La experiencia nos ha enseñado que un liderazgo vigoroso y eficaz es esencial para implementar un cambio significativo en cualquier organización”. (p. 9)

A pesar de todas estas recomendaciones, las reformas y cambios –o modernizaciones- en el Estado fenecen apenas se lanzan o a poco de iniciada su implementación. No maduran o son de corta vida porque no hay un liderazgo constante que las sostenga y las promueva. Esa es la tesis que sustenta este artículo de opinión.

De por sí, la alta rotación en el Estado limita la posibilidad de afianzar algún liderazgo si es que acaso, quienes acceden a ese nivel en la estructura pública tienen ese atributo o cualidad. Pero qué es el liderazgo y por qué es tan necesario. La reforma de la calidad; los sistemas de gestión de la calidad; los procesos de descentralización; la modernización del Estado; los virajes hacia la meritocracia en la administración pública; la aplicación de

las mismas normas ISO; la implementación exitosa de políticas públicas y sociales, entre otros cambios sistémicos u organizacionales del Estado, exigen todos como un principio de la gestión el liderazgo dentro de las rectorías y organizaciones públicas.

Para Kotter (2012) el liderazgo es el motor que impulsa el cambio y también “... significa más que una buena administración” (p. 11). Martínez (2014) sostiene que “La medida del liderazgo es la influencia que se despliega en terceros, de los que el líder consigue que hagan lo que quiere, incluso que se identifiquen con ese querer” (p. 78).

Hoy en día el Estado solo tiene administradores, pero no líderes. Por eso Brosnahan señala que en el sector público “En general, se percibe a los líderes como políticos más que como ejecutivos y, a menudo, no se reconoce la importancia del liderazgo a nivel profesional” (OECD, p. 221). A la función netamente administrativa u operativa, se le dice en el mundo anglosajón la de ‘las tuercas y tornillos’¹, es decir, aquella ocupada en los detalles prácticos de una tarea u oficio.

Hay así una gran diferencia entre administrar y liderar. Kotter la establece con claridad cuando señala:

La simple idea de que la administración no es liderazgo se comprende mejor hoy en día, pero no tan bien como se necesita. La gerencia hace que un sistema funcione. Te ayuda a hacer lo que sabes hacer. El liderazgo construye sistemas o transforma los antiguos. Te lleva a un territorio nuevo y menos conocido, o incluso completamente desconocido para ti. Este punto tiene enormes implicaciones en un mundo que se mueve cada vez más rápido. (p. 6).

El liderazgo es acción y resultados, lograr que pasen cosas, las cosas que se espera o desea que pasen. Por eso, Kouzes y Posner (2012) afirman que “El liderazgo no se trata de estar en una posición formal. Se trata de acción. Usted puede otorgarle a alguien el título de gerente, pero eso no lo convierte en un líder” (p. 4).

La pregunta es si el Estado, inmerso en las marchas y contramarchas de sus reformas, sabe que necesita líderes y además cómo hallarlos y retenerlos. La conciencia e importancia de

¹ En inglés, nuts and bolts.

esto parece haberse diluido o desaparecido cuando se contempla la alta rotación en los puestos claves del Estado. Esta característica hace imposible pensar que los puestos directivos se hallen ocupados por líderes. Por lo general, los líderes llegan a una institución a hacerse un espacio, a construir su legado; los administradores en cambio se sienten y saben aves de paso, intercambiables. El horizonte del líder es el mediano y el largo plazo; el del administrador la inmediatez.

Ahora bien, no pretendo señalar que lo único que necesita la reforma del Estado, de su administración pública, es exclusivamente liderazgo. Lo que sostengo es que definida una hoja de ruta, los cambios a hacer y las reformas a emprender, son los líderes y no los administradores los que son necesarios, indispensables, para dirigir las entidades públicas.

Los líderes son aquellos que permiten pasar del diagnóstico y de la propuesta a la acción y, de la acción a los resultados. Por ello su relevancia.

Este artículo consta de cuatro secciones, incluida la introducción. En la segunda abordaré por qué las reformas o los cambios organizacionales del Estado exigen liderazgo; en la tercera discutiré sobre las reformas del Estado peruano y la relación con la visión y la estrategia; en la cuarta sección presentaré las conclusiones e ideas finales.

¿POR QUÉ LAS REFORMAS O LOS CAMBIOS ORGANIZACIONALES DEL ESTADO EXIGEN LIDERAZGO?

El cambio que importa realizar, que es inevitable, no es posible sin liderazgo. Kotter afirma que:

[...] el cambio útil tiende a estar asociado con un proceso de varios pasos que crea el poder y la motivación suficientes para vencer todas las fuentes de inercia. ..., este proceso nunca se emplea de forma eficaz a menos que esté impulsado por un liderazgo de alta calidad, no solo por una administración excelente. (p. 25-26).

Brosnahan (OECD, p. 218) añade que el líder es un catalizador del cambio, pues el liderazgo se trata de cambio.

Los líderes ponen su estampa, su impronta en el cambio. No hay nada más necesario para un cambio organizacional o sistémico que el liderazgo; que un conjunto de líderes colaboren en una coalición en un sistema tan grande como la administración pública. Es de vital importancia para el Estado contar con una masa crítica de líderes en sus principales entidades que puedan trabajar coordinadamente.

Por eso, si el Estado piensa en implantar la meritocracia y el liderazgo no lo puede hacer poniendo a una o a lo más a dos personas idóneas en cada entidad. Tiene que pensar más bien en establecer una masa crítica mínima de profesionales capaces, de manera que estos puedan formar coaliciones, grupos de personas que se identifican entre ellas, que persiguen los mismos objetivos, y que refuerzan sus esfuerzos e iniciativas para vencer la inercia organizacional, burocrática, y lograr el cambio.

La coalición permite pasar de la soledad a la comunidad; de la iniciativa individual, más débil relativamente, a la iniciativa gregaria, mucho más fuerte. Una coalición puede lograr un cambio en la cultura organizacional con mucho más éxito que un solo individuo, así este sea un líder. Esto señala entonces que el líder no es un súper héroe, el líder necesita compañía. Su valía también se halla en que sabe cómo proveerse esta compañía.

Los líderes son por excelencia individuos gregarios; los administradores no necesariamente. Los líderes requieren construir una comunidad con sus colaboradores y, desafortunadamente, las organizaciones no son necesariamente comunidades. Un grupo de trabajadores desunidos, con valores distintos, desconfiados, desmotivados, no constituyen realmente una comunidad dentro de su organización. El líder subsana esta falla, la revierte para poder dirigir adecuadamente la organización. Con ello nace la coalición y luego la comunidad².

Las reformas del Estado demandan otra virtud del líder: hacer que pasen cosas; hacer a toda costa lo que tiene que hacerse. En palabras de Martínez “El peso de la responsabilidad de quien manda se calibra en que hace lo que

² La RAE define comunidad como el conjunto de personas vinculadas por características o intereses comunes.

tiene que hacer” (p. 77). El líder representa el cambio mismo y es su impulso; la fuerza de su espíritu mantiene viva la inevitabilidad y necesidad del cambio en las organizaciones. Su visibilidad permanente compromete y motiva a su equipo y genera en este el convencimiento de la necesidad de reformarse. Así, el líder compromete, motiva y obtiene la participación activa y constructiva de su personal.

Es claro que las reformas, y más aún las más complejas, necesitan un impulso permanente sino pierden *momentum*. La inercia y el conformismo son enemigos de las reformas. No obstante esto, el Estado considera que las reformas se hacen con solo proclamarlas o lanzarlas y con su regulación y reglamentación. Esto, sin embargo, es estéril y de tan corta vida como la última palabra de aquel lanzamiento. Las reformas, más aún las públicas, enfrentan dificultades, resistencias, alta incertidumbre e inercia; todo esto en una administración pública curtida en la lentitud de sus acciones e incrédula ante el fracaso de sus distintos intentos de cambio y de reforma.

Solo un liderazgo activo, permanente y vital puede hacer que las organizaciones públicas naveguen a través de todos aquellos obstáculos. Se necesita una gran energía para esto y esa energía se halla en los líderes, no en los administradores o gerentes. Depree (2004, p. 18) señala por eso que los líderes están obligados a proporcionar y mantener el impulso en las organizaciones.

Impulso, señala la RAE, es la fuerza que hace moverse a un cuerpo. El líder, señalé, mantiene ese impulso vivo, constante. Sin esa fuerza la organización se detiene, se auto conforma, se vitrifica, pierde además dirección y, en algunos casos, hasta sentido. El líder renueva todo esto cada día. Hacerlo demanda una personalidad y energías excepcionales. Aquí podemos encontrar otra gran diferencia entre el líder y el administrador: uno impulsa, el otro mantiene.

Enfrentar todas las dificultades que enfrenta el cambio no es problema o un tema de buena administración; esta no se constituye en el insumo suficiente. La tarea es la de un conquistador y eso es un líder. Bennis y Nanus (1985, p. 42) dicen, en sus términos, que los líderes son en el mundo las personas más orientadas a los resultados; y las reformas públicas necesitan resultados más que nada.

Vale la pena detenerse en este punto en el tema de los resultados. Las entidades públicas suelen evaluar su gestión sobre la base de su producción, de su gasto financiero, del logro de sus metas presupuestales o de indicadores similares. Incluso se llega a medir el cumplimiento de procesos y procedimientos formales. Ninguno de estas dimensiones constituye propiamente resultados de la gestión.

Imaginemos que un gerente general de una empresa con pérdidas financieras, defiende su desempeño sobre la base del nivel de gasto general y administrativo realizado o del valor de su producción. Estaría anteponiendo la eficiencia operativa a la eficacia empresarial; el ahorro de costos o el logro de mayor productividad a la ganancia financiera tan necesaria. Sí, tan necesaria porque no hay empresa que sobreviva perdiendo dinero o no ganándolo, si se prefiere.

