

ISSN (Impreso): 1812-6804

ISSN (En línea): 2521-5280

DOI://doi.org/10.24265/voxxuris

# VOX JURIS

# 42

## Nº 2

## 2024

Lima - Perú Vol. 42 Nº 2 196pp.



**USMP**  
UNIVERSIDAD DE  
SAN MARTÍN DE PORRES

Facultad de Derecho

# Vox Juris está multi indizada en:





**USMP**  
UNIVERSIDAD DE  
SAN MARTÍN DE PORRES

Facultad  
de Derecho

**REVISTA DE DERECHO**  
**VOX JURIS**

**Volumen 42, Número 2**

**2024**

**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 42 N° 2

### 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<sup>o</sup>. 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.

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 julio - diciembre 2024.

**CONTENIDO  
CONTENT**

Presentación..... 7

Editorial ..... 8

**Artículos originales**

REPRESENTACIÓN FORMAL LÓGICA DE LA SUPERPOSICIÓN DE SIGNOS DE MALTRATO INFANTIL: UNA REVISIÓN RÁPIDA DE LITERATURA  
*LOGICAL FORMAL REPRESENTATION OF OVERLAPPING SIGNS OF CHILD MALTREATMENT: A RAPID LITERATURE REVIEW*  
Wilson Miguel Salas Picón  
Universidad Cooperativa de Colombia  
Santiago Amaya-Nassar  
Universidad Sergio Arboleda  
Colombia..... 12

INTERVENCIÓN JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA EN EL ESTUDIO DE PROBLEMAS DE LA POBLACIÓN VULNERABLE EN EL CARIBE COLOMBIANO  
*LEGAL INTERVENTION BY THE COOPERATIVE UNIVERSITY OF COLOMBIA IN THE STUDY OF PROBLEMS OF THE VULNERABLE POPULATION IN THE REGION*  
Camilo Andrés Vargas Machado  
Universidad Cooperativa de Colombia (UCC)  
Diego Armando Lindao Ruiz  
Universidad Cooperativa de Colombia  
Julie Armenta Calderón  
Miembro del Grupo de Investigación UCCIDERGRUP UCC  
Colombia..... 29

**Artículos de revisión**

CONTUMACIA Y EXTRADICIÓN COMO OBSTÁCULOS PARA EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO  
*CONTUMACY AND EXTRADITION AS OBSTACLES TO THE CALCULATION OF THE LIMITATION PERIOD OF THE ACTION IN THE PERUVIAN CRIMINAL CODE*  
Diego Alonso Noronha Val  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
Perú ..... 48

EL IMPULSO DE LA GAMIFICACIÓN MEDIANTE LAS TIC EN UNA COMUNIDAD VIRTUAL DE APRENDIZAJE  
*THE PROMOTION OF GAMIFICATION THROUGH ICT IN A VIRTUAL LEARNING COMMUNITY*  
Franklin Steve Salazar Visurraga  
Universidad de San Martín de Porres  
Perú ..... 68

EL VERDADERO PROBLEMA DEL FEMINICIDIO  
*THE REAL PROBLEM OF FEMICIDE*  
Marcelo Manuel Torres Mantilla  
Universidad de San Martín de Porres  
Perú ..... 83

FINANCIAMIENTO BASADO EN INGRESOS PARA ASEGURAR LA ACCESIBILIDAD A LA EDUCACIÓN UNIVERSITARIA EN EL CAMPO DE LA MEDICINA EN COLOMBIA  
*INCOME CONTINGENT FINANCING AS A GUARANTEE OF THE RIGHT TO ACCESS HIGHER EDUCATION FOR MEDICINE UNDERGRADUATE PROGRAMS IN COLOMBIA*  
Eduardo Andrés Calderón Marenco  
Universidad Cooperativa de Colombia  
Karime Cure Requena  
Universidad Cooperativa de Colombia  
Zulma Jissenia Camargo Leal  
Universidad Cooperativa de Colombia  
Colombia..... 93

SISTEMA PENITENCIARIO CHILENO: HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DESDE UN ENFOQUE DE JUSTICIA SOCIAL <i>CHILEAN PENITENTIARY SYSTEM: TOWARDS A NEW CONCEPTION FROM A SOCIAL JUSTICE PERSPECTIVE</i> Marcos Antonio Aravena Flores Universidad Autónoma de Chile Rocío Belén Brebi Rivera Universidad Autónoma de Chile Chile.....	106	APORTES DESDE LA BIOLOGÍA PARA EXPLICAR LOS DELITOS SEXUALES <i>CONTRIBUTIONS FROM BIOLOGY TO EXPLAIN SEXUAL OFFENSES</i> Erick Gómez Tagle López Benemérita Universidad Autónoma de Puebla México.....	143
UN BREVE ANÁLISIS SOBRE EL STARE DECISIS DE LA JUSTICIA INGLESA Y SU INTENTO DE APLICACIÓN EN LA JUSTICIA LABORAL PERUANA <i>A BRIEF ANALYSIS ON THE “STARE DECISIS” OF ENGLISH JUSTICE AND ITS ATTEMPTED APPLICATION IN PERUVIAN LABOR JUSTICE</i> Alan Martinez Moron España.....	122	REPARACIÓN INTEGRAL EN COLOMBIA: ¿UNA DENEGACIÓN DE REPARACIÓN? <i>COMPREHENSIVE REPARATION IN COLOMBIA: A DENIAL OF REPARATION?</i> Yonni Albeiro Bermúdez-Bermúdez Universidad Cooperativa de Colombia Colombia .....	161
STAR TREK: TRANSHUMANISMO, MODIFICACIONES GENÉTICAS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y TEST DE PROPORCIONALIDAD <i>STAR TREK: TRANSHUMANISM, GENETIC MODIFICATIONS, FUNDAMENTAL RIGHTS, AND PROPORTIONALITY TEST</i> Jorge Luis del Valle Quintana Universidad de San Martín de Po Perú .....	132	CONFLICTOS FAMILIARES Y GASTOS EXTRAORDINARIOS EN LA PENSIÓN DE ALIMENTOS: ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS <i>FAMILY CONFLICTS AND EXTRAORDINARY EXPENSES IN ALIMONY: SOME PRACTICAL ISSUES</i> Alejandro Rosillo Fairén Universidad Europea de Madrid Angélica María Castro Acosta Universidad Europea de Madrid España.....	171

## 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/indexVox>. Se encuentra 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, 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, Zeitschriften datenbank, CLACSO, Universidad de Salamanca, Net, Heupo.

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

## EDITORIAL

La convergencia entre la ciencia del derecho y la investigación jurídica es fundamental en la evolución del sistema legal contemporáneo. Este proceso implica la aplicación de métodos científicos para comprender, interpretar y aplicar las normas jurídicas de manera efectiva. Además, la investigación jurídica no solo se limita al análisis teórico, sino que también incorpora herramientas empíricas y comparativas para examinar la eficacia y la equidad de la normativa legal. A través de esta convergencia, se promueve un enfoque interdisciplinario que enriquece la comprensión del derecho y su aplicación práctica en contextos diversos. La integración de la ciencia del derecho y la investigación jurídica también impulsa la innovación en el ámbito legal, permitiendo el desarrollo de soluciones creativas para problemas complejos y emergentes. Esta sinergia es fundamental para garantizar la adaptabilidad del sistema legal a los cambios sociales, tecnológicos y culturales en constante evolución. Además, la investigación jurídica proporciona una base de conocimientos sólida que nutre tanto la teoría como la práctica del derecho, facilitando la toma de decisiones informadas por parte de legisladores, jueces y profesionales del derecho. Además, esta unión entre la ciencia del derecho y la investigación jurídica fomenta una cultura de transparencia y rendición de cuentas dentro del sistema legal, al promover el escrutinio y análisis crítico de las decisiones judiciales y legislativas.

En el mismo sentido expresado precedentemente, esta edición de vuestra revista *Vox Juris* contiene importantes artículos de estudiosos científicos sociales que concitarán su atención por la temática de actualidad que abordan y la solvencia profesional con la que analizan la problemática que encierran.

Entre los artículos originales, se encuentra el artículo original intitulado “Representación formal lógica de la superposición de signos de maltrato infantil: Una revisión rápida de literatura” de los investigadores científicos sociales Wilson Miguel Salas Picón de la Universidad Cooperativa de Colombia y Santiago Amaya-Nassar de la Universidad Sergio Arboleda, en la que sostienen que la ausencia de una representación formal lógica de la superposición de signos de maltrato infantil es un vacío de conocimiento que afecta procesos de identificación, evaluación e intervención en diferentes campos del saber, especialmente el forense y clínico.

Asimismo, se publica la investigación realizada por los académicos de la Universidad Cooperativa de Colombia, Camilo Andrés Vargas Machado y Diego Armando Lindao Ruiz; y la académica del grupo de investigación de la misma universidad, Julie Armenta Calderón, intitulada “Intervención jurídica de la Universidad Cooperativa de Colombia en el estudio de problemas de la población vulnerable en el Caribe colombiano”, en la que luego de un minucioso proceso de recolección de datos y exhaustivo análisis, formulan importantes recomendaciones a las instituciones concernidas, las cuales permitirán consolidarán una segunda etapa del proyecto.

En la sección de artículos de revisión, el académico peruano Diego Alonso Noronha Val de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, comparte su artículo “Contumacia y extradición como obstáculos para el cómputo del plazo de prescripción de la acción en el Código Penal peruano”, en el cual analiza la suspensión de la prescripción de la acción penal surgida frente a la configuración de un obstáculo que imposibilita el trámite del procesamiento penal; y examina esta figura comparando el primer párrafo del artículo 84 del Código Penal desde antes de su modificación por la Ley N.º 31751, cuando no se establecía expresamente un momento típico de cese.

Asimismo, se publica el artículo intitulado “El impulso de la gamificación mediante las TIC en una comunidad virtual de aprendizaje” del ingeniero profesor peruano Franklin Steve Salazar Visurraga, de la Universidad de San Martín de Porres, quien analiza diversos aportes bibliográficos en los cuales se identifica la relación de las tecnologías de información y comunicación (TIC) con el proceso de gamificación para beneficiar una comunidad virtual de aprendizaje, llegando a determinar una fuerte relación de las TIC con la gamificación en el campo educativo, debido a

la evolución de recursos que han ido surgiendo en el tiempo para conectar más al estudiante con su aprendizaje.

El artículo del académico peruano Marcelo Manuel Torres Mantilla de la Universidad de San Martín de Porres, intitulado “El verdadero problema del feminicidio”, en el cual explica dos líneas interpretativas del discutido tipo penal del delito de feminicidio en el Código Penal peruano; da a conocer las consecuencias que se seguirían de aceptarlas, además de algunas objeciones a las mismas; y examina la mejor interpretación del tipo penal y la objeción más fuerte a la que debe enfrentarse, a la que considera el verdadero problema del feminicidio.

De igual manera, se publica el artículo intitulado “Financiamiento basado en ingresos para asegurar la accesibilidad a la educación universitaria en el campo de la medicina en Colombia” de los académicos de la Universidad Cooperativa de Colombia Eduardo Andrés Calderón Marengo, Karime Cure Requena y Zulma Jissenia Camargo Leal, quienes analizan cómo el Estado puede asegurar el acceso a programas de pregrado en medicina impartidos por universidades de carácter privado; y revisan sistemáticamente la legislación, doctrina, jurisprudencia y estudios realizados a nivel mundial sobre esta temática.

El artículo intitulado “Sistema penitenciario chileno: Hacia una nueva concepción desde un enfoque de justicia social” de los académicos de la Universidad Autónoma de Chile, Marcos Antonio Aravena Flores y Rocío Belén Brebi Rivera, quienes analizan críticamente el sistema penitenciario chileno con el fin de plantear una respuesta reflexiva a través de un enfoque de justicia social, logrando constatar las falencias que derivan de la noción de justicia retributiva imperante para formular importantes conclusiones.

Además, se publica el artículo intitulado “Un breve análisis sobre el *stare decisis* de la justicia inglesa y su intento de aplicación en la justicia laboral peruana” del abogado Alan César Martínez Morón de la Universidad Carlos III de Madrid, en el que aborda los problemas que se han presentado con respecto a la vinculatoriedad de los recientes plenos jurisdiccionales de la justicia laboral peruana emitidos por la Corte Suprema, con los que se estaría pretendiendo replicar, de manera parcial, la figura del *stare decisis*, cuya exégesis data del denominado *common law* inglés, a nuestro ordenamiento, que tiene su raíz en el sistema romano-germánico.

Del mismo modo, se publica el artículo intitulado “*Star trek*: transhumanismo, modificaciones genéticas, derechos fundamentales y test de proporcionalidad” del académico peruano Jorge Luis del Valle Quintana, de la Universidad de San Martín de Porres, quien examina el transhumanismo, un movimiento que aboga por la mejora humana mediante tecnologías emergentes, y reconoce que plantea cuestiones éticas y legales de gran relevancia en la sociedad moderna; y examina cómo los avances en la ingeniería genética y las tecnologías de mejora plantean dilemas éticos al enfrentar estos derechos fundamentales, y cómo la legislación y la ética deben evolucionar para abordar estos desafíos.

El académico mexicano Erick Gómez Tagle López de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, comparte su artículo intitulado “Aportes desde la biología para explicar los delitos sexuales”, en el que explora la influencia de la biología en la conducta humana, particularmente en la toma de decisiones y la comisión de delitos sexuales; investiga si el abuso sexual persistiría sin castigo y si la biología puede proporcionar respuestas sobre el comportamiento delictivo; evalúa el reconocimiento de estos aspectos en los sistemas de justicia, considerando el debate entre derecho y neurociencias; y analiza desde las perspectivas sociocultural y biológica los elementos que explican los crímenes sexuales, incluyendo teorías que priorizan la biología sobre la cultura, así como examina la castración química y sus implicaciones.

También, el académico Yonni Albeiro Bermúdez-Bermúdez de la Universidad Cooperativa de Colombia comparte su artículo intitulado “Reparación integral en Colombia: ¿Una denegación de reparación?” en el que estudia si la reparación integral en Colombia ha sido efectiva; y revisa el término de reparación integral adoptado en el sistema interamericano; llegando a concluir que las víctimas que han sido reparadas y las que se espera reparar al 2026 no son las suficientes,

lo cual se convertirá en una revictimización para la víctima enmarcada en una denegación de justicia, lo cual va en contra de sus derechos como sujeto de especial protección.

Finalmente, se publica el artículo intitulado “Conflictos familiares y gastos extraordinarios en la pensión de alimentos: Algunas cuestiones prácticas” de los académicos españoles Alejandro Rosillo Fairén y Angélica María Castro Acosta, ambos de la Universidad Europea de Madrid, en el cual reflexionan sobre las situaciones conflictivas familiares, en especial de aquellas familias con hijos, bien sean parejas divorciadas o parejas que nunca han tenido vinculación jurídica entre ellas, y la gran relevancia de la utilización de mecanismos de resolución alternativa de conflictos con el fin de gestionar de forma asertiva y ágil las cuestiones relativas a sus problemáticas, en especial aquellas de alta litigiosidad como es la definición y determinación de la responsabilidad sobre aquellos gastos de naturaleza extraordinaria complementarios a los gastos que se incluyen en la fijación de la pensión de alimentos, debido a que estos según jurisprudencia pacífica en España son gastos imprevisibles y no periódicos lo cual impide su cuantificación anticipada o periódica.

Con suma complacencia recomiendo vivamente la lectura de estos interesantes artículos.

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

# ARTÍCULOS ORIGINALES

# REPRESENTACIÓN FORMAL LÓGICA DE LA SUPERPOSICIÓN DE SIGNOS DE MALTRATO INFANTIL: UNA REVISIÓN RÁPIDA DE LITERATURA

## LOGICAL FORMAL REPRESENTATION OF OVERLAPPING SIGNS OF CHILD MALTREATMENT: A RAPID LITERATURE REVIEW

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

Santiago Amaya-Nassar  
ORCID: 0000-0001-7768-9043  
Universidad Sergio Arboleda  
[santiago.amaya@usa.edu.co](mailto:santiago.amaya@usa.edu.co)  
Colombia

DOI: <https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n2.02>

Recibido: 1 de noviembre de 2023.

Aceptado: 12 de enero de 2024.

### SUMARIO

- Introducción.
- Método.
- Muestra documental.
- Criterios de elegibilidad.
- Estrategia de búsqueda.
- Selección de estudios.
- Procedimiento y análisis de datos.
- Resultados.
- Discusión y conclusión.
- Fuentes de información y Anexo.

### RESUMEN

La ausencia de una representación formal lógica de la superposición de signos de maltrato infantil es un vacío de conocimiento que afecta procesos de identificación, evaluación e intervención en diferentes campos del saber, especialmente el forense y clínico. Este estudio tuvo como objetivo analizar a través de la revisión de literatura en qué medida los signos y síntomas de los diferentes tipos de maltrato infantil (MI) presentan coocurrencia y superposición (intersección) entre los mismos; lo expuesto como insumo para proponer una representación formal lógica. Para ello, se realiza una revisión rápida de literatura de la producción científica publicada sobre la coocurrencia de signos en las diferentes modalidades de maltrato infantil. Se

sistematizaron 26 artículos publicados desde el 2017 hasta octubre de 2022. Los resultados evidencian los desafíos que tienen los profesionales en los procesos de evaluación y el establecimiento del nexo causal dado que al compartirse los signos entre diferentes tipos MI se podrían generar falsos positivos y falsos negativos; por lo tanto, se debe tener cautela al establecer relaciones entre las manifestaciones psicológicas y comportamentales y las hipótesis de MI. Finalmente, se propone una representación formal lógica de la superposición de signos y con ello, evidencia empírica al marco de referencia.

### PALABRAS CLAVE

representación formal lógica; maltrato infantil; signos; superposición; psicología forense; revisión.

### ABSTRACT

The absence of a logical formal representation of the overlapping signs of child abuse (CA) is a knowledge gap that affects identification, evaluation, and intervention processes in different fields of knowledge, especially forensic and clinical. This study aimed to analyze through a literature review to what extent the signs and symptoms of the different types of CA present co-occurrence and overlap (intersection) between them; what is exposed as an input to propose a logical formal representation. To do this, a quick literature review of the scientific production published

on the co-occurrence of signs in the different modalities of child abuse is carried out. Twenty-six articles published from 2017 to October 2022 were systematized. The results show the challenges that professionals have in the evaluation processes and the establishment of the causal link, given that sharing the signs between different types of CA could generate false positives and false negatives; therefore, caution must be exercised when establishing relationships between psychological and behavioral manifestations and MI hypotheses. Finally, a logical formal representation of the superposition of signs is proposed and with it, empirical evidence to the frame of reference.

## KEYWORDS

Logical-formal Representation; Child Abuse; Signs; Overlapping; Forensic Psychology; Review.

## INTRODUCCIÓN

El maltrato infantil [en adelante MI] es un fenómeno de salud pública que tiene diversos efectos sobre el desarrollo y la salud mental de los niños y adolescentes (Organización Mundial de la Salud [OMS], 19 de septiembre de 2022; Nemeroff, 2016). Por su importancia, se han desarrollado numerosos estudios que han permitido consolidar evidencia empírica para la identificación de los efectos, factores de riesgo, actores, signos y síntomas derivados de los tipos del MI (Abasolo-Telleria, 2018; An et al., 2021; Chung & Chen, 2020; García-Martín & Morentin, 2019; Guerra & Farkas, 2015; Hébert et al., 2022; Nemeroff, 2016; Saini et al., 2018; Tran et al., 2017; Undurraga & Santelices-Álvarez, 2021). Asimismo, se ha visibilizado a nivel mundial la complejidad en el abordaje de dicha problemática dado que existe un desconocimiento sobre la verdadera magnitud del MI en términos de cifras, falsas denuncias, clasificaciones y acuerdos sobre las tipologías, reconocimiento cultural, prevalencia y tendencia de denuncias de determinados tipos de MI por la severidad de la sintomatología y signos, lo cual deja de lado otros tipos de maltrato (Abasolo-Telleria, 2018; McTavish et al., 2020).

En coherencia con lo expuesto, Warmingham et al. (2019), manifiestan que el MI representa un desafío para las diversas instituciones y campos del saber que lo estudian e intervienen, toda vez que, los signos y síntomas de las modalidades del MI suelen coexistir y prevalecer a nivel

evolutivo. Por lo anterior, Warmingham et al. (2019), proponen que se debe tener precaución en los procesos de intervención y valoración debido a la correlación de signos en los tipos de MI y la complejidad que esto genera sobre los procesos de caracterización de la heterogeneidad en los tipos de maltrato. “Por lo tanto, tratar los subtipos individuales de maltrato como algo que ocurre de manera independiente no es representativo de la naturaleza del maltrato tal como ocurre en la vida de los niños” (Warmingham et al., 2019, p.28).

La realidad descrita no es ajena para el campo legal, especialmente el área de la psicología jurídica y forense dado que en palabras de García-Martín y Morentin (2020), la valoración, evaluación e intervención del MI debe permitir el establecimiento del nexo causal y la relación directa entre el antecedente y consecuente, aspecto que se ha buscado fortalecer con técnicas de credibilidad del testimonio (Arce & Fariña, 2005; Amaya-Nassar, 2021; Mallett & Schall, 2019). En este sentido, los autores del presente estudio informan sobre la necesidad de poder determinar la probabilidad de relación y pertenencia del síntoma y signo del tipo de MI denunciado con el evento sucedido, temporalidad, cronicidad, co-ocurrencia y efectos de polivictimización dado que es una debilidad y vacío en los informes y praxis. Por lo tanto, se debe tener precaución en los procesos de evaluación y brindar la mejor evidencia científica para aportar desde el material probatorio, soporte empírico que ayude al operador judicial a tomar la mejor decisión (duda razonable) y fomentar un escenario que fortalezca un mejor derecho. Al respecto Aranguren et al. (2022), manifiestan:

La intersección hace parte del análisis de clases y teoría de conjuntos (Arroyo et al., 2018), donde se refiere a todos los individuos o elementos que pertenecen a dos o más clases. Esta operación entre clases puede ser formalizada de la siguiente manera:

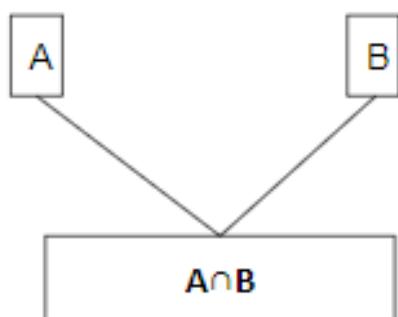
Su símbolo es  $\cap$  formalmente se puede definir (Chávez, 2000; Rosales, 1994) como  $A \cap B = \{x/x \in A \text{ y } x \in B\}$  y se lee tanto como “para cualquier  $x$  tal que  $x$  pertenece a  $A$  y  $x$  pertenece a  $B$ ”.

Así mismo, Aranguren et al (2022:60) indican se puede evidenciar en mayor claridad con este ejemplo:

Si  $A = \{1, 2, 3, 4\}$  y  $B = \{3, 4, 5, 6\}$  entonces  $A \cap B = \{3, 4\}$ .

Los símbolos “{}” se utilizan para dar claridad de los elementos que hacen parte de la clase o del conjunto. Para los casos anteriores el conjunto A y el conjunto B. Por otro lado, la lógica de conjuntos nos indica que la intersección se vuelve un subconjunto de los conjuntos de los cuales intersecciona (Lipshutz, 1970). Continuando con el ejemplo anterior, la intersección  $A \cap B$  sería un subconjunto de A y de B. Pudiendo representarse con un diagrama como se expresa en la Figura 1:

**Figura 1: Relación de conjunto entre A, B y su intersección  $A \cap B$**



También, esto se puede representar formalmente usando el símbolo de subconjunto el cual es “ $\subseteq$ ” donde:

$A \cap B \subseteq A$  y  $A \cap B \subseteq B$ , o de otra manera, expresado como  $A \cap B \subseteq A$  y  $B$ , donde todo  $x$  (elemento) que pertenece a  $A \cap B$ , pertenece a A y a B (Lipshutz, 1970).

Ahora bien, la representación de la intersección puede manejarse tanto para elementos formales como empíricos que pueden ser formalizados.

Por lo anterior, en los procesos de evaluación psicológica forense de niños y adolescentes presuntas víctimas de abuso sexual infantil (ASI), la exploración de sintomatología y secuelas es de las evaluaciones que requieren una evaluación integral dada su complejidad. Esto, debido a que las respuestas traumáticas pueden ser similares y estar asociadas a diversos factores estresantes o de riesgo. Incluso, ese ha sido uno de los argumentos utilizados para la justificación de la necesidad de técnicas de credibilidad del testimonio. Al respecto, Matsumoto et al. (2021), manifiestan que las situaciones de MI son multidimensionales y con frecuencia tienen como base factores etiológicos que se correlacionan con distintos tipos de experiencias. Es por esto por lo que indican la necesidad de realizar procesos de evaluación e intervención que puedan

identificar el potencial de superposición, independencia, asociación, probabilidad de riesgo compartido que tienen las modalidades del MI.

Con respecto a lo indicado, el ASI, es uno de los tipos del MI que requiere mayor abordaje en los procesos de identificación, valoración e intervención, toda vez que es necesario dar mayor claridad sobre cuáles signos y síntomas tienen intersección. Ahora bien, si se habla de la posibilidad de intersección de síntomas, apelando a la lógica de clases, es posible buscar una formalización de estos elementos.

Por lo anterior, el presente trabajo analiza a través de la revisión de literatura la intersección y co-ocurrencia de signos de los diferentes tipos de MI y con ello, se propone una representación formal lógica de este, a partir de la evidencia recolectada.

## MÉTODO

El estudio adoptó una revisión rápida de literatura para identificar los signos y sintomatología (co-ocurrencia) del MI reportada en los artículos de investigación (Manchado et al., 2009; Tapia-Benavente et al., 2021). Lo expuesto con el propósito de analizar las intersecciones entre la sintomatología y signos de los diferentes tipos de MI, especialmente el ASI. Por lo anterior, se utilizó la estrategia método comparativo constante de la teoría fundamentada (Contreras Cuentas et al., 2019) para poder identificar a través de la evidencia empírica recolectada los signos comunes entre las diversas modalidades del MI y plantear una representación lógica como resultado de la codificación, comparación e identificación de interrelaciones (Castillo-Bravo et al. 2022).

## MUESTRA DOCUMENTAL

Se contó con una muestra documental de 26 artículos, los cuales cumplieron los siguientes criterios:

## CRITERIOS DE ELEGIBILIDAD

Revisiones de literatura, meta-análisis o empíricos en inglés y español, revisados por pares y que abordarán los tipos de maltrato infantil, signos, síntomas y co-ocurrencia y/o asociación. Asimismo, se tomó como ventana los artículos publicados desde el 2017 hasta octubre de 2022.

### Estrategia de búsqueda

Desde agosto hasta octubre de 2022, se identificaron estudios mediante la revisión de bases de datos y un repositorio. Se realizaron búsquedas en ScienceDirect, Scopus, Ebscohost (PSICODOC, APA PsycArticles, MEDLINE) y Scielo. Se utilizaron los operadores AND y los descriptores en castellano; maltrato infantil, secuelas psicológicas, tipos de maltrato infantil, asociación, diferencias, indicadores psicológicos, indicadores comportamentales, signos, síntomas e inglés: *association, types of child abuse, behavioral indicators, psychological indicators, differences, behavioral symptoms, child maltreatment, psychological/physical/sexual/emotional abuse, abuse, neglect, signs and symptoms*. Finalmente, se emplearon las comillas para los descriptores compuestos (conformados por dos términos) con el objetivo de encontrar coincidencias exactas.

### Selección de estudios

Dos investigadores (WS y SA), examinaron y evaluaron de forma independiente (control par experto) los títulos, resúmenes y texto completo de los documentos; los conflictos de interés se resolvieron a través una discusión grupal en la que presentaban los argumentos de la decisión. Asimismo, se aplicó la ley de Pareto para las bases de datos cuyo resultado fuera mayor a 400 artículos.

### PROCEDIMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

Inicialmente se diseñó un protocolo de búsqueda de información para determinar las fuentes, descriptores, criterios de inclusión, operadores de búsqueda y ecuaciones de búsqueda; seguidamente, se aplicó la ley de Pareto y se adoptaron algunos de los lineamientos de la metodología PRISMA para seleccionar los documentos, posteriormente, se elaboró una matriz en Excel para depositar los datos obtenidos de los artículos y evaluarlos teniendo en cuenta la lista de chequeo PRISMA. Con los documentos seleccionados se realizó un análisis intertextual e intratextual, luego se empleó la codificación abierta, selectiva y axial.

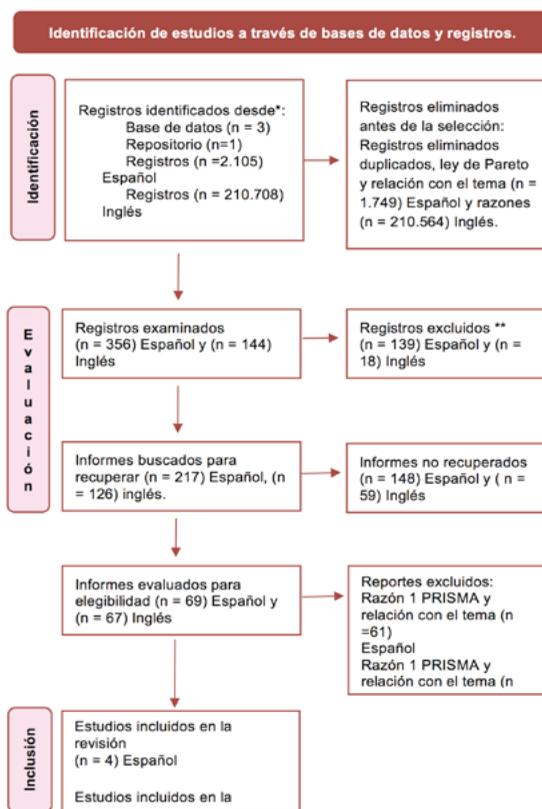
Ahora bien, como existen síntomas que se presentan en todo tipo de maltrato que pueden corresponder a síntomas de orden comportamental y psicológico-emocional,

los investigadores procedieron a organizar los síntomas en dos diferentes conjuntos para facilitar la exploración. En el conjunto A, se encuentran todos los síntomas de orden comportamental que se presentan en todos los tipos de maltrato, y en el conjunto B se identifican todos los síntomas de tipo psicológico-emocional.

A cada tipo de maltrato se le asigna una letra que determina el conjunto que corresponde, que para el presente texto se codificaron de la siguiente manera: Físico (F), Sexual (S), Negligencia (N), Psicológico/emocional (P) y Sin especificar (R). R se le atribuye a “sin especificar”, de manera arbitraria, puesto que la letra S ya se había usado para el conjunto “Sexual”. De igual forma, el maltrato infantil en general se codifica con la letra M. Asimismo, como se identifica homogeneidad en algunos de los síntomas/signos de los diferentes tipos de maltrato, se establecieron las intersecciones y se planteó una representación lógica.

### RESULTADOS

Figura 2: Resultados obtenidos.



Nota: Lineamientos tomados de Page et al. (2021). *The PRISMA 2020 statement: an updated guideline for reporting systematic reviews*

**Tabla 1. Intersección de signos derivados de maltrato infantil.**

Evidencia empírica	Categoría/ Conjunto	Coocurrencia de síntoma/elementos del conjunto				Ecuación intersección
		Tipo de maltrato				
	Físico (F)	Físico (F) Sexual (S)	Negligencia (N)	Psicológico/ emocional (P)	Sin especificar (R)	
Bijlsma et al. (2022); Yoon et al. (2020); Charak et al. (2018); García-Martín y Morentin (2019); Rondón et al. (2018); Vachon et al. (2015).	Comportamental (A)	{Rompimiento de reglas, antagonismo, aislamiento, comportamiento disruptivo, conductas agresoras, Problemas conductuales, comportamientos externalizados, conductas autolesivas, conductas evitativas, conductas desafiantes}				$A \subseteq (F \cap S \cap N \cap P \cap R)$
Alreshidi et al. (2020); Bijlsma et al, 2022; Badr et al. (2018); Boyd et al. (2019); Debowska & Boduszek (2016); Charak et al. (2018); García-Martín y Morentin (2019); Gardner et al. (2019); Pereda y Abad (2013); Rondón et al. (2018); Rogosch et al. (2011); Souto Schaefer et al. (2018); Teicher et al, 2022; Vachon et al. (2015); Warmingham et al. (2018).	Psicológico/ Emocional (B)	{Ansiedad, depresión, TEPT, síntomas somáticos, neuroticismo, irritabilidad, agresividad distorsionadas, percepciones distorsionadas, autoestima, desconfianza, sumisión, desregulación cognitiva, problemas de identidad, labilidad afectiva, apego inseguro, narcisismo, búsqueda de estímulo, insensibilidad, expresión restringida, riesgos trastorno de ansiedad, riesgo trastorno depresivo, problemas de atención y déficit de atención/hiperactividad, más problemas sociales, afectación en la capacidad de respuesta afectiva y capacidad de respuesta cognitiva, manipulación interpersonal, egocentrismo, actitudes hacia la sexualidad masculina}				$B \subseteq (F \cap S \cap N \cap P \cap R)$

Fuente: Elaboración propia

De los 26 artículos seleccionados para la revisión, sólo cuatro (4) fueron escritos en castellano (Fig. 2). Asimismo, se encontró que no se evidencia un consenso sobre los tipos de signos y síntomas. Por otro lado, en la Tabla 1 podemos observar que diversos autores de investigaciones empíricas, teóricas y revisión de literatura coinciden en la identificación de sintomatología-signos psicológicos y comportamentales que co-ocurren entre los diferentes tipos de MI, siendo las conductas autolesivas (signo comportamental) y la depresión, ansiedad, somático, irritabilidad, agresividad, problemas de autoestima, problemas de atención y déficit de atención/hiperactividad (signos psicológicos) con mayor frecuencia de coincidencia entre los estudios. No obstante, se precisa que signos como el TEPT, rompimiento de reglas, comportamiento disruptivo, desconfianza presentan una frecuencia de coincidencia de al menos dos veces entre los autores.

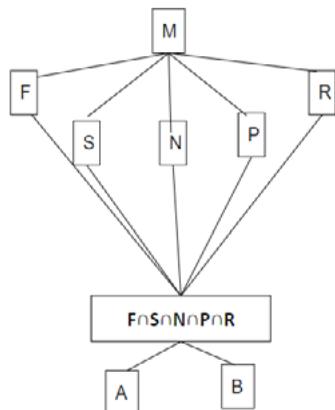
Ahora bien, se identificaron al menos diecinueve signos-síntomas que presentan superposición entre dos o más tipos de maltrato al igual que cincuenta y un indicadores que corresponden a MI específicos (ver datos complementarios en la Tabla 2). Asimismo, se evidencia en los hallazgos que existe poca tendencia a realizar la valoración de la polivictimización y análisis discriminantes con el criterio de grupos contrastantes (comparación intra e intergrupos).

Como cada uno de los síntomas que se identifican en la Tabla 1, se presentan en todo tipo de maltrato, se puede hacer referencia a que pertenecen a la intersección de elementos comunes, que se representa de la siguiente manera (Lipshutz, 1970):

**F ∩ S ∩ N ∩ P ∩ R**

Con los resultados evidenciados en la Tabla 1 se construyó la Figura 2, donde se logra expresar la relación de conjuntos y de su correspondiente intersección.

**Figura 3. Modelo Salas-Amaya de intersección de signos derivados de maltrato infantil.**



**Fuente: construcción propia.**

Nota: Las líneas y posiciones evidencian la relación entre cada uno de estos. Siendo M el conjunto universal, donde F, S, N, P y R son subconjuntos de M, más no entre ellos, y la intersección de estos es un subconjunto de cada uno de los otros conjuntos. También, se puede evidenciar que tanto el conjunto A como B, son un subconjunto de la intersección, pero sin relación entre ellos.

Se puede evidenciar que, la intersección  $F \cap S \cap N \cap P \cap R$  resalta a través de la Tabla 1 como hay elementos, empíricamente, en común entre los síntomas y signos de MI. De manera que, si se encuentra uno o varios de los síntomas que hacen parte del conjunto de intersecciones, este pertenece así mismo a cada uno de los diferentes conjuntos de tipo de maltrato. Esto hace que no sea posible asociar directamente cada uno de estos síntomas presentados en la Tabla 1 a un tipo específico de maltrato, tal como lo establece la teoría de conjuntos.

De igual forma y complementario a lo expuesto, el conjunto A como B, son subconjuntos de la intersección  $F \cap S \cap N \cap P \cap R$ , asimismo los hace subconjuntos de cada uno de los tipos de maltrato. Así, la identificación de uno o varios de los síntomas de estos conjuntos permite plantear que estos hacen parte de la intersección, de manera que estos se pueden encontrar en todos los tipos de maltrato. Pero, entre A y B, no hay síntomas en común, razón por la cual se presentan como subconjuntos separados de la intersección (Lipshutz, 1970).

Por lo anterior, se puede establecer que  $A \subseteq (F \cap S \cap N \cap P \cap R)$  y  $B \subseteq (F \cap S \cap N \cap P \cap R)$  pero  $A \neq B$ , donde  $A \cap B = \emptyset$ . El símbolo " $\emptyset$ " hace referencia al conjunto vacío, siendo el conjunto que no presenta ningún elemento (Aranguren et

al., 2022; Lipshutz, 1970). De igual manera, si se deseara expresar por comprensión los conjuntos A y B del modelo, podrían representarse de la siguiente manera:

Conjunto A:

$$\forall x (x \in A \rightarrow x \in F \cap S \cap N \cap P \cap R)$$

Conjunto B:

$$\forall x (x \in B \rightarrow x \in F \cap S \cap N \cap P \cap R)$$

Relación entre conjuntos A y B:

$$\forall x (x \in A \rightarrow x \notin B \wedge x \in B \rightarrow x \notin A).$$

En estos conjuntos se muestra que tanto para el conjunto A como el B, todo elemento que pertenezca a alguno de estos conjuntos, también pertenece a los otros conjuntos que representan un tipo de maltrato infantil. Pero que los elementos que pertenecen al conjunto A no pertenecen al B y viceversa, indicando que las sintomatologías del conjunto A no son las mismas de B. Cada uno de estos elementos se pueden evidenciar en la tabla 1 y el modelo desarrollado.

## DISCUSIÓN Y CONCLUSIÓN

Este estudio tuvo como objetivo analizar a través de la revisión de literatura en qué medida los signos y síntomas de los diferentes tipos de MI presentan co-ocurrencia y superposición (intersección) entre los mismos; lo expuesto representa un insumo empírico que permite proponer una representación formal lógica. Por lo que saben los autores, este es el primer estudio que plantea una representación formal lógica para este propósito.

Los análisis confirmaron la existencia de un número alto de estudios (80% de la muestra) que demuestran la co-ocurrencia de signos y síntomas entre los diferentes tipos de MI. Estos hallazgos son coherentes con los resultados de estudios previos realizados a nivel internacional (Bijlsma et al., 2022; Charak et al., 2018; García-Martín y Morentin, 2019; Kim et al., 2016; Matsumoto et al., 2021; Rondón et al. (2018); Vachon et al., 2015; Yoon et al., 2020). Lo expuesto ratifica lo descrito por García-Martín y Morentin, (2019) sobre los desafíos que tiene el campo psicoforense en los procesos de evaluación y el establecimiento del nexo causal (antecedente y consecuente) dado que al compartirse los signos entre diferentes tipos MI el profesional podría ejecutar heurísticos de disponibilidad y con ello, propiciar un sesgo en la praxis (falsos positivos,

falsos negativos); por lo tanto, el profesional deberá determinar que lo descrito en la denuncia corresponde a lo vivenciado por el infante y deberá demostrar la correspondencia entre el origen del signo y el tipo de MI.

La realidad descrita es confirmada por Matsumoto et al. (2021) al indicar que los profesionales no valoran las asociaciones-superposición que pueden tener los signos y síntomas del MI, la etiología y la influencia que puede tener la polivictimización (Bijlsma et al., 2022), por ejemplo: los trastornos depresivos se asocian con todos los tipos de MI, varias formas de MI con ansiedad y el trastorno de estrés postraumático (Gardner et al., 2019). Por lo anterior, estos signos no podrían ser evidencia para determinar una modalidad de MI.

En coherencia con lo abordado se ratifica lo propuesto por Souto Schaefer et al. (2018) sobre la necesidad de tener cautela al establecer relaciones causales entre las manifestaciones psicológicas y comportamentales y las hipótesis de MI dado que los signos psicológicos y comportamentales como indicadores discriminatorios pueden generar un sesgo toda vez que presentan superposición y su origen puede estar determinado por otras situaciones diferentes al MI. Ahora bien, Souto Schaefer et al. (2018) precisa que el indicador psicopatológico no debe ser considerado como un determinante de MI debido que existen diversos factores que pueden impedir el desarrollo de una patología. Lo expuesto, complejiza aún más la labor de los profesionales y ameritan evaluaciones integrales.

Los hallazgos corroboran que existen pocos estudios que emplean muestras con o sin MI para realizar análisis discriminantes con el criterio de grupos contrastantes (comparación intra e inter-grupos) (Matsumoto et al., 2021); análisis del efecto de la polivictimización (Bijlsma et al., 2022). De igual manera, se reconoce la persistencia de vacíos de conocimiento tales como: potencial de superposición, independencia entre los diversos tipos de MI, probabilidad de riesgo compartido, efectos de exposición prolongada, efectos de la exposición al trauma acumulativo (secuencial o simultáneo) (Bijlsma et al., 2022) y poco consenso para el establecimiento de indicadores de discriminación.

El modelo presentado en el estudio presenta un soporte empírico-formal brindado por la revisión y el análisis de conjuntos realizado. En relación con esto, la cantidad de veces que se presente un síntoma en un tipo de maltrato es indiferente, siempre y cuando se presente en todos los tipos de

maltrato. Esto, debido a que la lógica de conjuntos nos indica que una única presencia de un elemento en un conjunto es suficiente para determinar su pertenencia (Aranguren et al., 2022; Lipshutz, 1970). Así, con que se identifique que un signo o síntoma se presenta por algún artículo o artículos una única vez en todos los tipos de maltrato, ya es suficiente para identificar su pertenencia al conjunto de la intersección en el modelo.

Ahora bien, hasta donde sabemos, esta es la primera investigación en proponer la representación formal lógica con base a la coocurrencia de los diferentes tipos de MI. Aunque los hallazgos aportan al marco de referencia en el campo de estudio y permite reconocer la complejidad en el establecimiento de la heterogeneidad de indicadores para los diversos tipos de MI, los resultados deben tomarse con precaución dado que deben ser considerados a la luz de las limitaciones del presente estudio: las inferencias no permiten realizar generalizaciones y el número de bases consultadas al igual que, el número de estudios incluidos en la muestra documental. Estos resultados implican un llamado de atención a los profesionales y al deber de cuidado sobre los procesos de identificación de los indicadores de MI y su diagnóstico diferencial dadas las implicaciones legales, sociales, culturales que puede tener una valoración desacertada.

Por otro lado, los resultados del estudio deben interpretarse con cautela dado que tiene algunas limitaciones. El diseño del estudio no permite plantear generalizaciones por el número de fuentes consultadas y la variabilidad de los estudios. No obstante, visualiza un campo de análisis exploratorio que requiere más desarrollo debido a los hallazgos que se plantean; asimismo, es el primer estudio que propone un modelo lógico y con ello, un marco de referencia que facilitará el diseño de herramientas y estrategias de valoración que reconozcan la coocurrencia, la influencia de la polivictimización y otras variables relevantes para la intervención.

Finalmente, los resultados del estudio sugieren que la evaluación del MI debe realizarse de manera integral y establecer la relación entre el antecedente con el consecuente, el desarrollo de indicadores discriminatorios entre las modalidades de MI, comparación inter e intra entre grupos, baja producción científica en Latinoamérica, siguen siendo desafíos y vacíos de conocimiento en el campo de estudio. Finalmente, los hallazgos representan una oportunidad para la praxis de peritos y

profesionales de diferentes campos del saber al contar con una representación formal lógica para la toma de decisiones basadas en la evidencia.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

Abasolo-Telleria, A. (2018). Estudio descriptivo del tipo de maltrato que sufren menores evaluados en la Unidad de Valoración Forense Integral de Bizkaia. *Revista Española de Medicina Legal*, REML-249. <https://doi.org/10.1016/j.reml.2018.04.004>

Alreshidi, F., Alkathiry, A., Albalawi, G., Almusui, R., Banamah, E., & Ali, N. (2020). Adults awareness about different types of child abuse: a community based descriptive cross-sectional study. *International Journal of Medicine in Developing Countries*, 768–774. <https://doi.org/10.24911/ijmdc.51-1576531833>

Aranguren, M., Amaya, S. & Méndez, D. (2022). Fundamentos de lógica en psicología. Aspectos prácticos y teóricos. Manual Moderno.

Arroyo, J., Ramírez, J. & Sequeira, F. (2018). Lógica y teoría de conjuntos. Editorial Universidad Nacional de Costa Rica.

Arce, R., & Fariña, F. (2005). Peritación psicológica de la credibilidad del testimonio, la huella psíquica y la simulación: el sistema de evaluación global (seg). *Papeles del Psicólogo*, 26(92), 59-77. <https://www.redalyc.org/pdf/778/77809202.pdf>

Amaya-Nassar, S. (2021). Técnicas de análisis de credibilidad del testimonio en adultos: una revisión breve. Perspectivas de investigación psicológica: aportes a la comprensión e intervención de problemas sociales. Editorial Universidad Católica de Colombia. Bogotá. <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/2b15cedf-d9bc-454d-a774-dba74eb01e80/content>

An, Y., Shi, J., Chuan-Peng, H., & Wu, X. (2021). The symptom structure of posttraumatic stress disorder and co-morbid depression among college students with childhood abuse experience: A network analysis. *Journal of Affective Disorders*, 293, 466–475. <https://doi.org/10.1016/j.jad.2021.06.065>

Badr, H. E., Naser, J., Al-Zaabi, A., Al-Saeedi, A., Al-Munefi, K., Al-Houli, S., & Al-Rashidi, D. (2018). Childhood maltreatment: A predictor of mental health problems among adolescents and young adults. *Child Abuse & Neglect*, 80, 161–171. <https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2018.03.011>

Bijlsma, A. M. E., Assink, M., Overbeek, G., van Geffen, M., & van der Put, C. E. (2022). Differences in developmental problems between victims of different types of child maltreatment. *Journal of Public Child Welfare*, 17(2), 408–429. <https://doi.org/10.1080/15548732.2022.2044429>

Boyd, M., Kisely, S., Najman, J., & Mills, R. (2019). Child maltreatment and attentional problems: A longitudinal birth cohort study. *Child Abuse & Neglect*, 98, 104170. <https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2019.104170>

Castillo-Bravo, E. F., Cornejo-Moreira, F. A., Loo-Solórzano, O. T., & Minaya-Vera, C. G. (2022). Portafolio estudiantil de vinculación con la sociedad y la hibridación físico-digital. Horizontes. *Revista de Investigación En Ciencias de La Educación*, 6(23), 766–778. <https://doi.org/10.33996/revistahorizontes.v6i23.376>

Contreras Cuentas, M., Páramo Morales, D., & Rojano Alvarado, Y. (2019). La teoría fundamentada como metodología de construcción teórica. *Pensamiento & Gestión*, (47), 283-306. <https://doi.org/10.14482/pege.47.9147>

Charak, R., Tromp, N. B., & Koot, H. M. (2018). Associations of specific and multiple types of childhood abuse and neglect with personality pathology among adolescents referred for mental health services. *Psychiatry Research*, 270, 906–914. <https://doi.org/10.1016/j.psychres.2018.11.016>

Chávez, P. (2000). Lógica: Introducción a la ciencia del razonamiento. México: Publicaciones Cultural.

Chung, M. C., & Chen, Z. S. (2020). Gender Differences in Child Abuse, Emotional Processing Difficulties, Alexithymia, Psychological Symptoms and Behavioural Problems among Chinese Adolescents. *Psychiatric Quarterly*, 91(2), 321–332. <https://doi.org/10.1007/s11126-019-09700-w>

Debowska, A., & Boduszek, D. (2017). Child abuse and neglect profiles and their psychosocial consequences in a large sample of incarcerated males. *Child Abuse & Neglect*, 65, 266–277. <https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2016.12.003>

García-Martín, R., & Morentin, B. (2019). Valoración forense integral del maltrato infantil intrafamiliar. *Revista Española de Medicina Legal*, 46(1), 28-40. <https://doi.org/10.1016/j.reml.2019.08.003>

- Gardner, M. J., Thomas, H. J., & Erskine, H. E. (2019). *The association between five forms of child maltreatment and depressive and anxiety disorders: A systematic review and meta-analysis*. *Child Abuse & Neglect*, *96*, 104082. <https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2019.104082>
- Guerra, C., & Farkas, C. (2015). Sintomatología en víctimas de abuso sexual: ¿son importantes las características “objetivas” del abuso? *Revista De Psicología*, *24*(2), 1-19. <https://doi.org/10.5354/0719-0581.2015.38013>
- Hébert, M., Amédée, L. M., Théorêt, V., & Petit, M.-P. (2022). Diversity of adaptation profiles in youth victims of child sexual abuse. *Psychological Trauma: Theory, Research, Practice, and Policy*, *14*(S1), S41–S49. <https://doi.org/10.1037/tra0001090>
- Kim, K., Mennen, F. E., & Trickett, P. K. (2016). Patterns and correlates of co-occurrence among multiple types of child maltreatment. *Child & Family Social Work*, *22*(1), 492–502. Portico. <https://doi.org/10.1111/cfs.12268>
- Mallett, X., & Schall, U. (2019). The psychological and physiological sequel of child maltreatment: A forensic perspective. *Neurology, Psychiatry and Brain Research*, *34*, 9–12. <https://doi.org/10.1016/j.npbr.2019.08.003>
- McTavish, J. R., Gonzalez, A., Santesso, N., MacGregor, J. C. D., McKee, C., & MacMillan, H. L. (2020). Identifying children exposed to maltreatment: a systematic review update. *BMC Pediatrics*, *20*(1), 113. <https://doi.org/10.1186/s12887-020-2015-4>
- Manchado-Garabito, R., Tamames-Gómez, S., López-González, M., Mohedano-Macias, L., D'Agostino, M. & Veiga de Cabo, J. (2009). Revisiones Sistemáticas Exploratorias. *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](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0465-546X2009000300002&lng=es&tlng=es).
- Matsumoto, M., Piersiak, H. A., Letterie, M. C., & Humphreys, K. L. (2021). Population-Based Estimates of Associations Between Child Maltreatment Types: A Meta-Analysis. *Trauma, Violence, & Abuse*, 152483802110305. <https://doi.org/10.1177/15248380211030502>
- Nemeroff C. B. (2016). Paradise Lost: The Neurobiological and Clinical Consequences of Child Abuse and Neglect. *Neuron*, *89*(5), 892–909. <https://doi.org/10.1016/j.neuron.2016.01.019>
- Organización Mundial de la Salud. (19 de septiembre de 2022). Maltrato de menores. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/child-maltreatment>
- Lipshutz, S. (1970). Teoría de conjuntos y temas afines. Libros McGraw-Hill. Impreso en Colombia.
- Page, M. J., McKenzie, J. E., Bossuyt, P. M., Boutron, I., Hoffmann, T. C., Mulrow, C. D., Shamseer, L., Tetzlaff, J. M., Akl, E. A., Brennan, S. E., Chou, R., Glanville, J., Grimshaw, J. M., Hróbjartsson, A., Lalu, M. M., Li, T., Loder, E. W., Mayo-Wilson, E., McDonald, S., McGuinness, L., Stewart, L., Thomas, J., Tricco, A., Welch, V., Whiting, P., & Moher, D. (2021). The PRISMA 2020 statement: an updated guideline for reporting systematic reviews. *Research Methods & Reporting*, *312*(n71), 1-9. <https://doi.org/10.1136/bmj.n71>
- Palacios-Rodríguez, O. (2021). La teoría fundamentada: origen, supuestos y perspectivas. *Intersticios sociales*, *(22)*, 47-70. Epub 03 de noviembre de 2021. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2007-49642021000200047&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-49642021000200047&lng=es&tlng=es).
- Pereda, N., & Abad, J. (2013). *Enfoque multidisciplinar de la exploración del abuso sexual infantil*. *Revista Española de Medicina Legal*, *39*(1), 19–25. <https://dx.doi.org/10.1016/j.reml.2012.10.002>
- Rondón N., Guerra M., Zamudio Y., Orozco G. (2018). Identificación de los indicadores de maltrato infantil a través de la revisión bibliográfica. *Odous Científica*. *19*(1): 73-85 73. <http://biblat.unam.mx/hevila/ODOUScientífica/2018/vol19/no1/6.pdf>
- Rosales, D. (1994). Introducción a la lógica. Perú: Editorial Mantaro.
- Rogosch, F. A., Dackis, M. N., & Cicchetti, D. (2011). *Child maltreatment and allostatic load: Consequences for physical and mental health in children from low-income families*. *Development and Psychopathology*, *23*(04), 1107–1124. <https://doi.org/10.1017/s0954579411000587>
- Saini, S. M., Hoffmann, C. R., Pantelis, C., Everall, I. P., & Bousman, C. A. (2018). Systematic review and critical appraisal of child abuse measurement instruments. *Psychiatry Research*. <https://doi.org/10.1016/j.psychres.2018.12.068>

- Souto Schaefer, Luiziana & Einloft Brunnet, Alice & Lobo, Beatriz & Carvalho, Janaina & Kristensen, Christian. (2018). Psychological and Behavioral Indicators in the Forensic Assessment of Child Sexual Abuse. *Temas em Psicologia*, 26, 1483-1498. <https://doi.org/10.9788/TP2018.3-12En>
- Tapia-Benavente, L., Vergara-Merino, L., Garegnani, L.I., Ortiz-Muñoz, L., Loézar, C., y Vargas-Peirano, M. (2021). Revisiones rápidas: definiciones y usos. *Medwave* 21(01):e8090. <https://doi.org/10.5867/medwave.2021.01.8090>
- Tran, N. K., Van Berkel, S. R., van IJzendoorn, M. H., & Alink, L. R. A. (2017). The association between child maltreatment and emotional, cognitive, and physical health functioning in Vietnam. *BMC Public Health*, 17(1), 332. <https://doi.org/10.1186/s12889-017-4258-z>
- Teicher, M.H., Gordon, J.B. & Nemeroff, C.B. (2022). Recognizing the importance of childhood maltreatment as a critical factor in psychiatric diagnoses, treatment, research, prevention, and education. *Mol Psychiatry* 27, 1331–1338. <https://doi.org/10.1038/s41380-021-01367-9>
- Undurraga, C., & Santelices-Álvarez, M. (2021). Factores protectores de la interrupción de la transmisión intergeneracional del maltrato infantil: una revisión sistemática. *Terapia psicológica*, 39(3), 375-392. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-48082021000300375>
- Vachon, D. D., Krueger, R. F., Rogosch, F. A., & Cicchetti, D. (2015). Assessment of the Harmful Psychiatric and Behavioral Effects of Different Forms of Child Maltreatment. *JAMA psychiatry*, 72(11), 1135–1142. <https://doi.org/10.1001/jamapsychiatry.2015.1792>
- Warmingham, J. M., Handley, E. D., Rogosch, F. A., Manly, J. T., & Cicchetti, D. (2019). Identifying maltreatment subgroups with patterns of maltreatment subtype and chronicity: A latent class analysis approach. *Child abuse & neglect*, 87, 28–39. <https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2018.08.013>
- Warmingham, J. M., Handley, E. D., Rogosch, F. A., Manly, J. T., & Cicchetti, D. (2018). Identifying maltreatment subgroups with patterns of maltreatment subtype and chronicity: A latent class analysis approach. *Child Abuse & Neglect*, 87, 28-369. <https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2018.08.013>
- Yoon, D., Snyder, S. M., Yoon, S., & Coxe, K. A. (2020). Longitudinal association between deviant peer affiliation and externalizing behavior problems by types of child maltreatment. *Child Abuse & Neglect*, 109, 104759. <https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2020.104759>

## **ANEXO - TABLA 2**

Tabla 2. Intersección entre la sintomatología

Descriptor signo/sintoma	Tipo de artículo	Cita	Coocurrencia											
			Tipo de maltrato				Intersección 1			Tipo de síntoma y secuela			Intersección 2	
			Físico (F)	Sexual (S)	Negligencia (N)	Psicológico/emocional (P)	Sin especificar (R)	Signo comportamental	Signo psicológico	Signo físico				
Comportamiento sexual de riesgo y conductas sexualizadas	Empírico; Revisión; teórico	Hébert et al., 2022; Souto Schaefer et al., 2018; García-Martín y Morentin (2019); Pereda y Abad (2012); Pereda & Abad, 2013		5						5	3	1	$s1 \in S$	$s1 \in C \wedge P \wedge F$
Consumo de sustancias	Empírico	Hébert et al., 2022; Souto Schaefer et al., 2018; Pereda y Abad (2012); Alreshidi et al., 2020		1	1						1		$s2 \in S \wedge N$	$s2 \in C$
Bajo rendimiento escolar	Empírico	Hébert et al., 2022		1							3	1	$s3 \in S$	$s3 \in C \wedge P \wedge F$
Síntomas de estrés posttraumático (Representación repetitiva del acontecimiento, reactividad fisiológica; dificultad para caer o permanecer dormido)	Empírico; Teórico	Hébert et al., 2022; Souto Schaefer et al., 2018; Pereda y Abad (2012); Bijlsma et al. (2022); Yuanuan An et al. 2021		5			1				2	5	$s4 \in F \wedge S \wedge P$	$s4 \in C \wedge P \wedge F$
Trastorno depresivo mayor	Revisión	Teichter et al., 2022		1			1					1	$s5 \in F \wedge S \wedge P$	$s5 \in P$
Supresión emocional	Empírico	Chung & Cheng, 2020; Tran et al., 2017		1	1		1					1	$s6 \in S \wedge N \wedge P$	$s6 \in P$

Dificultades de aprendizaje	Empírico	Chung & Cheng, 2020	1	1	1			$s7 \in S \wedge N \wedge P$	1			$s7 \in P$
Alexitimia	Empírico	Chung & Cheng, 2020	1	1	1			$s8 \in S \wedge N \wedge P$	1			$s8 \in P$
Disociación	Empírico	Souto Schaefer et al., 2018	1					$s9 \in S$	1	1		$s9 \in C \wedge P \wedge F$
Ira	Empírico; revisión; teórico	Souto Schaefer et al., 2018; Desiree et al., 2018	2					$s10 \in S$	1	2		$s10 \in C \wedge P \wedge F$
síntomas externalizantes e internalizantes en rango clínico o borderline	Empírico	Souto Schaefer et al., 2018; Desiree et al., 2018	1	1				$s11 \in F \wedge S$	1	1		$s11 \in C \wedge P \wedge F$
Preocupaciones sexuales	Empírico	Souto Schaefer et al., 2018	1					$s12 \in S$	1			$s12 \in P$
Lesiones óseas	Revisión	García-Martín y Morentin (2019); Arashidi et al., 2020;	1					$s13 \in F$		1		$s13 \in F$
Lesiones dérmicas	Revisión	García-Martín y Morentin (2019); Alreshidi et al., 2020	2	1	1			$s14 \in F \wedge S \wedge N$		1		$s14 \in F$
Lesiones genitales/anales	Revisión	García-Martín y Morentin (2019); Pereda y Abad (2012)	2	1				$s15 \in S \wedge N$		2		$s15 \in F$
ETS antes de la pubertad; Infecciones urinarias, VIH	Revisión; teórico, empírico	García-Martín y Morentin (2019); Pereda y Abad (2012); Alreshidi et al., 2020; Pereda & Abad, 2013	4	1				$s16 \in S \wedge N$		4		$s16 \in F$
Embarazo	Revisión	García-Martín y Morentin (2019)	1					$s17 \in S$		1		$s17 \in F$
Intoxicaciones	Revisión	García-Martín y Morentin (2019)	1					$s18 \in F$		1		$s18 \in F$

Malnutrición	Revisión	García-Martín y Morentin (2019)	1	1				$s19 \in N$				1	$s19 \in F$
Falta de higiene	Revisión	García-Martín y Morentin (2019)	1	1				$s20 \in N$				1	$s20 \in F$
Retraso lenguaje	Revisión	García-Martín y Morentin (2019)	1	1	1			$s21 \in F \wedge N \wedge P$			1	1	$s21 \in P \wedge F$
Retraso comprensión y déficit lectoescritura	Revisión	García-Martín y Morentin (2019)	1	1	1			$s22 \in F \wedge N \wedge P$			1		$s22 \in P$
Hiperactividad	Revisión	García-Martín y Morentin (2019)	1	1	1			$s23 \in F \wedge P$				1	$s23 \in C$
Timidez, retraimiento	Revisión; Empírico	García-Martín y Morentin (2019); Bijlsma et al. (2022)	2	1	2			$s24 \in F \wedge S \wedge P$			1	1	$s24 \in C \wedge P \wedge F$
Somnolencia	Revisión	García-Martín y Morentin (2019)	1	1				$s25 \in N$					$s25 \in C$
Apego ansioso	Revisión	García-Martín y Morentin (2019)	1	1				$s26 \in N$					$s26 \in C$
Problemas de relacionamiento	Empírico	Yoon et al. (2020)	1					$s27 \in F$			1		$s27 \in C \wedge P$
Problemas de cognición social	Empírico	Yoon et al. (2020)	1					$s28 \in F$			1		$s28 \in C \wedge P$
en ciertos casos, el embarazo	Teórico	Pereda y Abad (2012)	1					$s29 \in S$				1	$s29 \in P$
conductas regresivas y somatizaciones (enuresis y encopresis secundaria)	Teórico	Pereda y Abad (2012)	1					$s30 \in S$				1	$s30 \in P$
presencia de tóxicos como benzodiazepinas o hipnóticos	Teórico	Pereda y Abad (2012)	1					$s31 \in S$				1	$s31 \in P$

los conocimientos sexuales inadecuados para la edad	Teórico; Revisión	Pereda y Abad (2012); Pereda & Abad, 2013; Alreshidi et al, 2020								1	s32 ∈ S∧O	1	2	s32 ∈ C∧P
atribuciones y percepciones distorsionadas que presenta el menor respecto a sí mismo y al mundo	Teórico	Pereda y Abad (2012)	1								s33 ∈ S		1	s33 ∈ P
desconfianza	Teórico	Pereda y Abad (2012)	1								s34 ∈ S		1	s34 ∈ P
sentimientos de estigmatización y culpa	Teórico	Pereda y Abad (2012); Yúanyuan An et al, 2021	2								s35 ∈ S		2	s35 ∈ P
pesadillas y terrores nocturnos	Teórico	Pereda y Abad (2012)	1								s36 ∈ S		1	s36 ∈ P
Dificultades para dormir (depresión)	Empírico	Yúanyuan An et al, 2021	1								s37 ∈ S		1	s37 ∈ P
sentirse triste	Empírico; revisión	Yúanyuan An et al, 2021; Desiree et al, 2018	1							1	s38 ∈ S∧P		2	s38 ∈ P
problemas para experimentar sentimientos positivos	Empírico	Yúanyuan An et al, 2021	1								s39 ∈ S		1	s39 ∈ P
Miedo al conflicto entre padres	Empírico	Alreshidi et al, 2020		1							s40 ∈ S		1	s40 ∈ C
Baja motivación	Empírico	Alreshidi et al, 2020			1						s41 ∈ N		1	s41 ∈ C
Ausencia escolar	Empírico	Alreshidi et al, 2020			1						s42 ∈ N		1	s42 ∈ C
Robo de comida	Empírico	Alreshidi et al, 2020			1						s43 ∈ N		1	s43 ∈ C

Se mantiene sucio	Empírico	Alreshidi et al, 2020	1	1	s44 ∈ N	1	s44 ∈ C
Dificultades en caminar o sentarse	Empírico	Alreshidi et al, 2020	1		S45 ∈ S	1	s45 ∈ C
Rehusarse a participar en actividades deportivas	Empírico	ALreshidi et al, 2020	1		s46 ∈ S	1	s46 ∈ C
Reporte de pesadillas	Empírico	ALreshidi et al, 2020	1		s47 ∈ S	1	s47 ∈ C
Cambios de apetito	Empírico	ALreshidi et al, 2020	1		s48 ∈ S	1	s48 ∈ C
Lesiones	Empírico	ALreshidi et al, 2020	1		s49 ∈ S	1	s49 ∈ F
Bajo desarrollo emocional	Empírico	ALreshidi et al, 2020		1	s50 ∈ P	1	s50 ∈ C
delincuencia	Empírico	Rogosch et al, 2013; Desiree et al, 2018	1		s51 ∈ F∧O	1	s51 ∈ C
Estrés	Empírico	Badr et al, 2018	1	1	s52 ∈ F∧P	1	s52 ∈ P
bajo control emocional	Revisión	Desiree et al, 2018	1		s53 ∈ F	1	s53 ∈ P
dificultades de integración	Revisión	Desiree et al, 2018	1		s54 ∈ F	1	s54 ∈ C∧P
baja autopercepción	Revisión	Desiree et al, 2018	1		s55 ∈ F	1	s55 ∈ P
Angustia	Revisión	Desiree et al, 2018	1		s56 ∈ S	1	s56 ∈ P
Miedo	Revisión	Desiree et al, 2018	1		s57 ∈ S	1	s57 ∈ P
Inestabilidad afectiva	Revisión	Desiree et al, 2018	1		s58 ∈ S	1	s58 ∈ P
cambios de humor	Revisión	Desiree et al, 2018	1		s59 ∈ S	1	s59 ∈ P
crisis de pánico	Revisión	Desiree et al, 2018	1		s60 ∈ S	1	s60 ∈ P
impotencia	Revisión	Desiree et al, 2018	1		s61 ∈ S	1	s61 ∈ P

desconfianza hacia los adultos	Revisión	Desiree et al., 2018	1						s62 ∈ S	1			s62 ∈ C
Trauma sexual	Revisión	Desiree et al., 2018	1						s63 ∈ S		1		s63 ∈ P
m entiras compulsivas	Revisión	Desiree et al., 2018	1						s64 ∈ S	1			s64 ∈ C
bajo rendimiento escolar	Revisión	Desiree et al., 2018	1			1			s65 ∈ S\A\P	1			s65 ∈ C
comportamiento autotesivo	Revisión	Desiree et al., 2018	1						S66 ∈ S	1			s66 ∈ C
comportamiento de oposición	Revisión	Desiree et al., 2018				1			s67 ∈ P	1			s67 ∈ C
internalización de malestar	Revisión	Desiree et al., 2018				1			s68 ∈ P		1		s68 ∈ P
problemas de alimentación	Revisión	Desiree et al., 2018				1			s69 ∈ P	1			s69 ∈ C
dificultad relaciones interpersonales	Revisión	Desiree et al., 2018				1			S70 ∈ P	1			s70 ∈ C

La Tabla 2 muestra todos los síntomas que en la revisión se identificaron que no presentan intersección con todos los tipos de maltrato. En la tabla, se puede explorar con cuáles tipos de maltrato hay intersección, además de los tipos de secuela que se asocia el correspondiente síntoma como comportamental, físico o psicológico.