Los resultados de la gestión siempre se hallan afuera de la organización, esto es, a nivel de los ciudadanos que se sirve, de los clientes que se atiende, del mercado objetivo, o de la sociedad. Si el fin último de las entidades públicas es servir al ciudadano y a la sociedad, sus resultados se miden en cómo se mejora el bienestar y la satisfacción de estos³.

Nada motiva más a la comunidad que se ha formado en una organización que lograr resultados, pequeñas victorias que hay que identificar y visibilizar según Kotter. Este autor señala:

La mayoría de las personas no emprenderán la marcha larga a menos que vean evidencia convincente dentro de seis a dieciocho meses de que el viaje está produciendo los resultados esperados. Sin victorias a corto plazo, demasiados empleados se dan por vencidos o se unen activamente a la resistencia. Lograr victorias a corto plazo es diferente de esperar victorias a corto plazo. Este último es pasivo, el primero activo. En una transformación exitosa, los gerentes buscan activamente formas de obtener mejoras claras en el desempeño... (p. 17-18).

3 Es muy diferente que una entidad pública se comprometa a “responderme”, por cualquier medio: correo electrónico, teléfono, carta, etc., en 2 días como máximo a que se comprometa a “resolver mi problema” en 2 días como máximo.

Ahora bien, ante las dificultades e inercia se requieren voluntad y espíritu inquebrantables, además de lucidez mental por supuesto. Brosnahan lo expresa así: “La dirección no es un simple componente de la gestión, tiene que ver con múltiples talentos,... La dirección supone un espíritu inquebrantable, un espíritu visionario,... y un real afecto por las personas a las que se dirige”. (OECD, p. 223).

Brosnahan toca una característica clave del liderazgo: el líder convence porque la gente cree en él y cree en él porque lo ven junto a ellos y lo sienten auténtico. En realidad, el liderazgo es una forma de ser y de actuar tanto como la calidad es la única forma en que se puede hacer las cosas. Por eso Senge (2006) dice que “La estrategia central de liderazgo es simple: sea un modelo” (p. 158).

LAS REFORMAS DEL ESTADO PERUANO Y LA RELACIÓN CON LA VISIÓN Y LA ESTRATEGIA

Los resultados que el Estado Peruano ha obtenido como administración pública y en sus reformas e intentos de cambios son magros. Veamos algunos ejemplos. La “Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública al 2021” de la PCM (2014) declara que:

Perú tiene uno de los Estados más disfuncionales de América Latina. Muchas instituciones estatales no funcionan, y en algunas zonas, ni siquiera existen. En muchas partes del interior los servicios públicos (educación, salud, agua potable, infraestructura) no llegan, y si llegan, son plagados por la corrupción y la ineficiencia. Los gobiernos locales y regionales carecen de un mínimo de capacidad administrativa. Y la seguridad y la justicia -funciones básicas del Estado- no son ni mínimamente garantizadas. (p. 11)

La frase previa es grave y preocupante. Un Estado que no entrega resultados a su población es un Estado que se deslegitima. Un Estado que se deslegitima es un Estado que socava la democracia. Esto porque según el Banco Mundial (1997):

[...] el Estado, o de forma más genérica el sector público, es necesario para alcanzar el desarrollo sostenible tanto en el plano económico como social, lo que implica que ‘un Estado eficaz es imprescindible para poder contar con los bienes y servicios —y las normas e instituciones— que

hacen posible que los mercados prosperen y que las personas tengan una vida más saludable y feliz’. (p.1).

En cuanto al proceso de descentralización, la Contraloría General de la República (2014) señala lo siguiente:

Uno de los principales problemas de fondo en el proceso de descentralización ha sido la falta de liderazgo y fiscalización de los entes rectores tanto en los temas funcionales o sustantivos de línea, como en los temas administrativos. Estos entes dictan normas elaboradas en Lima, sin un diagnóstico de lo que pasa en el interior del país y sin previa consulta pública. Además, los procesos no han sido diseñados con el fin de fortalecer las cadenas de valor, ya que los sistemas administrativos, que son perfectos en sí mismos, no están articulados de una manera comprensiva y eficiente al servicio de los eslabones funcionales de estas. En consecuencia, sus objetivos no conversan con los planes estratégicos. (p. 16)

Parece claro que no se debiera descentralizar cuando hay pobre o débil institucionalidad. Sin embargo, este no ha sido nuestro caso. En todo caso, la pregunta relevante es ¿dónde estaba o qué rol cumplía el gobierno central en tanto interesado en que ese proceso de descentralización sea exitoso? Si al gobierno central, en tanto líder implícito o explícito del proceso de descentralización, no le preocupaba lo suficiente este, ¿a quién más podría o debería preocuparle?

El objetivo deseado de un cambio, de una reforma, de un proceso de modernización, siempre es una visión, una situación futura diferente pero superior a la actual. Así, toda reforma pública implica un cambio hacia un destino esperado, de algún modo soñado.

Bennis y Nurt (p. 98) manifiestan que una visión es un objetivo que constantemente llama, es decir, un objetivo que reclama su concreción. Aristóteles, por su parte, señaló que la mente siempre piensa con una imagen. Para el rey Salomón, donde no hay una visión, el pueblo perece (Proverbios 29:18). Para las organizaciones privadas, la imagen que tienen de su futuro es su visión. La visión, se dice, ayuda a lograr la misión. No obstante, el Estado no establece una visión para sus reformas y los objetivos de estas no constituyen ni implican una visión.

Si bien la visión es una ambición, debe existir alguien que sea su abanderado. Pero, además, en tanto las reformas públicas son desafíos enormes y la probabilidad de fracaso es alta, se necesita contar con una estrategia. Estrategia viene de *strategos* que significa general, conductor de un ejército. Esto es interesante porque para los griegos *strategos* era una persona, alguien que encarna el rol de dirigir, de conducir, de saber qué se tiene que hacer. Ese general además es alguien concreto, visible. La visibilidad es, ya lo señalé, una característica fundamental del líder.

Kotter llega a precisar la secuencia para llevar adelante un cambio organizacional:

Los pasos son: establecer un sentido de urgencia, crear la coalición guía, desarrollar una visión y una estrategia, comunicar la visión del cambio, empoderar a una amplia base de personas para que actúen, generar victorias a corto plazo, consolidar las victorias y producir aún más cambios, e institucionalizar nuevos enfoques en la cultura. (p. 26)

En la mirada de Kotter la visión vertebrada la acción para el cambio, es el objeto de la estrategia y cohesiona a la comunidad en que debe convertirse la organización. Por eso este autor puede decir “Sin visión, la creación de estrategias puede ser una actividad mucho más polémica.” (p. 69)

Son los líderes de las reformas, quienes cual generales, deben establecer la estrategia de estas. La estrategia y el liderazgo permitirán tanto desafiar con mayor probabilidad de éxito el conformismo y la inercia alrededor de los procesos actuales, como rejuvenecer los valores y la cultura presentes. Solo la estrategia permite modelar y figurarse el camino aun no recorrido hacia la visión. “La estrategia proporciona tanto una lógica como un primer nivel de detalle para mostrar cómo se puede lograr una visión”, dice Kotter (p. 73).

Esta es la clase de dirección que reclaman las reformas del Estado: liderazgo y estrategia; espíritu inquebrantable y sabiduría. El liderazgo es tener el coraje y el espíritu para pasar de cualquier circunstancia en la que se encuentre uno, a un lugar donde se busca hacer una diferencia en el mundo, señalan Kouzes y Posner (p. 12). Pero ese coraje y espíritu no son ingenuos, son extremadamente racionales e intuitivos.

Cabe acá hacer nuevamente un alto. En la última idea señalé conjuntamente a la racionalidad y a la intuición. ¿No son opuestas? En realidad el individuo, que no es perfectamente racional como expone la economía moderna, hace uso de todo su arsenal racional para tomar una decisión. Pero enfrenta incertidumbre irreductible, un desconocimiento de lo que deparará el futuro. La racionalidad le suelta la mano cuando llega a este nivel de incertidumbre y la realidad le exige tomar una decisión, no posponerla⁴. Es en este punto donde los líderes capaces hacen uso de su intuición. La intuición tiene un profundo entramado, que no abordaremos en este artículo, con la racionalidad y explica junto a esta el proceso de toma de decisiones directivas.

Para tomar decisiones en contextos de cambio organizacional, de por sí muy inciertos, el líder debe tener coraje, pero un coraje acompañado con solvencia directiva. Acá nuevamente se percibe la distancia entre un líder y un administrador: el líder decide en contextos inciertos y asume riesgos, el administrador prefiere evitar los riesgos.

No hemos abordado en esta investigación el tema tan relevante del riesgo. Solo deseamos en apoyo de esta última idea, citar a Kotter que caracteriza lo que se observa con mucha frecuencia en las entidades públicas:

Las organizaciones altamente controladoras a menudo destruyen el liderazgo al no permitir que las personas florezcan, se prueben a sí mismas y crezcan. En burocracias rígidas, los hombres y mujeres jóvenes con potencial suelen ver pocos buenos modelos a seguir, no se les anima a liderar e incluso pueden ser castigados si se salen de los límites, desafían el statu quo y asumen riesgos. Este tipo de organizaciones tienden a repeler a las personas con potencial de liderazgo o a tomar a esos individuos y enseñarles solo acerca de la gestión burocrática. (p. 146)

Para Kotter hay una clara oposición entre liderazgo y gestión burocrática.

¿Es posible aseverar que en el Estado –en sus entidades- se percibe una ambición por la visión y aquel coraje de quienes marchan al frente con el objetivo ineludible de alcanzarla? Creo que no. El Estado no solo es débil planteando

⁴ Posponerla por hacer más análisis (por aplicar más racionalidad), puede implicar parálisis por análisis.

una visión, tampoco reconoce la necesidad de liderazgo y de tener una estrategia para alcanzar lo que desea. Por eso sus reformas fracasan una tras otra con estrépito y le restan legitimidad poco a poco.

“Es difícil pensar en una organización que haya mantenido cierta medida de grandeza en ausencia de metas, valores y misiones que se compartan profundamente en toda la organización”, afirma Senge (p. 11). Esas metas, valores y misiones se conquistan y se necesita espíritus grandes para ello.

La relación entre liderazgo, visión y estrategia es muy estrecha. El liderazgo no solo construye y señala esa visión, la recrea y alimenta constantemente para toda la organización. Pero también precisa el camino estratégico hacia ella y luego lo recorre sin denuedo con la organización. Por eso Senge dice que “La práctica de la visión compartida implica las habilidades de desenterrar ‘imágenes del futuro’ compartidas que fomentan el compromiso y la afiliación genuinos en lugar del cumplimiento” (p. 12).

Este es un aporte fundamental del líder porque las reformas no son fin en sí mismas sino medios. El fin es la visión misma, la imagen futura de la organización, de sus miembros y de la sociedad.

En tanto la estrategia es el plan que permitirá sortear los desafíos y dificultades reales y contingentes con mayor probabilidad de éxito, el líder sabe que no solo debe diseñarla e implementarla, ¡debe evaluarla constantemente! Solo así asegura para su organización los pequeños éxitos o victorias que son tan necesarios y alentadores en ese tránsito desconocido hacia la visión; hacia el fin de la estrategia. Por eso Kotter puede decir “... sin una buena visión, una estrategia inteligente o un plan lógico rara vez puede inspirar el tipo de acción necesaria para producir un cambio importante” (p. 69).

¿Alguien más puede encarnar este rol del líder en el Estado sino quienes conducen las distintas reformas públicas? ¿Alguien más puede encarnar este rol en las entidades del Estado sino quienes dirigen sus distintas organizaciones? ¿Alguien más, por ejemplo, puede liderar la profesionalización del servicio civil sino SERVIR?

Cuando las entidades rectoras del Estado asumen roles pasivos o de rectoría administrativa, procedimental y legal, las reformas adolecen de falta de visión, de estrategia y de liderazgo. No hay nadie que imprima impulso, movimiento a las organizaciones, que señale las pequeñas victorias, que mantenga el *momentum*, que construya coaliciones y comunidad en torno al cambio deseado.

Es interesante notar la ausencia de un planteamiento estratégico en las reformas y cambios fundamentales del Estado. Parece haber una absoluta confianza en la suficiencia del andamiaje legal, regulatorio y procedimental o instrumental que se crea para cada reforma. Nada más errado. Tal vez esto alude a la escasa relación que hay entre las reformas públicas y los resultados deseados a partir de ellas; es decir, la visión deseada. Tal vez no se plantea resultados afuera de la entidad pública porque no hay confianza en las acciones a llevar a cabo, en la hoja de ruta ideada.

Tal vez no se planteen resultados afuera de la entidad pública porque solo puede haber compromisos en cuanto a cumplimiento de procesos y procedimientos, o en cuanto a niveles de producción. También puede ser que no se planteen resultados afuera de la entidad pública porque hay mucha administración, pero muy poco liderazgo.

Además, la estrategia del Estado en sus reformas parece ser ‘ninguna estrategia’. Nada más ingenuo para pretender el cambio y la reforma.

IDEAS FINALES Y CONCLUSIONES

En el Estado se confunde gerente o administrador con líder; o tal vez se considera, erradamente, que el gerente es necesariamente un líder. Sin embargo, Kotter (2012) aclara esta posible confusión bastante bien:

La administración es un conjunto de procesos que pueden mantener un sistema complicado de personas y tecnología funcionando sin problemas. Los aspectos más importantes de la gestión incluyen la planificación, la elaboración de presupuestos, la organización, la dotación de personal, el control y la resolución de problemas. El liderazgo es un conjunto de procesos que crea organizaciones en primer lugar o las adapta a circunstancias que cambian significativamente.

El liderazgo define cómo debería ser el futuro, alinea a las personas con esa visión y las inspira para que suceda a pesar de los obstáculos. (p. 31).

Kotter va más allá cuando señala que:

[...] una transformación exitosa es entre 70 a 90 por ciento liderazgo y solo entre 10 al 30 por ciento administración. Sin embargo, por razones históricas, muchas organizaciones hoy en día no tienen mucho liderazgo. Y casi todo el mundo piensa que el problema aquí es el de gestionar el cambio. (p. 31).

Claramente la comprensión equivocada es sobre qué significa gestionar el cambio. Y esto le pasa también al Estado peruano, a su administración pública. La gestión sin cambio es administrar la rutina, lo desconocido de lo harto conocido; la gestión del cambio es acondicionar a la organización según y para el cambio, es transitar lo desconocido de lo poco o nada conocido. Son dos cosas muy distintas y cada reforma que el Estado busca o requiere hacer, implica cambiar profundamente y hacerlo para acondicionar sus entidades a una nueva realidad. ¿Se puede hacer esto sin liderazgo, sin estrategia y sin visión? Es poco probable.

¿Por qué entonces hay tan poco liderazgo en el Estado? Por varias razones: la administración se puede enseñar, el liderazgo no. Así, uno estudia para ser gerente, pero no para ser líder. Además, el Estado desconoce que necesita líderes y contrata solo administradores y gerentes, muy buenos seguro, pero administradores al fin. Por otro lado, la gestión del talento humano del Estado es débil, no está entrenada en identificar, convocar y retener el liderazgo. Probablemente el Estado tampoco está preparado para el liderazgo, aquel que reclama hacer y que le dejen hacer; aquel que con espíritu inquebrantable solo quiere ofrecer soluciones y resultados a pesar de todo y de todos. Así se comprende que Kotter recalque que “Con un fuerte énfasis en la gestión pero no en el liderazgo, la burocracia y un enfoque hacia adentro toman el relevo”. (p. 33)

Este enfoque hacia adentro, que señala Kotter, explica porque no se propone resultados hacia afuera de la administración pública. Además, explica porque se prefiere la eficiencia, muy economicista, sobre la eficacia, más vinculada a la gestión. También alude a la persistencia en

una gestión burocrática, administrativa, con poco o nulo liderazgo.

El líder es alguien que sabe gestionar tanto hacia afuera como hacia adentro de la entidad pública, que sabe convocar el necesario apoyo político. Por ello tiene capacidades de negociación, de persuasión, de deliberación pública. Es alguien que efectivamente sirve de bisagra entre la administración pública y el poder político. El líder es siempre visible ante los desafíos pues como señala Brosnahan, el liderazgo implica una presencia significativa, un alto grado de visibilidad.

Más complejo el problema, mayor desafío, más *stakeholders*, más intereses envueltos, más incertidumbre, más resistencia, entonces mayor necesidad de gestión estratégica y de liderazgo. Es decir, mucho más liderazgo que administración pero, lamentablemente, nuestro Estado padece de solo administración.

Para culminar, cito a Bennis (2009) que define las diferencias entre líderes y gerentes como “las diferencias entre quienes dominan el contexto y quienes se rinden a él” (p. 209). Todo lo señalado no quiere implicar que la función administrativa no sea necesaria. El liderazgo y la administración son funciones altamente complementarias y ambas son fundamentales para el éxito de la organización.

Sin embargo, no se puede realizar una transformación profunda, significativa de la administración pública, si la conducen quienes se rinden al contexto en lugar de quienes lo dominan.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bacon, K., & PricewaterhouseCoopers, L. L. P. (2001). *Beyond training: developing and nurturing leaders for the public sector*. Government of the Future, (9).

Banco Mundial. (1997). *El Estado en un mundo en transformación*. Informe sobre el desarrollo mundial. Washington. D.C.

Bennis, W., Bennis, W. G., & Biederman, P. W. (2009). *The essential bennis*. John Wiley & Sons.

Bennis, W., & Nanus, B. (1985). *The strategies for taking charge. Leaders*, New York: Harper Row, 41.

- Bennis, W. G., & Townsend, R. (1989). *On becoming a leader* (Vol. 36). Reading, MA: Addison-Wesley.
- Contraloría General de la República. (2014). *Estudio del proceso de descentralización en el Perú, desde una perspectiva del control gubernamental*
- De Pree, M. (2004). *Leadership is an art*. Crown Pub.
- Kotter, J. P. (2012). *Leading change*. Harvard Business Press.
- Kouzes, J. M., & Posner, B. Z. (2012). *The leadership challenge*. John Wiley & Sons.
- Martínez, G. S. (2014). *Las raíces del liderazgo*. Harvard Deusto Business Research, 3(2), 74-85.
- OECD (2001), *Government of the future*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264189775-en>.
- Presidencia el Consejo de Ministros. (2014). *Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública al 2021*.
- Velarde, J. C. C., Lafuente, M., & Sanginés, M. (2014). *Una década de reformas del servicio civil en américa latina (2004–13)*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo (BID).
- Senge, P. M. (2006). *The fifth discipline*. Measuring Business Excellence.

CRIMINOLOGÍA

EL COMPLIANCE PENAL COMO DISPOSITIVO POLÍTICO CRIMINOLÓGICO

CRIMINAL COMPLIANCE AS A CRIMINOLOGICAL POLITICAL DEVICE

Augusto Renzo Espinoza Bonifaz
Universidad de San Martín de Porres
ORCID: 0000-0002-3641-4868
aespinozab@usmp.pe
Perú

DOI: 10.24265/VOX JURIS.2023.v41n1.13

Recibido: 26 de julio de 2022

Aceptado: 29 de agosto de 2022

SUMARIO

- Introducción.
- *Compliance* penal, criminología y política criminológica.
- El *Compliance* penal como dispositivo político criminológico.
- Conclusiones.
- Referencias.