En la tabla se puede evidenciar que un síntoma puede pertenecer a un único tipo de maltrato, pero presentar intersección a diferentes tipos de secuela, así como viceversa, o variaciones entre estos.

# INTERVENCIÓN JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA EN EL ESTUDIO DE PROBLEMAS DE LA POBLACIÓN VULNERABLE EN EL CARIBE COLOMBIANO

## LEGAL INTERVENTION BY THE COOPERATIVE UNIVERSITY OF COLOMBIA IN THE STUDY OF PROBLEMS OF THE VULNERABLE POPULATION IN THE REGION

Camilo Andrés Vargas Machado  
ORCID: 0000-0003-0993-358X  
Universidad Cooperativa de Colombia (UCC)  
[camilo.vargasma@campusucc.edu.co](mailto:camilo.vargasma@campusucc.edu.co)

Diego Armando Lindao Ruiz  
ORCID: 0009-0004-9703-6356  
Universidad Cooperativa de Colombia  
[diego.lindao@campusucc.edu.co](mailto:diego.lindao@campusucc.edu.co)

Julie Armenta Calderón  
ORCID: 0000-0003-2561-2364  
Miembro del Grupo de Investigación UCCIDERGRUP UCC  
[juliearmenta@hotmail.com](mailto:juliearmenta@hotmail.com)  
Colombia

DOI: <https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n2.03>

Recibido: 17 de diciembre de 2023.

Aceptado: 27 de febrero de 2024.

### SUMARIO

- Lugar de desarrollo y población abordada.
- Diseño metodológico.
- Caracterización de la población de jóvenes adolescentes.
- Resultados y hallazgo obtenidos.
- Análisis y observaciones.
- Recomendaciones y oportunidades.
- Conclusiones y cierre.
- Fuentes de información.

### RESUMEN

Este documento es fruto precedente de una investigación mixta de enfoque descriptivo y paradigma interpretativo perfeccionada en el periodo 2022 -2023, por el Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de la Facultad de Derecho, del campus de la Universidad Cooperativa de Colombia en

la ciudad de Santa Marta. Donde se empleó la observación participante para desplegar intervención jurídica, desde el valor de problemas emergentes y persistentes en la comunidad del barrio *Once de noviembre*, de la localidad 1 de la misma ciudad. Con ello, se tendieron los protocolos apropiados de acuerdo a juicios éticos y de integridad científica, para recolectar datos proporcionando aplicación a la técnica de encuesta exploratoria en un grupo determinado de cuarenta y un estudiantes jóvenes adolescentes de una sede de un colegio público que es una institución de educación distrital en el distrito de Santa Marta, en el Departamento del Magdalena en Colombia. Con lo cual, luego de un cuidadoso abordamiento a lo largo de año 2022, se pasó a desarrollar ejercicios y actividades para divulgar y dar a entender el objetivo, la finalidad y el impacto de la investigación en todos los intervinientes relacionados. Para completar tres objetivos específicos con los que se llegó a consolidar frecuencias que llevaron a generar veintidós palabras claves y la misma cantidad de códigos que jerarquizaron los problemas

determinados desde el lugar de habla de los mismos estudiantes. Que a su vez consintió generar importantes recomendaciones a las instituciones, y conclusiones que permitirán consolidarán una segunda etapa del proyecto.

### **PALABRAS CLAVES**

Jóvenes adolescentes, Problemas persistentes, Problemas emergentes, Intervención jurídica.

### **ABSTRACT**

The document presented here is the preliminary product of a mixed investigation with a descriptive approach and interpretive paradigm developed in the period 2022 to 2023 by the Legal Office and Conciliation Center of the Faculty of Law, of the Campus of the *Universidad Cooperativa de Colombia* in the city of *Santa Marta*. Where participant observation was applied to develop the legal intervention, based on a methodological design that required the determination of persistent problems and emerging problems in the community of Barrio *Once de Noviembre*, of Locality 1 of the same city, which is the Capital from the Department from *Magdalena* in the republic of *Colombia*. With this, the appropriate protocols were developed according to ethical criteria and scientific integrity, to collect data applying the exploratory survey technique in a specific group of forty-one young adolescent students from a Public-School Headquarters that is a District Educational Institution in the District of Santa Marta, in the Department of Magdalena in Colombia. Therefore, after a careful approach throughout 2022, exercises and activities were developed to disseminate and make the objective, purpose and impact of the research understood by all related participants. Comply with three specific objectives with which frequencies were consolidated that led to the generation of twenty-two key words and an equal number of codes that prioritized the problems determined from the students' own discourse. Which in turn agreed to generate important recommendations to the Institutions, and conclusions that will allow the consolidation of a second stage of the project.

### **KEYWORDS**

Young adolescents, Persistent problems, Emerging problems, Legal intervention.

### **LUGAR DE DESARROLLO Y POBLACIÓN ABORDADA**

El presente documento muestra los resultados de una investigación mixta, con paradigma interpretativo y enfoque descriptivo, y aplicación de observación participante para la intervención jurídica, a partir de la recolección de datos con encuestas exploratorias, realizada entre el año 2022 y 2023, en una sede de un colegio público de una institución educativa distrital de la ciudad de Santa Marta (en adelante mencionada como IED participante), en el Caribe colombiano, donde participaron cuarenta y un jóvenes adolescentes de los grados octavo y noveno de bachillerato, dentro de la educación media regular en Colombia, como lo señala la Ley 115 (Congreso Colombia, 1994).

Para mayor comprensión del lector se hace necesario explicar que la República de Colombia está constituida como una república unitaria en treinta y dos departamentos, en obediencia del artículo 1° y 298° de la Constitución Nacional (1991). Inclusive, la costa norte colombiana, ligada al Mar Caribe y al Océano Atlántico, se comprende social y culturalmente como la importante Región Caribe colombiana, organizada en siete departamentos que son los de: Atlántico, Bolívar, Cesar, Córdoba, Magdalena, La Guajira y Sucre (1991, Art 297), donde igualmente está el un archipiélago San Andrés y Providencia (1991, Art. 310). De modo idéntico, el artículo 328 de la ya referida Constitución Política de Colombia (1991) ratificó a la ciudad de Santa Marta como “*Distrito Turístico, Cultural e Histórico*” (Congreso Colombia, 1993), y esta figura jurídica que le dio mayor autonomía y le permitió aumentar la descentralización (Viloria & Elías, 2018).

A su vez, en virtud del artículo 123 de la Ley 138 (Congreso Colombia, 1997), el distrito de Santa Marta tiene una división político-administrativa, y está conformado por tres localidades, como son la Localidad 1°: Cultural - Tayrona de San Pedro Alejandrino, la Localidad 2°: Histórica - Rodrigo de Bastidas, y la Localidad 3°: Turística - Perla del Caribe (Alcaldía Santa Marta, 2015). De allí, se agrega que este estudio se desarrolló específicamente al interior de una institución educativa en el barrio *Once de Noviembre*, de corresponder a la antedicha Localidad 1°.

**Figura 1. Detalle de la ubicación de la región Caribe, la ciudad de Santa Marta, y la Localidad 1° como límites espaciales**



**Nota:** Presentación de tres mapas en una sola Figura que muestran con precisión donde se ubica la Localidad 1° dentro de la ciudad de Santa Marta, en el Caribe colombiano, al norte del mismo país. Elaboración propia a partir de la interpretación del Acuerdo Distrital 025 (2014) y del Reglamento del Acuerdo Distrital 009 (2015).

## DISEÑO METODOLÓGICO

En primer lugar, el paradigma interpretativo, arraigado en las corrientes filosóficas hermenéuticas, propone una comprensión de la realidad que va más allá de la simple captura de datos, buscando desentrañar significados subyacentes en la complejidad de la experiencia humana.

Precisamente Dilthey (1989) abogó por la comprensión profunda del contexto cultural e histórico, subrayando que la interpretación es esencial para aprehender la diversidad de las realidades sociales, y como muestra este paradigma, fue asumido por Gadamer (1977), postuló que el conocimiento es un proceso dialéctico entre el investigador y el fenómeno, donde las precomprensiones de los investigadores influyen en la interpretación de los datos, como sucedió en la investigación que aquí se presenta.

En paralelo, como ya sostuvo Maxwell el enfoque descriptivo se centra en la meticulosa narración de los eventos y fenómenos (2019), sin pretensiones de explicación sus causales, en razón a que este enfoque, encarnado por la investigación etnográfica, que abraza la riqueza del detalle y la inmersión en el contexto, permitiendo una apreciación holística de la realidad estudiada, como se dio en la obtención de resultados. En virtud de lo cual la descripción, según Manen, V (2003), se convierte en una forma de comprensión, donde la captura detallada de la experiencia revela capas de significado que escapan a las generalizaciones simplistas.

Conforme a ello, en la convergencia del paradigma interpretativo y el enfoque descriptivo, se forja una

metodología que se sumerge en la complejidad cultural y social, desafiando las concepciones tradicionales de objetividad y proponiendo una investigación que da voz a las múltiples perspectivas y significados entrelazados en la trama de la realidad humana que se quería conocer.

Involucrando la vastedad del panorama metodológico de la investigación, emerge el estudio mixto cualitativo y cuantitativo como una amalgama de enfoques que, si bien aparentemente dispares, convergen para ofrecer una comprensión holística y profunda de fenómenos complejos. Que, en este tipo de investigación, aborda desde diversas perspectivas, una intención de superar las limitaciones inherentes a los paradigmas puramente cualitativos o cuantitativos, y esta combinación de los métodos cualitativos, que se sumergen en la riqueza subjetiva de las experiencias humanas, permiten tomar enfoques cuantitativos, que buscan la objetividad a través de datos numéricos, para así llegar a establecer un equilibrio dinámico entre la profundidad contextual y la generalización estadística.

Algunos autores como Ñaupas y Otros (2014, págs. 100-114) y Hernández-Sampieri (2018, págs. 48-50) defienden esta síntesis, destacando que este enfoque mixto, que suma lo cualitativo y lo cuantitativo no solo amplía la validez de los hallazgos, sino que también fortalece la credibilidad de la investigación al abordar las debilidades inherentes a cada paradigma de manera complementaria. Necesariamente, esto da validez sobre el qué y el cómo, sino que se aventura en la exploración del por qué, capturando

la esencia misma de la complejidad intrínseca de los fenómenos, lo que lleva a responder suficientemente la pregunta de investigación que se planteó para dar génesis a este proyecto, sobre: actualmente, luego de la pandemia mundial del Covid19 (Puebla & Vinadel, 2021, págs. 12, 43).

¿Cuál es el problema de mayor atención desde la propia realidad experiencial de los Estudiantes jóvenes adolescentes de educación media de los Colegios Públicos a cargo del Estado colombiano en las localidades de bajos ingresos económicos del Distrito de Santa Marta en Colombia?

Por su parte, al ser este un estudio mixto se nutrió de la proposición de que la combinación de estos dos enfoques que ofrece una comprensión más completa y matizada de la realidad investigada, en línea con un ámbito dinámico que realmente trasciende las limitaciones de la dicotomía tradicional entre cualitativo y cuantitativo, desafiando las convenciones académicas para abrazar la diversidad metodológica, que llevo a responder la pregunta doblemente y a presentar resultados que se pueden aplicar no solo a las ciencias jurídicas, sino que son valiosos para las ciencias de la salud y las ciencias económicas, ya que solo así se puede abordar la solución del problema emergente y del problema persistente.

Con este eje, se dio relectura a la obra base de Greene (2007), para formular que el estudio mixto no solo representa una opción metodológica, sino un paradigma emergente que redefine la investigación, desdibujando las fronteras epistemológicas y desafiando a los investigadores a explorar nuevas formas de indagación.

Ahora bien, se presentó necesaria la aplicación de la observación participante, arraigada en las raíces de la etnografía, ya que era realmente necesario inmiscuirse en la dinámica intrínseca que vivían en su día a día la población objeto de estudio; estudiantes jóvenes adolescentes que cursaban sus estudios medios en el año 2022 y 2023. De igual modo, en su esencia, la observación participante trajo una inmersión de dos investigadores en el entorno objeto de estudio escolar, en las propias aulas de clase, fusionando su presencia con los cuarenta y un sujetos observados. Descantando en esta representación la aplicación metodológica antes ya aplicada por Malinowski (1982), quien postuló la participación activa de los investigadores en las actividades cotidianas de la comunidad, asunto que no solo facilita la comprensión profunda de las prácticas culturales de los jóvenes adolescentes, sino que también revela matices y significados que al principio no eran observables.

Desde la perspectiva de Geertz (1973), la observación participante es una empresa interpretativa, un acto hermenéutico donde el investigador, en su inmersión, busca descifrar los conceptos nativos que dan sentido a las acciones y significados en el contexto cultural. En la misma línea Wolcott (2003) nos mostró que esto no se limita a una mera recopilación de datos, sino que necesita un buen diseño de instrumentos, para que al ser aplicados puedan capturar la complejidad de la vida social en su contexto natural.

Es más, la observación participante, según Hammersley y Atkinson (1994), va más allá de la recolección de información, siendo un proceso reflexivo donde los dos investigadores, al fusionarse con la realidad estudiada, experimenta una transformación cognitiva que enriquece la interpretación de los fenómenos que quieren observar. En efecto, la aplicación de esta técnica permitió un dinamismo intrínseco, que desafía las fronteras convencionales entre los dos observadores (investigadores) y los observados (población de estudio), con lo que se proporcionó una conexión íntima con el objeto de estudio y, en última instancia, brindó una perspectiva rica y contextualizada de la complejidad social del distrito de Santa Marta, que era lo que se deseaba, finalmente.

## CARACTERIZACIÓN DE LA POBLACIÓN DE JÓVENES ADOLESCENTES

Como se observará más adelante en la Tabla 1, la muestra seleccionada se dio luego de una observación participante que se ejecutó en un espacio de doce meses seguidos, desde febrero del año 2022, que llevó a diseñar los protocolos de asentimiento libre, autónomo e informado (Del Río, 2010). Para aplicar una encuesta exploratoria como instrumento en el tercer trimestre del año 2023, en cuarenta y un jóvenes adolescentes estudiantes (40 nacionales y 1 extranjero) de una institución de educación distrital; veintitrés de ellos en los grados octavo de bachillerato, y dieciocho de ellos en el grado de noveno de bachillerato dentro del plan de estudios de enseñanza media aprobado por el Ministerio de Educación Nacional de Colombia. Todos con una edad mínima de 13 años y máxima de 16 años, de estrato socioeconómico 1°, en concordancia con los criterios expuestos por Altamirano y otros (2010). Donde veintitrés de ellos se identificaron como mujeres, y dieciocho como hombres, siendo todos ellos residentes y habitantes con sus distintos tipos de familia en el Barrio “11 de Noviembre”, en la Localidad 1, del distrito de Santa Marta, en el departamento del Magdalena en el Caribe colombiano.

Tres jóvenes adolescentes que se identificaron con el sexo femenino expresaron tener pareja sentimental y así mismo un joven adolescente que se reconoció con el sexo masculino dijo tener pareja sentimental, además todos ellos expresaron el haber iniciado sus relaciones sentimentales a los catorce años de edad. Aunque, todos los demás jóvenes expresaron no tener pareja en el momento de la aplicación del instrumento.

Si bien, el registro de población de estudiantes del IED participante refiere que la mayor parte de la población es afrocolombiana, solamente siete de jóvenes adolescentes comentaron que se reconocen y registran como población afro, igualmente siete de ellos dijeron ser “blancos”, diez jóvenes mencionaron ser “mestizos”, y doce refieren ser de otra etnia poblacional (García & Lengua, 2018).

Persistentemente, del total de los cuarenta y un jóvenes adolescentes que participaron en el estudio, diez de ellos pertenecían a una familia extensa, con más de dos generaciones en su lugar de vivienda que comparten con sus abuelos y sus tíos. Por otra parte, veintiún de los jóvenes adolescentes, pertenecían a familias nucleares, compuesta por padre, madre y sus hermanos. Como otros ocho jóvenes adolescentes hacían parte de una familia mono parental, con solo un padre, o solo una madre y los mismos jóvenes como hijas e hijos. Y dos jóvenes adolescentes pertenecían a una familia reconstituida, donde vivían con un hermanastro o hermanastra, y con su padrastro o madrastra.

De acuerdo al registro por edades, ocho jóvenes adolescentes tenían trece años cumplidos; veintiún de ellos habían cumplido catorce años; tres de ellos dieciséis años; dos de ellos habían cumplido doce años; y, siete de ellos completaron quince años de edad. Con el siguiente detalle:

Por una parte, para los veintitrés jóvenes adolescentes del grado octavo de bachillerato que participaron en la investigación, la edad osciló entre los trece y los dieciséis años de edad, siendo trece jóvenes del sexo femenino y diez jóvenes sexo masculino. Donde solo un joven se identificó como afrocolombiano, ocho de ellos como blancos, siete como mestizos, y siete como de otras etnias reconocidas en Colombia,

Por la otra parte, para los dieciocho jóvenes adolescentes del grado novena de bachillerato las edades oscilaron entre los catorce y los dieciséis años, siendo diez jóvenes del sexo femenino y ocho del sexo masculino, seis afrocolombianos,

cuatro auto reconocidos como de etnia blanca, tres mestizos, y cinco que se identificaron con otras etnias como árabes, indígena y raizal. Mostrando concordante con el compartimiento que ya había referido Arias-Valencia (2001).

Ahora bien, al abordar las relaciones familiares los jóvenes explicaron y refirieron los trabajos de sus padres donde encontró los siguientes detalles: Un padre era administrador de bodega; cuatro padres de familia son albañiles (obreros de la construcción); uno ejerce como maestro de obras de construcción; un padre trabaja en labores de almacenamiento; uno es vendedor; un padre es carnicero; uno trabaja con contrato temporal en un almacén de zapatos; un comerciante; uno conductor de auto bus de servicio público; uno conductor tractocamión; un padre de familia trabaja en “volquetas” de transporte de tierras; un padre de familia es controlador de maquinaria pesada; un padre es empleado en una tienda de comercio; uno es mecánico y trabaja en un taller de automotores propio.

En este sentido se evidenció que algunos padres de familia desempeñan oficios que son particulares en la región: un padre es Inspector de calidad en una empresa exportadora de banano en la *Zona bananera*; cuatro padres de familia se auto emplean como mototaxistas; tres padres se desempeñan como taxistas; un padre administra una tienda; y un padre ejerce diferentes y discontinuos oficios varios para obtener sus ingresos.

A este tenor se observaron rasgos relacionados con el conflicto armado interno de baja intensidad que sufre Colombia, donde un joven adolescente resaltó que un padre de un joven es fallecido por causa de la violencia urbana en la región; un joven expresó que nunca conoció a su padre; y un joven comentó y explicó que su padre trabaja como “sicario” (asesino a sueldo) para proveer las necesidades de su familia.

A la par, se determinó que, a excepción de cuatro padres de familia, todos tienen empleos y oficios que constituyen mano de obra no calificada y no superan los ingresos de dos salarios mínimos al mes (\$2'601.212 COP o \$652,73 US), ya que un padre es policía; uno es capacitado como técnico de refrigeración; uno ejerce oficio como vigilante en seguridad privada, y un solo padre de familia es profesional y se desempeña como ingeniero de sistemas. Por ello, se observó que cuatro padres desempeñan oficios artesanales, ya que uno es herrero; uno arriero; un soldador; y uno es carpintero. Todos estos cuatro generando bajos ingresos económicos.

Pero a la vez se encontraron condiciones de informalidad persistentes en los oficios de los padres, donde dos vendedores ambulantes; y uno es influenciador en redes sociales auto empleándose.

A lo dicho podemos incluir los detalles sobre los oficios de las madres de familia, quienes en su mayor proporción son “*amas de casa*” como se presenta con diecisiete madres; otras tres madres trabajan como profesoras en docencia; una madre da atención en una droguería; una madre trabaja fabricando masa de maíz; una madre hace labores de repostería; una es cocinera de un colegio; una madre es comerciante informal, una trabaja en procedimientos de estética; dos trabajan como operarias en heladerías; una es manicurista; una compra y vende mercancía; una trabaja en un restaurante, una presta servicios domésticos de aseo; una es modista; otra mucama; otra vendedora; otra empresaria, y otra vende alimentos en una tienda.

De lo cual resalta, que dos jóvenes adolescentes comentaron no saber el oficio o profesión de

su madre, y que un joven explicó que su madre ejerce el oficio de “*prostituta*” (trabajadora sexual).

En otra relación, se localizó rasgos ya encontrados por Rodríguez-Vega (2012) en correspondencia a la composición familiar todos los jóvenes adolescentes tenían al menos un hermano o hermana, ya que dieciséis de ellos tenían un hermano o hermana. Es decir, dieciséis familias tienen al menos dos hijos, nueve familias tiene tres hijos e hijas; siete familias contaban con cuatro hijos; cuatro familias tenían cinco hijos; dos familias se constituían con al menos seis hijos; dos familias tenían siete hijos; y, una sola familia contaba con ocho hijos. claramente, de allí se muestra indiscutiblemente una alta natalidad en las familias, y una amplia composición familiar como patrones generales y conexos.

Lo preliminar mencionado se puede constatar en la siguiente tabla, donde se busca detallar las generalidades de los cuarenta y un individuos participantes.

**Tabla 1. Detalles de los jóvenes adolescentes como población sujeto de estudio**

No	Nombres	Nacionalidad	Nivel socio económico	Sexo con el que se identifica	Edad	Etnia	Grado	Composición grupo familiar
1	Estudiante 1	Colombiana	Estrato 1	Masculino	14 años	Blanca	Octavo	Nuclear
2	Estudiante 2	Colombiana	Estrato 1	Masculino	14 años	Otro	Octavo	Mono parental
3	Estudiante 3	Colombiana	Estrato 1	Masculino	13 años	Otro	Octavo	Extensa
4	Estudiante 4	Colombiana	Estrato 1	Femenino	13 años	Otro	Octavo	Nuclear
5	Estudiante 5	Colombiana	Estrato 1	Femenino	14 años	Mestizo	Octavo	Extensa
6	Estudiante 6	Colombiana	Estrato 1	Femenino	14 años	Blanca	Octavo	Extensa
7	Estudiante 7	Otra nacionalidad	Estrato 1	Femenino	15 años	Mestizo	Octavo	Familia
8	Estudiante 8	Colombiana	Estrato 1	Masculino	13 años	Mestizo	Octavo	Nuclear
9	Estudiante 9	Colombiana	Estrato 1	Masculino	14 años	Blanca	Octavo	Nuclear
10	Estudiante 10	Colombiana	Estrato 1	Femenino	13 años	Mestizo	Octavo	Nuclear
11	Estudiante 11	Colombiana	Estrato 1	Femenino	14 años	Otro	Octavo	Nuclear
12	Estudiante 12	Colombiana	Estrato 1	Femenino	13 años	Blanca	Octavo	Nuclear
13	Estudiante 13	Colombiana	Estrato 1	Femenino	13 años	Afro	Octavo	Nuclear
14	Estudiante 14	Colombiana	Estrato 1	Masculino	12 años	Blanca	Octavo	Nuclear
15	Estudiante 15	Colombiana	Estrato 1	Femenino	13 años	Blanca	Octavo	Extensa
16	Estudiante 16	Colombiana	Estrato 1	Masculino	12 años	Mestizo	Octavo	Extensa
17	Estudiante 17	Colombiana	Estrato 1	Masculino	13 años	Mestizo	Octavo	Nuclear
18	Estudiante 18	Colombiana	Estrato 1	Femenino	14 años	Otro	Octavo	Nuclear
19	Estudiante 19	Colombiana	Estrato 1	Femenino	15 años	Mestizo	Octavo	Mono parental
20	Estudiante 20	Colombiana	Estrato 1	Femenino	14 años	Blanca	Octavo	Mono parental
21	Estudiante 21	Colombiana	Estrato 1	Masculino	14 años	Otro	Octavo	Extensa

22	Estudiante 22	Colombiana	Estrato 1	Masculino	14 años	Blanca	Octavo	Nuclear
23	Estudiante 23	Colombiana	Estrato 1	Masculino	14 años	Afro	Noveno	Mono parental
24	Estudiante 24	Colombiana	Estrato 1	Femenino	14 años	Otro	Octavo	Extensa
25	Estudiante 25	Colombiana	Estrato 3	Femenino	15 años	Afro	Noveno	Mono parental
26	Estudiante 26	Colombiana	Estrato 1	Masculino	15 años	Afro	Noveno	Mono parental
27	Estudiante 27	Colombiana	Estrato 1	Masculino	16 años	Afro	Noveno	Nuclear
28	Estudiante 28	Colombiana	Estrato 1	Femenino	14 años	Otro	Noveno	Extensa
29	Estudiante 29	Colombiana	Estrato 1	Femenino	14 años	Mestizo	Noveno	Nuclear
30	Estudiante 30	Colombiana	Estrato 1	Femenino	16 años	Mestizo	Noveno	Mono parental
31	Estudiante 31	Colombiana	Estrato 1	Femenino	14 años	Otro	Noveno	Nuclear
32	Estudiante 32	Colombiana	Estrato 1	Femenino	15 años	Blanca	Noveno	Nuclear
33	Estudiante 33	Colombiana	Estrato 1	Femenino	14 años	Otro	Noveno	Nuclear
34	Estudiante 34	Colombiana	Estrato 1	Masculino	15 años	Afro	Noveno	Mono parental
35	Estudiante 35	Colombiana	Estrato 1	Masculino	14 años	Otro	Noveno	Nuclear
36	Estudiante 36	Colombiana	Estrato 1	Masculino	14 años	Otro	Noveno	Nuclear
37	Estudiante 37	Colombiana	Estrato 1	Masculino	15 años	Blanca	Noveno	Extensa
38	Estudiante 38	Colombiana	Estrato 1	Femenino	14 años	Afro	Noveno	Extensa
39	Estudiante 39	Colombiana	Estrato 1	Femenino	14 años	Blanca	Noveno	Nuclear
40	Estudiante 40	Colombiana	Estrato 1	Femenino	16 años	Mestizo	Noveno	Familia reconstituida
41	Estudiante 41	Colombiana	Estrato 1	Masculino	14 años	Blanca	Noveno	Nuclear

**Nota:** Esta tabla desea presentar en nueve columnas los pormenores y filiaciones generales de los cuarenta y un estudiantes jóvenes adolescentes entrevistados como población sujeta de estudio, donde la primera columna muestra la asignación numérica del participante, la segunda columna muestra su identificación donde sus nombres y apellidos han sido resguardados, la tercera columna presenta la nacionalidad de cada individuo, la cuarta muestra su “estrato” socio económico colombiano, la quinta columna muestra la identificación sexual, la sexta columna muestra la edad, la séptima columna muestra la etnia con la cual se reconocen, la octava columna presenta el grado escolar que cursan, la novena columna exhibe el tipo de composición familiar.

La tabla exhibe el detalle general del total de los estudiantes jóvenes adolescentes como que participaron en la investigación. Su elaboración fue propia según criterio bioético de privacidad y confidencialidad, en aplicación del Artículo 9° de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (Unesco, 2005).

## RESULTADOS Y HALLAZGO OBTENIDOS

Muy determinantemente, la aplicación de instrumentos y su validación y análisis por medio de la observación participante, mostró que la totalidad de los jóvenes adolescentes colombianos, estudiantes de la IED que se abordaron para la investigación en el distrito de Santa Marta, creen que el mayor problema que tiene Colombia como Estado-Nación en la actualidad es delincuencia juvenil y el delito juvenil en las ciudades capitales, y como problema regional se destacó la dispendio de drogas y estupefacientes en la ciudades, pero además también el problema persistente

de drogadicción y el consumo de alucinógenos se fundó como el mayor problema que tiene la comunidad, desde las expresiones y del lugar de habla de los estudiantes.

A partir de lo indicado debe explicarse que este estudio abordó dos variables que fueron, los problemas emergentes y los problemas persistentes.

## Correlación de problemas emergentes y problemas persistentes

El primer concepto, se orientó desde la visión de Garrafa, V (2005) de lo que es una problemática emergente, pero se precisó para el presente estudio como un problema que se vislumbra como un fenómeno dinámico que surge inesperadamente, desafiando las infraestructuras preexistentes en el sistema y que desencadena una cascada de repercusiones en la realidad social, económica, jurídica, política, etc. en su estela. De ahí que se manifiesta como un destello frente a los desafíos contemporáneos, revelando fisuras en el tejido

societal en que se ha presentado ese problema. Porque, esta problemática es un fenómeno, distante de la estática previsibilidad, que tiene una vitalidad latente, exigiendo respuestas inmediatas y adaptativas. En este sentido, la emergencia se inscribe en la narrativa de lo impredecible, trascendiendo fronteras disciplinarias y revelando su naturaleza interconectada. Así, el desafío que solucionar un problema emergente, no se conforma con ser pasajero; sino que arraiga sus raíces en la complejidad sistémica y se entrelaza con la trama de factores convergentes.

Puede explicarse como un brote inesperado en el paisaje de problemáticas persistentes que se tenía ya, produce una emergencia que se despliega con su influencia, desafiando paradigmas establecidos y exigiendo una mirada fresca hacia soluciones flexibles, que pueden permitir resolverlo.

El segundo concepto que el de la problemática persistente, ha sido desarrollado por Garrafa, V y Porto, D (2005) quienes nos revelan sus características para trabajar en su solución desde la bioética de intervención en el contexto de la salud pública. Pero que en razón del contexto de esta investigación se puede dilucidar como un constante eco en el tejido de la realidad misma que perciben los seres humanos, con una presencia que perdura a lo largo del tiempo y desafía los intentos de solución que se proponen, debido a que se enraíza en la resistencia inherente a cambios sustanciales, manifestándose como un desafío continuo que se entrelaza con la complejidad de la infraestructura del sistema interconectado. Por ende, este fenómeno obstinado, lejos de ser estático, se metamorfosea, adaptándose a las circunstancias cambiantes y revelando su resistencia a la resolución lineal. De aquí, que la persistencia, cual hilo conductor, teje narrativas de dificultades arraigadas en las personas que viven ese problema, desafiando la eficacia de respuestas superficiales. Puesto que esta persistencia surge como la manifestación palpable de dinámicas estructurales y culturales arraigadas, por esto mismo puede decirse que es un fenómeno de difícil solución, que se nutre de la intersección de múltiples factores.

Como vemos, estos dos problemas tienen como similitud que la persistencia se muestra como un desafío ineludible que reclama atención sostenida y enfoques creativos para desentrañar sus complejidades, por lo cual estos dos manifiestan un llamado a la acción participativa y a la vez hacen un recordatorio de la capacidad de

adaptación necesaria en un mundo en constante cambio, como es la modernidad actual.

En atención a esto, la divergencia entre un problema emergente y uno persistente reside en la naturaleza temporal de su manifestación. Como muestra se da que el problema persistente, está arraigado en la solidez del tiempo, desafía con tenacidad los intentos de resolución por parte de particulares, de la comunidad y de las instituciones, a causa de que sus raíces se entrelazan con la historia social, que se tejen en las complejidades estructurales y culturales que resisten el cambio. Por otro lado, el problema emergente parece ser; pero no lo es, mostrándose como un fenómeno que ocupa la realidad de manera imprevista, desafiando las expectativas y desencadenando la necesidad de respuestas inmediatas, antes de que se haga un problema persistente. Por eso, la permanencia se revela en la resistencia a desvanecerse, mientras que la emergencia destaca por su dinamismo y capacidad para alterar el *statu quo* [estados de cosas del momento] positivo. Dado que, los problemas persistentes actúan como monumentos en el paisaje de los desafíos sociales, mientras que los emergentes vienen y pueden derivarse de los primeros, pero de esta forma pueden originarse de una nueva realidad humana, que exigen atención ágil. Ambos problemas, sin embargo, comparten la cualidad de ser difíciles, ya que cada uno tiene complejos factores interconectados y desafiando la estabilidad social con su novedad social mostrando la misma complejidad humana, y los dos, los invitando a reflexionar sobre estrategias flexibles, medidas interdisciplinarias y enfoques adaptativos para abordar los desafíos cambiantes de esa misma nuestra realidad.

Dicho lo anterior, en el periodo de dos años (2022 y 2023) se abordó a estudiantes jóvenes adolescentes que cursaban los grados de octavo y noveno de bachillerato en la educación media en Colombia, en una institución de educación distrital, con los cuales se desarrolló una amplia gama de capacitaciones, acciones de formación, charlas y foros, dirigidos por abogados docentes de la Universidad Cooperativa de Colombia del campus de la ciudad de Santa Marta y por estudiantes que adelantaban en el ejercicio práctico del Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación (UCC, 2018) en las mismas instalaciones de la institución de educación superior colombiana.

Luego, toda esta información que se brindó a los estudiantes jóvenes adolescentes que cursaban los grados de octavo y noveno de bachillerato en

la IED de Santa Marta, en el departamento del Magdalena en Colombia, estaba y era orientada con respecto a informar sobre cuáles serán las problemáticas que enfrentaba el Estado y la nación colombiana. Detallando en esta entrega de información cual era el contexto jurídico y social, y el objetivo de desarrollo sostenible asociado a cada una de estas problemáticas.

Más tarde, cuando se observó que en los registros documentales que se llevaban en el trabajo de campo, que los jóvenes adolescentes ya identificaban y respondían a las problemáticas abordadas, se pasó a diseñar un instrumento

que fue validado por un abogado investigador registrado y reconocido por el Ministerio de Ciencia y Tecnología de Colombia con nivel doctoral disciplinar en ciencias jurídicas (2021). Para después pasar a obtener consentimientos y asentimientos libres, autónomos e informados toda la población participante, por ello, se gestionó en todos los estudiantes jóvenes adolescentes la obtención de respuesta precisas y saturadas, para determinar con claridad y precisión cuales creían ellos mismo que eran los problemas persistentes y emergentes más relevantes. Para posteriormente, obtener los detalles que se observa en la Tabla 2, a continuación.

**Tabla 2. Detalle general de los problemas persistentes y emergentes determinados a partir de la saturación**

Problemática	Cantidad
<b>Mayor problema Colombia</b>	<b>Cantidad de menciones</b>
Delincuencia juvenil y el delito juvenil en las ciudades capitales	21
Discriminación y la estigmatización de personas con discapacidad, mujeres y población LGBTIQ+	8
Corrupción y descomposición social	6
Drogadicción y el consumo de estupefacientes	3
Acoso escolar, los conflictos escolares ciberacoso o acoso virtual que se hace por TICs	3
Embarazo en mujeres adolescentes	2
<b>Mayor problema región</b>	<b>Cantidad de menciones</b>
Dispendio de drogas y estupefacientes	10
No respeto y no protección de los derechos humanos	8
Delincuencia en la juventud y el delito en menores	7
Trato discriminatorio y de estigmatización a personas con discapacidad, mujeres y población LGBTIQ+	4
Ciber bullying y el acoso por redes sociales	4
Situaciones de pobreza y pobreza extrema	3
Falta de comunicación en las familias	3
Presencia de corrupción y la falta de empleo	1
<b>Mayor problema comunidad</b>	<b>Cantidad de menciones</b>
Drogadicción y el consumo de alucinógenos	14
Ciberbullying o ciberacoso	9
Violencia que hay en la sociedad	6
Desempleo y la falta de acceso a un trabajo formal	5
Corrupción y el tráfico de influencias	3
Falta de garantía en los servicios públicos y domiciliarios	2
Estigmatización y la discriminación de las personas con discapacidad, mujeres y población LGBTIQ+	1
Los casos de desnutrición infantil	1

**Nota:** Esta tabla presente tres columnas con la intención de revelar al lector la validación obtenida por parte del total de los estudiantes jóvenes adolescentes, de los problemas y problemáticas que ellos mismo perciben en su propia realidad, clasificados en tres tipos como: el mayor problema en el contexto colombiano, el mayor problema región Caribe, y el mayor problema comunidad. La columna “cantidad” representa el número de encuestados que menciono ese como el mayor problema, y la columna “problemática” muestra cada uno de los problemas que se codificaron de acuerdo a las respuestas generadas.

Aquí en la tabla se muestra en tres columnas el detalle general de los problemas persistentes y emergentes determinados a partir de la saturación generada en el desarrollo final. La elaboración fue propia a partir de los datos recopilados en la aplicación de instrumentos en la población participante en la investigación.

Como se puede observar en la parte superior en la preliminar Tabla 2, en la indagación dirigida a los cuarenta y un estudiantes jóvenes adolescentes sobre el principal desafío que enfrenta Colombia en la actualidad, veintiuno de ellos resaltaron la preocupación por la delincuencia juvenil y el delito en las ciudades capitales. Por otro lado, ocho de la muestra total de cuarenta y un encuestados expresaron que la discriminación y la estigmatización hacia personas con discapacidad, mujeres y la población LGBTIQ+ constituyen la problemática más apremiante a nivel nacional. Que atañe directamente con el artículo 43 constitucional (1991), con el Decreto 1444 (MinInterior, 2022), y con la Política Pública para las Mujeres (DNP, 2022).

En una perspectiva diferente, seis estudiantes jóvenes adolescentes señalaron al problema de la corrupción y la descomposición social como el foco principal de inquietud en el país. Propia que concierne a la Ley 2195 (Congreso Colombia, 2022) y a la Ley 2281 (Congreso Colombia, 2023).

Asimismo, tres de ellos manifestaron su preocupación por la drogadicción y el consumo de estupefacientes, mientras que dos estudiantes identificaron el acoso escolar, los conflictos escolares y el ciberacoso como problemas preeminentes. A esto, un único estudiante consideró que el embarazo en mujeres adolescentes representa la principal inquietud a nivel nacional. Que se corresponde con Ley 30 (Congreso Colombia, 1986), la Ley 1620 (Congreso Colombia, 2013), y con el artículo 60 de la Ley 1098 (Congreso Colombia, 2006), correspondientemente.

A ello, al abordar la Tabla 2, se encuentra la percepción de los estudiantes sobre los problemas predominantes en la región Caribe y la ciudad de Santa Marta, donde diez de ellos destacaron el dispendio de drogas y estupefacientes como la principal preocupación. Y, otros ocho estudiantes subrayaron la falta de respeto y protección de los derechos humanos como un problema evidente en la región. Conjuntamente, siete estudiantes expresaron su inquietud por la delincuencia juvenil y el delito

en menores en la región Caribe y Santa Marta. Afín con la Ley 74 (Congreso Colombia, 1968), el Decreto 1844 (Presidencia Colombia, 2018).

Por otro lado, cuatro estudiantes resaltaron el trato discriminatorio y la estigmatización hacia personas con discapacidad, mujeres y la población LGBTIQ+ como una problemática significativa. Pero, otros cuatro jóvenes adolescentes indicaron que el *ciberbullying* y el acoso por redes sociales son desafíos que requieren atención urgente. Mientras que, tres estudiantes señalaron las situaciones de pobreza y pobreza extrema en una parte de la población como un problema destacado. Añadido a que otros tres estudiantes resaltaron la falta de comunicación en las familias. Retrato que corresponde con los preceptos constitucionales de los artículos 1, 2, 5, 13, 15, 16, 18, 20 (1991), y con la Ley 1482 (Congreso Colombia, 2011),

En otro sentido, individualmente un estudiante mencionó que el embarazo en jóvenes y adolescentes es un problema importante, mientras que otro estudiante consideró la presencia de corrupción y la falta de empleo como una preocupación significativa en la región Caribe y Santa Marta, lo cual tiene resguardo a los Ley 375 (Congreso Colombia, 1997), Ley 1361 (Congreso Colombia, 2009), Ley 1622 (Congreso Colombia, 2013).

Con relación a la percepción de los estudiantes sobre los problemas en sus propias comunidades en la Localidad 1° del distrito de Santa Marta, catorce de ellos identificaron la drogadicción y el consumo de alucinógenos como la principal problemática. Con concordancia nueve jóvenes manifestaron que el *ciberbullying* o *ciberacoso* es una preocupación prevalente en sus comunidades. Igualmente, otros seis estudiantes destacaron la violencia como un problema relevante en la sociedad local.

Por otro lado, cinco estudiantes expresaron su preocupación por el desempleo y la falta de acceso a un trabajo formal en su localidad. Donde sin excepción, tres estudiantes identificaron la corrupción y el tráfico de influencias como un problema en su localidad, mientras que dos estudiantes señalaron la falta de garantía en los servicios públicos y domiciliarios.

Si bien, un estudiante de forma propia mencionó como una inquietud local, la estigmatización y la discriminación hacia personas con discapacidad, mujeres y la población LGBTIQ+, también otro

estudiante consideró los casos de desnutrición infantil como una problemática presente en su comunidad y en su localidad.

De estos resultados se devela una diversidad de preocupaciones entre los estudiantes jóvenes adolescentes, destacando la necesidad de abordar no solo los problemas nacionales, regionales y locales, sino también las distintas dimensiones de cada desafío identificado, debido a que la variedad de perspectivas subraya la complejidad de la realidad social que enfrentan estos jóvenes, indicando la importancia de enfoques holísticos y medidas específicas para abordar cada problemática de manera efectiva.

Con base en esto, desde la propia voz de la población objeto de estudio mostró una óptica penetrante en los problemas que afectan a Colombia, la región Caribe, la ciudad de Santa Marta y sus propias comunidades revelando una compleja relación inquietudes sociales, acentuando la diversidad de perspectivas y desafíos en el panorama contemporáneo.

En el nivel nacional, la delincuencia juvenil y el delito en ciudades capitales resplandece como una preocupación preeminente, con veintiún estudiantes identificándola como el mayor problema, y en este punto de convergencia se revela una sensibilidad compartida hacia la seguridad pública, pero igualmente registra a la urgencia de abordar las raíces de la delincuencia juvenil en el entorno urbano de la Localidad 1, del distrito de Santa Marta.

Sin olvidar, que, al explorar las preocupaciones regionales, el dispendio de drogas y estupefacientes emerge como un foco de atención, señalado por diez jóvenes adolescentes, con una tendencia que destaca la intersección de la salud pública y la seguridad ciudadana en las regiones Caribe y Santa Marta. Pero, a su vez, la violación persistente de derechos humanos y la delincuencia juvenil también ocupan lugares destacados en la percepción regional, subrayando la complejidad de los problemas que enfrenta esta área geográfica. Con la aparición de problemas sociales como el trato discriminatorio, el *ciberbullying* y la pobreza indica que las inquietudes trascienden las dimensiones físicas para abordar desafíos psicosociales y económicos en la región Caribe.

Al indagar sobre los problemas en sus propias comunidades, los estudiantes revelan una mezcla de desafíos, desde la drogadicción hasta

la violencia y la falta de empleo, mostrando una variabilidad de respuestas que resaltan la naturaleza combinada de las preocupaciones locales, donde cada comunidad enfrenta un conjunto único de desafíos.

Conforme a la mencionada corrupción y la falta de garantía en los servicios públicos refuerzan la percepción de que las preocupaciones locales a menudo se relacionan con deficiencias estructurales y de gobernanza. Donde de igual modo, la atención hacia el *ciberbullying* y la discriminación destaca la creciente importancia de los desafíos en el espacio virtual y la necesidad de abordar cuestiones de inclusión y respeto en la era digital.

Desde una perspectiva teórica, las respuestas de los estudiantes se alinean con las ideas de pensadores que han explorado la interseccionalidad de los problemas sociales, como lo es la atención a la discriminación y la estigmatización que refleja el trabajo de Kimberlé Crenshaw sobre el concepto de interseccionalidad (1991), que enfatiza cómo las diversas formas de opresión están interconectadas y no pueden entenderse de manera aislada. Dado que, la manifestación de problemas como la violencia, la drogadicción y la delincuencia juvenil también puede vincularse a las teorías de Emile Durkheim sobre la anomia y la disfunción social, sugiriendo que estos fenómenos pueden surgir cuando las normas y valores sociales se debilitan.

De tal condición la diversidad de perspectivas sobre los problemas nacionales, regionales y locales resalta la importancia de adoptar enfoques holísticos para abordar la complejidad de los desafíos contemporáneos.

Según lo indicado, los jóvenes adolescentes no solo identifican problemas evidentes, como la delincuencia, sino que también señalan problemas subyacentes como la discriminación y la falta de acceso a oportunidades laborales, como reconocimiento de las causas profundas y las manifestaciones visibles de los problemas sugiere una conciencia crítica sobre la necesidad de intervenciones multifacéticas y sostenibles.

Pues, la inclusión de temas sociales emergentes, como el *ciberbullying* y la discriminación, refleja la creciente relevancia de las plataformas digitales en la vida de los jóvenes. Aquí, debe revisarse las ideas Manuel Castells (1997) sobre la sociedad red, que podrían ser pertinentes, ya que destacan la importancia de las redes y la

comunicación digital en la configuración de las experiencias sociales, en respuesta sugiere que, para comprender completamente los desafíos actuales, es esencial considerar las dinámicas sociales en línea y fuera de línea.

Por consiguiente, dentro del desarrollo del grupo focal del total de la muestra, un margen de treinta y nueve estudiantes jóvenes adolescentes mencionaron y ratificaron dos problemas persistentes que se codificaron así: i) La **discriminación y la estigmatización de las personas por algunas situación o condición es un problema importante y de necesaria atención** (Presidencia Colombia, 2022); y, ii) La **segregación, exclusión, acoso y violencia por género** (ONU, 1979) **y discapacidad es un problema importante y de atención necesaria actualmente** (ONU, 2007; MinSalud, 2014). A lo que solo dos de los jóvenes adolescentes no estuvieron de acuerdo.

Así pues, del desarrollo del mismo grupo focal treinta y cuatro jóvenes refirieron que el rechazo, la exclusión, la persecución y la violencia a las personas con discapacidad, a las mujeres, y a las personas LGBTIQ+ es un problema importante en la actualidad. Y solo siete jóvenes adolescentes comentaron que no era un problema de interés.

Por último, muy fue determinante que treinta y ocho jóvenes participantes expresaron concretamente que el *bullying* (acoso escolar) y el *ciberbullying* (acoso por medios tecnológicos) era un problema emergente, y al cual se le debe prestar atención en la actualidad, debido a que los afecta directamente en lo que no estuvieron de acuerdo tres jóvenes adolescentes.

## ANÁLISIS Y OBSERVACIONES

Al presente, pasando a calcular la moda, debemos recordar que Vásquez ha dilucidado que la medida de tendencia central que representa el código más frecuente en las respuestas de los estudiantes jóvenes adolescentes sobre el problema de mayor importancia, donde la moda es simplemente el valor que ocurre con mayor frecuencia (1987, págs. 68, 70). En este caso, el código con la frecuencia más alta será la moda, y de esta investigación la moda fue: “Delincuencia y el delito juvenil en las ciudades capitales” (Tabla 2) con veintiuno repeticiones del conglomerado de los cuarenta y un participantes.

Consonantemente, según los datos recogidos, la delincuencia y los delitos juveniles en las ciudades capitales es el problema que los estudiantes jóvenes adolescentes mencionaron con mayor frecuencia como el de mayor relevancia, mismo resultado que es consistente con lo dicho precedentemente. Al mismo tiempo la media y la mediana, que como nos indica Vásquez (1987) son medidas que nos proporcionarán una visión más completa de la distribución de las respuestas de los estudiantes jóvenes adolescentes sobre el problema de mayor importancia. Entonces, dado que tenemos un conjunto ordenado de datos con cuarenta y una observaciones, la mediana será el valor central, y en este caso, como la cantidad de datos es impar, la mediana será el valor en la posición central. Ya que el código en la posición central es el de la respuesta 6, “No respeto y no protección de los derechos humanos,” (Tabla 2) ya que hay 8 respuestas antes y 8 respuestas después de esta posición.

De allí, al calcular el promedio de la media, de sino todas las frecuencias y dividimos por el número total de observaciones, que como se indicó fueron cuarenta y uno. Generando el siguiente calculo:

$$\begin{aligned} \text{Suma total de frecuencias} &= 21 + 14 + 10 + 9 + 8 \\ &+ 8 + 7 + 6 + 6 + 5 + 4 + 4 + 3 + 3 + 3 + 3 + 2 + \\ &2 + 2 + 1 + 1 + 1 = 130 \end{aligned}$$

$$\text{Media (promedio)} = 130/41 \approx 3.17 \text{ (aproximado a dos decimales)}$$

Esto es que la mediana fue “No respeto y no protección de los derechos humanos”, y la media se dio en aproximadamente 3.17, que se tomaron como medidas adicionales de tendencia central que ofrecen perspectivas diferentes sobre la distribución de las respuestas de los estudiantes jóvenes adolescentes.

Luego, estos datos nos permitieron pasar a realizar el análisis del contenido con el fin de identificar y analizar palabras clave o temas recurrentes en las respuestas dadas por los estudiantes jóvenes adolescentes. Este análisis de contenido revela las preocupaciones y temas clave expresados por los estudiantes, en atención a que las palabras clave resaltan los problemas sociales, económicos y culturales, que los estudiantes consideran de mayor relevancia en sus comunidades y entorno, con se muestra en la Tabla 3 a continuación.

**Tabla 3. Listado de palabras clave determinadas desde el análisis interpretativo de las respuestas de los estudiantes**

Palabras clave:	Delincuencia juvenil, delito juvenil, ciudades capitales.
Palabras clave:	Drogadicción, consumo, alucinógenos.
Palabras clave:	Dispendio, drogas, estupefacientes.
Palabras clave:	Ciberbullying, Ciberacoso.
Palabras clave:	No respeto, no protección, derechos humanos.
Palabras clave:	Discriminación, estigmatización, discapacidad, mujeres, LGBTQ+.
Palabras clave:	Delincuencia en la juventud, delito en menores.
Palabras clave:	Violencia, sociedad.
Palabras clave:	Corrupción, descomposición social.
Palabras clave:	Desempleo, falta de acceso, trabajo formal.
Palabras clave:	Trato discriminatorio, estigmatización, discapacidad, mujeres, LGBTQ+.
Palabras clave:	Ciberbullying, acoso, redes sociales.
Palabras clave:	Drogadicción, consumo, estupefacientes.
Palabras clave:	Corrupción, tráfico de influencias.
Palabras clave:	Pobreza, pobreza extrema.
Palabras clave:	Falta de comunicación, familias.
Palabras clave:	Acoso escolar, conflictos escolares, Ciberacoso, acoso virtual, Tics.
Palabras clave:	Falta de garantía, servicios públicos, domiciliarios.
Palabras clave:	Embarazo, mujeres adolescentes.
Palabras clave:	Estigmatización, discriminación, discapacidad, mujeres, LGBTQ+.
Palabras clave:	Desnutrición infantil.
Palabras clave:	Presencia de corrupción, falta de empleo.

**Nota:** Listado de veintiún palabras clave determinadas desde el análisis interpretativo de las respuestas de los Estudiantes Jóvenes adolescentes que participaron en la investigación entre los años 2022 y 2023. Con elaboración propia a partir de los datos recolectados desde la aplicación de instrumentos y de la matriz de datos.

## RECOMENDACIONES Y OPORTUNIDADES

Ante todo, de la recopilación de datos mediante encuestas exploratorias realizadas a cuarenta y un estudiantes jóvenes adolescentes por parte investigadores de la Universidad Cooperativa de Colombia, ha proporcionado una valiosa visión sobre las preocupaciones más apremiantes que afectan a esta demografía en el país, la región Caribe, su comunidad y la ciudad de Santa Marta. Por ello, se debe agregar que el análisis jerárquico de las respuestas, organizadas en veintidós códigos, revela patrones y temas recurrentes que deben ser abordados para mejorar las condiciones y promover el bienestar de los estudiantes y la sociedad en general. Como el 51% de los estudiantes identifico la delincuencia juvenil y el delito en ciudades capitales como el problema más relevante, es crucial que la se pueda gestionar la colaboración estrecha con las autoridades de la Localidad 1 y del distrito de Santa Marta, para desarrollar estrategias integrales de prevención

y rehabilitación. Con programas educativos y actividades extracurriculares centradas en la prevención del delito, que pueden ayudar a cambiar la percepción y proporcionar alternativas constructivas para los jóvenes. Idénticamente, se recomienda una colaboración estrecha entre la comunidad, las autoridades y las instituciones educativas. Programas de prevención del delito, actividades extracurriculares y espacios seguros para que los jóvenes consigan contribuir a abordar este problema de manera integral. Con ello la Universidad Cooperativa de Colombia, puede implementar programas educativos y preventivos en colaboración con las autoridades locales, para la creación de espacios seguros y la participación de la comunidad pueden contribuir significativamente a la mejora de la seguridad en la ciudad de Santa Marta.

Podemos incluir que el 34% de los estudiantes resaltó la preocupación por la drogadicción y el consumo de alucinógenos, por ello se debería revisar e implementar mejorar en los programas

de concientización y educación sobre los peligros de las drogas, así como servicios de asesoramiento y apoyo para aquellos que puedan estar lidiando con problemas de adicción. Ya que es conveniente implementar programas de educación y concientización sobre los riesgos asociados con las drogas, junto con servicios de asesoramiento accesibles para aquellos que enfrentan posibles problemas de adicción en jóvenes adolescentes o prevenir que esto ocurra.

De modo idéntico, el 24% de los estudiantes señaló la inquietud sobre el expendio de drogas y estupefacientes, sea que se debería indicar y explicar a las autoridades distritales que ellas pueden desempeñar un papel crucial al abogar por políticas más estrictas y colaborar con las autoridades para combatir el tráfico de drogas en las comunidades locales. Habiendo necesidad de diseñar la forma de que la comunidad puede desempeñar un papel activo al informar actividades sospechosas y promover la conciencia sobre los peligros del tráfico de drogas, pero sobre todo del consumo no responsable de jóvenes adolescentes. Aquí, la IED participante como colegio puede desempeñar un papel crucial al proporcionar educación sobre los riesgos asociados con el consumo de drogas y establecer servicios de apoyo y asesoramiento para aquellos que enfrentan problemas de adicción. se recomienda trabajar en estrecha colaboración con las autoridades y la comunidad para monitorear y prevenir el tráfico de drogas cerca de la institución educativa, porque la concientización y la denuncia ciudadana pueden ser herramientas efectivas.

Algo semejante ocurre, con el *ciberbullying* o *ciberacoso*, a causa de que el 22% de los estudiantes mencionó el *ciberbullying* como un problema significativo, y en este sentido tanto la institución universitaria que lideró la investigación como la IED participante, puede promover la conciencia sobre el *ciberacoso* y fomentar un entorno en línea seguro, al igual que proporcionar recursos para el apoyo emocional y la prevención. A su vez, se encarga la implementación de campañas de sensibilización en escuelas y comunidades para fomentar un comportamiento en línea respetuoso, con que se deben establecer recursos para apoyar a aquellos que han experimentado acoso en línea. Con esto, se insta a la implementación de programas de concientización digital y a la creación de un entorno en línea seguro, donde los docentes y el personal escolar deben recibir capacitación para abordar eficazmente este problema.

Cabe destacar que como el 20% de los estudiantes expresó preocupación por la falta de respeto y protección de los derechos humanos, también estas dos instituciones de educación superior y de educación media, puede asociarse para liderar iniciativas educativas que promuevan la comprensión y el respeto por los derechos humanos, creando así una cultura de inclusión y tolerancia. En este orden de ideas, se puede requerir fortalecer los programas educativos que fomenten una cultura de respeto y tolerancia, con la colaboración con organizaciones defensoras de derechos humanos puede fortalecer estos esfuerzos. Pero a su vez puede ser necesario revisar el Manual de Convivencia de la IED participante, para revisar que este incorpore en forma adecuada el plan de estudios temas que promuevan la conciencia de los derechos humanos y la importancia del respeto mutuo en la comunidad escolar.

Sobre todo, la discriminación y estigmatización de personas con discapacidad, mujeres y población LGBTIQ+, que se presentó en un 20% de las respuestas, y la discriminación y estigmatización son áreas críticas para abordar, implementados políticas inclusivas en las Instituciones, programas de sensibilización y capacitación para garantizar un ambiente respetuoso y acogedor para todos. Que en el mismo sentido nos indica la necesidad de crear un entorno más inclusivo, para que la promoción de la diversidad y la implementación de políticas antidiscriminatorias pueden contribuir a construir una sociedad más equitativa, aludiendo que el IED participante pueda liderar iniciativas que promuevan la inclusión, la diversidad y el respeto, creando un ambiente donde todos se sientan aceptados.

Implícitamente, si el 15% de los estudiantes mencionó la violencia en la sociedad y la corrupción como preocupaciones, se hace necesaria la colaboración con organizaciones gubernamentales y no gubernamentales para abordar estos problemas estructurales mediante programas de sensibilización y proyectos de servicio comunitario. Que amerita a participación de la comunidad en iniciativas anticorrupción, con lo que también se pueden establecer programas educativos para fomentar una cultura de no violencia y ética. Donde se sugiere implementar programas educativos que fomenten la resolución pacífica de conflictos y promover valores éticos.

De cualquier forma, como se evidenció el 12% de los estudiantes resaltó el desempleo

y la falta de acceso a trabajos formales, como una problemática persistente, por ello la Universidad Cooperativa de Colombia puede en coordinación con sus distintas facultades, que en la IED participante se fortalezcan sus programas de orientación profesional, y a su vez establecer vínculos con empresas locales, para luego fomentar programas de prácticas para mejorar las oportunidades laborales para los graduados del bachillerato. Pero también las autoridades locales pueden colaborar con empresas y organizaciones para crear oportunidades de empleo, mientras que las instituciones educativas pueden fortalecer programas de orientación profesional.

## CONCLUSIONES Y CIERRE

Se puede concluir que la investigación realizada en el área urbana del distrito de Santa Marta, departamento de Magdalena, ha proporcionado una visión valiosa sobre las preocupaciones más apremiantes de los estudiantes jóvenes adolescentes. Este análisis, basado en respuestas a encuestas exploratorias, ha identificado 22 códigos jerárquicos que reflejan las inquietudes más prevalentes. A partir de estos hallazgos, se sugieren recomendaciones para abordar y mejorar las condiciones en el distrito, considerando los problemas identificados por los jóvenes.

Para mejorar las condiciones en el distrito de Santa Marta, es imperativo abordar estos problemas de manera colaborativa, en lo que puede darse a creación de un comité interinstitucional que incluya a autoridades locales, instituciones educativas y organizaciones comunitarias puede facilitar la implementación de estas recomendaciones. Debido a que la implementación de estas sugerencias no solo mejorará la calidad de vida de los estudiantes, sino que también fortalecerá la posición del colegio como una institución comprometida con el bienestar y desarrollo integral de sus miembros. Como además el IED participante puede ser un agente de cambio positivo, no solo en la educación académica, sino también en la formación de ciudadanos conscientes, respetuosos y comprometidos con la construcción de una sociedad más justa y equitativa.

En todo caso, la sensibilización comunitaria y la participación son fundamentales para el éxito de estas iniciativas, con lo que se insta a los líderes comunitarios, educadores y autoridades locales a trabajar en conjunto para implementar estrategias efectivas y sostenibles.

En última instancia, estas recomendaciones se centran en la creación de un entorno que promueva la seguridad, la inclusión y el desarrollo integral de los jóvenes en el distrito de Santa Marta. Con una acción decidida y colaborativa, se puede lograr un cambio positivo y duradero en la comunidad.

Si bien, la Universidad Cooperativa de Colombia, como institución comprometida con el bienestar de sus estudiantes y la comunidad en general, tiene el potencial de desempeñar un papel fundamental en la transformación social, al abordar estas preocupaciones a través de programas educativos, colaboraciones con entidades gubernamentales y organizaciones sin fines de lucro, y al fomentar un ambiente inclusivo y seguro, puede marcar una diferencia significativa en la vida de los jóvenes y contribuir al desarrollo sostenible de la región.

Por esto es valioso acoger las recomendaciones como puntos de partida para futuras acciones y a seguir colaborando con los estudiantes, la sociedad y las autoridades para lograr un cambio positivo y sostenible en la comunidad. Al hacerlo, la Universidad Cooperativa de Colombia puede consolidar su posición como una institución líder en la promoción del bienestar estudiantil y el progreso social. Puesto que, para mejorar las condiciones en el distrito de Santa Marta, es imperativo abordar estos problemas de manera colaborativa, con la creación de un Comité Interinstitucional que incluya a autoridades locales, instituciones educativas y organizaciones comunitarias puede facilitar la implementación de estas recomendaciones.

De hecho, la sensibilización comunitaria y la participación son fundamentales para el éxito de estas iniciativas, donde los líderes comunitarios, educadores y autoridades locales a trabajar en conjunto para implementar estrategias efectivas y sostenibles. La participación de los padres de familia es crucial para el desarrollo positivo de los estudiantes. Al implementar estas recomendaciones, los padres pueden contribuir significativamente a la mejora del entorno familiar y comunitario, estableciendo bases sólidas para el bienestar de sus hijos. A fin de que es esencial recordar que el diálogo abierto, el apoyo emocional y la participación son elementos clave en la construcción de familias resilientes. Al trabajar juntos, padres, educadores y la comunidad en general pueden desempeñar un papel vital en la creación de un entorno propicio para el crecimiento y el triunfo de los jóvenes adolescentes en Santa Marta.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

Alcaldía Distrital de Santa Marta. (19 de Enero de 2015). Acuerdo Distrital 009. *Por el cual se reorganiza y reglamenta la Estructura institucional de los niveles central y Descentralizado, y se reglamentan los fondos de Desarrollo local para la organización y funcionamiento de las localidades del Distrito Turístico, Cultural e Histór.* Santa Marta, Magdalena, Colombia: Distrito de Santa Marta.

Alcaldía Distrital Santa Marta. (18 de Febrero de 2014). Acuerdo Distrital 025. *Por medio del cual se establece el criterio para la distribución de recursos entre los distintos Fondos de Desarrollo Local correspondiente a las Localidades del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta.* Santa Marta, Magdalena, Colombia: Alcaldía Distrital de Santa Marta.

Alcaldía Santa Marta. (17 de Julio de 2015). Acuerdo 009. *Reorganiza y Reglamenta la Estructura Institucional de los Niveles Central y Descentralizado.* Santa Marta, Magdalena, Colombia: Alcaldía Distrital de Santa Marta.

Arias-Valencia, M. (2001). Comportamiento reproductivo en las etnias de Antioquia-Colombia. *Salud pública de México*, 268-278.

Asamblea Nacional Constituyente. (20 de Julio de 1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: República de Colombia.

Castells, M. (1997). *La sociedad red.* Madrid: Alianza.

Congreso Colombia. (26 de Diciembre de 1968). Ley 74. *Aprueba Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos.* Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Congreso de la República de Colombia.

Congreso Colombia. (31 de Enero de 1986). Ley 30. *Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones.* Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Congreso de la República de Colombia.

Congreso Colombia. (18 de Junio de 1993). Acto Legislativo 1. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Congreso de la República de Colombia.

Congreso Colombia. (8 de Febrero de 1994). Ley 115. *Por la cual se expide la ley general de educación.* Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Congreso de la República de Colombia.

Congreso Colombia. (18 de Julio de 1997). Ley 138. *Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones.* Bogotá, Cundina, Colombia: Congreso de la República de Colombia.

Congreso Colombia. (4 de Julio de 1997). Ley 375. *Por la cual se crea la ley de la juventud y se dictan otras disposiciones.* Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Congreso de la República de Colombia.

Congreso Colombia. (8 de Noviembre de 2006). Ley 1098. *Código de la Infancia y la Adolescencia.* Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Congreso de la República de Colombia.

Congreso Colombia. (3 de Diciembre de 2009). Ley 1361. *Por medio de la cual se crea la Ley de Protección Integral a la Familia.* Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Congreso de la República de Colombia.

Congreso Colombia. (30 de Noviembre de 2011). Ley 1482. *Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones.* Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Congreso de la República de Colombia.

Congreso Colombia. (15 de Marzo de 2013). Ley 1620. *Por la cual se crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar.* Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Congreso de la República de Colombia.

Congreso Colombia. (29 de Abril de 2013). Ley 1622. *Por medio de la cual se expide el estatuto de ciudadanía juvenil y se dictan otras disposiciones.* Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Congreso de la República de Colombia.

Congreso Colombia. (18 de Enero de 2022). Ley 2195. *Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones.* Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Congreso de la República de Colombia.

Congreso Colombia. (4 de Enero de 2023). Ley 2281. *Por medio de la cual se crea el Ministerio de Igualdad y Equidad y se dictan otras disposiciones.* Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Congreso de la República de Colombia.

Crenshaw, K. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. *Stanford Law Review*, 1-43.