RESUMEN

El presente artículo de revisión se dedica, en la introducción, a describir la problemática identificada por el autor respecto a la institución del *compliance* penal, como también a determinar los objetivos de este. Luego, se expone diversos conceptos sobre el *compliance* penal, la criminología, la política criminológica, y algunas teorías criminológicas relevantes para prevenir la criminalidad empresarial, estableciendo, además, las relaciones que existen entre dichos conceptos. Posteriormente, el autor ensaya y fundamenta diversas propuestas de solución para cada uno de los problemas identificados en la introducción. Finalmente, se brindan las principales conclusiones a las que se han podido arribar como resultado de la investigación.

PALABRAS CLAVE

Compliance penal, criminología, política criminológica.

ABSTRACT

This revision article is dedicated, in the introduction, to describe the problem identified by the author with respect to the institution of Criminal Compliance, as well as to determine its objectives. Then, various concepts about Criminal Compliance, Criminology, Criminological Policy, and some relevant criminological theories to prevent corporate crime are exposed, also demonstrating the relationships that exist between these concepts. Subsequently, the author rehearses and substantiates various solution proposals for each of the problems identified in the introduction. Finally, the main conclusions that have been reached as a result of the investigation were provided.

KEYWORDS

Criminal compliance, criminology, criminological policy.

INTRODUCCIÓN

El *compliance* penal ha venido adquiriendo relevancia dentro del mundo jurídico desde la década de los setenta del siglo pasado, sobre todo porque la adopción e implementación de un programa de cumplimiento idóneo para prevenir delitos por parte de una persona jurídica puede constituir una eximente o atenuante de responsabilidad penal si se llega a descubrir la comisión de un ilícito penal desde de su organización. Sin embargo, gracias a la dimensión de esta eximente o atenuante, se

viene trastornando y olvidando la función más importante del *compliance* consistente en la prevención de la criminalidad empresarial.

Debido a este interés, la adopción de un programa de cumplimiento no demuestra siempre la voluntad de los directivos de la persona jurídica por instaurar y promover una cultura de cumplimiento en su organización, pues en algunos casos los modelos de prevención penal empresarial son implementados cosmeticamente, es decir, buscando aparentar lo que no son ante las autoridades estatales. Ello, viene generando un problema de credibilidad de estos, pues algunas personas jurídicas los implantan sin comprometerse a que la función primordial del *compliance* penal, que es la prevención y detección de comportamientos delictivos, se haga efectiva.

Creemos que este problema se genera por que algunos directivos de personas jurídicas no han llegado a comprender que el *compliance* penal constituye una importante y potente política criminológica preventiva, que privatiza la función estatal del control de la criminalidad empresarial. Por tal razón, no han llegado a captar que la prevención de la criminalidad requiere de un rol activo y dinámico de sus protagonistas, es decir, de la sociedad y del Estado, ya que el crimen es un problema interpersonal y comunitario, por ello, lo mejor es intervenir neutralizando las causas de la criminalidad, para así evitar que se produzca.

Otro problema, no menos importante, es cómo asegurar el diseño de programas de cumplimiento eficientes y eficaces, es decir, que realmente sirvan para prevenir y detectar la comisión de conductas delictivas en el seno de la persona jurídica. Sobre todo, si, en muchos de los casos, estos son elaborados y ejecutados sin tener en cuenta los conocimientos criminológicos disponibles. En este sentido, resulta sumamente preocupante que los encargados de adoptar e implementar modelos de prevención penal empresarial no recurran a especialistas en criminología, o se capaciten sobre la materia, teniendo en cuenta que la criminología es la principal disciplina científica que se encarga de la prevención de la criminalidad.

En atención a lo antes señalado, este artículo tiene como objetivos: 1) demostrar que el

compliance penal es un dispositivo político criminológico, 2) dar a comprender que la incorporación del *compliance* penal es una importante política criminológica que requiere del compromiso de los directivos de las personas jurídicas, y 3) fundamentar por qué resulta importante el conocimiento criminológico al momento de planificar, gestionar, monitorear y rediseñar los modelos de prevención penal empresarial.

COMPLIANCE PENAL, CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINOLÓGICA

Pese al debate teórico aun persistente, en diversos ordenamientos jurídico penales la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra vigente, por tanto, constituye una realidad que motiva a los directivos de las empresas a adoptar medidas de organización y control que garanticen el cumplimiento de la normativa jurídica penal por parte de ellas, siendo uno de sus objetivos, entre otros, evitar la imposición de sanciones penales en su contra; generalizadamente, a este conjunto de regulaciones, se les denomina *compliance* penal.

Así, el *compliance* penal, según Sieber, es un conjunto de “medidas destinadas a orientar la dirección empresarial hacia valores éticos y a impedir la criminalidad empresarial mediante la implantación de medidas de prevención” (2013, p. 64). En este orden de ideas, Artaza (2013) señala que para Gruner (2010):

Desde la perspectiva que resulta más relevante para la responsabilidad penal de la empresa, el programa de cumplimiento debiera tender a disminuir el margen de ocasiones en que la empresa es sancionada penalmente mediante la reducción correlativa de la frecuencia con que se llevan a cabo conductas delictivas en el marco del desarrollo de la actividad empresarial (p. 548).

De esta manera, resulta evidente que, para poder cumplir con su función preventiva, los agentes encargados de gestionar el *compliance* penal deberán identificar, analizar y valorar los riesgos de comisión de conductas delictivas por parte de los directivos y colaboradores de la persona jurídica, ello con el firme propósito de adoptar e implementar mecanismos y procedimientos de detección y control de estos.

En esta misma línea Bacigalupo (2012) señala:

Para minimizar los riesgos de la empresa por conductas sancionables en un sistema normativo altamente complejo es necesaria, como adelantamos, una gestión adecuada a derecho (*compliance-management*) y, para ello, se sugiere, y en la UE en ciertos casos también se exige, la implantación de un sistema de control preventivo (pp. 38-39).

Así, queda claro que el *compliance* penal tiene como uno de sus principales objetivos impedir la realización de hechos delictivos por parte de la empresa, es decir, frustrar la criminalidad empresarial que puede gestarse en su seno, constituyéndose, de esta manera, en un dispositivo preventivo-criminal, o político criminológico, como más adelante detallaremos. Por ello, el éxito del *compliance* penal dependerá de si efectivamente previene la criminalidad de la persona jurídica, solo así podremos afirmar que es idóneo y eficaz.

Entonces, resultaría válido afirmar que, para poder diseñar un *compliance* penal que de manera efectiva prevenga conductas delictivas, sería importante conocer cuáles son las causas y factores que originan y/o facilitan la comisión de delitos en el seno de una persona jurídica por parte de sus directivos y/o colaboradores, y qué mecanismos de control resultan adecuados para prevenir tales comportamientos desviados. En este sentido, la disciplina científica que puede aportar tales conocimientos se denomina criminología.

La criminología es la “ciencia del crimen o estudio científico de la criminalidad, sus causas y medios para combatirla” (Saldaña, 1929; citado en Rodríguez-Manzanera, 1981, pp. 5-6). La Sociedad Europea de Criminología (2000) señala en su documento de constitución que la criminología es:

Todo el conocimiento académico, científico y profesional acerca de la explicación, prevención, control y tratamiento del crimen y la delincuencia, del agresor y la víctima, incluyendo la medición y detección del crimen, la legislación y la práctica del Derecho Penal, el cumplimiento de la ley, y los sistemas judicial y correccional.

Por su parte García-Pablos (1994) indica que:

Cabe definir la Criminología como ciencia empírica e interdisciplinaria, que se ocupa del

estudio del crimen, de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo, y trata de suministrar una información válida, contrastada, sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen -contemplado este como problema individual y problema social-, así como sobre los programas y estrategias de prevención eficaz del mismo y técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente (p. 19).

Por ello, Restrepo (2014) precisa que la criminología es:

El logos (disciplina lógica) que se ocupa de estudiar el fenómeno social de la divergencia, con particular énfasis en esa especie de la misma conocida como desviación (consistente en el conjunto de conductas, con frecuencia definidas institucionalmente como punibles, que tienen potencialidad cierta de lesionar los derechos humanos de los coasociados), con el propósito de comprender críticamente su naturaleza y dinámica, su trascendencia social y las formas institucionales e informales de reacción social a las que tales conductas divergentes dan lugar. (p. 7)

Como se puede apreciar la criminología busca, a través de su método empírico, basado en la observación, análisis e inducción, brindar una explicación científica de la génesis y etiología del crimen, para poder comprenderlo como fenómeno individual y social. Para ello, se vale de diversas disciplinas científicas: la psicología, la sociología, la economía, la política, etc., haciendo posible que actualmente contemos con teorías criminológicas desde distintos enfoques epistemológicos.

Pero también, a la nueva criminología le interesa el control social del crimen, vale decir, los procesos de criminalización; en este sentido, señala García-Pablos (1994):

Toda sociedad o grupo social necesita una disciplina que asegure la coherencia interna de sus miembros, por lo que se ve obligada a desplegar una rica gama de mecanismos que aseguren la conformidad de éstos con sus normas y pautas de conducta. Por control social se entiende el conjunto de instituciones y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar dicho sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias. Para obtener la conformidad o adaptación del individuo a sus postulados normativos (disciplina social) se sirve la comunidad de dos clases de instancias o poradores del control social: instancias formales e informales (pp. 67-68).

Agrega García-Pablos (1994) que:

Los agentes de control social informal tratan de condicionar al individuo, de disciplinarle a través de un largo y sutil proceso que comienza en los núcleos primarios (familia), pasa por la escuela, la profesión y la instancia laboral y culmina con la obtención de su aptitud conformista, interiorizando el individuo las pautas de conducta transmitidos y aprendidos (proceso de socialización). Cuando las instancias informales de control social fracasan entran en funcionamiento las instancias formales, que actúan de modo coercitivo e imponen sanciones cualitativamente distintas a las sanciones sociales: sanciones estigmatizantes que atribuyen al infractor un singular status (desviado, peligroso, delincuente). (p. 68)

Sin embargo, el aumento de criminalidad no demuestra *per se* que el control social formal haya fracasado, ni tampoco la necesidad de una mayor rigurosidad de este a través del endurecimiento de las penas, ya que la prevención eficaz del crimen dependerá de coordinar mejor el control social formal e informal. Es decir, de la instauración de políticas criminológicas que integren y sincronicen ambos controles sociales.

Por ello, la función más importante de la criminología es proporcionar conocimientos científicos del fenómeno criminal a la sociedad y a los poderes del Estado, que sirvan para prevenirlo con eficacia, ya que la simple represión penal llega tarde y no incide en las causas del crimen. De esta manera, el criminólogo deja de lado el intuicionismo y recurre a la investigación científica, empírica e interdisciplinaria, coordinando diversos saberes, para obtener un diagnóstico óptimo del fenómeno criminal que acontece, formulando para ello diversos modelos teóricos explicativos del comportamiento criminal.

Este análisis es el insumo idóneo para la implementación de políticas criminológicas, debiendo entenderse a estas como aquellas que buscan anticiparse al comportamiento criminal, neutralizándolo con programas y estrategias que incidan en las causas y factores que lo producen.

En este orden de ideas, es necesario distinguir a las políticas criminológicas de las políticas criminales, ya que las primeras se orientan a la prevención de conductas delictivas, buscando evitar su nacimiento a través de estrategias

diseñadas a partir del conocimiento de sus causas, mientras que las segundas son de corte disuasivo o reactivo, buscando intimidar a través de la creación de delitos, o responder a la existencia del delito ya cometido con la imposición de sanciones penales, por tanto, resultan menos productivas o eficaces, pues no siempre impiden la realización del comportamiento criminal.

Además, como señala Hasnas (2009) “la sanción penal es un medio inadecuado para castigar a las empresas, ya que existen mecanismos de mercado y sanciones civiles que serían medios idóneos para alcanzar el objetivo que se propone la sanción penal” (p. 1329). Sin embargo, Beaton-Wells y Fisse (2011) señalan “que las autoridades a cargo de la represión de actividades económicas ilícitas consideran que ese tipo de responsabilidad es esencial para lograr una disuasión eficaz de la infracción de las normas” (p. 277).

Por su parte Binder (2011) afirma que, “las acciones preventivas son variadas y múltiples, efectivas pero difíciles de diseñar y ejecutar, reclaman un buen conocimiento de los factores sobre los que se pretende intervenir y una constante evaluación de su eficacia” (p. 164). A pesar de ello, las políticas criminológicas deben ser prioritarias, pues siempre será más importante evitar el delito que sancionarlo.

EL COMPLIANCE PENAL COMO DISPOSITIVO POLÍTICO CRIMINOLÓGICO

Ante los problemas descritos en la introducción del presente trabajo, en primer lugar, el Estado debe promover un cambio de paradigma sobre el *compliance* penal, vale decir, a través de estrategias de sensibilización lograr que el sector empresarial lo entienda como un dispositivo político criminológico que aporta mucho en el ámbito de su responsabilidad social e inclusive mejora su rendimiento económico, y no solamente como una eximente o atenuante de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Y es que el *compliance* penal es un dispositivo político criminológico porque representa un conjunto de medidas, mecanismos, procedimientos, códigos, etc., que tiene como función estratégica la de prevenir y detectar

comportamientos criminales, gestionar y mitigar los factores de riesgo criminal, orientar y controlar la actividad de los directivos y colaboradores de la persona jurídica, en resumen, gobernar las conductas que se desarrollan en el seno de la persona jurídica para prevenir la comisión de delitos.

Se debe tener en claro que la incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ordenamiento jurídico penal es una política criminal, es decir, responde a una idea disuasiva y reactiva, pues busca intimidar a los directivos de las personas jurídicas con la eventual imposición de una sanción penal en el caso se llegará a descubrir la comisión de un delito desde la empresa. Sin embargo, esta política criminalizadora no debe ser confundida con el propósito del *compliance* penal, pues, aunque éste pueda emplearse como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, su razón de ser es prevenir de manera efectiva los posibles delitos que se puedan producir desde una persona jurídica, por ende, se trata de una política criminológica.

En este sentido, los directivos de las personas jurídicas deben comprometerse a la prevención efectiva de los delitos que puedan cometerse desde su organización, promoviendo una socialización provechosa de sus colaboradores, dotándolos de capacidad social para no incurrir en incumplimientos normativos, es decir, de liderazgo, integridad, empatía, solidaridad, etc. Debiendo entender, como antes lo hemos señalado, que con la introducción del *compliance* penal se está trasladando la función preventivo-criminal pública al sector privado.

Por tanto, los directivos de las personas jurídicas deben tomar conciencia de este singular y trascendental cambio, reparando en lo significativo y productivo que podría llegar a ser, y es que si logramos que el *compliance* penal genere una cultura de cumplimiento en los colaboradores de las personas jurídicas, esa transformación positiva será llevada a otros ámbitos en donde interactúan dichas personas, como sus familias, comunidades, centros de estudios, organismos estatales, etc., trasladando dicha cultura a las personas con las que se relacionan en dichos ámbitos.

Por ello, como señala Sanclemente-Arciniegas (2020) “No obstante, no se trata solo de delegar en los operadores privados las facultades

de inspección, control y vigilancia que corresponden a las autoridades públicas, pues la noción entraña además uncuestionamiento de la concepción misma de la empresa” (p. 12) Es así que, como indica Danet (2008) “el *compliance* interpela a las teorías norteamericanas de la corporate governance, dándole la razón a quienes cuestionan la pertinencia de reducir la compañía a la función de producir dividendos para sus accionistas” (p. 406).

Así, desde esta nueva perspectiva se contradice la idea de Friedman (1970) “según la cual la única responsabilidad social de las empresas es la de generar ganancias para sus accionistas” (p. 32). De esta manera, Tricot (2016) no se equivoca al señalar que “hoy asistimos a la juridificación de la responsabilidad social de la empresa, que anteriormente tendía a ser interpretada como una simple operación de marketing” (p. 19).

Por tal razón, es correcto afirmar que:

Las normas de *compliance* obligan a las compañías a proteger valores jurídicamente relevantes, empleando en sus prescripciones el tono imperativo propio de las disposiciones de orden público. Por ello, las severas sanciones que caracterizan el derecho del *compliance* erigen el riesgo de incumplimiento normativo como un factor decisivo en la transformación de la organización empresarial (Sanclemente-Arciniegas, 2020, p. 13).

Asimismo, la prevención de los delitos que pueden originarse en el seno de una persona jurídica requiere comprender la complejidad de la actividad y el ámbito empresarial, de los factores de riesgo que surgen del mismo, de una estrategia coordinada e integral entre sociedad y Estado. De esta forma, de acuerdo con Foucault (1976, p. 136), “este fenómeno representa una transformación mayor de la forma en la que se disciplina el mercado”. En efecto, como sostiene Sanclemente-Arciniegas (2019):

A través de esos medios el Estado deja de limitarse a expedir leyes mediante las cuales prohíbe o autoriza. Se abandona así la governance por la vía negativa, la de la abstención y las prohibiciones. En lugar de ello, se adopta la normalización como una forma positiva de ejercer influencia, pues expresa la acción de diferentes normas, disposiciones estatales, códigos de conducta y normas técnicas (p. 118).

Así, “se revela con claridad la función del derecho como una técnica de dirección de las conductas sociales” (Amsselek, 1989, p. 7). Por ello, Boursier (2017) asevera que este cambio:

Corresponde a un fenómeno de mundialización del derecho penal, que supone un nuevo derecho penal de los negocios internacionales, marcado por rasgos comunes asociados a la obligación de que las empresas asuman el control de su comportamiento. En ese enfoque, el vínculo entre la *compliance* y el derecho penal se funda en la evaluación de la efectividad de los procedimientos adoptados por la empresa con miras a desarrollar de manera autónoma las actividades de inspección y vigilancia que anteriormente eran relacionadas de manera exclusiva con competencias propias de las autoridades públicas. (p. 465)

En este sentido, Teubner (2011) con gran acierto indica que:

El *compliance* viene transformado normas que eran consideradas de *soft law* en derecho represivo. Así, las normas anticorrupción dejaron de ser simples incitaciones ligadas a la responsabilidad social para convertirse en una nueva fuente de riesgos de sanciones penales aplicables directamente a la empresa. (p. 617)

Por todo ello es que resulta sumamente importante utilizar los saberes criminológicos para diseñar, implementar, gestionar y monitorear los programas de cumplimiento. Ya que las diversas teorías criminológicas, que explican la génesis y dinámica del comportamiento criminal, poseen enfoques y paradigmas diferentes que enriquecen el bagaje cognitivo de quienes se encuentran en la tarea de prevenir y gestionar los factores de riesgo criminal.

En este orden de ideas, debemos destacar que la intervención del criminólogo en la empresa resulta valiosa e imprescindible, pues como profesional que estudia e investiga las causas que producen criminalidad, tiene las condiciones intelectuales para identificar los factores de riesgo delictivo dentro de cualquier ámbito, y, por ende, de intervenir anticipadamente para evitar o frustrar la comisión de un delito en el seno de una persona jurídica.