- Del Río, S. C. (2010). El consentimiento informado en menores y adolescentes. Contexto ético-legal y algunas cuestiones problemáticas. *Informació Psicológica*, 60-67.
- Dilthey, W. (1989). *Introduction to the Human Sciences*. Princeton University Press.
- DNP. (18 de Abril de 2022 ). CONPES 4080. *Consejo Nacional de Política Económica y Social*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Departamento Nacional de Planeación, Consejo Nacional de Política Económica y Social.
- Gadamer, H.-G. (1977). *Verdad y método* . Salamanca: Ediciones Sígueme.
- García, M., & Lengua, C. (2018). *Interculturalidad de las Etnias en Colombia*. Sincelejo: Corporación Universitaria del Caribe.
- Garrafa, V. (2005). Introdução à bioética. *Revista do hospital universitário UFMA*, 9-13.
- Garrafa, V., & Dora, P. (2005). Bioética de intervención. En J. Tealdi, *Diccionario latinoamericano de bioética* (págs. 161-4.). Bogotá: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
- Geertz, C. (1973). *The Interpretation of Cultures*. Nueva York: Basic Books , págs. 330.
- Greene, J. (2007). *Mixed Methods in Social Inquiry*. Londres, Reino Unido: Wiley.
- Hammersley, M., & Atkinson, P. (1994). *Etnografía: Métodos de investigación*. Madrid: Paidós.
- Hernandez-Sampieri, R. (2018). *Metodología de la investigación. Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. México: McGraw-Hill Interamericana.
- Malinowski, B. (1982). *Argonauts of the Western Pacific*. Barcelona: Ariel.
- Maxwell, J. (2019). *Diseño de investigación cualitativa*. Barcelona: Gedisa.
- MinCiencia. (11 de Junio de 2021). Reconocimiento y medición de grupos de investigación, desarrollo tecnológico o de innovación y para el reconocimiento de investigadores. *Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Ministerio de Ciencia y Tecnología de Colombia.
- MinInterior. (2 de Agosto de 2022). Decreto 1444. *Política Pública de Reconciliación, Convivencia y no Estigmatización*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Ministerio del Interior de Colombia.
- MinSalud. (1 de Diciembre de 2014). Política Pública de Discapacidad . *Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social 2013-2022*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Ministerio de Salud y Protección Social.
- Nelly, A., Altamirano, N., Altamirano, E., Olaya, A., Rubens, J., García, S., & Altamirano, M. (2010). Consentimiento informado en grupos vulnerables: participación de niños y adolescentes en protocolos de investigación. *Boletín Médico del Hospital Infantil de México*, 248-258.
- Ñaupas, H., Mejía, E., Novoa, E., & Villagómez, A. (2014). *Metodología de la investigación cuantitativa - cualitativa y redacción de la tesis*. Bogotá: Ediciones de la U.
- ONU. (18 de Diciembre de 1979). Convención CEDAW. *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Nueva York, Estados Unidos: Organización de las Naciones Unidas.
- ONU. (30 de Marzo de 2007). Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Nueva York, Estados Unidos: Organización de las Naciones Unidas.
- Presidencia Colombia. (1 de Octubre de 2018). Decreto 1844. *Adición prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Presidencia República de Colombia.
- Presidencia Colombia. (2 de Agosto de 2022). Decreto 1444. *Política pública de reconciliación, convivencia y no estigmatización*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Presidencia de la República de Colombia.
- Puebla, B., & Vinadel, R. (2021). *Ecosistema de una pandemia. Covid 19, la transformación mundial*. Madrid: Editorial Dykinson, S.L.
- Rodríguez-Vega, Ó. (2012). Representaciones sociales sobre la familia en jóvenes de grados 11 de algunos colegios públicos y privados de Santa Marta, Colombia. *Pensando Psicología*, 28-38.
- UCC. (13 de Marzo de 2018). Acuerdo Superiores 365. *Por el cual se actualiza y unifica el reglamento de Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación*. Medellín, Antioquía, Colombia: Universidad Cooperativa de Colombia.
- Unesco. (19 de Octubre de 2005). Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. París, Francia: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

Van, M. (2003). *Researching lived experience: Human science for an action sensitive pedagogy*. Londres: Oxford University Press.

Vázquez, C. (1987). *Estadística elemental: primera parte*. San Juan, Puerto Rico: Editorial Universitaria, Universidad de Puerto Rico.

Viloria, J., & Elías, J. (2018). *Historia de Santa Marta y el Magdalena Grande: del periodo Nahuange al siglo XXI*. Santa Marta: Editorial Unimagdalena.

Wolcott, H. (2003). *Mejorar la escritura de la investigación cualitativa*. Medellín: Universidad de Antioquia.

# CONTUMACIA Y EXTRADICIÓN COMO OBSTÁCULOS PARA EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

## CONTUMACY AND EXTRADITION AS OBSTACLES TO THE CALCULATION OF THE LIMITATION PERIOD OF THE ACTION IN THE PERUVIAN CRIMINAL CODE

Diego Alonso Noronha Val  
ORCID: 0009-0007-3358-6641  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
[diego.noronha@unmsm.edu.pe](mailto:diego.noronha@unmsm.edu.pe)  
Perú

DOI: <https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n2.04>

Recibido: 11 de setiembre de 2023.

Aceptado: 18 de diciembre de 2023.

### SUMARIO

- Introducción.
- Desarrollo.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

### RESUMEN

La suspensión de la prescripción de la acción penal surge frente a la configuración de un obstáculo que imposibilita el trámite del procesamiento penal. Esto se desprende del primer párrafo del artículo 84 del CP. Sin embargo, hasta antes de su modificación por la Ley N.º 31751, no se establecía expresamente un momento típico de cese. Es posterior a ello que, a través de su nuevo segundo párrafo, se pone fin a la controversia sobre la duración del plazo de suspensión por contumacia y procesos de extradición, imponiendo un plazo legal material de un año para tal efecto.

### PALABRAS CLAVE

Suspensión, prescripción, contumacia, extradición

### ABSTRACT

The criminal action's prescription suspension arises from the configuration of an obstacle that turns the criminal prosecution procedure impossible to continue, as it follows from the Criminal Code, article 84, first paragraph. Before this norm's modification by Law N.º 31751, a typical moment of termination was expressly established. However, it is after this that, through its new second paragraph, the controversy about the duration of the suspension term due to

contumacy and extradition processes came to an end, imposing a one-year legal material term for this purpose.

### KEYWORDS

Suspension, prescription, contumacy, extradition

### INTRODUCCIÓN

El 25 de mayo de 2023, se publicó la Ley N.º 31751, con la que se modifica el artículo 84 del Código Penal (CP). Dicha modificatoria agrega un segundo párrafo al primigeniamente existente, a partir del que se instituye un precepto limitativo temporal a la suspensión del cómputo del plazo prescriptorio de la acción penal. A tenor literal, precisa: “La suspensión de la prescripción no podrá prolongarse más allá de los plazos que se disponen para las etapas del proceso penal u otros procedimientos. En ningún caso dicha suspensión será mayor a un año.”

El legislador ha considerado que el cómputo de la suspensión de la prescripción de la acción penal no podrá exceder de un año, bajo ningún supuesto. Es decir, ha considerado dicho marco temporal como aquel en el que razonablemente puede mantenerse en incertidumbre al ciudadano mientras se resuelva el factor extraprocesal indispensable para el ejercicio válido del poder de coerción estatal sobre él. El plazo de un año instituido se expresa, por tanto, como aquella contención al *ius puniendi*, y consecuente reafirmación del principio de celeridad en las actuaciones estatales, sean fiscales o judiciales. Esto último es especialmente importante, si consideramos que el Estado, en su condición de gran *Leviatán*, cuenta con una gran corporación que debería permitir, al menos

teóricamente, la consecución rápida y eficaz de todos los indispensables requisitos para la válida persecución del delito.

La expresión “*en ningún caso*”, utilizada en la agregada fórmula normativa, pone en especial relieve que dicha regla limitativa alcanza a absolutamente todas las múltiples causas que derivan en la suspensión del cómputo del plazo prescriptorio de la acción penal. Sin embargo, es a dos de ellas a las que esta modificatoria generaría un impacto de meridiana significación, que se verá manifestada en la práctica judicial forense. Ello, considerando la pluralidad de casos en trámite, cuyos plazos de prescripción vienen suspendidos prolongadamente por su configuración, hasta la actualidad. Nos referimos a la suspensión producto de la declaratoria de contumacia y por la instauración de procesos de extradición.

Para describir el impacto al que hacemos referencia, es necesario abordar el escenario precedente a la modificación. Dicho estado de cosas, jurisprudencialmente instituido respecto al tratamiento de estas dos causas de suspensión, es manifiestamente contrario a aquel que este cambio establece. En tal sentido, realizaremos este ejercicio para determinar, posteriormente, la forma en que este cambio legislativo ha variado el escenario actual respecto al abordaje de ambas causales de suspensión del plazo de prescripción de la acción penal.

## DESARROLLO

### Conceptos preliminares

El curso del ejercicio válido de la acción puede verse afectado por múltiples circunstancias. Cada una de ellas, dependiendo de la naturaleza y el tratamiento normativo o jurisprudencial que les alcanza, generará como efecto su interrupción o suspensión. La interrupción se produce con la adopción de medidas jurídico procesales que promueven el procesamiento penal. Es decir, la prescripción se interrumpe con la expresión de voluntad estatal documentada de llevar a cabo el proceso penal (Jescheck y Weigend, 2014, p. 1362). De ahí que el artículo 83 del CP reconozca a las actuaciones del Ministerio Público y del Poder Judicial como sus causales, en la medida en que, a través de ellos, el Estado manifiesta indubitablemente su intención de perseguir un hecho penalmente relevante (Meini, 2009, p. 77).

De otro lado, la suspensión surge por la configuración de un obstáculo que imposibilita

continuar con el ejercicio de la acción penal, lo que supondrá una *crisis* en el procesamiento. El proceso penal no podrá avanzar, por tanto, en la medida en que la acción penal no pueda ejercitarse válidamente por la ausencia de alguno de sus requisitos de procedencia. La *crisis* importa, así, una falta de certeza en la prejudicialidad de la acción, que impide la consecución del proceso penal. Como señala el profesor Claus Roxin (2000), hablamos de una situación que “afecta la capacidad del tribunal penal” (p. 166-167). Dicha naturaleza u origen, sin embargo, sólo puede extraerse vía interpretación, ya que el texto literal del artículo 84 del CP, que regula esta institución, solo explicita sus efectos. El texto original, refiriéndonos al hoy primer párrafo de la norma, precisa que el efecto ocasionado por la conformación de una cuestión exógena al procesamiento penal, que deba ser resuelta previamente mediante otro procedimiento, es el suspenso del cómputo del plazo prescriptorio<sup>1</sup>.

Lo problemático en este punto surge cuando se advierte que el texto primigenio tampoco preveía un plazo o tiempo específico de duración de la situación de incertidumbre. Esta sugería, al menos desde una interpretación literal, que el suspenso se mantenía hasta que la cuestión extraprocesal fuera resuelta, lo que en la práctica judicial forense pudo haber resultado en una irrazonable suspensión de plazos prescriptorios que, incluso, colisionara con el derecho al plazo razonable por una indebida expresión *ad infinitum* de su cómputo. La existencia de dicho solitario párrafo en el texto del comentado artículo hacía que el criterio interpretativo al que hacemos referencia resultara aplicable para todas las causas de suspensión del cómputo del plazo prescriptorio. Ello no podía ser de otra manera, en tanto la norma no distinguía tratamiento alguno entre ellas, es decir, las causas generarían sus efectos indefinidamente hasta que la situación endógena se resolviera o, en algunos casos, hasta que el supuesto de hecho, determinado por la ley o la jurisprudencia, se cumpliera.

1 El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N.º 03681-2010-PHC/TC Lima, caso Ernesto César Schütz Landázuri, precisó en el segundo párrafo del fundamento cuarto que la suspensión de la de la prescripción de la acción penal no cuenta con causales establecidas en el Código Penal, agregado en el tercer párrafo del mismo que de la lectura del artículo 84 del CP “puede concluirse que la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal se presenta cuando: i) preexiste o surge ulteriormente una cuestión jurídica controvertida que impida la iniciación o la continuación del proceso penal; y ii) la decisión del otro procedimiento distinto incida sobre la iniciación o la continuación del proceso penal”.

El cumplimiento del primer grupo al que hacemos referencia dependía estrictamente de la actuación de los órganos estatales, sea el Poder Judicial en el trámite de cuestiones previas, prejudiciales o quejas de derecho, o el Poder Legislativo, frente al antejuicio o procedimientos de desafuero. El segundo, por otro lado, dependía de actos de agentes ajenos a la gran corporación estatal, bien del ciudadano rebelde que se sustrae del procesamiento dolosamente a sabiendas de su incorporación (contumacia) o, bien del trámite procedimental del mecanismo de entrea ayuda penal internacional (Valle-riestra, 2011, p. 22) por la autoridad extranjera (extradición). Este último grupo representaba a aquellos obstáculos en el procesamiento fuera del control del poder estatal que, por tanto, resultaban más susceptibles de prolongación en el tiempo, especialmente, en los casos de alta complejidad.

A partir de esta idea, si planteamos como hipótesis la posibilidad de que un ciudadano logre sustraerse de las autoridades estatales indefinidamente para evitar su procesamiento, así como la eventual configuración de procesos de extradición inconclusos durante amplios períodos de tiempo, nos preguntamos ¿El cómputo de la prescripción tendría que suspenderse por el mismo indefinido plazo, o tendría que existir un límite material fijado razonablemente por el ordenamiento jurídico? Antes de la modificatoria del artículo 84 del CP, la Corte Suprema de Justicia ya había respondido a la pregunta, incluso, con posiciones discordantes. Abordaremos éstas en la sección que sigue.

### El estado de cosas previo

Como se ha señalado, el texto original del artículo 84 del CP establece los efectos de la suspensión del cómputo del plazo prescriptivo del delito, pero no hace lo propio para definir su origen ni su plazo de duración. En tal sentido, su literalidad sugería que ésta surtía efectos de forma indefinida, sea con el cumplimiento del procedimiento extraprocésal o del supuesto de hecho legal o jurisprudencialmente establecido como obstáculos en el procesamiento penal. Sin embargo, la indefinición del plazo que sugería el texto no resultaba constitucionalmente adecuada. Dicha interpretación colisionaba gravemente con el derecho a ser juzgado y procesado en un plazo razonable, especialmente tratándose de las causales por declaratoria de contumacia y por el trámite de procesos de extradición que, en la práctica judicial forense, envolvían situaciones que generaban extensas suspensiones del proceso.

Por dicho motivo, la Corte Suprema, en aras de su intento por forjar una interpretación compatible con la Constitución, ha desarrollado en su jurisprudencia la respuesta a la pregunta que planteamos, procurando fijar o definir razonablemente, atendiendo a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional<sup>2</sup>, el plazo del cómputo de la suspensión de la prescripción de la acción penal para estas dos problemáticas causales.

### Sobre el tratamiento de la contumacia

Antes de conocer la posición divergente de la Corte Suprema para definir el plazo por el que la acción puede verse suspendida, es necesario abordar el contenido de la norma que instituye legislativamente al estado de contumacia como una causa de tal circunstancia. El miércoles 26 de junio de 1996, en el marco del gobierno autoritario del presidente Alberto Fujimori, se publicó la Ley N.º 26641, en cuyo artículo 1 se expresó lo siguiente:

Interprétese por vía auténtica que, tratándose de contumaces, el principio de la función jurisdiccional de no ser condenado en ausencia, se aplica sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptivos, la misma que opera desde que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho. El juez encargado del proceso declara la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción.

Esta norma resultó polémica en sus inicios por la inadecuada y confusa<sup>3</sup> técnica legislativa con la que se gestó. Se utilizaron indistintamente las figuras de la interrupción y suspensión, sin considerar sus diferencias sustantivas desde la dogmática penal. Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no abundó en dar claridad sobre el tratamiento de esta materia. De hecho, las sentencias recaídas en los expedientes N.º 4118-2004-HC/TC Piura, caso Luis Alberto Velásquez Angulo, de fecha 6 de junio de 2005, y la N.º 7451-2005-PHC/TC, caso Franklin Macedonio Alcántara Muñoz, de fecha 17 de octubre de 2005, coincidieron en que “tratándose

2 Precisamente, el Tribunal Constitucional (TC), en la sentencia recaída en el expediente N.º 04959-2008-PHC/TC Lima, caso Benedicto Nemesio Jiménez Bacca, señalaba en su fundamento décimo quinto que: “15. Este Tribunal Constitucional considera necesario señalar que la suspensión de los plazos de prescripción, en aplicación de la referida Ley N.º 26641, en caso de mantener vigente la acción penal *ad infinitum* resultaría a todas luces inconstitucional. Como ya se ha señalado, el poder punitivo del Estado no puede ser ilimitado ni infinito”.

3 El profesor Víctor Prado Saldarriaga (2000), precisamente, reconocía que la Ley N.º 26641 “incorporó confusas fórmulas de suspensión de interrupción de la prescripción de la acción penal para tales casos” (p. 933).

de reos contumaces, los plazos de prescripción se interrumpen si existen evidencias irrefutables de que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho” (fundamento 11 y 12, respectivamente).

La falta de claridad se intensificó con la sentencia recaída en el expediente N.º 03681-2010-PHC/TC Lima, caso Ernesto César Schütz Landázuri, del 20 de abril de 2011, en tanto el tribunal, atendiendo a las sentencias precedentes, consideró que debía justificarse por qué la contumacia tenía por efecto la suspensión o la interrupción, lo que dejaba a un simple ejercicio argumentativo la posibilidad de asumir dicha situación como generadora de uno u otro efecto, según lo considerase el juzgador del caso en concreto. Empero, es posterior a ello que el Tribunal Constitucional uniformemente señala, en diversas sentencias, que la declaración de contumacia genera como efecto la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal, y no la interrupción. Esta posición se manifestó en las sentencias recaídas en los expedientes N.º 01279-2010-PHC/TC Lima, del 18 de agosto de 2011; N.º 03711-2011-PHC/TC Callao, del 19 de octubre de 2011; N.º 05398-2016-PHC/TC Lambayeque, del 4 de agosto de 2020, entre muchas otras. Así, el Tribunal sentó su posición por considerarla un impedimento para la continuación del procesamiento penal.

Aun cuando en la actualidad esta situación jurídica sea ya incontrovertida, lo que sí ha resultado problemático para los justiciables responde a las divergencias interpretativas que presentan los magistrados de la Corte Suprema en sus pronunciamientos, situación que ha generado plena inseguridad jurídica en la práctica judicial. Ella, manifestada en decisiones disímiles entre órganos jurisdiccionales inferiores que generan, por tanto, un tratamiento desigual entre las causas penales resueltas. En un primer episodio, en el marco del desarrollo histórico jurisprudencial del tratamiento de esta circunstancia, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema estableció en el Recurso de Nulidad N.º 2606-2013/Lima, del 28 de febrero de 2014, ponencia del juez supremo Cevallos Vegas, componiendo colegiado con los magistrados Villa Stein, Barrios Alvarado, Neyra Flores y Morales Parraguez, lo siguiente:

2.1. Del análisis de las pruebas actuadas durante el decurso del proceso es de verse de autos, que mediante resolución de veintidós de mayor de mil novecientos noventa y ocho (...) se declaró Reo contumaz al procesado (...), reservándose su juzgamiento mediante sentencia de veinte

de junio de dos mil cinco (...) advirtiéndole del contenido de la citada resolución que no hace mención en forma expresa de la suspensión del plazo de prescripción, razón por la cual no procede efectivizar la suspensión del referido plazo, en tanto el Ministerio Público titular de la acción penal no lo ha cuestionado dicha resolución en su oportunidad.

(...)

2.5. Siendo que el procesado según la ficha RENIEC (...) nació el nueve de diciembre de mil novecientos setenta y siete, por lo que al momento de ocurridos los hechos (veinte de enero de mil novecientos noventa y siete) tenía diecinueve años, un mes y once días de edad, que para la prescripción de la presente acción penal es necesario que transcurran treinta años computados desde la fecha en que se produjo el evento criminoso, resulta de aplicación el artículo ochenta y uno del Código Penal, por el cual el plazo de prescripción se reduce a la mitad, es decir, a quince años, el mismo que a la fecha ha vencido en exceso, en consecuencia la potestad persecutoria feneció por el transcurso del tiempo.

De esta resolución podemos advertir claramente la posición que asumió la Sala Penal Permanente respecto a la operancia del efecto que legalmente generaba la declaración de contumacia. Recordemos que la Ley N.º 26641, interpretada por la jurisprudencia constitucional, dispuso la suspensión del cómputo de los plazos de prescripción a partir de la configuración de esta circunstancia, sin fijar que éste pudiera ser discrecionalmente dispuesto por el órgano judicial. Sin embargo, conforme podemos claramente identificar, el supremo tribunal convalidó la inaplicación de la referida ley en tanto el órgano inferior no mencionó expresamente la efectivización de la suspensión.

Fuera del debate, que posteriormente sería zanjado, respecto a la nula necesidad del señalamiento explícito del efecto, lo cierto es que la Sala Penal Permanente avaló su inaplicación y, por ende, computó el plazo de prescripción extraordinaria desde la fecha de comisión del delito hasta cumplidos los quince años fijados, atendiendo a su edad (responsabilidad restringida). Esto es, sin ninguna sustracción aritmética por la suspensión de plazos prescriptorios legalmente instituida. Aunque la inaplicación de la disposición legal (Ley N.º 26641) resultó de convalidar un criterio que posteriormente fue corregido, en tanto la norma no habilitaba la generación del efecto de la contumacia de forma discrecional, lo cierto es que los referidos magistrados asumieron completamente la posibilidad de no suspender

los plazos de prescripción por la declaratoria de contumacia. En un segundo episodio, la misma Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, estableció en el fundamento cuarto del Recurso de Nulidad N.º 658-2014/Junín, del 20 de abril de 2015, ponencia del juez supremo Neyra Flores, conformando colegiado esta vez con sus pares Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana y Loli Bonilla, lo siguiente:

CUARTO. Al respecto, cabe indicar que la declaración de contumacia, por su propia naturaleza, tiene como efecto la suspensión de pleno derecho de la prescripción de la acción penal, desde el momento en que se declaró contumaz al acusado hasta que se ponga a derecho, plazo que deberá descontarse al tiempo transcurrido desde la fecha de la comisión del delito. (...).

Este mismo argumento es replicado por el mismo órgano judicial en el fundamento quinto del Recurso de Nulidad N.º 977-2015/Lima, del 31 de mayo de 2016, ponencia del mismo juez supremo Neyra Flores. A través de estas resoluciones, la Corte Suprema perfiló la línea argumentativa respecto al tratamiento de esta causal de suspensión de prescripción de la acción penal, lo que favoreció a la predictibilidad y seguridad jurídica del ordenamiento. Esta misma posición fue asumida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, estableciendo en el Recurso de Nulidad N.º 1945-2014/La Libertad, del 11 de agosto de 2016, ponencia del juez supremo San Martín Castro, conformando colegiado con sus pares Prado Saldarriaga, Salas Arenas, Barrios Alvarado y Príncipe Trujillo, lo siguiente:

TERCERO. Que, si bien los autos antes mencionados no dispusieron la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal, es de tener en cuenta lo terminantemente dispuesto por la Ley número 26641, de veintiséis de junio de mil novecientos noventa y seis. Esa Ley estatuye la suspensión de la prescripción, como consecuencia o efecto jurídico necesario de la declaración de contumacia. Se trata de una norma procesal. (...).

CUARTO. Que los autos en cuestión se emitieron en agosto de mil novecientos noventa y siete -la ley antes citada y estaba en vigencia-; y mientras no se captura o pongan a derechos los imputados, no corre el plazo prescriptorio, que por ministerio de la ley está suspendido. La suspensión es una consecuencia necesaria, no discrecional del juez, por tanto, que el juez no la indique textualmente en la resolución judicial (...) no significa que desde ya el término de la prescripción se interrumpió (...).

Son dos los detalles que saltan a la vista de estos fundamentos que resultan relevantes para el tema que tratamos. En primer lugar, se advierte

una falta de prolijidad en el lenguaje utilizado por el juez ponente al referirse al efecto de la declaratoria de contumacia. Se parte por señalar que su efecto, a partir de una interpretación literal de la ley en cuestión (de ahí que utilice la expresión “*terminantemente dispuesto*”), es el de la suspensión, para que, en la parte *in fine* del fundamento cuarto, se haga referencia a la interrupción de la prescripción. Si bien no resulta determinante para generar una variación sustancial en el razonamiento de la decisión, lo cierto es que, precisamente esta falta de pulcritud en los términos, en lo que coadyuvó al debate inicial al que hicimos referencia.

En segundo lugar, y lo que resulta realmente nuclear, se puede identificar claramente el criterio interpretativo asumido en este punto histórico por la Corte Suprema respecto al fin del cómputo de la suspensión de los plazos prescriptorios generados por la declaratoria de contumacia y, por ende, su duración. En este primer momento, se establece que se extienden los efectos de la suspensión durante aquel periodo en el que el ciudadano imputado se encuentre sustraído del procesamiento hasta su comparecencia a él, sea a través de su captura o de mutuo propio. Es decir, se persistió y mantuvo un criterio formal de duración, sin considerar que dicha circunstancia fáctica podía eventualmente prolongarse por amplios márgenes temporales y generar un debilitamiento del poder de coerción estatal<sup>4</sup>. La pregunta, así, persistía ¿Podía la suspensión extenderse *ad infinitum*?

Hacia un tercer episodio, esta posición varió, aplicando un criterio aparentemente más adecuado a la Constitución. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema estableció en el fundamento vigésimo del Recurso de Nulidad N.º 1835-2015/Lima, del 07 de diciembre de 2016, lo siguiente:

20. En consecuencia, el plazo razonable para la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal seguida contra un procesado contumaz, en los procesos complejos, en aplicación de la Ley 26641, debe ser 6 años o 72 meses, que se computará a partir de la fecha en que se lo declara reo contumaz; y una vez vencido el mismo, comenzará a correr nuevamente el plazo extraordinario de prescripción,

4 El Tribunal Constitucional, ha señalado que la prescripción, “desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al ius puniendi, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción existiendo apenas memoria social sobre ella”. Criterio uniforme, contenido en las sentencias recaídas en los expedientes N.º 1805-2005-HC/TC Lima, N.º 02407-2011-PHC/TC Lima, N.º 03116-2012-PHC/TC Lima, N.º 02428-2015-PHC/TC Callao, N.º 00214-2016-PHC/TC Lima Norte, N.º 00051-2020-PHC/TC Lima Este, entre otras.

conforme al artículo 83°, in fine, del código penal, por lo que debe revocarse la resolución impugnada, fijándose un plazo menor a la establecida por la Sala Superior.

Por mayoría<sup>5</sup>, el supremo colegiado estableció taxativamente, a partir de una aparente interpretación sistemática de la Ley N.º 26641, que el plazo razonable de cómputo de la suspensión del ejercicio de la acción penal producto de la declaratoria de contumacia correspondía a 6 años. Este criterio hacía que cualquier marco temporal de suspensión que lo excediera devenga en contrario al orden jurídico jurisprudencialmente instituido para ese momento. Cumplido dicho tiempo, tal como señaló la ejecutoria, continuaría el cómputo del plazo extraordinario de prescripción con normalidad, al que se le adicionaría el tiempo transcurrido antes de la declaratoria de contumacia.

Lo dispuesto por la sala suprema fijó un límite, ya no solo formal o meramente conceptual, sino estrictamente determinado. Como señaló ésta misma en el fundamento 19 de su Ejecutoria, irrelevante sería el motivo por el que el encausado se encuentre sustraído de la justicia<sup>6</sup>, computándose el plazo de suspensión solo por el marco temporal propuesto. Ello, evidentemente, tuvo un efecto bastante más favorable al imputado, conteniendo<sup>7</sup> en mayor medida el poder punitivo del Estado y brindándole al ciudadano seguridad plena sobre los plazos con los que la gran corporación estatal disponía para la persecución del delito. La posibilidad de una suspensión de la prescripción indefinida o extendida *ad infinitum*, se anuló para aquel momento.

Posterior a ello, nuevamente la Sala Penal Permanente, mediante una ponencia del juez Neyra Flores, contenida en el Recurso de Nulidad N.º 2694-2017/Tacna, del 15 de marzo de 2018, se reitera el criterio sostenido por este mismo, conforme consta del segundo párrafo de su fundamento octavo. Del mismo modo, la ponencia del juez Príncipe Trujillo, contenida en el Recurso de Nulidad N.º 1176-2017/Puno, del

22 de octubre de 2018, asume dicha misma lógica, realizando la sustracción del tiempo propio de la suspensión por la declaratoria de contumacia en el caso concreto, desde el momento en que se definió su situación jurídica como tal, hasta aquel otro en que fue capturado. Esto supuso el retorno a lo que, hasta aquel momento, supuso un tratamiento mayoritario.

Ello siguió manifestándose así mediante el Recurso de Nulidad N.º 1678-2018/Madre de Dios, del 7 de mayo de 2019, emitido también por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema compuesta por los jueces San Martín Castro, Figueroa Navarro, Príncipe Trujillo, Sequeiros Vargas y Chávez Mella, se estableció:

CUARTO. (...) Luego, por imperio de la declaración de contumacia, conforme al artículo 1 de la Ley 26641, de veintiséis de junio de mil novecientos noventa y seis, desde el veintiocho de abril de dos mil cuatro se suspendió el plazo de prescripción, el cual se reanudó luego de doce años, atento a la línea jurisprudencial sancionada por este Tribunal Supremo, el día veintiocho de abril de dos mil dieciséis, y desde esta fecha a la actualidad, sumando los dos años transcurridos antes de la suspensión, no ha transcurrido el plazo de doce años exigible (artículos 80 y 83 del Código Penal).

La citada ejecutoria hace referencia a la existencia de una línea jurisprudencial fijada por la Corte Suprema. La ponencia del juez supremo San Martín Castro sigue la lógica que éste mismo expresó y desarrolló en el pronunciamiento que comentamos inicialmente (Recurso de Nulidad N.º 1945-2014/La Libertad), y la atribuye como una línea consolidada. Sin embargo, lo afirmado no sólo no se condice con el desarrollo jurisprudencial histórico que se ha puesto de manifiesto, sino que tampoco responde a una línea pacífica en la propia Sala Penal Permanente, órgano en el que también se emitió el Recurso de Nulidad N.º 1835-2015/Lima, con un razonamiento disímil. Ciertamente, como se ha mencionado, podemos entender esta posición como mayoritaria, más no consolidada concluyentemente.

El apartamiento de dicho criterio, incluso, exigía una motivación reforzada, aun cuando éste último no constituyera doctrina jurisprudencial. Lo cierto es que, frente a la existencia de criterios diversos en la jurisprudencia de un órgano jurisdiccional, se debe definir los motivos por los que se aplica uno y otro para tal o cual caso concreto, situación que no se configuró en este cuarto episodio. En tal sentido, no consideramos precisa la afirmación del juez Supremo en su ponencia, en la medida

5 Decisión asumida por los jueces Supremos Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana e Hinojosa Pariachi, siendo este último, ponente. El Juez Supremo Príncipe Trujillo, dejó constancia de su voto discordante.

6 El maestro Luis E. Roy Freyre (1998) señalaba que "es un principio propio del Derecho natural reconocerle a la persona que se sabe perseguida por la justicia, la posibilidad de eludir su detención y juzgamiento valiéndose de un medio tan elemental y a su alcance como es el sustraerse de la acción de la justicia" (p. 106-107)

7 Hay que tener en cuenta que el Derecho Penal se concibe como una contención al poder punitivo del Estado, más no como un elemento legitimador de concepciones ideológicas.

que, hasta aquel momento, la heterogeneidad en los pronunciamientos imperaba. Lógicamente, ello no abundaba a la seguridad jurídica, ya que permitía a los órganos inferiores alrededor del país decidir sin uniformidad y bajo un tratamiento, por tanto, desigual.

La incertidumbre y heterogeneidad en la jurisprudencia, sin embargo, se intensificó con lo resuelto en el Recurso de Nulidad N.º 1666-2019/Lima, del 27 de julio de 2020, también emitido por la Sala Penal Permanente de la Suprema Corte. La denominada doctrina “Schutz Landázuri”, más bien, se afianzó con esta decisión de los jueces San Martín Castro, Figueroa Navarro, Castañeda Espinoza, Sequeiros Vargas (ponente) y Coaguila Chávez, quienes aplicaron expresamente dicha lógica:

6.12. De esta manera, atendiendo a que los hechos ocurrieron el quince de junio de dos mil tres y el diez de agosto de dos mil cinco se suspendió el plazo de prescripción en aplicación de la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad número 1835-2015/Lima [del siete de diciembre de dos mil dieciséis] invocada por la defensa, el plazo de prescripción no es ilimitado, sino que debe ser razonable, esto es, de seis años. Entonces, hasta allí transcurrieron dos años, un mes y veinticinco días, cuando se suspenden los plazos. Y, aplicando el plazo razonable de prescripción - seis años -, este venció el diez de agosto de dos mil once, fecha en la que se continúa computando el plazo de prescripción (extraordinario), que es de quince años. En consecuencia, hasta el momento solo han transcurrido de tal plazo once años, un mes y ocho días, por lo que aún no opera la prescripción de la acción penal en contra de la citada acusada.

Lo primero que salta a la vista, como se puede fácilmente advertir, es que nos encontramos frente a una Ejecutoria con decisión unánime. En segundo lugar, y consideramos nosotros lo más resaltante, es que particularmente este colegiado fue integrado por tres de los magistrados que en el Recurso de Nulidad N.º 1678-2018/Madre de Dios asumieron una posición tangencialmente disímil. Hablamos de los jueces supremos San Martín Castro, Figueroa Navarro y Sequeiros Vargas, éste último en su calidad de ponente. No solo resulta manifiestamente incongruente que éstos tres jueces hayan suscrito esta nueva ejecutoria con un criterio inicialmente negado (o, cuando menos, no aceptado expresamente) por éstos mismos, sino que resulta una vulneración reiterada y evidente al principio de seguridad jurídica. Cada vez que resoluciones contradictorias, suscritas por la misma conformación de jueces, son emitidas, se genera un grave quebrantamiento a la predictibilidad del

sistema jurídico, en la que el ciudadano imputado se presenta como principal afectado.

Luego de ello, la misma Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, manteniendo su conformación por los jueces San Martín Castro (ponente), Figueroa Navarro y Sequeiros Vargas, en compañía de los jueces Coaguila Chávez y Carbajal Chávez, emiten el Recurso de Nulidad N.º 2298-2019/Lambayeque, en cuyo fundamento sexto precisó:

SEXTO. Que es de precisar que la Ley 26696 no dispone un plazo de suspensión indeterminado, sino que lo condiciona a la puesta a derecho del contumaz -ese es el término final de carácter objetivo o *dies a quem*-. Empero, el plazo concreto -según dure el ocultamiento del imputado rebelde o contumaz- se ha de modular en aplicación del principio de proporcionalidad y sobre la base de la ponderación concreta entre el derecho a un plazo razonable (...)."

∞ En tal virtud, si el delito no es grave y si a la demora de la causa contribuyó concurrentemente la conducta negligente del órgano jurisdiccional es posible entender, por razones de necesidad de pena por la antigüedad del delito -que es el fundamento de la institución de la prescripción (criterio material)-, que ya no sería razonable el mantenimiento del proceso y, por ende, por un dilatado transcurso del tiempo ya no resultaría compatible con las bases del sistema penal la imposición de una sanción penal al responsable. (...).