Por ello, coincidimos plenamente con Ríos (2018) cuando señala:

He aquí entonces un espacio propicio de colaboración del criminólogo con la persona

jurídica, no solo para evitarle responsabilidad criminal, sino para contribuir a irradiar su responsabilidad social, pues siendo el crimen un fenómeno social, además de un doloroso problema interpersonal, su evitación abona en el aporte social que debe una empresa a la comunidad en la que actúa. (p. 42)

A continuación, para graficar la importancia de conocer y manejar las teorías criminológicas que explican la criminalidad empresarial, por quienes están encargados del diseño, implementación, gestión y monitoreo de los programas de cumplimiento, utilizaremos como ejemplo una de las más pertinentes y útiles, debiendo precisar que en un anterior artículo de investigación hemos hecho un análisis más extenso de las mismas¹.

Sin lugar a duda, el científico social más influyente en el ámbito de la criminalidad empresarial es el sociólogo estadounidense Edwin H. Sutherland. En el año 1949 publicó el libro: “El delito de cuello blanco”, el cual revolucionó la criminología en el siglo XX. La tesis que plantea Sutherland (1999) en este libro es que:

Las personas de la clase socioeconómica alta participan en bastantes conductas delictivas; que estas conductas delictivas difieren de las conductas delictivas de la clase socioeconómica baja, principalmente en los procedimientos administrativos que se utilizan en el tratamiento de los delincuentes; y que las variaciones en los procedimientos administrativos no son significativas desde el punto de vista de la causación del delito (...) Estas violaciones de la ley por parte de personas de la clase socioeconómica alta, son por conveniencia llamadas delitos de “cuello blanco”. Este concepto no intenta ser definitivo, sino sólo llamar la atención sobre los delitos que no se incluyen ordinariamente dentro del campo de la criminología. El delito de “cuello blanco” puede definirse, aproximadamente, como un delito cometido por una persona de respetabilidad y status social alto en el curso de su ocupación (...) Lo significativo del delito de “cuello blanco” es que no está asociado con la pobreza, o con patologías sociales y personales que acompañan la pobreza. Si se puede mostrar que los delitos de “cuello blanco” son frecuentes, se considerará inválida una teoría general que muestre que el delito se debe a la pobreza y a sus patologías

1 Ver Espinoza, R. (2017). El *compliance* como herramienta de prevención frente a la criminalidad empresarial. Una mirada desde la criminología moderna. *Vox Juris*. Vol. 34 (2), pp. 191-203.

relacionadas. Es más, el delito de “cuello blanco” puede ayudar a localizar aquellos factores que siendo comunes a los delitos de los ricos y de los pobres, son más significativos para una teoría general de la conducta delictiva. (pp. 62-63)

Asimismo, Sutherland (1999) estableció ciertas características del delito de “cuello blanco”:

Primero, la delincuencia de las corporaciones al igual que la de los ladrones profesionales, es persistente: una gran proporción de los delincuentes son reincidentes (...) Segundo, la conducta ilegal es mucho más extensa de lo que indican las acusaciones y denuncias (...) Tercero, el hombre de negocios que viola las leyes dictadas para regular los negocios, generalmente no pierde su status entre sus asociados (...) Cuarto, los hombres de negocios generalmente sienten y expresan desprecio hacia la ley, el gobierno y el personal del gobierno (...) Los delitos de “cuello blanco” no son sólo deliberados, también son organizados (...) El delincuente de “cuello blanco” no se considera a sí mismo como delincuente, porque con él no se emplean los mismos procedimientos oficiales que con los otros delincuentes, y porque debido a su status de clase, no tiene asociaciones personales íntimas con aquellos que se definen a sí mismos como delincuentes (...) El secreto del hecho del delito de “cuello blanco” se facilita por lo complicado de las actividades y por la amplia dispersión de los efectos en el tiempo y el espacio. (pp. 262-268)

Además, Sutherland (1999) reafirma su teoría de la asociación diferencial, planteada el año 1947 en su libro *Principios de criminología*:

Los datos que están a mano sugieren que el delito de “cuello blanco” tiene su génesis en el mismo proceso general que otra conducta delictiva, a saber, la asociación diferencial. La hipótesis de la asociación diferencial plantea que la conducta delictiva se aprende en asociación con aquellos que definen esa conducta favorablemente y en aislamiento de aquellos que la definen desfavorablemente; y que una persona en una situación apropiada participa de esa conducta delictiva cuando, y sólo cuando, el peso de las definiciones favorables es superior al de las definiciones desfavorables. Esta hipótesis no es ciertamente una explicación completa o universal del delito de “cuello blanco” o de otro delito, pero quizás concuerde con los datos de ambos tipos de delito, mejor que cualquier otra hipótesis general. (p. 277)

Entonces, para Sutherland la principal causa de la criminalidad es un exceso de contactos

con entornos pro-delincuenciales, a través de los cuales se aprenden las conductas criminales, es decir, Sutherland considera que las personas aprenden a cometer delitos, al igual que aprenden otros comportamientos, esto es, en la interacción comunicativa con sus semejantes. Además, se puede apreciar un giro muy interesante en la propuesta teórica de Sutherland, ya que varía la “teoría de la desorganización social” propuesta por Clifford Shaw y Henry McKay, quienes sostuvieron que la criminalidad era producto de la “desorganización social”, pues su existencia originaba un ambiente en donde el control social se debilitaba, generándose un espacio de corrupción e incumplimiento normativo endémico. Sin embargo, Sutherland, modifica el término “desorganización social” por “organización social diferencial”, afirmando que la conducta criminal no se origina en la ausencia de orden social, sino en un orden diferente al cumplimiento de las normas.

Lo afirmado por Edwin Sutherland también disiente de la “teoría del defecto de organización” propuesta por Klaus Tiedemann, la que, en nuestros días, sin lugar a dudas, representa el fundamento dogmático más aceptado para sustentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas por hecho propio. En este orden de ideas, dicha teoría se constituye, además, como un requisito de imputación que fundamenta la responsabilidad penal de la persona jurídica en un fallo organizativo, que se origina debido a que ésta no ha adoptado e implementado dentro de su organización un conjunto de medidas que prevengan de manera efectiva la comisión de delitos, es decir, que sirvan para mitigar y controlar los factores de riesgo propios de su actividad empresarial.

Continuando con la teoría propuesta por Sutherland, Robert Burgess y Ronald Akers, señalan que la conducta criminal se refuerza cuando se obtienen gratificaciones positivas o se evitan castigos, y se debilita cuando se reciben castigos o cesan las gratificaciones. Por tanto, que una persona aprenda a comportarse delictivamente dependerá de las ventajas o desventajas asociadas a dicha conducta.

Por su parte, Gresham Sykes y David Matza, tomado como base la teoría de la asociación diferencial de Sutherland, introducen la teoría de las “técnicas de neutralización”, precisando que las personas no solamente aprenden a

comportarse delictivamente imitando las conductas de otros, sino también incorporando ciertos mecanismos para justificar su conducta criminal, estos mecanismos les permiten neutralizar sus sentimientos de culpa o legitimar su conducta desviada. Dichos autores las dividen en cinco grandes tipos: 1) la negación de la responsabilidad, 2) la negación del daño, 3) la negación de la víctima, 4) la condena a quien condena, y 5) la apelación a lealtades superiores (Sykes y Matza, 2008).

Un ejemplo del empleo de la técnica de neutralización denominada “la apelación a lealtades superiores” se presenta cuando en el interior de una persona jurídica un colaborador acepta cometer un acto delictivo para mostrar su fidelidad y sumisión con el directivo que se lo propone, ello en la idea de que acatar dicha orden ilícita le ayudará a ascender de nivel de trabajo o, a conseguir cualquier otro beneficio personal o económico. El caso antes citado es más frecuente de lo que se cree, debido a que en algunas personas jurídicas existe un equivocado espíritu de lealtad, por tanto, lo señalado se debe de tener en consideración al momento de observar y analizar el comportamiento de los integrantes de toda persona jurídica con el propósito de identificar los factores de riesgo de perpetración de conductas delictivas.

En consecuencia, la teoría postulada por Sutherland, y las que derivan de ella, son de vital importancia para comprender el fenómeno de la criminalidad empresarial, pues permite identificar sus características, así como su principal causa. Por ello, no cabe duda de que este conocimiento en manos de quienes diseñan, implementan, gestionan y monitorean programas de cumplimiento, causaría mayor eficiencia y eficacia de los mismos, pues les permitiría entender a cabalidad la génesis y dinámica de la criminalidad empresarial que desean prevenir, detectar y controlar a través de los modelos de prevención penal empresarial que van a gestionar.

CONCLUSIONES

Es importante que el *compliance* penal sea visto también como un dispositivo político criminológico, pues se ha logrado comprobar que la implementación de esta institución obedece a una política criminológica que tienen como finalidad la prevención, mitigación y

detección de conductas criminales en el seno de las personas jurídicas.

Asimismo, se ha logrado demostrar que el conocimiento y empleo de saberes criminológicos por parte de quienes están a cargo de los programas de cumplimiento, puede contribuir a que estos sean más efectivos, pues la criminología no sólo tiene el mismo objetivo del *compliance* penal, esto es la prevención de la criminalidad, sino que además posee un método científico empírico que puede resultar de gran ayuda al momento de planificar, gestionar, monitorear y rediseñar los programas de cumplimiento.

Finalmente, en aras de otorgar mayor credibilidad al *compliance* penal, y superar el problema de la cosmética de estos, se recomienda integrar a profesionales o especialistas en criminología al momento de conformar el equipo multidisciplinario que se encargará de la confección y ejecución de los modelos de prevención penal empresarial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amssek, P. (1989). Derecho, técnica de gestión pública de la conducta humana. *Revista de Derecho*. Vol. 10, pp.7-21.

Artaza, O. (2013). Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal. *Política Criminal*. Vol. 8 (16), pp. 544 - 573.

Bacigalupo, E. (2012). *Compliance y derecho penal*. Editorial Hammurabi.