A través de esta ejecutoria, esta misma sala varía nuevamente su criterio y retorna al que el juez San Martín Castro planteó inicialmente, dejando expresamente consignado que el plazo de suspensión por declaratoria de contumacia no es indeterminado, sino que su fin está sujeto al tiempo en que el imputado se encuentre oculto. Lo problemático, sin embargo, seguía siendo aquellos casos en los que la sustracción del procesamiento se extendía ampliamente en el tiempo, como parte del ejercicio natural a la libertad que le alcanza a todos los seres humanos. A ello, la ejecutoria ofrece una solución: Ya no sería razonable el mantenimiento del proceso, aun cuando el imputado se encuentre en situación de rebeldía, cuando el delito en trámite no sea grave, y concurra una conducta negligente por parte del órgano judicial.

Esto último que menciona la ejecutoria resulta de especial relevancia porque habilita la posibilidad, incluso, que, de cumplirse el supuesto de hecho anotado (delito leve y conducta negligente del aparato judicial), opere la prescripción por cuestiones de necesidad de la pena. ¿Deberíamos entender que ello tendría que aplicarse sin importar el tiempo de sustracción transcurrido?

No se desprende con claridad de la ponencia. No obstante, ello resulta un criterio que sugiere un alto grado de discrecionalidad judicial, que, si bien podría ser objeto de control a través de los mecanismos impugnatorios, respondería a una gran carga ideológica que podría desnaturalizar el sentido de la decisión y los fines del derecho penal para determinados casos, sobre todo, los de contenido político. La complejidad del caso podría definirse, en ese sentido, según los intereses político criminales asumidos por los juzgadores, sin atender a un criterio objetivo.

Lo paradójico de esta resolución, sin embargo, no recae en que insiste en mantener un estado de vaivén jurisprudencial generador de plena inseguridad jurídica en el ordenamiento, sino que aquí sí cumple el colegiado con motivar, en el tercer párrafo del mismo fundamento sexto, el apartamiento de la doctrina “Schutz Landázuri”, a la que sí se adhirió expresamente en la Ejecutoria anteriormente abordada (N.º 1666-2019/Lima). Al respecto, precisó que:

SEXTO. (...)

∞ Es relevante hacer mención a la Ejecutoria Suprema 1835-2015/Lima, de siete de diciembre de dos mil dieciséis, ponente Hinostrza Pariachi, que invocando la doctrina constitucional antes citada fijó el plazo de suspensión por contumacia para delitos graves en seis años tomando como referencia el plazo máximo de detención (...). Esta decisión, empero, no puede seguirse, primero, porque no es compatible con la doctrina constitucional que fija criterios variables en función de coordenadas predeterminadas (complejidad del asunto, actividad procesal del interesado y conducta del órgano jurisdiccional) -no se trata de fijar criterios únicos y plazos específicos que por lo demás corresponde al legislador-; y, segundo, porque la norma de referencia (de la prisión preventiva) no es homologable con el plazo de suspensión de la causa (...).

Es posible rescatar de la resolución que esta haya cumplido con argumentar y sostener los motivos por los que consideró válido el apartamiento del precedente de su propia sala. Sin embargo, a través de ella se intensifica el trato desigual a los ciudadanos. De haber sido un colegiado con integrantes íntegramente distintos, como no es el caso, quizás, la situación no resultaría tan problemática.

Hacia un quinto momento, el Recurso de Nulidad N.º 944-2019/Apurímac, emitido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema<sup>8</sup>, ponencia

8 Decisión unánime asumida por los jueces Supremos Brousset Salas, Castañeda Otsu (ponente), Pacheco Huancas, Guerrero López y Bermejo Ríos.

de la magistrada Castañeda Otsu (ponente), somete a debate y consideración las dos posiciones, hasta ese entonces, preponderantes sobre la materia, planteando una tercera a partir de una interpretación de la ya comentada Ejecutoria N.º 2298-2019/Lambayeque. Precisamente, en los fundamentos destacados se señala:

DECIMOPRIMERO. (...)

Lo que procede determinar es si el tiempo que suspendió era razonable o no, pues no puede ser indefinido. Para esto, jurisprudencialmente se estableció en los recursos de nulidad números 1835-2015/Lima y 1666-2019/Lima que el plazo máximo razonable de suspensión por contumacia es de seis años o setenta y dos meses, pues se tuvo como referencia el plazo máximo de detención y su prolongación para tales casos.

Sin embargo, en el Recurso de Nulidad N.º 2298-2019/Lambayeque hubo un cambio y apartamiento de los criterios establecidos, por considerarse incompatibles con la doctrina constitucional que ha establecido criterios variables para determinar el plazo razonable en cada caso en concreto, en función a la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta del órgano jurisdiccional. Se señaló que no era posible este criterio único y plazo específico para la suspensión por contumacia, pues dicha potestad sólo correspondía al legislador. (...)

Así, se estableció que, en estricto, el plazo de suspensión se modularía de acuerdo con el principio de proporcionalidad y sobre la ponderación entre el derecho a un plazo razonable y las necesidades de la justicia penal, tutela del bien jurídico protegido, protección de la seguridad ciudadana y lucha contra la impunidad (bienes jurídicos constitucionales de naturaleza material).

DECIMOSEGUNDO. Siguiendo esta última línea jurisprudencial, consideramos que el plazo de suspensión de seis años fijado por la Sala Superior es proporcional, dado que el delito materia de procesamiento fue el de violación sexual, el cual es un grave y se intensifica aún más cuando es cometido en perjuicio de menores de edad. (...)

DECIMOTERCERO. (...) Luego de cumplidos los seis años por la contumacia, los plazos prescriptivos se reanudaron el 26 de agosto de 2014. (...).

Esta tercera posición a la que hacemos referencia es especialmente interesante por la interpretación que efectúa de la Ejecutoria N.º 2298-2019/Lambayeque. En efecto, tal como se cita en el tercer párrafo del fundamento destacado decimoprimer, la citada resolución hace referencia a la fijación de un plazo concreto, en función del tiempo de ocultamiento específico del imputado, que

debe modularse conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Es a partir de dicho ejercicio valorativo que, alejándose de lo prescrito en el Recurso de Nulidad N.º 1945-2014/La Libertad, donde se planteó inicial y tajantemente que el plazo de suspensión opera estrictamente en función del tiempo de ocultamiento del imputado (sin importar cuánto fuera), la Sala Transitoria asume la posibilidad de plantear un plazo determinado de suspensión, pero, como se ha señalado anteriormente, bajo un alto grado de discrecionalidad al fijarlo. Precisamente, la ponencia de la juez Castañeda Otsu opta por convalidar la fijación del cómputo de seis años de suspensión del plazo prescriptorio efectuada por la resolución de la Sala Superior, elevada en grado, bajo los criterios apuntados.

En un sexto momento, nuevamente la Sala Penal Permanente emite tres resoluciones que ponen nuevamente de relieve el endeble e inseguro sistema jurisprudencial en el país, anulando todo ápice de predictibilidad sobre la materia. En los Recursos de Nulidad N.º 951-2020/Callao y N.º 959/2020/Nacional, ambas del 02 de setiembre de 2021, y el Recurso de Nulidad N.º 658-202, del 08 de noviembre de 2021, emitidas por el colegiado compuesto por los jueces supremos San Martín Castro, Sequeiros Vargas, Bermejo Ríos, Coaguila Chávez y Torres Muñoz como ponente, se realiza una interpretación restringida y parcial del contenido de la Ejecutoria N.º 2298-2019/Lambayeque, precisando expresamente su disenso con la doctrina “Schutz Landázuri”, de la Ejecutoria N.º 1835-2015/Lima. Así, en el primer párrafo del fundamento sexto del primer Recurso de Nulidad en mención, se señala<sup>9</sup>:

Sexto. El deber de comparecer de todo encausado, da cuenta de la lógica imperativa del proceso penal, pues sin él, naufragaría la naturaleza coercitiva de la justicia, al dejar librada a la discrecionalidad de las partes la posibilidad de concurrir o no a los actos que componen el procedimiento; siendo esto así, *no puede ser concebida la evasión del imputado, como propio del derecho de defensa, pues a la actitud afecta la eficacia de la justicia penal (...)*.

Posteriormente, en el segundo párrafo de éste mismo fundamento en la citada ejecutoria, texto

replicado en el fundamento decimotercero de la segunda resolución en referencia, se señala:

Por lo discernido; este Supremo Tribunal, ratifica la vigencia del fundamento sexto, contenido en el Recurso de Nulidad N.º 2998-2019-Lambayeque del veintiuno de enero de dos mil veintiuno, donde en uno de sus extremos, señala:

[...] La Ley 26641 no dispone un plazo de suspensión indeterminado, sino que lo condiciona a la puesta a derecho del contumaz - ese es el término final de carácter objetivo o dies a quem -. Empero, el plazo concreto - según dure el ocultamiento del imputado rebelde o contumaz - se ha de modular en aplicación del principio de proporcionalidad y sobre la base de la ponderación concreta entre el derecho a un plazo razonable - que integra la garantía genérica del debido proceso - y las necesidades de la justicia penal, tutela del bien jurídico protegido por la norma penal, protección de la seguridad ciudadana y lucha contra la impunidad - bienes jurídicos constitucionales de naturaleza material [...]

En ese sentido, disentimos una vez más con el R.N. N.º 1835.2015-Lima, del siete de diciembre de dos mil dieciséis (ponente Hinostroza Pariachi) que por mayoría establece como plazo razonable de suspensión de la prescripción ante contumaces, el de setenta y dos meses, es decir seis años (artículo 137 del Código Procesal Penal de mil novecientos noventa y uno), tomando como referente el plazo máximo de la detención, entre otros particulares argumentos

En los tres casos, los últimos fundamentos de cada una de las ejecutorias concluyen en que la suspensión del plazo de prescripción vencerá en el momento en que los imputados se pongan a disposición del órgano jurisdiccional voluntariamente o por medio de la autoridad judicial. Sobre estas ejecutorias, son varios los detalles a señalar. Lo primero que advertimos es que las tres obtienen un criterio de aplicación a partir de la interpretación del Recurso de Nulidad N.º 2998-2019/Lambayeque, tal como se hizo el Recurso de Nulidad N.º 944-2019/Apurímac. Lo curioso, cuando menos, es que, a partir del mismo antecedente jurisprudencial, las ejecutorias concluyen en criterios distintos. La ponencia de la juez Castañeda Otsu asumió, a partir de una interpretación integral del texto jurisprudencial, que el plazo concreto de suspensión, que ciertamente parte del tiempo que la persona lleva oculto, debe ser modulado conforme al principio de proporcionalidad y razonabilidad. Por otro lado, la juez Torre Muñoz entendió, bajo una

<sup>9</sup> Criterio replicado en el segundo párrafo del fundamento sexto del Recurso de Nulidad N.º 2298-2019/Lambayeque, y en el fundamento decimotercero del Recurso de Nulidad N.º 959/2020/Nacional

lectura parcial del mismo, que la suspensión de la prescripción se entiende por computada durante todo aquel tiempo en que el imputado se encuentre sustraído de la acción judicial. Así, si se interpretó la misma ejecutoria como base, y se llegó a dos criterios interpretativos distintos, ¿Cuál usamos?

Lo segundo, precisamente, viene por la inobservancia, en ambas ejecutorias, de lo señalado en el Recurso de Nulidad N.º 944-2019/Apurímac, que abordó ese mismo tema, dos meses antes en el mismo año. Lo que describimos demuestra un claro problema de sistematización de la Corte Suprema, en la que se obtienen sentencias que tienen como base interpretativa el mismo instrumento jurisprudencial, pero de las que se obtienen como conclusión criterios disímiles que mantienen e insisten en la inseguridad jurídica. Esta, más bien, se adecúa en mayor medida al criterio inicialmente planteado en la Ejecutoria N.º 1945-2014/La Libertad, ponencia del juez San Martín Castro, que no ofrecía ningún criterio valorativo, como sí lo hace en su ponencia de la Ejecutoria 2998-2019/Lambayeque, para modular el plazo de suspensión de la prescripción.

Lo establecido en las ponencias de la juez Torres Muñoz, además, pondera la aplicación efectiva de la suspensión de la prescripción por declaratoria de contumacia en consonancia con el derecho al plazo razonable. Para determinar si es aplicable o no el cómputo de la suspensión del plazo de prescripción, construye la argumentación según lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N.º 1388-2010-PHC/TC Pasco, en cuyo fundamento 15 se precisa que “la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces, sólo puede ser de aplicación en caso la misma no resuelve vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso”<sup>10</sup>, posición asumida unificadamente por éste máximo intérprete<sup>11</sup>.

Pero, lo que más resalta en sentido práctico es que, una vez más, los jueces San Martín Castro y Sequeiros Vargas, como integrantes de la Sala Penal Permanente, varían su criterio. En estas sentencias, es tajante el criterio en cuanto a que el tiempo de ocultamiento de contumaz

se contabiliza íntegramente, mientras que en la Ejecutoria 2998-2019/Lambayeque, última suscrita por ambos sobre la materia, el criterio de fijación del plazo de suspensión concreto resultaba mucho más amplio en virtud de la operancia de los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Es decir, se seguía fracasando en la idea de tener una real línea jurisprudencial o, cuando menos, posiciones predecibles entre salas y magistrados supremos.

En un séptimo y más reciente episodio, la Sala Penal Transitoria reaparece en este recuento histórico con dos pronunciamientos que tampoco abundan a consolidar una línea jurisprudencial uniforme. El primero, corresponde al Recurso de Nulidad N.º 972-2021/Cusco, del 08 de marzo de 2022, ponencia de la juez Pacheco Huancas, conformando colegiado con los señores jueces Prado Saldarriaga, Núñez Julca, Brousset Salas y Guerrero López, en cuyos fundamentos 16, 17 y 19, se expresa:

16. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el mismo sentido, señalando que “la Ley N.º 26641, que dispone la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces, solo puede ser de aplicación en caso la misma no resulta vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso” [STC 4959-2008-PHC/TC, del 1 de agosto de 2009, f.j. 16].

17. Es así que, en el caso concreto, el delito se trata de violación sexual de menor de edad en grado de tentativa que es sancionado con pena privativa de libertad no menor de 15 ni mayor de 20 años. En aplicación a las reglas generales de la prescripción, la acción se extinguiría en un plazo igual a 30 años (20 años más 10 que es la mitad); sin embargo, atendiendo a que en el caso concurre la reducción a la mitad del plazo prescriptorio porque el imputado tenía 76 años a la fecha de los hechos (artículo 81 del Código Penal), la acción prescribiría a los 15 años. Este es el plazo máximo que en este caso debería durar la suspensión de la prescripción por declaratoria de contumacia.

(...)

19. Es a partir del 4 de noviembre de 1999 que se debe computar aquel plazo de 15 años como máximo para la suspensión de la prescripción, lo que culmina el 3 de noviembre de 2014. A partir del 4 de noviembre de 2014 tendría que retomarse el conteo el plazo prescriptorio”.

Esta ejecutoria nos ofrece un razonamiento siguiendo y afianzando el criterio interpretativo del Recurso de Nulidad N.º 944-2019/Apurímac, en el que la fijación del plazo concreto de suspensión de la prescripción de la acción penal

10 Los componentes del derecho al plazo razonable fueron desarrollados por primera vez en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 2915-2004-HC/TC Lima, emblemático caso Federico Tiberio Berrocal Prudencio.

11 Sentencias recaídas en los expedientes N.º 4959-2008-PHC/TC Lima, N.º 01279-2010-PHC/TC Lima, 03711-2011-PHC/TC Callao, N.º 01558-2018-PHC/TC, entre otros.

tiene que ser proporcional y razonablemente establecido. Lo problemático entre ambas resoluciones, sin embargo, es que ambas versan sobre el juzgamiento del mismo delito, esto es, el de violación sexual de menor de edad, y respecto a hechos que circulan entre el año 1997 y 1995, respectivamente.

En el primer caso se estableció como razonable la suspensión de la prescripción por 15 años, mientras que, en el segundo, como se ha señalado, se convalidó la suspensión de 6 años fijada por la Sala Superior. Salta a la vista que, además, se haya fijado un plazo de suspensión mayor en el primer caso, cuya imputación respondía a un delito cometido en grado de tentativa y con responsabilidad restringida, mientras que el otro se seguía por hechos cuyas circunstancias resultaban más graves<sup>12</sup> y por un delito consumado. Por tanto, queda claro que, al menos a primera vista, tenemos un trato desigual para casos similares, curiosamente, aplicando un mismo criterio, situación que acentúa el problema. De otro lado, con el Recurso de Nulidad N.º 1827-2021/Lima, del 18 de octubre del 2022, ponencia del juez supremo Prado Saldarriaga, se asume nuevamente el criterio inicialmente planteado por los jueces Neyra Flores, Príncipe Trujillo y San Martín Castro, estableciendo en su sumilla que: “(...) La declaratoria de contumacia suspende el cómputo del plazo de prescripción. Por consiguiente, el transcurso del tiempo acumulado mientras permanezca dicha condición procesal no surte efectos sobre la prescripción”

Lo que primero resulta problemático con esta resolución son los integrantes que conforman el colegiado. Al ponente lo acompañan los jueces Brousset Salas, Castañeda Otsu, Pacheco Huancas y Guerrero López. Es decir, prácticamente los mismos magistrados que emitieron, no solo la sentencia antes abordada (Recurso de Nulidad N.º 972-2021/Cusco), sino también la Ejecutoria N.º 944-2019/Apurímac, ambas, como ya sabemos que siguen el mismo criterio interpretativo de aplicación. Si ello es así, no resulta congruente que la Sala Suprema Transitoria en su integridad, pero especialmente las juezas Castañeda Otsu y Pacheco Huancas (ponentes de las mencionadas resoluciones), hayan suscrito el criterio esbozado por el juez Prado en su ponencia. Esto, evidentemente, destaca nuevamente la ineficacia de la Corte Suprema en fijar criterios de verdadera uniformidad entre sus magistrados, promoviendo sin lugar a dudas un ambiente de incertidumbre en

el tratamiento de esta materia. Ello, en la medida en que el ciudadano no tenía mayor opción que esperar, como rueda de la fortuna, qué magistrado resolvería su caso, a efectos de presumir qué criterio utilizaría al respecto. Lamentablemente, esta situación se replica cuando se aborda cualquier otro tema sustantivo y adjetivo.

Con todo lo expuesto en esta sección, no cabe duda que el estado de cosas previo a la última modificatoria del artículo 84 del CP era uno oscuro, por la falta de un razonamiento uniforme entre las salas y magistrados. La jurisprudencia penal ordinaria peruana de los últimos 10 años demostró no brindar seguridad jurídica suficiente al ciudadano. Aun cuando se pudiera advertir una posición cuantitativamente mayoritaria en el devenir histórico jurisprudencial, los constantes vaivenes fueron superiores. Ello supuso un autosabotaje a la vigencia del ordenamiento jurídico respecto a la materia. Este es uno de los problemas de los que adolece la Corte Suprema peruana, y que se pone de manifiesto en un problema jurídico tan concreto como el que abordamos en esta sección.

### Sobre el tratamiento de la extradición

A diferencia de la declaratoria de contumacia, la suspensión del cómputo de plazos de prescripción por motivos de extradición<sup>13</sup> no fue establecida positivamente en la legislación nacional. Su determinación como causal de tal efecto, sin embargo, fue consolidada vía interpretación, materializada en la jurisprudencia peruana sobre la materia. En este punto, es importante reiterar que la suspensión de la prescripción surge frente a la aparición de obstáculos que impiden el inicio o continuación del procesamiento penal. Como regla general, tal como se ha precisado, la existencia del obstáculo determina el tiempo de duración de la suspensión, como efecto *sine qua non*. Sin embargo, nuevamente como idea abstracta, dicho efecto no podrá extenderse más allá de lo estrictamente razonable para cada caso en concreto.

13 Victor Prado Saldarriaga (2006), señala que la extradición es “el procedimiento de cooperación judicial internacional en materia penal de mayor tradición histórica” (p. 95); Asimismo, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N.º 3966-2004-HC/TC, caso Enrique José Benavides Morales, precisa en su fundamento 9, que “la extradición es un procedimiento mediante el cual un Estado es requerido para que haga entrega de un individuo que se encuentra dentro de su territorio y que tiene la condición de procesado o condenado por un delito común, por otro Estado requirente o solicitante, en virtud de un tratado o, a falta de éste, por aplicación del principio de reciprocidad, para que sea puesto a disposición de la autoridad judicial competente y se le enjuicie penalmente o para que cumpla y se ejecute la pena impuesta, (...)”, concepto al que se adhirió la Corte Suprema, en la Extradición Pasiva N.º 09-2021/Lima Norte.

12 Ver segundo párrafo del fundamento décimo segundo del Recurso de Nulidad N.º 944-2019/Apurímac.

La doctrina entiende que la suspensión de la prescripción surge por causas personales y materiales<sup>14</sup>. Las primeras están referidas a todas aquellas situaciones impeditivas inherentes a la condición específica del sujeto activo o perseguido, generadas en virtud de la existencia concreta de un vínculo de carácter institucional. Las segundas, reúnen a todas aquellas circunstancias jurídicas ajenas al proceso penal de necesaria dilucidación *ex ante*. Por otro lado, la jurisprudencia penal ha distinguido dos clases de suspensión del cómputo de los plazos prescriptorios, conforme a su materialización. Al respecto, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en la Resolución consultiva que contiene el trámite de la Extradición Pasiva N.º 42-2012/Callao, ha señalado en su fundamento décimo, que:

Décimo. Que, aunado a ello, se configuró la suspensión de dichos plazos, de acuerdo con lo previsto en el artículo ochenta y cuatro, del Código Sustantivo. En efecto, la norma incorpora dos formas de suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal. En primer lugar, alude a la suspensión de origen, la cual se configura por imperio legal, directo y absoluto, cuando no es posible el inicio de un proceso penal sin previa autorización específica que regula la Ley, por ejemplo, la inmunidad parlamentaria. Y, en segundo lugar, se refiere también a la suspensión sobreviviente, que es la que tiene lugar en función a una circunstancia posterior a la incoación del proceso penal, pero que impide su prosecución hasta que el obstáculo producido sea superado.

Como mencionamos al inicio, la suspensión surge siempre de circunstancias estrictamente exógenas a la persecución penal, es decir, ajenas procesalmente a esta actividad, pero de íntima relación con el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la misma. Entre éstas, la primera clase de suspensión resulta originaria, en estricto, por su fuente: La ley. Es esta fuente del derecho la que define y determina los mecanismos adjetivos de exigencia compulsoria para la incoación del ulterior procesamiento penal, es decir, aquellos procedimientos de necesario trámite previo, establecidos por la legislación, para el posterior impulso válido de la acción penal pública.

El efecto sobrevenido, por otro lado, resulta de una circunstancia exógena, no necesariamente prevista por la ley, que impide jurídicamente la consecución del procesamiento penal. Precisamente, a partir de lo que inicialmente establecimos en esta sección, la extradición

se configura como una causal de suspensión sobrevenida, esto es, como un obstáculo que genera la crisis en el procedimiento *ex post* y no *ex ante*. El extraditible o *extraditurus* tiene siempre la condición de procesado<sup>15</sup>, y es su ausencia en el país el obstáculo o situación sobrevenida que impide la debida conformación del procesamiento penal o su continuación. Es a partir de dicha lógica que, realizando una interpretación sistemática del artículo 84 del Código Penal, la Corte Suprema, en el expediente A.V. 09-2004, del 26 de julio de 2006, precisó en su fundamento 7, lo siguiente:

[...] es precisar que el citado artículo 84 del Código Penal, no establece que el procedimiento, en el que se resolverá la cuestión jurídica controvertida que incide causalmente en el comienzo o la continuación del proceso penal, debe tener una naturaleza extra penal, civil, contenciosa, administrativa, parlamentaria o constitucional; que en efecto, la disposición sólo estipula que se trate de “otro procesamiento” y sin duda, otro procedimiento es el de extradición, que aun cuando relacionado con el que lo originó, tiene su propio objeto y estatuto jurídico; es, en suma un procedimiento distinto del proceso penal propiamente dicho y, además, debe resolverse por una autoridad distinta de la que tiene a cargo la causa; que la presencia del imputado en otro país, y la necesidad de una extradición debidamente instaurada, constituye lo que propiamente es la razón de ser de la suspensión, un obstáculo legal que impide que la acción penal prosiga.

Si la presencia de un ciudadano imputado resulta indispensable para el correcto trámite del procedimiento penal, entonces, estamos ante un requisito de procedibilidad cuyo incumplimiento deriva en la imposibilidad de continuar con él. Así, en efecto, las peticiones de extradición tienen como finalidad última la aprehensión del ciudadano sustraído cuya presencia es indispensable para su procesamiento o juzgamiento oportuno. En ese sentido, la extradición no es un mecanismo menor, sino que representa un acto procesal de dirección del procedimiento penal sustancial y consustancial al procedimiento penal, en esencia<sup>16</sup>. En ese mismo sentido, y basándose

15 Al respecto, Chanjan (2012), precisa que “la declaratoria de contumacia constituye un acto procesal necesario para cualquier procedimiento de extradición”, (p. 08).

16 De acuerdo a la doctrina, la suspensión del cómputo de los plazos prescriptorios, a partir de esta causal jurisprudencialmente instituida, se justifica en que “la justicia del país requirente no queda a merced de los plazos y trámites que se pueden dilatar en el país requerido, imposibilitando investigar y en su caso sancionar al imputado del delito por el cual se pide su extradición” (Parma y Amuchástegui, 2019, p. 543).

14 Meini, I; Parma, C. y Amuchástegui, A.; entre otros.

en la cita anterior, la Sala Penal Transitoria, en la resolución que resuelve la Extradición Pasiva N.º 42-2012/Callao, señala en su fundamento 24, que:

24. Lo expuesto nos lleva a afirmar que en este caso estamos ante un supuesto de suspensión derivada al activarse este proceso de extradición que tiene vinculación directa con el proceso a cargo de la autoridad requirente, pero que por su naturaleza es diferente al proceso penal ante la República Federativa de Rusia. Desde esta perspectiva encuentra una interpretación armónica las disposiciones 80, 83 y 84 del Código Penal, respecto al cómputo de la prescripción en los procesos de extradición.

Sobre esta misma materia, la reputada Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español (TSE), en la STS 7076/2012, conteniendo el Recurso de Casación Penal N.º 869/2012, ponencia del Supremo magistrado Juan Saavedra Ruiz, del 24 de octubre de 2012, criterio replicado en la STC 1711/2013, conteniendo el Recurso de Casación Penal N.º 928/2012, del 11 de abril de

2013, señaló en el sexto párrafo del numeral 3 de su fundamento primero, lo siguiente:

En suma, debemos entender que la solicitud de extradición cursada por las autoridades españolas en este caso se ajustó al protocolo fijado. Es indudable que una petición de extradición desplazada de acuerdo con el procedimiento exigible (...) constituye una actuación material de dirección del proceso contra el presunto responsable. De ello se sigue la necesaria consecuencia de interrumpir el plazo de prescripción. (...) tal efecto no puede quedar supeditado al resultado final, favorable o adverso a la extradición, siempre que la solicitud inicial reúna todos los presupuestos materiales necesarios. No sería un criterio ajustado a parámetros de seguridad jurídica aquel que validara una interrupción de los plazos de prescripción del delito o de la pena supeditada a su resultado, siempre que, como decimos, hayan concurrido *ab initio* los presupuestos que justificaron una fundada petición extradicional.

Esta misma línea es asumida legislativamente por Costa Rica, México y Alemania, en cuyas normas penales se encuentra prevista expresamente a la extradición como causa de suspensión del cómputo de la prescripción de la acción penal. A saber:

**Tabla N.º 1: Legislación de Costa Rica, México y Alemania sobre la extradición como causal de suspensión del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal.**

Costa Rica	México	Alemania
Base legal: Literal d) del artículo 34 del Código Procesal Penal - Ley N.º 7594	Base legal: Tercer párrafo del artículo 110 del Código Penal Federal.	Base legal: Artículo 78 b inciso 5 del Código Penal Alemán (StGB)
Art. 34.- Suspensión del cómputo de la prescripción  El cómputo de la prescripción se suspenderá: (...) d) Mientras dure, en el extranjero, el trámite de extradición.	Art. 110.- (...)  La prescripción de las acciones se interrumpirá también por (...) las diligencias que se practiquen para obtener la extradición internacional, (...). En el primer caso también causarán la interrupción las actuaciones que practique la autoridad requerida (...)	Art. 78b Se suspende el plazo de prescripción: (...)  (5) Si el delincuente se encuentra en el extranjero y si la autoridad competente realiza una solicitud formal de extradición a ese estado, el plazo de prescripción se suspende a partir del momento en que se notifica la solicitud al estado extranjero. 1. Hasta que el delincuente sea entregado a las autoridades alemanas,  2. Hasta que el infractor abandone el territorio del Estado extranjero requerido por otros medios,  3. Hasta que la denegación de la solicitud por parte del estado extranjero sea notificada a las autoridades alemanas o,  4. Hasta que se retire la solicitud.

**Nota:** Elaboración propia.

Las legislaciones de Costa Rica y México prevén con bastante claridad que el proceso de extradición es una causal de suspensión de la prescripción, sin embargo, no establecen un término expreso de tal efecto. Lo mismo no ocurre en el ordenamiento jurídico penal alemán, en el que sí se especifica hasta qué momento surte efectos la suspensión en el cómputo de la prescripción de la acción penal. Aun cuando establece los supuestos de hecho que ponen fin a dicho efecto, no prevé un plazo concreto puntual de duración, lo que deja la posibilidad de que la suspensión se extienda materialmente, esto es, en la realidad, de forma indefinida o *ad infinitum*.

Lo que sí es unánime en la legislación comparada es que la extradición, entonces, es un mecanismo de especial relevancia en el trámite del procedimiento penal en los casos en los que el ciudadano imputado se sustrae dolosamente de la acción persecutoria, en un país foráneo. De ahí que se justifique su determinación como causal de suspensión, en la medida en que es un procedimiento ajeno a la actuación del Estado, plenamente atribuible al imputado, y que exige un trámite de carácter supranacional que involucra y afecta a dos Estados a través de la participación activa y efectiva de sus órganos judiciales.

No obstante, persiste la duda respecto al plazo concreto de duración de dicho efecto. Precisamente, de la lectura del artículo 84 del CP antes de la modificatoria, “el período de suspensión de la prescripción de la acción penal puede tener una duración prácticamente indefinida” (Pérez, 2021, p. 732), al menos, en sentido literal y estricto. Evidentemente, se entiende que la suspensión durará el tiempo que la petición extradicional demore en resolverse, sea favorable o desfavorable a los intereses del Estado. Esto se obtiene, incluso, del abordaje de la legislación comparada que apuntamos. Sin embargo, persistimos en preguntarnos, ¿Qué ocurre con las extradiciones tramitadas por cuantiosos años?

### El estado de cosas posterior

De la misma forma en que la inoperancia estatal no tendría que ser una carga asumida por el ciudadano, el incumplimiento doloso de la obligación de comparecencia de este último no tendría que ser sumisamente asumida por este aparato corporativo estatal. Aun cuando la protección de la libertad sea un hecho natural, incluso a través de la sustracción de la actividad coercitiva del Estado, esta sólo resultará legítima

frente a su violación o amenaza cierta e inminente. Para esta situación es que, precisamente, la Constitución habilita la garantía del habeas corpus para su protección. En tal sentido, la sola incoación del proceso penal, como mecanismo de solución de conflictos sociales y expresión de la jurisdicción<sup>17</sup>, no puede ser entendida como una violación o amenaza que pudiera justificar legítimamente el rehusamiento a participar en él. Es por dicho motivo que no es razonable entender que la evasión dolosa del proceso pudiera resultar, de algún modo, beneficiosa para aquel cuya conducta obstruye o estorba el desarrollo de la función jurisdiccional.

La ausencia del imputado en el proceso penal genera un estado de incertidumbre en éste porque impide la consecución de sus fines y su prosecución material. Es por ello que el efecto natural de su manifestación es la suspensión del plazo que la ley le otorga al Estado para ejercer tutela sobre situaciones jurídico penalmente controvertidas, que no es otra cosa que el plazo prescriptorio de la acción penal. Precisamente, Pérez López (2021), citando a Binder, señala que (...) no deben ser considerados precisamente como actos interruptivos de la prescripción aquellos que implican impulsar de manera real y eficaz el procedimiento por parte de los órganos o de la persona que tienen la facultad de hacerlo, sino que sólo es admisible una superación de los términos precisos cuando una condición *externa a la actividad del Estado* le genera una imposibilidad absoluta de ejercer el poder penal o la persecución, tal como sería el caso de la fuga del procesado, siempre que exista la garantía propia del Estado de derecho que imposibilita realizar juicios en ausencia (p. 726).

Sin embargo, aun cuando se acepte razonablemente ello, la pregunta que siempre persistirá, es ¿Cuánto tiempo? ¿La negligente conducta del imputado, aunque reprochable moralmente, merece ser indefinida en un mundo constitucionalizado? Esta preocupación es compartida por el Juez Supremo Brousset Salas (2015), quien expresa que:

El art. 84 del Código Penal prevé la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal, en los casos que el comienzo o la continuación del proceso penal dependa de cualquiera cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, en cuyo caso se suspende en el tiempo el plazo prescriptorio, hasta que dicho proceso quede concluido - la suspensión aplica en caso de declararse fundada una cuestión prejudicial o instarse un proceso de extradición -; asimismo se acordó la suspensión del plazo prescriptorio

17 Poder-deber del Estado de administrar justicia.

como consecuencia de la declaración de contumacia, cabe precisar que en este supuesto debe establecerse un plazo razonable de cese de la suspensión, como condición para considerarla compatible con la Constitución (p. 222).