Beaton-Wells, C. y Fisse, B. (2011). Política y práctica de los EE. UU. en la búsqueda de la responsabilidad individual por la conducta del cartel: una crítica preliminar. *Boletín Antimonopolio*. Vol. 56 (2), pp. 277-309.

Binder, A. (2011). *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Editorial Astrea.

Boursier, M. E. (2017). La globalización del derecho penal económico. El derecho penal ante el reto del cumplimiento. *Revista de*

Ciencia Penal y Derecho Penal comparado. Vol. 3, pp. 465-480.

Danet, D. (2008). Miseria del gobierno corporativo. *Revista internacional de derecho económico*, Vol. 22 (4), pp. 407-433.

Foucault, M. (1976). *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*. Tomo I. Editorial Gallimard.

Friedman, M. (1970). Una doctrina de Friedman: la responsabilidad social de las empresas es aumentar sus ganancias. *New York Times Magazine*, 13 de setiembre, pp. 32- 33. Recuperado de <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedmandoctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>

García-Pablos, A. (1994). *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*. Tirant lo blanch.

Hasnas, J. (2009). El centenario de un error: Cien años de responsabilidad penal empresarial. *Revista de Derecho Penal estadounidense*. Vol. 46, pp.1329-1359.

Restrepo, J. (2014). *Criminología. Un enfoque humanístico*. Editorial Temis.

Ríos, G. (2018). El criminólogo en la empresa. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*. Vol. 20, pp. 26-46.

Rodríguez-Manzanera, L. (1981). *Criminología*. Editorial Porrúa.

Sanclemente-Arciniegas, J. (2019). Cumplimiento: las normas como instrumento y amenaza para la administración. *Cuadernos de Administración*. Vol. 35 (65), pp.118-130.

Sanclemente-Arciniegas, J. (2020). Compliance, empresas y corrupción: una mirada internacional. *Derecho PUCP*. Vol 85, pp. 9-40.

Sieber, U. (2013). Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. En Arroyo, L. y Nieto, A. (Directores), *El derecho penal en la era compliance*, (pp. 63-109). Tirant lo blanch.

Sociedad Europea de Criminología. (2000). *Constitución de la Sociedad Europea de Criminología*. <http://www.esc-eurocrim.org/index.php/the-esc/constitution>

Sutherland, E. (1999). *El delito de cuello blanco*. Editorial La Piqueta.

Sykes, G. y Matza, D. (2008). Técnicas de neutralización: Una teoría de la delincuencia. *Caderno CRH*. Vol. 21 (52), pp. 163-171.

Teubner, G. (2011). ¿Autoconstitucionalización de las transnacionales? Sobre la vinculación de los códigos de conducta corporativos “privados” y “públicos”. *Revista de Indiana de Estudios Jurídicos Globales*. Vol. 18 (2), pp. 617-638.

Tricot, J. (2016). El cumplimiento, una herramienta para legalizar la RSC y transformar el derecho. En K. Martin-Chenut y R. Quenaudon (dir.), *RSE capturada por la ley de perspectivas internas e internacionales*, (pp. 303-319). Editorial Pedone.

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN - INFORMACIÓN PARA LOS AUTORES

Presentación de contribuciones

Las contribuciones que se presenten pueden ser artículos científicos e informes finales de trabajos de investigación teóricos o de campo, referidos al ámbito científico, académico y profesional del Derecho y disciplinas afines.

No es necesario ser docente o graduado de la Universidad de San Martín de Porres para la presentación de contribuciones. Basta con tener grado académico o licenciatura en Derecho, Filosofía, Ética o Ciencias Sociales.

Las contribuciones que se presenten pueden ser artículos originales; artículos de revisión; artículos de opinión; artículos de análisis de casos; artículos de índole histórica en Derecho y las otras áreas científicas de la revista; y semblanzas de juristas o científicos sociales.

Normas generales

Las contribuciones deben ser originales e inéditas y no podrán ser postuladas simultáneamente para su publicación en otras revistas.

Para ser publicables, los trabajos deben ceñirse, tanto en su formato como en su contenido, a las normas de la American Psychological Association (APA), en su última edición.

Las contribuciones deben estar redactadas en idioma español, en tipo de letra Times New Roman, tamaño de fuente 12 picas, a espacio simple y con márgenes de 25 mm.

Es política de la revista priorizar la publicación de los artículos de acuerdo con los temas de interés.

Envío de artículos

Las contribuciones propuestas para su publicación pueden ser enviadas con una carta electrónica dirigida al Presidente del Consejo Editorial de la revista a la dirección electrónica del Instituto de Investigación Jurídica: investiga_derecho@usmp.pe, con mención del

título y el (los) autor (es) del trabajo.

También podrán ser enviadas a través del sistema Open Journal System (OJS), iniciando sesión y/o registrándose desde el menú principal (<http://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/index>). Una vez registrado le llegará un mensaje a su dirección electrónica confirmando el registro y los datos para acceder al sistema, en el cual podrá seguir el proceso de su contribución.

Documentación obligatoria a presentar

El autor deberá adjuntar obligatoriamente a su contribución los documentos siguientes:

1. Carta dirigida Presidente del Consejo Editorial de la revista Vox Juris, solicitando la evaluación de su contribución.
2. Declaración Jurada y autorización para publicar, debidamente firmada, reconociendo que la contribución presentada es de su propiedad intelectual y que no ha sido publicado ni presentado para evaluación en otra revista.
3. Filiación institucional.
4. Contribuciones de autoría.
5. Fuente de financiamiento.
6. Declaración de conflictos de interés.
7. Datos de correspondencia.

Estructura de los artículos

Extensión: Mínimo 12 páginas. En cada página, mínimo 28 líneas de texto.

Tipografía: Times New Roman 12 puntos.

En la primera página debe figurar el título del trabajo en idioma español y traducido al idioma inglés; nombre completo del (los) autor(es), su filiación institucional, número de ORCID, correo electrónico y país; resumen y abstract, que no excedan las 250 palabras (deben

reflejar el objetivo del estudio, el método y los principales resultados o conclusiones); palabras clave, con un mínimo de tres y un máximo de seis, ordenadas alfabéticamente y su traducción al idioma inglés; y el sumario.

El artículo original: Contiene una investigación inédita, como el producto final de una investigación científica de campo, que muestra y discute los resultados.

El artículo de revisión: Sintetiza, analiza y actualiza un tema. Es una investigación original, inédita y teórica.

El artículo de opinión: Expone y argumenta sobre el pensamiento de un académico o científico social acerca de un tema. Su extensión no debe ser mayor a seis páginas.

El artículo histórico: Narra y expone acontecimientos trascendentales en las áreas científicas de la revista.

Semblanza: Artículo biográfico de un jurista o científico social, nacional o extranjero, cuya labor científica o profesional haya tenido particular influencia en el Derecho o ciencia social respectiva, en su enseñanza e investigación.

Consideraciones de figuras y tablas

Las figuras son dibujos, mapas, fotografías, diagramas, gráficos estadísticos, esquemas o cualquier ilustración que no sea tabla.

Las tablas son elementos que contienen la información necesaria, en contenido y título, para poder interpretarse sin necesidad de remitirse al texto. Tienen solo líneas horizontales para separar el encabezado del cuerpo de la tabla. No deben incluir líneas verticales.

Los artículos que contengan figuras y tablas deberán incluir un sumario de éstas a continuación del sumario principal.

Citas de texto y referencias bibliográficas

Las citas de texto y referencias bibliográficas se ciñen al estilo de citación APA en su última edición.

Coautoría

Conforme con las normas COPE y considerando que un artículo es el resultado de una investigación o de un trabajo académico previo, hay dos dimensiones a considerar en las contribuciones a un artículo: La investigación: En esta dimensión se sitúan las contribuciones que se pueden hacer (1) en el diseño de la investigación; o (2) en la adquisición; o (3) en el análisis e interpretación de los datos.

El artículo en sí mismo: En esta otra dimensión se encuentran las contribuciones que se pueden hacer (4) en el borrador del artículo; o (5) en la revisión crítica del mismo en aspectos intelectualmente importantes.

En las dos dimensiones son necesarias contribuciones sustanciales o críticas. Por tanto, una observación, un comentario o un mero intercambio de opiniones, por ejemplo, no califican como contribuciones sustanciales. Además, no es suficiente con contribuir a una de las dos dimensiones, aunque haya sido de modo sustancial. Debe existir una contribución a ambas: investigación y artículo.

En resumen, para poder formar parte de la autoría de un artículo, es necesario:

Haber hecho contribuciones significativas al menos en uno de los apartados enumerados del 1 al 3; haber contribuido al menos en uno de los apartados del 4 al 5; y haber dado la aprobación a la versión final del artículo.

Si alguien ha satisfecho una o dos de las condiciones, pero no las tres, entonces podemos: a) mencionar a esa persona en los agradecimientos; o b) citar alguna de sus publicaciones siempre que esté relacionada directamente con el artículo y hayamos utilizado ideas del mismo; pero no podemos añadirlo como coautor.

Consideraciones éticas en investigación y publicación

La revista Vox Juris se ciñe a los estándares de ética vigentes en la investigación y publicación científica, durante el proceso de revisión y la publicación. Se procederá a seguir las recomendaciones del Comité de Ética de la

Universidad y el Comité de Ética en Publicación (COPE). Las formas más usuales de faltas éticas en las publicaciones son el plagio, la autoría honoraria o ficticia, la manipulación de datos y el intento de publicación duplicada o redundante.

La revista cuenta con el software Turnitin de reporte de similitud.

Descargo de responsabilidad

La revista no se solidariza necesariamente con la opinión de los autores de las contribuciones.

Pagos por publicación de artículos

La revista no cuenta con cargos o tasas por la publicación de las contribuciones enviadas por los autores ni cargos por la recepción de los artículos.

Proceso editorial

Las contribuciones serán presentadas y sometidas a consideración del Consejo Editorial, para determinar si corresponde a la línea editorial de la revista y si requiere pasar a un proceso de evaluación por pares, de lo contrario será devuelto a su autor.

Sistema de arbitraje y revisión por pares

El sistema de arbitraje se realiza en dos etapas, en la primera de ellas, se verificará que el artículo cumpla con los aspectos formales: esta criba es realizada por un especialista designado por el presidente del Consejo Editorial. De no cumplir con las normas estipuladas por la revista estos manuscritos serán devueltos a los autores para que se realicen los ajustes correspondientes.

En la segunda etapa se evalúa el contenido y aporte científico de la contribución bajo el sistema doble ciego (los árbitros no conocen la identidad de los articulistas y viceversa), para lo cual es remitida a dos pares revisores externos. El dictamen será comunicado al autor en un plazo no mayor a 60 días. El proceso de dictamen exige anonimato en todo

momento. Si hay pareceres distintos entre los dos revisores, se buscará a un tercer evaluador.

El editorial, la semblanza y el artículo histórico, son evaluados solo por un miembro del Consejo Editorial.

El artículo tiene tres modalidades de evaluación:

- Está listo para publicar.
- Han de llevarse a cabo algunas modificaciones.
- No se recomienda su publicación.

Los articulistas pueden preguntar en todo momento sobre el proceso de arbitraje de su manuscrito. Los autores son comunicados por el Consejo Editorial sobre la decisión tomada por los pares evaluadores. Si se formularan observaciones, estas deberán ser evaluadas por los articulistas, quienes informarán en un plazo no mayor a 30 días; transcurrido dicho lapso, el artículo será considerado como nuevo en la lista de espera.

Los trabajos aceptados y editados son remitidos a los articulistas para su revisión, estos serán devueltos acompañados de una carta de conformidad para su publicación en el número respectivo de la revista, en el lapso de 30 días.

Las opiniones y datos que figuran en esta revista son responsabilidad de los autores. Si un trabajo es aceptado para su publicación, los derechos de impresión y reproducción por cualquier forma y medio son de la revista.

Proceso final

Las contribuciones que son aprobadas para su publicación pasarán el proceso final de edición. Las pruebas de imprenta serán presentadas a los autores para el control respectivo. Los cambios que se puedan realizar solo serán en corrección de estilo, corrección de inglés, más no de contenido. Las pruebas deben ser devueltas en un plazo máximo de siete días por los autores, de lo contrario se dará por aceptada la versión final.

Lima, Perú Vol. 41 N° 1, 2023

RULES FOR PUBLICATION - INFORMATION FOR AUTHORS

Presentation of contributions

Contributions submitted may be scientific articles and final reports of theoretical or field research work, related to the scientific, academic and professional field of law and related disciplines.

It is not necessary to be a teacher or graduate of the University of San Martín de Porres for the presentation of contributions. It is enough to have an academic degree or a degree in Law, Philosophy, Ethics or Social Sciences.

The contributions submitted can be original articles; review articles; opinion articles; case analysis articles; articles of a historical nature in Law and the other scientific areas of the journal; and profiles of jurists or social scientists.

General rules

Contributions must be original and unpublished and may not be postulated simultaneously for publication in other journals.

In order to be publishable, the works must conform, in both format and content, to the standards of the American Psychological Association (APA), in its latest edition.

The contributions must be written in Spanish, in Times New Roman font, font size 12 picas, with simple space and margins of 25 mm.

It is the journal's policy to prioritize the publication of articles in accordance with the topics of interest.

Shipping of items

The proposed contributions for publication may be sent with an electronic letter addressed to the President of the Editorial Board of the journal to the electronic address of the Institute of Legal Research: investiga_derecho@usmp.pe, mentioning the title and the author (s) from work.

They can also be sent via the Open Journal System (OJS) system, by logging in and / or registering from the main menu (<http://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/index>). Once registered you will receive a message to your email confirming the registration and the data to access the system, in which you can follow the process of your contribution.

Mandatory documents to submit

The author must attach the following documents to his contribution:

1. Letter addressed Chairman of the Editorial Board of the journal Vox Juris, requesting the evaluation of his contribution.
2. Affidavit and authorization to publish, duly signed, acknowledging that the submitted contribution is your intellectual property and has not been published or submitted for evaluation in another journal.
3. Institutional affiliation.
4. Authorship contributions.
5. Source of financing.
6. Declaration of conflicts of interest.
7. Correspondence data.

Structure of the articles

Extension: Minimum 12 pages. On each page, minimum 28 lines of text.

Typography: Times New Roman 12 points.

The first page must include the title of the work in Spanish and translated into English; full name of the author (s), their institutional affiliation, ORCID number, email and country; abstract and abstract, not exceeding 250 words (they must reflect the objective of the study, the method and the main results or conclusions); Keywords, with a minimum of three and a

maximum of six, arranged alphabetically and their translation into English; and the summary.

The original article: Contains an unpublished investigation, as the final product of a scientific field investigation, which shows and discusses the results.

The review article: Synthesize, analyze and update a topic. It is an original, unpublished and theoretical investigation.

The opinion article: Exposes and argues about the thinking of an academic or social scientist about a topic. Its length should not be more than six pages.

The historical article: It narrates and exposes momentous events in the scientific areas of the magazine.

Profile: Biographical article of a jurist or social scientist, national or foreign, whose scientific or professional work has had a particular influence on the respective Law or social science, in their teaching and research.

Considerations of figures and tables

Figures are drawings, maps, photographs, diagrams, statistical graphs, diagrams or any illustration other than table.

Tables are elements that contain the necessary information, in content and title, to be interpreted without having to refer to the text. They have only horizontal lines to separate the header from the body of the table. They should not include vertical lines.

Articles containing figures and tables must include a summary of these following the main summary.

Quotes of text and bibliographical references

The citations of text and bibliographical references follow the style of APA citation in its last edition.

Co-authorship

In accordance with the COPE standards and considering that an article is the result of a previous research or academic work, there are two dimensions to consider in contributions to an article:

Research: In this dimension are the contributions that can be made (1) in the research design; or (2) in the acquisition; or (3) in the analysis and interpretation of the data.

The article itself: In this other dimension are the contributions that can be made (4) in the draft article; or (5) in the critical review of it in intellectually important aspects.

In both dimensions substantial or critical contributions are necessary. Therefore, an observation, a comment or a mere exchange of opinions, for example, does not qualify as substantial contributions. In addition, it is not enough to contribute to one of the two dimensions, although it has been substantially. There must be a contribution to both: research and article.

In summary, in order to be part of the authorship of an article, it is necessary:

Have made significant contributions in at least one of the sections listed from 1 to 3; have contributed at least one of the sections 4 to 5; and have approved the final version of the article.

If someone has satisfied one or two of the conditions, but not all three, then we can: a) mention that person in the acknowledgments; or b) cite any of its publications as long as it is directly related to the article and we have used ideas from it; but we cannot add it as co-author.

Ethical considerations in research and publication

Vox Juris magazine adheres to the ethical standards in force in scientific research and publication, during the review and publication process. The recommendations of the University Ethics Committee and the Ethics Committee in Publication (COPE) will be followed. The most common forms of ethical misconduct in publications are plagiarism, honorary or fictitious authorship, data manipulation and attempted duplicate or redundant publication. The magazine's similarity reporting software is the Turnitin.

Disclaimer of liability

The journal does not necessarily sympathize with the opinion of the authors of the contributions.

Payments for publication of articles

the journal has no charges or fees for the publication of the contributions sent by the authors or charges for the receipt of the articles.

Editorial process

The contributions will be presented and submitted for consideration by the Editorial Board, to determine if it corresponds to the editorial line of the journal and if it requires going through a peer evaluation process, otherwise it will be returned to its author.

Arbitration system and pair review

The arbitration system is carried out in two stages, in the first one, it is verified that the article complies with the formal aspects: this sieve is made by a specialist appointed by the president of the Editorial Board. Failure to comply with the standards stipulated by the journal these manuscripts will be returned to the authors to make the corresponding adjustments.

In the second stage, the content and scientific contribution of the contribution is evaluated under the double-blind system (the referees do not know the identity of the contributors and vice versa), for which it is sent to two external peer reviewers. The opinion will be communicated to the author within a period of no more than 60 days. The opinion process requires anonymity at all times. If there are different opinions between the two reviewers, a third evaluator will be sought.

The editorial, the semblance and the historical article, are evaluated only by a member of the Editorial Board.

The article has three modes of evaluation:

- You are ready to publish.
- Some changes have to be made.
- Not recommended for publication.

Article writers can ask at any time about the arbitration process of their manuscript. The authors are informed by the Editorial Board of the decision taken by the evaluating peers. If observations are made, these should be evaluated by the writers, who will report within a period of no more than 30 days; after this lapse, the article will be considered as new in the waiting list.

The accepted and edited works are sent to the columnists for their review, these will be returned accompanied by a letter of agreement for publication in the respective issue of the magazine, within 30 days.

The opinions and data contained in this journal are the responsibility of the authors. If a work is accepted for publication, the rights of printing and reproduction by any means and means are from the journal.

Final process

Contributions that are approved for publication will go through the final editing process. The proofs of printing will be presented to the authors for the respective control. The changes that can be made will only be in correction of style, correction of English, but not of content. The proofs must be returned within a maximum period of seven days by the authors, or otherwise the final version will be accepted.

VOX JURIS 41 N° 1

Se diagramó en el

Fondo Editorial USMP

Jr. Las Calandrias 151-291, Santa Anita, Lima 43 -Perú

Correo electrónico: fondoeditorial@usmp.pe

Teléfono: (51-1) 362-0064 anexo: 3262

Octubre 2022 Lima - Perú