La modificatoria del artículo 84 del CP, finalmente, atiende a dicha necesidad. En el nuevo segundo párrafo de la norma, el legislador propone dos supuestos de hecho que determinan el plazo concreto de suspensión del cómputo de la prescripción de la acción penal. Primero, se establece que la suspensión no puede extenderse más allá del tiempo previsto para: i) Las etapas del proceso penal o ii) Otros procedimientos. El plazo concreto de acuerdo a este primer extremo, por tanto, exige la determinación previa del marco de duración de las etapas previstas para el proceso penal - común o especial en el caso del Código Procesal Penal de 2004, u ordinario o sumario en el caso del Código de Procedimientos Penales de 1940, o el procedimiento extrapenal de específico trámite.

Si bien esta primera cláusula determinaría que el cómputo de la suspensión resultaría variable según cada caso en concreto, dependiendo de la causa específica de suspensión (proceso penal o procedimiento extrapenal), el segundo extremo de la modificatoria establece una cláusula equiparadora: En ningún caso dicha suspensión será mayor a un año. Sea cual sea la causal de suspensión, sin importar su naturaleza específica, ninguna de ellas habilitará la posibilidad de extender el cómputo de dicha institución por encima del año. Esta nueva redacción se asemeja a aquella del artículo 83 del CP, en tanto éste reconoce una regla específica (interrupción de la prescripción por actos fiscales o judiciales), a la que se le agrega una regla equiparadora señalando que, en todo caso, la acción penal prescribe con el cómputo del plazo extraordinario (el plazo ordinario más la mitad).

La redacción del nuevo precepto normativo del artículo 84 del CP sugiere, como se explicó, que ninguna causal de suspensión puede computarse por un período mayor al año. La frase “en ningún caso”, interpretada desde la estricta literalidad del principio de legalidad, incluye a todas las causales legales y jurisprudencialmente previstas de suspensión de la prescripción de la acción penal, entre ellas, la declaratoria de contumacia y los procesos de extradición. Esto quiere decir que, sea cual sea el tiempo que el imputado se encuentre en rebeldía y, del mismo modo, que demore el procedimiento extradicional, en ninguno de esos casos el cómputo suspensivo

puede sobrepasar el año previsto en la norma. Es así que, culminado éste, se volverá a contabilizar el plazo de prescripción extraordinaria, conforme a ley.

El escenario actual, a través del que se fija un plazo concreto de suspensión de la prescripción de la acción penal, resulta, evidentemente, más beneficioso para el imputado rebelde. En tal sentido, teniendo especial consideración la multiplicidad de casos cuyos trámites vienen suspendidos, producto precisamente, de declaratorias de contumacia o procesos de extradición inconclusos hasta la actualidad, cabe preguntarnos, ¿Esta nueva norma les alcanza?

### **Aplicación retroactiva de la ley penal**

La ley penal se aplica, como regla general, desde el momento en que ésta entra en vigencia a través de su publicación y efectiva comunicación a los ciudadanos. Tiene, por tanto, efectos de carácter inmediato en el ordenamiento jurídico. Esto se manifiesta, evidentemente, en un deber del Estado de precisar el contenido de las conductas materialmente prohibidas, cuyo conocimiento previo por los ciudadanos les permita organizar adecuadamente sus competencias, conforme a sus propias expectativas. La adecuación de las conductas personales a dichos conceptos será, por tanto, expresión del ejercicio responsable de la autonomía y libertad del ser humano civilizado. Esto hace que la atribución de responsabilidad penal por un hecho cuya delictuosidad se desconoce no sea posible. Así, la norma penal no podrá aplicarse retroactivamente, como consecuencia inevitable del principio de seguridad jurídica, que incide en su función motivadora y de prevención (Caro y Reyna, 2023, p. 132).

Frente a dicha regla general, existe una excepción. Es posible aplicar la ley penal de forma retroactiva siempre que su aplicación al caso concreto fuera más favorable al ciudadano imputado. No solo es un mandato expreso de la Constitución peruana (Villavicencio, 2019, p. 91), sino que es una “exigencia de justicia derivada del principio de proporcionalidad” (Lascuraín, 2017, p. 369). Dicha favorabilidad será determinada según los intereses del procesado al momento de juzgamiento del hecho, lo que supone un ejercicio valorativo a partir del específico cambio normativo suscitado en el tiempo. En la medida en que la nueva norma resulte más eficiente para resolver el conflicto de intereses, materialmente

producido en el pasado, en favor del imputado, será esa la que deberá operar por sobre aquella que se encontró en vigencia al momento de dicha manifestación fenomenológica. De ahí que Mir Puig (2011) señala que “(...) resultaría inadmisibles seguir aplicando la ley anterior más favorable para el reo cuanto, ya derogada, ha dejado de considerarse necesaria para la protección de la sociedad” (p. 107).

Sucede que el legislador se encuentra en una actividad valorativa constante de la realidad. Las normas penales que éste produce surgen en virtud de una visión jurídico penal determinada de la sociedad, a partir del cual se proponen soluciones que atienden a necesidades históricas específicas. Es así que las modificaciones normativas se expresan frente a la consolidación de una auténtica manifestación del cambio de visión sobre el tratamiento del factor jurídico social penalmente relevante a regular. En aquellos casos en los que el legislador identifica que una disposición penal se torna ineficiente para resolver una determinada cuestión social por innecesaria o excesiva, éste podrá sustraerla del orden jurídico establecido para emitir una nueva que responda a la estricta necesidad del nuevo momento. Es bajo tal contexto que la ley actual más favorable se impone frente a la anterior más gravosa. “Lo contrario significaría dejar de tener en cuenta las razones que han motivado el cambio de valoración, juzgando y castigando al sujeto que actuó bajo la vigencia de la ley anterior conforme a unos parámetros que han dejado de considerarse apropiados” (Maraver, 2019, p. 119). En ese orden, como señala Lascurraín (2017), “habrá que aplicar retroactivamente la nueva norma cuando la solución alternativa, la aplicación de la anterior, se revele como una solución desproporcionada” (p. 376).

Ahora bien, la regla de la benignidad no está restringidamente pensada para aquellos casos en los que una conducta es desincriminada o la pena abstracta se ve reducida. Si bien son las muestras más tangibles de adecuación al principio de proporcionalidad conforme a la valoración histórica específica del legislador, no constituyen los únicos casos en los que la favorabilidad debe operar. Precisamente, Zaffaroni (1998) deja expresa constancia de ello señalando que,

En principio, la retroactividad es de la ley penal y debe extenderse a toda disposición penal que desincrimine, que convierte un delito en contravención, que introduzca una nueva causa de justificación, una nueva causa de inculpabilidad o una

causa que impida la operatividad de la punibilidad, es decir, a todo el contenido que hace recaer pena sobre la conducta. En segundo lugar, la mayor benignidad de la ley no la da solamente la pena, sino que hay un gran número de circunstancias que deben tomarse en cuenta en cada caso, como puede ser un menor tiempo de prescripción, una distinta clase de pena, el cumplimiento parcial de la misma, etc. Todo ello determina que la individualización de la ley penal más benigna deba hacerse en cada caso concreto (...) (p. 464).

En ese mismo derrotero, Jakobs (1997) señalaba que “la ley que ha de aplicarse como ley más favorable no es sólo la de determinación del tipo delictivo en la Parte Especial, sino la de la situación jurídica total” (p. 121). La regla de mayor favorabilidad o benignidad de la norma penal no solo se reduce a la identificación del tipo penal más específico y de menor incidencia en la libertad personal del imputado, sino que exige un análisis global de todo aquello que pudiera afectarlo en mayor medida y que se encuentre referido al ejercicio de la potestad coercitiva estatal en su contra. Es así que, este autor agrega que “la ley más favorable no se determina conforme a la valoración legal general, sino conforme a los efectos sobre el autor en el caso concreto (...)” (Jakobs, 1997, p. 125). Asimismo, (...) la determinación de la ley más favorable ha de llevarse a cabo por separado para cada clase de reacción y para cada fase de la determinación, de modo que puede haber que aplicar, en función de cada reacción penal o de la fase de cómputo en cuestión, distintas leyes como en cada caso más favorables (Jakobs, 1997, p. 126).

A pesar que esta regla excepcional podría resultar teórica y conceptualmente sencilla, su aplicación no siempre resulta así. La determinación de la norma más favorable o benigna exige al órgano jurisdiccional, como puntualiza Frister (2020), “reflexionar acerca de qué consecuencias jurídicas se derivarían, en el *caso concreto*” (p. 117). Cuando una conducta se descriminaliza o una pena abstracta reduce sus extremos, la favorabilidad de la nueva situación jurídica y su consecuente operancia excepcional resultará evidente. Sin embargo, cuando estamos frente a normas heterogéneas, el ejercicio se complica. Como método, Jakobs (1997) señalaba que para dicha determinación “hay que comparar la gravedad de las consecuencias del hecho de la ley antigua acumuladas con la ley nueva, también acumuladas” (p. 125). Es dicho ejercicio analítico el que se debe seguir para identificar si esta modificatoria del artículo 84 del CP resulta más favorable a los ciudadanos, o no.

La aplicación de este método de ponderación exige, en primer lugar, identificar la naturaleza a la que pertenece la norma objeto de análisis. Ello, porque el principio de retroactividad benigna solamente puede ser aplicada a normas de derecho penal sustantivo y no adjetivo, en tanto éstas últimas se rigen, principalmente, por el principio *tempus regit actum*, salvo por aquellas leyes penales procesales que regulen la operancia de derechos fundamentales. Es posible aplicarla retroactivamente “si es que ésta ofrece condiciones más flexibles o beneficiosas para el ejercicio de los derechos individuales del procesado en el proceso penal y siempre que no haya precluido la oportunidad procesal para hacerlo” (García, 2019, p. 165). Precisamente, sobre la necesidad de distinguir la naturaleza de las leyes penales que regulan la prescripción de la acción penal, señala San Martín (1999) lo siguiente:

[...] la importancia práctica de adscribirse a una u otra oposición que su razón de ser en el hecho de la admisión de la retroactividad. Un sector considera que, si se considera la prescripción como una institución material, al concebirse como una cuestión perteneciente a los presupuestos de la penalidad (teorías material y mixta), no es posible aplicar retroactivamente una ley más perjudicial, lo que sí se podría hacer si se asume la concepción procesal. Tal posición, empero, no es correcta, porque aun cuando se considere a la prescripción un impedimento procesal, vinculado a la persecución o al derecho de ejecución penal, en tanto la nueva ley más perjudicial altera el sentido político criminal del proceso al modificar las condiciones del derecho de penar del Estado y afectar, por ende, el status del imputado y las bases del debido proceso, no se puede aplicar retroactivamente. Rige en estos casos el brocardo *tempus comissi delicti* y no el *tempus regit actum* (p. 282).

La prescripción de la acción penal va más allá de la mera finalidad instrumental con la que algunos autores justifican su pertenencia al derecho procesal. Esta institución tiene directa relación con la capacidad del Estado de perseguir y de punir, es decir, con el ejercicio de su potestad coercitiva frente a los ciudadanos, situación que la hace indefectiblemente pertenecer al derecho penal sustantivo. Precisamente, el profesor Hurtado Pozo (2005) señala que la prescripción se funda en la “inutilidad de la represión penal cuando ha transcurrido un lapso más o menos largo desde la comisión del delito o la imposición de la sentencia penal” (p. 331). En tal sentido, las instituciones de la suspensión e interrupción de la prescripción de la acción penal surgirían como mecanismos favorecedores al ejercicio del *ius puniendi*, a través de las que se acepta la

posibilidad de la configuración de situaciones no atribuibles al Estado que pudieran restringir indebidamente su acción frente al delito. Esto las hace, por tanto, parte del derecho penal material y no procesal.

Aun cuando no son situaciones producidas dolosamente por el estado, lo problemático de la suspensión del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal es que ella puede prolongarla excesivamente y puede finalmente constituir un arma “para reforzar la represión del Estado y servir de coartada a su ineficacia” (Hurtado, 2005, p. 331). Esto es lo que, en puridad, hace importante la modificatoria del artículo 84 del Código Penal y la hace una norma sustantiva benigna ante el estado de cosas legal anterior. Precisamente, el ya citado Hurtado Pozo (2005) señala con gran sapiencia lo siguiente:

(...) resulta contraproducente aceptar un criterio que podría conducir a una continua prolongación de los plazos; es decir la competencia del Estado para castigar. Además, la admisión del criterio propuesto evitaría abandonar en manos del Estado un excesivo poder, lo que debilitaría la seguridad jurídica. Por más grave que sea el delito cometido o más deseada o justificada que sea la represión en determinados casos, no creemos que sea conveniente para la seguridad personal admitir la retroactividad de las nuevas disposiciones concernientes a la prescripción que sean **más severas que las anteriores** (p. 331).

No solo no resulta razonable aplicar las normas posteriores más gravosas que regulan la prescripción de forma retroactiva, sino que todas aquellas que estén dirigidas a limitar el ejercicio del poder coercitivo en favor del ciudadano para evitar la prolongación excesiva del plazo devendrá en aquellas benignas y, por tanto, de aplicación retroactiva. El hecho de que el artículo 84 del Código Penal reconozca en su modificatoria un plazo determinado máximo para la suspensión del plazo de prescripción pone de manifiesto que el Estado ha valorado la realidad y ha determinado la inutilidad de la prolongación excesiva producto de la suspensión de la misma. Esto hace que, en definitiva, esta modificatoria resulte la benigna frente a cualquier otra, típica del momento normativo anterior.

Con todo lo expuesto, ¿Por qué la modificatoria del artículo 84 del Código Penal es más favorable para los ciudadanos? Porque reduce razonablemente el tiempo de incertidumbre, promueve la seguridad jurídica y permite al imputado tener certeza sobre el tiempo por el que se verá suspendido el tiempo que constitucionalmente se le otorga al Estado

para perseguirlo, situación que se condice con el derecho a ser procesado y juzgado en un plazo razonable. Representa un límite al poder punitivo del Estado, que no permitirá que la perseguibilidad se extienda indefinidamente y de forma irrazonable, más aún en los casos en los que el tiempo de sustracción, aun cuando sea dolosa, supere el tiempo de prescripción extraordinaria.

### Interpretación más favorable al ciudadano (*pro homine*)

Como se ha ya identificado, el segundo párrafo del artículo 84 del CP modificado tiene dos oraciones. La que genera especial interés, es la segunda, en la medida en que recoge una cláusula abierta que alcanzaría a todas las causas de suspensión del cómputo del plazo prescriptorio de la acción penal, incluyendo a la contumacia y al procedimiento de extradición. Estas eran las que, en la mayoría de casos emblemáticos, mantienen en largo suspenso el procesamiento, por lo que el efecto de esta modificación es relevante. No hay forma distinta de entender el vocablo “en ningún caso” excluyendo a alguna de las causas que suspenden el plazo prescriptorio, en tanto el texto normativo, y la ley penal en general, se interpreta conforme al principio *pro homine*. Este principio se define clásicamente como aquel

(...) criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre (Pinto, 1997, p. 163).

En efecto, el citado vocablo sólo puede referirse, ampliamente, a absolutamente todas aquellas situaciones que impiden el inicio o continuación del procesamiento penal. Este no podría estar restringido a sólo ciertas causales, primero, por mandato expreso del criterio interpretativo al que hacemos referencia y, segundo, porque el mismo texto de la norma sugiere literalmente que la ningún caso - sobre entendiéndose de suspensión de la prescripción - podrá extenderse del marco temporal específico establecido. En tal sentido, no cabe duda que esta modificatoria generará efectos de especial trascendencia en la práctica forense, atendiendo a la gran cantidad de casos

que, hasta la actualidad, se encuentran reservados por estados, precisamente, de contumacia y por pedidos de extradición hasta ahora inconclusos.

Al respecto, tenemos que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en una reciente Ejecutoria contenida en el Recurso de Nulidad N.º 159-2022/Lima, ponencia de la Juez Suprema Castañeda Otsu, utilizando dicho criterio más favorable al ciudadano aun cuando en dicho caso en concreto concurren múltiples causas de suspensión del cómputo del plazo prescriptorio de la acción penal que sobrepasaba el año, se estableció claramente que dicho efecto no puede superar dicho período. En el fundamento 21, este alto Tribunal señaló que:

21. Al respecto, sobre la suspensión del plazo por un año, cuatro meses y dieciséis días, con motivo de la interposición de los recursos de queja excepcional, esta Sala Penal Transitoria, de conformidad con la modificación del artículo 84 del CP, mediante la Ley N.º 31751, considera que el plazo de suspensión no será mayor a un año.

Queda claro, por tanto, que en virtud del principio *pro homine*, no hay forma de que la modificatoria del artículo 84 del Código Penal sea interpretada restringidamente para abarcar solo a algunas de las causales de suspensión de la acción penal, y no todas. El vocablo y lenguaje utilizado para la redacción de la norma por parte del legislador permite entender, sin duda alguna, que la suspensión del cómputo de la prescripción de la acción penal no puede prolongarse más de un año, sea la causal que sea, sin criterio distintivo.

### CONCLUSIONES

La declaratoria de contumacia y la instauración de procedimientos extradicionales son, sin lugar a dudas, situaciones que obstaculizan el desarrollo de los procesamientos penales. La primera, es una condición procesal que surge de la sustracción dolosa del ciudadano imputado del proceso, con pleno conocimiento sobre su persecución. La segunda, se da como consecuencia de la primera, siempre que dicha evasión material se haga efectiva en el extranjero, es decir, que el imputado se encuentre rehuendo a la justicia nacional con estancia en territorio foráneo, situación que exige la activación de los sistemas judiciales del país requirente y el requerido a efectos de lograr el retorno de dicho sustraído ciudadano al país. De la descripción de ambas situaciones se desprende que ninguna de ellas es producida por negligencia estatal, si no, más bien, a la conducta procesal del ciudadano encausado.

La obstaculización del proceso penal por causas ajenas al aparato estatal obliga a éste a disponer de todos los recursos adjetivos necesarios para procurar la presencia del imputado en él. Esto, como es evidente, eleva los costos de transacción por sobre aquellos propios del procesamiento y genera un retraso inevitablemente colisionante con el derecho de acceso a la justicia. Es por ello, y por la exigencia que ambas situaciones generan de mayor tiempo para efectuar los actos coadyuvantes para el cumplimiento de la finalidad instrumental del proceso penal, que la suspensión de la prescripción del cómputo de la acción penal opera y se justifica como una acción legitimadora del *ius puniendi*.

La suspensión del cómputo del plazo prescriptorio de la acción penal, como señalamos, es legítima en la medida en que coadyuva a la finalidad instrumental del proceso penal. Sin embargo, cuando ésta opera por tiempos sumamente prolongados, dicho efecto procesal colisiona con el derecho al plazo razonable, aun cuando su causa no sea atribuible al Estado. Esto se intensifica cuando el tiempo de suspenso rebasa el término del plazo de prescripción extraordinaria, que surge como manifestación, precisamente, de este derecho. El criterio del Tribunal Constitucional es claro, a mayor tiempo transcurrido, menor memoria se tiene y, en dicha medida, no solamente el poder de represión del Estado se reduce materialmente respecto al concreto hecho delictivo, sino que los fines preventivos constitucionalmente instituidos de la pena se tornan de imposible cumplimiento frente a juzgamientos dilatados que se alejan del momento histórico en el que el reproche social era realmente necesario.

En tal sentido, aun cuando las causales de contumacia y procedimientos de extradición no sean situaciones atribuibles al Estado, la suspensión generada por éstas no puede ser excesivamente prolongada, porque colisiona con el derecho a ser procesado y juzgado en un plazo razonable. Sea cual sea el delito, y teniendo en cuenta que el derecho penal de autor está proscrito, necesario era que se establezca un límite específicamente determinado a la suspensión de la prescripción para que, en un país eminentemente positivista y legalista como el Perú, ésta no coadyuvase a prolongar desproporcionadamente el poder de coerción del Estado, tal como en la realidad ocurre. Esta modificatoria, por tanto, representa una garantía del debido proceso, la seguridad jurídica, y el procesamiento en plazos razonables.

La modificatoria del artículo 84 del Código Penal establece que no habrá caso en la que la suspensión del plazo efectivo en que se manifieste la capacidad del Estado de perseguir el delito pueda superar el año. La redacción de la norma sugiere, por tanto, que todas las causas que puedan generar un suspenso o representen un obstáculo en el procesamiento están sujetas a dicha limitación temporal. Todo aquello que suspenda la prescripción no podrá generar sus efectos por encima del año previsto en la norma. Podrían surgir cuestionamientos respecto al plazo establecido de un año, más aún si tomamos en cuenta la multiplicidad de casos emblemáticos tramitados a la actualidad que se encuentran precisamente suspendidos por situaciones de contumacia y procesos de extradición en trámite. Sin embargo, ello podría ser materia de trabajos de investigación futuros, a efectos de verificar los motivos concretos por los que el legislador optó por ese, y no un plazo más extenso, que pudiera ser en la misma medida compatible con los derechos fundamentales.

## FUENTE DE INFORMACIÓN

### Fuentes bibliográficas

- Binder, A (1990). Prescripción de la acción penal: el indescifrable enigma de la secuela del juicio. Doctrina Penal N.º 49/59.
- Brousset, R. (2015). De la prescripción ordinaria a la prescripción extraordinaria: Sobre las actuaciones interruptivas del plazo prescriptorio de la acción penal. Actualidad Penal.
- Caro, C. y Reyna, L. (2023). Derecho Penal PG. Sello Editorial LP.
- Chanjan, R. (2012) CASO: Las resoluciones del Tribunal Constitucional en el caso Ernesto Schütz Landázuri. Boletín N.º 12 Proyecto Anticorrupción.
- Frister, H. (2020). Derecho Penal PG 9<sup>na</sup> Ed. Hammurabi.
- García, P. (2019). Derecho Penal PG 3<sup>era</sup> Ed. Ideas Solución Editorial.
- Hurtado, J. (2005). Manual de Derecho Penal Parte General I. Grijley.
- Jakobs, G (1997). Derecho Penal PG, Fundamentos y Teoría de la imputación. Marcial Pons.
- Jescheck, H. y Weigend, T (2014). Tratado de Derecho Penal PG V. II. Instituto Pacifico.

Lascuraín, J. (2017). Retroactividad e irretroactividad de la ley penal, Comentario a los artículos 6 y 7 del Código Penal peruano. *Revista Peruana de Ciencia Penales* N.º 31.

Maraver, M. (2019). Vigencia temporal de la ley penal. En J. Lascuraín (Coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Meini, I. (2009). Sobre la prescripción de la acción penal. *Foro jurídico*.

Mir, S. (2011). *Derecho Penal Parte General* 9<sup>na</sup> Ed. Editorial Reppertor.

Parma, C. y Amuchástegui, A. (2019). Comentario al artículo 84 del Código Penal Peruano. En N. Salazar (Coord.). *Comentarios al Código Penal Peruano Parte General T III*. Gaceta jurídica.

Pérez, J. (2021). *Derecho Penal Parte General*. Instituto Pacífico.

Pinto, M. (1997). El principio pro homine, Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En M. Abregú y C. Courtis (Comp.). *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Editores del Puerto.

Prado, V. (2000). Causales de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena. *Derecho PUCP*.

Prado, V. (2006). Sobre la Extradición. *Foro jurídico PUCP*.

Roy, L. (1998). Causales de extinción de la acción penal y de la pena. *Grijley*.

San Martín, C. (1999). *Derecho Procesal Penal Volumen I*. Grijley.

Valle-riestra, J. (2011). *Tratado de la Extradición Volumen I*. A.F.A.

Villavicencio, F. (2019). *Derecho Penal Parte General*. Grijley.

Zaffaroni, E. (1998). *Tratado de Derecho Penal Parte General I*. Ediar.

## Jurisprudencia

Expediente N.º 4118-2004-HC/TC Piura, caso Luis Alberto Velásquez Angulo

Expediente N.º 7451-2005-PHC/TC, caso Franklin Macedonio Alcántara Muñoz

Expediente N.º 04959-2008-PHC/TC Lima, caso Benedicto Nemesio Jiménez Bacca

Expediente N.º 1388-2010-PHC/TC Pasco, caso Cirilo Cornelio Salvador

Expediente N.º 03681-2010-PHC/TC Lima, caso Ernesto César Schütz Landázuri

Expediente N.º 01279-2010-PHC/TC Lima, caso Antonio Yapachura Cussi

Expediente N.º 03711-2011-PHC/TC Callao, caso Carlos Pacheco Ortiz

Expediente N.º 05398-2016-PHC/TC Lambayeque, caso J.J.A.L

Expediente N.º 01558-2018-PHC/TC, Freddy Daniel Zevallos López

Expediente A.V. 09-2004

Extradición Pasiva N.º 42-2012/Callao

Recurso de Nulidad N.º 2606-2013/Lima

Recurso de Nulidad N.º 1945-2014/La Libertad

Recurso de Nulidad N.º 658-2014/Junín

Recurso de Nulidad N.º 977-2015/Lima

Recurso de Nulidad N.º 1835-2015/Lima

Recurso de Nulidad N.º 2694-2017/Tacna

Recurso de Nulidad N.º 1678-2018/Madre de Dios

Recurso de Nulidad N.º 1666-2019/Lima

Recurso de Nulidad N.º 2298-2019/Lambayeque

Sentencia de Casación N.º 333-2019/Ica

Recurso de Nulidad N.º 944-2019/Apurímac

Recurso de Nulidad N.º 972-2021/Cusco

Recurso de Nulidad N.º 159-2022/Lima

STS 7076/2012, Recurso de Casación Penal N.º 869/2012

STS 1711/2013, el Recurso de Casación Penal N.º 928/2012

# EL IMPULSO DE LA GAMIFICACIÓN MEDIANTE LAS TIC EN UNA COMUNIDAD VIRTUAL DE APRENDIZAJE

## THE PROMOTION OF GAMIFICATION THROUGH ICT IN A VIRTUAL LEARNING COMMUNITY

Franklin Steve Salazar Visurraga  
ORCID: 0000-0002-5701-0467  
Universidad de San Martín de Porres  
fsalazarv@usmp.pe  
Perú

DOI: <https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n2.05>

Recibido: 25 de agosto de 2023.

Aceptado: 15 de enero de 2024.

### SUMARIO

- Introducción.
- El papel de las tecnologías de información y comunicación (TIC) en la evolución de una sociedad del conocimiento.
- La influencia de tecnologías de información y comunicación (TIC) en la educación.
- La gamificación como elemento clave para responder a los desafíos en el campo educativo.
- La gamificación y su influencia para fortalecer el aprendizaje en una comunidad virtual de aprendizaje.
- Conclusiones.
- Fuentes de Información.

### ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1: Fundamentos de la gamificación.

Figura 2: Comunidad virtual de aprendizaje impulsada por la gamificación.

Figura 3: Influencia de la institución educativa para implementar estrategias disruptivas.

### RESUMEN

El objetivo de la investigación es analizar diversos aportes bibliográficos en los cuales se identifique la relación de las tecnologías de información y comunicación (TIC) con el proceso de gamificación para beneficiar una comunidad virtual de aprendizaje. La metodología que se utilizó está basada en el análisis de revisión literaria. Se establecieron categorías para esclarecer la relación de los conceptos principales, destacando aspectos relevantes en la evolución

de las tecnologías y en la manera en que estas propiciaron la inclusión de estrategias novedosas, con el fin de potenciar el proceso de enseñanza y aprendizaje. Como resultado de la revisión bibliográfica se determinó una fuerte relación de las TIC con la gamificación en el campo educativo, debido a la evolución de recursos que han ido surgiendo en el tiempo para conectar más al estudiante con su aprendizaje. Se concluyó que la gamificación puede ser incorporada en experiencias educativas de manera progresiva, y que, al margen de tener componentes basados en mecánicas de juego, puede ser un elemento muy considerado en la enseñanza, como una estrategia que motive a los estudiantes a comprometerse más con su aprendizaje. Además, se determinó que se requiere de un nivel de conocimiento propicio del docente con relación a las tecnologías emergentes para proponer escenarios que desafíen al estudiante en una comunidad virtual.

### PALABRAS CLAVES

Aprendizaje, comunidad, enseñanza, entorno virtual, gamificación y tecnologías de información y comunicación.

### ABSTRACT

The objective of the research is to analyze various bibliographic contributions in which the relationship of information and communication technologies (ICT) with the gamification process is identified to benefit a virtual learning community. The methodology used is based on the analysis of literary review. Categories were established to clarify the relationship of the main concepts, highlighting relevant aspects in the evolution of technologies and the way in which they led to the inclusion of innovative strategies, in order to enhance the teaching and learning process. As a result of the

bibliographic review, a strong relationship between ICT and gamification in the educational field was determined, due to the evolution of resources that have emerged over time to connect the student more with their learning. It was concluded that gamification can be progressively incorporated into educational experiences, and that, apart from having components based on game mechanics, it can be a highly considered element in teaching, as a strategy that motivates students to engage more with your learning. In addition, it was determined that a favorable level of knowledge of the teacher is required in relation to emerging technologies to propose scenarios that challenge the student in a virtual community.

### KEYWORDS

Learning, community, teaching, virtual environment, gamification and information and communication technologies.

### INTRODUCCIÓN

Nuestra sociedad ha ido asimilando en los últimos años diversos cambios en cuanto a las tecnologías, las cuales han sido requeridas con más fuerza para poder sostener más de un proceso de negocio a raíz de la pandemia del Covid-19. En ese sentido, es preciso resaltar también que, la forma de relacionarse en la sociedad se ve influenciada por la consolidación de las tecnologías de información y comunicación en nuestro entorno.

Una de las ramas más afectadas por la evolución de las tecnologías es la educación, y como lo reafirman la Carneiro, Toscano y Díaz (2021), las TIC forman la base de una nueva forma de comunicación con una gran influencia en el proceso de enseñanza y aprendizaje.

Las tecnologías aplicadas al proceso de enseñanza y aprendizaje se vieron representadas y potenciadas por recursos que permitieron consolidar la experiencia del usuario con relación al acceso a conocimientos nuevos. En este caso puede destacarse la evolución de entornos virtuales, la presencia de herramientas colaborativas o incluso los recursos de inteligencia artificial, los cuales son un tema de discusión hoy en día con relación a su incorporación definitiva en el campo educativo.

Por otro lado, es pertinente mencionar que, mientras más recursos fueron presentándose para atender las demandas educativas que involucran tecnologías, fueron considerándose progresivamente estrategias disruptivas como la aplicación de la gamificación,

con el objeto de fortalecer la interacción de los participantes en una comunidad virtual de aprendizaje.

La investigación tiene por objeto analizar la revisión de diversos estudios relacionados a las TIC, rescatando la manera en cómo impulsan el proceso de gamificación en entornos virtuales de aprendizaje.

La metodología utilizada se sustenta en la revisión de la literatura de diversas fuentes de investigación. Las fuentes que se tomaron en cuenta comprenden estudios relacionados a la sociedad del conocimiento, las TIC y su influencia en el proceso de enseñanza - aprendizaje y la gamificación. En estos estudios se revisaron enfoques de diversos autores, modelos conceptuales y principios que sostienen la aplicación de estrategias innovadoras para enriquecer la experiencia de usuarios en un entorno virtual de aprendizaje.

La investigación categorizó la revisión de estudios que se hizo de la siguiente manera:

- El papel de las tecnologías de información y comunicación (TIC) en la evolución de una sociedad del conocimiento.
- La influencia de tecnologías de información y comunicación (TIC) en la educación.
- La gamificación como elemento clave para responder a los desafíos en el campo educativo.
- La gamificación y su influencia para fortalecer el aprendizaje en una comunidad virtual de aprendizaje.

Se realizó la crítica respectiva a los distintos aportes tomados en cuenta para la presente investigación, con el propósito de resaltar la influencia de las tecnologías en el proceso de enseñanza y aprendizaje, considerando a la gamificación como una alternativa.

Es importante integrar nuevas estrategias al proceso de enseñanza desde el reconocimiento del papel que cumplen las TIC, las cuales han ofrecido una serie de recursos novedosos hasta el momento para fortalecer el aprendizaje del estudiante.

### EL PAPEL DE LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN (TIC) EN LA EVOLUCIÓN DE UNA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO

Las tecnologías de información y comunicación en los últimos tiempos se han insertado de manera considerable en la sociedad, permitiendo que

cada rubro potencie sus procesos de negocio en base a nuevas alternativas que iban surgiendo paulatinamente.

Colás, de Pablos y Ballesta (2018, Pág. 2) sostienen lo siguiente:

Las tecnologías de la información y comunicación (TIC) se han convertido en uno de los agentes más eficaces con relación al favorecimiento de cambios y avances en la sociedad actual. Su papel como medio de comunicación y de socialización, así como sus funciones en busca de mejorar procesos en campos de la economía, la salud o el ocio, han convertido a las TIC en un elemento fundamental de cambio, incluso en aspectos cotidianos de nuestro día a día.

Lo mencionado por los autores rescata el impulso de las distintas áreas en los últimos tiempos debido a la inserción de las TIC en sus procesos, lo cual ha permitido generar ventajas competitivas, pero ello está supeditado al nivel de conocimiento de uso de las diversas alternativas que las tecnologías proponen. El aprovechamiento de las tecnologías se relaciona en gran medida con el nivel de conocimiento que el ser humano tiene de ellas para cumplir un objetivo específico.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, Salazar (2021, Pág. 2) sostiene que:

Los antecedentes de las TIC nos muestran una interacción evolutiva y constante con el ser humano, el cual de forma creciente hizo parte de su vida cotidiana el uso de soluciones tecnológicas para mejorar resultados. Como un ejemplo latente en estos tiempos tenemos a los dispositivos móviles, los cuales llegaron a convertirse en una alternativa más para tratar la información y comunicarnos de distintas formas.

De acuerdo con lo mencionado anteriormente, se puede agregar que la tecnología móvil ha generado una revolución en nuestra sociedad, no solo nos permite acceder a información y conectarnos entre sí con una mayor velocidad, sino que nos va a relacionar más con el mundo de la realidad virtual, la robótica e internet de las cosas.

Al estar más conectados por las tecnologías se destaca lo citado por Sampedro (2015) en su investigación, donde añade que la fuerza con la que aparecieron las TIC a fines del siglo pasado ha generado nuevas formas de comunicación, lo cual ha propiciado que el ser humano siga investigando nuevos caminos de acceso a la información y nuevas alternativas para comunicarse.

Es importante entender a las TIC en todas sus dimensiones y Salazar (2021, Pág. 2) aborda de manera particular dos de ellas en su investigación, destacando por un lado la evolución de los sistemas computacionales desde la aparición de las primeras computadoras para fines específicos de gestión de información, y, por otro lado, la fuerza de conectividad que adquieren dichos sistemas computacionales en el tiempo para sostener interacciones entre distintos puntos, principalmente potenciados por la aparición de internet.

A pesar de la creciente muestra de ventajas que otorga las TIC para el desarrollo de una sociedad y su aprendizaje, resulta importante destacar la manera en cómo se orientan estos beneficios hacia resultados positivos en una organización. En este caso, Sánchez (2008, Pág. 3) sostiene lo siguiente:

El uso con sentido apunta a la posibilidad de utilizar efectivamente las TIC, así como saber combinarlas con otras formas de comunicación social. Incluye también la eventualidad de producir contenidos propios, o bien, de acceder a contenidos de otros que resulten útiles. Es armonizar adecuadamente el recurso Internet con otros, como la radio comunitaria, las reuniones presenciales, los materiales impresos y los videos.

Las formas de comunicación se vieron sostenidas por una variedad de recursos que internet impulsó, pero detrás de ello existió una creciente búsqueda del ser humano por querer acceder a conocimientos nuevos y compartirlos para cumplir objetivos. La manera de gestionar estos recursos para el aprovechamiento de sus bondades implicó un proceso de aprendizaje constante, a pesar de una notoria resistencia a involucrarse con nuevas formas de gestión.

De esta manera, se destaca lo mencionado por Martínez y Castillo (citado en León y Palma, 2017):

Las TIC hacen posible un mayor trabajo en red, ofreciendo la información suficiente y oportuna para tomar decisiones y responder a las exigencias del mercado, a la vez que se desarrollan estrategias para la aplicación de estas tecnologías; por esta razón, las empresas desarrollan su actividad en un nuevo “entorno digital” que les permite implementar el comercio electrónico de forma neutral, de manera que deje de llamarse “electrónico” y pase a denominarse simplemente “comercio”, puesto que lo importante no es si se hace por internet o por otras vías.

Los autores reafirman el creciente poder de las TIC mediante las posibilidades que internet ofrece para sostener los procesos de negocio.

Si bien es cierto, los autores hacen referencia a un ámbito empresarial, es importante extraer el sentido real de la idea, la cual hace referencia a los distintos caminos que se abren al incorporar las TIC en las gestiones de cada organización.

La aparición de internet termina de fortalecer el concepto de las TIC, por las herramientas colaborativas que el ser humano fue explorando para mantener una comunicación activa en distintas áreas, y como lo mencionan Black, Besare y Schlosser (1999), internet no sólo permitió mejorar la gestión de información en los procesos, sino también generó una comunidad orientada a la investigación y búsqueda de conocimientos.

Según Agostini y Willington (2012), el significado de internet se ha consolidado por los cambios que ha propiciado en las diferentes áreas de la sociedad, generando externalidades positivas a favor de la innovación y productividad. Las implicancias relacionadas a los avances notorios del internet se reflejan en los distintos puentes de comunicación mediados por herramientas tecnológicas, las cuales no solo brindaron mejoras para la gestión de información, sino permitieron mejorar la comunicación entre usuarios para distintos fines.

Los avances que se han podido observar en estos últimos años se han dado como respuesta a las necesidades del ser humano, que siempre desea conocer más de lo que su entorno presenta. Como sostiene Hernández (2017), el hombre siempre ha tenido la necesidad por comprender muchos aspectos de su historia y ello ha propiciado que la búsqueda de conocimientos se incremente aún más en los últimos tiempos. En ese sentido, Chaparro (2001) destacó que no solo el ser humano se encuentra en la búsqueda constante de conocimiento nuevo, también resalta que tiene toda la capacidad de ir adaptándose a un entorno que cambia en cada momento.

Al hablar de conocimiento podemos relacionarlo a las experiencias que el ser humano ha tenido en el tiempo y que ha transmitido a la sociedad como información valiosa. Hoy en día se puede acceder a mucha información, por los distintos canales digitales que existen para tomar decisiones relevantes en cualquier área de desarrollo.

La relación que existe entre la información y las tecnologías es muy fuerte en estos días. Esta relación ha supuesto que el ser humano se capacite constantemente para poder responder

a las diversas demandas que se plantean en una sociedad que actualiza continuamente sus necesidades por aprender. Según Hernández (2017): “Esta cantidad de formación que se brinda en estos tiempos, ha generado que distintos teóricos la denominen la sociedad del conocimiento”. (Pág. 2)

A todo ello, Aguilar (2012) agrega que a todo este gran movimiento por explorar nuevas ideas mediante tecnologías novedosas se le puede llamar también sociedad digital, en la cual se generan interacciones con contenido y entre los propios participantes. En este caso es propicio rescatar que, todas las interacciones se desarrollan por lo general en una comunidad definida y que es sostenida por una plataforma, la cual es adquirida en base a las políticas particulares de cada empresa o institución.

Por otro lado, Krüger (2006) define el concepto de sociedad del conocimiento como un escenario con múltiples opciones para poder analizar fenómenos o situaciones y poder dar un valor agregado a la sociedad dentro de las distintas disciplinas de la ciencia.

A raíz de los conceptos considerados para definir lo que significan sociedad del conocimiento y sociedad de información; y su relación con las TIC, se puede desprender que cuando hablamos de sociedad de información nos referimos a como la inserción de las TIC brindaron medios alternativos para obtener y difundir información de forma evolutiva; mientras que cuando hablamos de sociedad de conocimiento, no solo hablamos de aquellos medios para poder acceder a información que antes no imaginábamos acceder, también nos referimos a que existen tecnologías que nos permitan gestionar la información, trabajar de forma colectiva, analizar la misma y generar los aportes pertinentes al mundo del conocimiento como una sociedad que está en constante necesidad, no solo de explorar, sino de dar un aporte significativo dentro de las distintas ramas de la ciencia.

### **LA INFLUENCIA DE TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN (TIC) EN LA EDUCACIÓN**

Una de las áreas que fueron más afectadas por la aparición de las tecnologías de información y comunicación fue la educación. Las formas de transmitir conocimiento fueron cambiando progresivamente debido a que surgieron nuevos caminos para compartir información y fortalecer

el aprendizaje. Las tecnologías no solo fueron herramientas que permitieron gestionar la información en un determinado momento, sino también fueron herramientas que permitieron mantener a las personas en una interacción constante para distintos propósitos educativos.

Díaz-Barriga (2013) sostiene lo siguiente:

La incorporación de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) en el aula es un proceso que se está incrementando de manera acelerada a nivel mundial, es una expresión global de lo educativo. Ante esta situación es necesario tener presente que su incorporación no se limita al problema de contar con las herramientas que conforman estas tecnologías: equipos y programas de cómputo, sino que lo más importante es construir un uso educativo y, en estricto sentido, didáctico de las mismas. (Pág. 3)

De acuerdo con lo mencionado anteriormente, se resalta la notable consideración de las TIC por las instituciones educativas de manera evolutiva. En la medida que fueron surgiendo nuevas herramientas tecnológicas para soportar el proceso de enseñanza, las necesidades fueron creciendo para fortalecer el aprendizaje en una comunidad educativa.

Por otra parte, Severin (2010) sostiene lo siguiente:

La incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC's) en los espacios educativos han dejado de ser una opción. Los países, las regiones y las escuelas están impelidos a desarrollar nuevas iniciativas que consideren la incorporación de estas herramientas en los procesos de enseñanza y aprendizaje, de manera que los sistemas educativos logren conectar las nuevas demandas de la sociedad del conocimiento, con las nuevas características de los aprendices que forman parte de aquellos. (Pág. 1)

Con respecto a lo mencionado por el autor, se reafirma la influencia de las tecnologías en el entorno educativo. Ciertamente las nuevas demandas en los espacios educativos han propiciado la incorporación de tecnologías para conectar a los estudiantes con información nueva, y con ello desarrollar sus conocimientos, sin embargo, ante todos estos cambios es importante resaltar el rol que debe tener el docente para motivar a los estudiantes mediante actividades que promuevan la participación constante.

Según el informe del foro realizado en Dakar (Senegal) en el año 2000, se estableció que, para integrar las TIC en el proceso de enseñanza, es importante el compromiso del docente. Este

marco de acción fue respaldado por la UNESCO, que siempre vela por el cumplimiento de los objetivos trazados en cada evento relacionado a la educación y sus posibles acciones de mejora.

Ante la creciente incorporación de las TIC en el campo educativo, Cobo (2016) refuerza lo siguiente:

En buena medida, las sociedades actuales son lo que son por el creciente protagonismo tecnológico que existe. Sin embargo, hoy en día el desafío está en evitar tanto los fanatismos como los reduccionismos. Ni postular que las tecnologías en sí son la solución a los problemas, ni tampoco acercarse a los enfoques apocalípticos que desconfían de cualquier aparato que requiera de electricidad para procesar información. Pero limitarnos a decir que las tecnologías no son la respuesta a todo no resulta ninguna contribución; hay que cambiar las preguntas y explorar posibles rutas. (Pág. 18)

De acuerdo con lo mencionado por Cobo, es importante destacar que, las tecnologías nos abren muchos caminos para descubrir soluciones; pero ello debe estar acompañado de destrezas y habilidades para dar el mejor uso a las nuevas herramientas digitales. Definir a las tecnologías como la solución a todos los problemas no sería propicio, más aún en el campo educativo, debido a que sin un conocimiento adecuado de su uso y sin definir un propósito no podría ser de utilidad en ningún programa académico.

En contraste a los aportes realizados por los autores mencionados anteriormente, Claro (2010) en su investigación no se muestra optimista con el impacto de las tecnologías en el campo educativo. Esto se debe a que la autora sostiene que las diversas investigaciones realizadas sobre los beneficios de las TIC en la enseñanza corresponden a contextos específicos, mas no se aplica a todas las situaciones. Además, la autora sugiere considerar 3 dimensiones al momento realizar un estudio sobre el impacto de las tecnologías, las cuales son:

- a. La relación entre el tipo de tecnología utilizada y los resultados obtenidos con la aplicación de ella.
- b. Las condiciones pedagógicas en que se aplican las tecnologías.
- c. Los factores sociales e individuales que afectan el uso de las tecnologías por parte de los estudiantes.

Las dimensiones determinadas por la autora para esclarecer los estudios realizados sobre el impacto de las tecnologías en la educación son

propicias para dar un alcance más preciso, sobre aquellos elementos que son importantes tener en cuenta para evaluar el uso de tecnologías en entornos específicos.

A pesar de que surgieron otras investigaciones después que se enfocaban más en cómo las tecnologías sostenían una interacción para construir conocimientos nuevos, la diferenciación que hace Claro resulta muy valiosa para enriquecer futuras investigaciones. Para la presente investigación resulta primordial rescatar la dimensión que hace referencia a las condiciones pedagógicas en que se aplican las tecnologías, puesto que es en esta dimensión donde surge un nivel de aprovechamiento de los recursos tecnológicos, y ello va a depender de la experiencia del docente para motivar a los estudiantes a participar en las actividades propuestas en cada escenario.

Las instituciones educativas en los últimos tiempos incrementaron el uso de herramientas digitales y plataformas virtuales para el proceso de enseñanza debido al contexto que nos dejó la pandemia. Las tecnologías siempre estuvieron ahí, pero dependió de la iniciativa de cada institución el hecho de poder dar uso de ellas para fines educativos. Las universidades fueron una de las instituciones que tuvieron que reponerse rápidamente a la crisis de la pandemia, y determinar las tecnologías adecuadas para seguir sosteniendo el proceso de enseñanza y aprendizaje.

Ante lo expuesto anteriormente, Islas (2017) rescató la relevancia que las universidades dieron al uso de las TIC progresivamente para desarrollar sus programas académicos, promoviendo el uso de los distintos recursos para consolidar la adquisición de conocimientos nuevos.

El autor sostiene la importancia de las TIC en las universidades para crear escenarios más atractivos, pero ello va a depender mucho del nivel de conocimiento de los participantes del entorno. La adopción de tecnologías en el campo educativo abre más de un aspecto para analizar y tratar, con el fin de proponer el mejor escenario para el estudiante.

La adopción de las tecnologías en la educación requiere de la colaboración de todos sus actores para aprovechar sus bondades. A pesar de que nos encontramos en una época en la que se desarrolló mucho la aplicación de las TIC, sigue siendo un reto en algunos sectores explotar sus recursos para fines educativos. Esto se debe a que

en ciertas ocasiones no se le da el valor debido a su importancia como elemento impulsador hacia una educación de calidad. Como lo mencionan Hernández y Torrijos (2019) en sus informes, existen instituciones educativas, que a pesar de que poseen una gran variedad de recursos tecnológicos, estos resultan poco considerados para generar un cambio en la enseñanza.

Liu, Lin y Zhang (2017) refuerzan lo mencionado anteriormente, sosteniendo que el uso de las TIC en muchos casos es limitado a pesar de que se cuenta con los recursos necesarios. Para la presente investigación, esto se debe en gran medida a la falta de consciencia de la importancia de estos recursos, y esto puede estar relacionado a algunos factores como el bajo nivel de conocimiento de uso de estas herramientas o una resistencia al cambio, la cual ha sido una variable que las nuevas tendencias han enfrentado en los últimos años.

Romero, Tejada y Núñez (2020), proponen en su investigación reducir la problemática relacionada al uso de las tecnologías en la educación desde la implementación de políticas que involucren a docentes y alumnos en un nuevo escenario, el cual se base en la consideración de herramientas digitales para fortalecer el desarrollo de conocimientos nuevos.

García (2010, Pág. 6) en su investigación determina seis tendencias que han sido identificadas como factores claves en la adopción de tecnologías en la educación superior iberoamericana:

- *La descentralización del conocimiento:* Se refiere al proceso mediante el cual el conocimiento se distribuye en un entorno, principalmente por las plataformas digitales. Las comunidades de aprendizaje obtuvieron beneficios enormes de la era digital para fortalecer sus competencias.
- *Las vías de comunicación:* Las tecnologías han significado el soporte para una nueva forma de transmitir información, comunicar ideas o colaborar en una comunidad. El problema en este punto se relaciona al acceso a estos recursos, los cuales no son iguales para todos los usuarios. Esta brecha digital sigue siendo un desafío para las distintas instituciones encargadas de velar por la creación de mejores escenarios de conocimiento.
- *Un nuevo modelo educativo:* La educación es uno de los escenarios que más ha sentido el impacto de los avances de las tecnologías, debido a que las formas de relacionarse entre los actores principales en

el proceso de enseñanza y aprendizaje fue cambiando con el tiempo, aunque ello fue condicionado por el nivel de competencias digitales de cada participante involucrado con estos escenarios y de las políticas de cada institución.

- *Uso de recursos colaborativos:* Los docentes o personas encargadas de brindar capacitaciones en las organizaciones cada vez más están considerando el uso de herramientas colaborativas para poder afianzar su labor de enseñanza de una manera más dinámica. La consideración de nuevos recursos ha sido una tendencia creciente no solo en el campo educativo, sino también en áreas que han deseado organizarse mejor hacia ciertos objetivos.
- *La concepción de nuevos escenarios de aprendizaje:* La manera de pensar sobre lo que significa un escenario de aprendizaje también ha evolucionado. Las variantes en cuanto a herramientas digitales han permitido crear y confiar en nuevos escenarios destinados a la capacitación constante.
- *La consideración de la nube:* La nube durante los últimos años ha ganado adeptos para sostener distintos procesos de negocio. La variedad de aplicaciones que ofrece permitió que organizaciones puedan apostar e invertir en sus productos para satisfacer necesidades específicas.

Es importante dar una mirada integral a las tendencias que García determinó con relación a la adopción de las tecnologías en la educación. Cada tendencia refleja un peldaño en la evolución de las tecnologías porque en la medida que fueron abriendo posibilidades para la comunicación y acceso a la información, se fue extendiendo la demanda de cada institución educativa por brindar un mejor escenario.

Es preciso señalar en la presente investigación un peldaño más que empieza a cobrar fuerza últimamente como tendencia en el campo educativo, la referencia es precisamente hacia la inteligencia artificial. Si bien es cierto que este punto amerita un espacio nuevo de discusión por la relevancia que tiene, se puede acotar que, la influencia de la inteligencia artificial en la educación es profunda y enriquecedora, por la capacidad que tiene para personalizar la experiencia educativa y fortalecer el proceso de enseñanza.

Al margen de que, los contextos pueden ser diferentes en cada región para interactuar con las

nuevas tecnologías, quedan claras las puertas que se están abriendo para adquirir conocimientos nuevos, no solo por los múltiples recursos que reconocemos en nuestro entorno, sino por el apoyo de la comunidad que se forma en torno a las nuevas plataformas de interacción.

Las tecnologías de información y comunicación han traído a nuestra sociedad muchos beneficios, no obstante, el proceso de adaptación fue progresivo. La forma de gestionar la información y la manera de como transmitirla fue variando gradualmente debido a las distintas representaciones que se iban promoviendo en la sociedad.

De acuerdo con lo mencionado anteriormente, se suma la necesidad del hombre por conocer y explorar cada vez más distintos modelos conceptuales que le permita entender mejor las posibilidades que las tecnologías brindan para trascender en distintas áreas. El hombre desde tiempos remotos encontró la manera de transmitir sus ideas, desde la prehistoria con sus gráficos y señales hasta esta era donde contamos con cada especialidad que usa sus propios recursos para transferir información y generar conocimientos nuevos.

### **LA GAMIFICACIÓN COMO ELEMENTO CLAVE PARA RESPONDER A LOS DESAFÍOS EN EL CAMPO EDUCATIVO**

La incansable búsqueda del ser humano para comunicar sus ideas y transmitir conocimientos a su comunidad propició que encontrara en las nuevas tendencias los caminos pertinentes para lograr sus objetivos. En el campo educativo las exigencias son muy grandes y más en estos tiempos, donde las tecnologías nos brindan una variedad de recursos para aplicarlos en los distintos programas educativos.

Uno de los grandes desafíos en la educación es mantener motivados a los estudiantes con su aprendizaje, y aún con todas las herramientas vistas en nuestra sociedad, no resulta muy fácil establecer una conexión entre los estudiantes y las sesiones de clase.

Ortiz, Jordán y Agredal (2018) sostienen lo siguiente:

Las tendencias e inquietudes actuales exigen cada día más una respuesta a las generaciones de jóvenes que necesitan encontrar respuesta en el contexto educativo a sus expectativas tecnológicas y necesidades más inmediatas. Esto trae consigo la responsabilidad de profesores e instituciones a la hora de innovar en metodologías emergentes

que intenten incorporar en sus clases estrategias que aumenten la motivación y el compromiso de proporcionar todas las herramientas y recursos posibles que favorezcan el aprendizaje autónomo y significativo de sus alumnos. (Pág. 2)

Los autores ratifican el desafío de responder a las nuevas necesidades del campo educativo mediante la innovación. En este caso, como se mencionó en los puntos previos, el rol del docente es vital para aterrizar un plan de actividades que motive al estudiante a comprometerse con el desarrollo de su aprendizaje. En ese sentido, puede considerarse a las TIC como fundamental para sostener nuevas metodologías que impliquen un involucramiento mayor del estudiante con las actividades académicas.

Fernández, Olmos y Alegre (2016), consideran además que, los estudiantes llegan a comprometerse mucho con su aprendizaje cuando se sienten desafiados y en este punto se puede destacar el concepto de gamificación como parte de la estrategia del docente para impulsar la motivación de los estudiantes. Las nuevas tendencias de las tecnologías abren más de un camino para promover la gamificación en el campo educativo, pero ello está supeditado al nivel de conocimiento de recursos digitales de los participantes.

De acuerdo con lo mencionado anteriormente, Delgado, Ángel, Saltos y Del Castillo (2022) sostienen lo siguiente:

La gamificación es un mecanismo de juego que se aplica en la educación como una estrategia educativa para absorber algunos conocimientos, mejorar algunas destrezas o competencia, el mismo que cada vez gana terreno por el uso de una metodología formativa de carácter lúdico, generando un aprendizaje divertido con una experiencia positiva. El enfoque didáctico de la gamificación realmente funciona porque consigue motivar a los estudiantes y a los docentes quienes deben innovar en sus distintos grados formativos, y la comunidad educativa debe ser parte de aquello, las herramientas de gamificación buscan una dinámica personalizada como un aprendizaje activo donde el estudiante es protagonista de su progreso académico. (Pág. 3)

Los autores ratifican la importancia de innovar en el campo educativo, mediante estrategias que motiven a los estudiantes a consolidar sus conocimientos, con espacios que puedan desafiarlos. Las TIC ofrecen recursos para incrementar las formas de promover la enseñanza, pero es necesario la capacitación constante del docente para que pueda crear escenarios que fortalezcan el compromiso del estudiante con su aprendizaje.

Si bien es cierto que, las TIC potencian la aplicación de la gamificación en entornos educativos, resulta preciso revisar algunas fuentes con relación a su significado y como fue considerada cada vez más como parte de distintos procesos en las diversas áreas de nuestra sociedad.

Ortiz, Jordán y Agredal (2018) en su investigación consideran de vital importancia el proceso de gamificación en distintas áreas como recursos humanos, salud empresas o educación para cumplir ciertos objetivos organizacionales.

De acuerdo con lo mencionado por los autores, la aplicación de la gamificación busca comprometer a las personas con su trabajo para potenciar su rendimiento y lograr los objetivos trazados, pero para ello es necesario tener claro una metodología que permita la inserción de elementos lúdicos en favor de los objetivos por cumplir.

Según Deterding y Nacke (2011), la gamificación utiliza elementos de diseño de videojuegos en situaciones no lúdicas, buscando que las actividades que conforman dicha situación sean realizadas de manera divertida, pero sin perder un objetivo principal. Por otra parte, Zichermann (2012) agrega que, la inclusión de mecánicas de juegos para desarrollar ciertas actividades busca reforzar el compromiso de los usuarios con los objetivos trazados por su organización.

La inclusión de mecánicas de juego forma parte del proceso de gamificación, pero es preciso aclarar que, los modelos tomados como referencia para sostener las bases de la gamificación en distintas áreas han ido evolucionando constantemente. Hoy en día las TIC nos brindan más herramientas para poder crear escenarios más dinámicos y poder fortalecer el compromiso para cumplir con los objetivos planteados por cada organización. El campo educativo es una de las áreas más beneficiadas al aplicar la gamificación, pero también ello ha generado discrepancias por las distintas políticas que cada institución gestiona.

Burke (2012) por su parte también plantea que, la gamificación hace referencia al uso de diseños y técnicas de juegos en diversos contextos con el propósito de que las habilidades sean potenciadas y pueda desarrollarse una mayor competitividad.

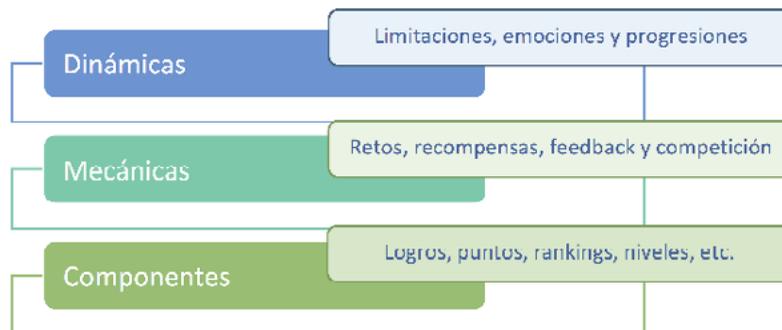
El autor refuerza la idea de aplicar el proceso de gamificación a áreas que no son precisamente de juego para fortalecer la cooperación entre los

integrantes que conforman una organización, y con ello puede establecerse una relación muy fuerte al campo educativo, el cual fue abordado con diversas investigaciones que sostienen el beneficio de un entorno colaborativo mediante la inclusión de la gamificación como estrategia.

Según Werbach (2012), los fundamentos de la gamificación son las dinámicas, las mecánicas

y los componentes. Las dinámicas hacen referencia a la estructura del juego, las mecánicas se refieren a los procesos que sostienen el desarrollo del juego y los componentes son los elementos que representan a las dinámicas y mecánicas como son los avatares, las insignias, los puntos logrados, los rankings o los niveles de equipo. La relación de estos tres elementos se representa a continuación:

**Figura 1: Fundamentos de la gamificación**



**Fuente:** Gamificación en educación: una panorámica sobre el estado de la cuestión. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7315128>

**Elaboración:** Ortiz, Jordán y Agredal

En la figura anterior se muestran los fundamentos de la gamificación considerado por Werbach y adaptado en la investigación de Ortiz, Jordán y Agredal. Si bien los fundamentos proponen una serie de elementos para tener en cuenta, es preciso aclarar que, cada institución educativa tiene sus propios recursos, los cuales pueden adaptarse para aplicar la gamificación sin descuidar el objetivo principal, el cual es favorecer al desarrollo de aprendizaje del estudiante.

En estos últimos tiempos la modalidad virtual ha cobrado fuerza en el campo educativo y esto supone crear escenarios más atractivos, pero ello va a depender mucho de la capacitación que se tenga de los recursos de cada plataforma para aprovechar al máximo los beneficios. El conocimiento de recursos tecnológicos resulta muy importante para aplicar estrategias innovadoras que desafíen al estudiante, y es ahí donde la gamificación se hace presente para exponer uno de sus beneficios principales, el cual es mantener motivado al estudiante con su aprendizaje.

Por otro lado, Valderrama (2015) refuerza lo mencionado anteriormente, sosteniendo que, la inclusión de juegos en el proceso de enseñanza promueve la motivación del estudiante debido a los distintos escenarios de competencia que enfrenta.

La motivación es un concepto muy asociado a la gamificación y se puede reconocer dos dimensiones, la extrínseca e intrínseca. Soriano (2001) destaca la motivación extrínseca como un tipo de motivación que se ha venido manifestando por mucho tiempo, debido a la premiación que recibe el estudiante. En este caso se puede mencionar a las notas que recibe el estudiante por la aplicación de ciertas actividades o dinámicas. Por otro lado, está la motivación intrínseca, la cual es aquella que nace de la propia persona hacia algo que le despierta un fuerte interés.

Ambas dimensiones son válidas considerar dentro del concepto de gamificación, el cual resulta interesante plantear como posible estrategia para la labor de enseñanza por las variantes que esta ofrece. Más allá de las discusiones que se suscitan alrededor de una posible consideración de la gamificación en el campo educativo, es una realidad latente que ha sido aplicado no solo para eventos presenciales, sino que ha sido aún más reforzado en una modalidad virtual, en la medida que las TIC han ofrecido nuevos caminos para relacionarse.

Los beneficios que la gamificación puede ofrecer son muchos, pero pueden verse condicionados por el desconocimiento de algunas estrategias

disruptivas, las limitaciones de recursos tecnológicos, el nivel de conocimiento del docente para utilizar dichos recursos o el poco convencimiento de que las nuevas tendencias tecnológicas sean de utilidad para un proceso de enseñanza.

### **LA GAMIFICACIÓN Y SU INFLUENCIA PARA FORTALECER EL APRENDIZAJE EN UNA COMUNIDAD VIRTUAL DE APRENDIZAJE**

En el apartado anterior se mencionó a la gamificación como una alternativa para motivar a los participantes de una organización para cumplir objetivos y se resaltó el escenario educativo como uno de los más beneficiados. Es preciso abordar un poco más de este punto, para resaltar su importancia en una posible consideración en la labor de enseñanza.

La aplicación de la gamificación en la educación es cada vez más común en muchas partes del mundo, sin embargo, no se puede soslayar que existen escenarios en los cuales aún no se implementa por diversos factores, como puede ser la falta de conocimiento de ciertas herramientas colaborativas, la resistencia al cambio, la desestimación del factor juego como un elemento útil para la enseñanza o el desconocimiento de estrategias contemporáneas que han funcionado de manera aceptable y provechosa en otros escenarios.

Como lo sostenía Escribano (2013), la gamificación ha cobrado un alto relieve en la enseñanza y más allá de ello, se ha intentado insertar ese modelo novedoso en otras áreas para fomentar un crecimiento profesional de acuerdo con objetivos específicos, propios de cada organización. En tal sentido, esta manera de propiciar una mejora en el desarrollo del profesional es cada vez más considerado en las actividades de cada proyecto.

Por otro lado, Ruizalba, Navarro y Jiménez (2013) agregan que, las empresas buscan fortalecer el compromiso de sus trabajadores mediante retos. A raíz de lo expuesto por los autores, la presente investigación considera importante poder aplicar ese modelo en la enseñanza mediante escenarios más atractivos, los cuales puedan retar al estudiante a cumplir objetivos académicos.

Dentro de un contexto, en el cual cada vez más vemos la aplicación de escenarios virtuales de aprendizaje, es importante desprenderse de modelos tradicionales y aprender el uso de

nuevos recursos tecnológicos para incorporar otras formas de abordar la enseñanza, de tal manera que, el estudiante pueda sentirse motivado a participar más de las actividades propuestas. Esto puede suponer adquirir conocimientos de otras herramientas de carácter colaborativo, para integrarlo a la plataforma virtual que se está usando en un programa académico.

Siguiendo la misma línea, Ortiz, Jordán y Agredal (2018) en su investigación toman como referencia otras áreas como la salud y negocios para dar a entender que, realizar prácticas de mejora no tienen que ser necesariamente forzosas o tediosas, si es que en la manera de aplicación se despierta el interés o motivación del participante mediante el reto o competencia. Es fundamental promover en un escenario virtual la participación de los estudiantes mediante el sentido de competencia, procurando que, en el proceso de cumplir ciertas actividades, desarrollen su aprendizaje de forma progresiva.

Cuando se habla de competencia en la gamificación, no se puede dejar de mencionar a los videojuegos, los cuales, por su tipo de escenario basado en etapas de superación, inspiraron a innovar nuevas formas de abordar un proceso de enseñanza, en el cual el estudiante se sienta más motivado. Como lo mencionó González (2014), los videojuegos han sido utilizados con propósitos educativos por los desafíos que representan para los participantes.

Al margen de la consideración de videojuegos como modelo para aplicar la gamificación; lo que se rescata es el escenario competitivo que se proyecta para sostener el aprendizaje del estudiante, mediante herramientas tecnológicas propias de una plataforma virtual o recursos externos que puedan integrarse a dicha plataforma. En consecuencia, si se habla de un conjunto de herramientas tecnológicas que pueden ayudar a aplicar la gamificación en la enseñanza; es válido decir que el nivel de conocimiento de un docente en una modalidad virtual debe estar a la altura de esta era digital, que es cada vez más demandante de nuevas funcionalidades.

Es importante agregar a este punto que, aplicar la gamificación al proceso de enseñanza virtual puede implicar que el estudiante construya conocimientos nuevos de forma individual, debido a que el reto podría motivarlo a aprender de forma autónoma; sin embargo, a pesar de que

eso es válido para el aprendizaje, la presente investigación rescata como valioso el trabajo en equipo para consolidar el aprendizaje, teniendo como apoyo a la comunidad misma que envuelve al estudiante o participante.

El apoyo de la comunidad es muy importante en estos tiempos que involucran escenarios mediados por las tecnologías y la aplicación de mecánicas de juego para impulsar el aprendizaje resulta todo un desafío para fortalecer las habilidades o conocimientos de los estudiantes. Esto coincide con lo expuesto por Ortiz, Jordan y Agredal (2018), quienes citan a Kapp (2016), sosteniendo que, la gamificación debe motivar la competencia, pero bajo la cooperación de los participantes.

El concepto de gamificación dentro del campo educativo ha sido abordado por más de un

investigador, de acuerdo con su perspectiva o experiencia, pero todos apuntan a incentivar la participación del ser humano en cualquier escenario que involucre su aprendizaje.

Borrás, Martínez y Fidalgo (2015) también respaldan la aplicación de gamificación para motivar a los estudiantes en actividades relacionadas al aprendizaje. Señalan que es una tendencia emergente que implica adquirir conocimientos nuevos por parte del docente para introducirlo en su metodología de manera apropiada.

Por otro lado, Silva (2010) también fortalece la idea de un escenario educativo virtual enriquecido por la aplicación de la gamificación, involucrando la participación colectiva y promoviendo de esta manera el apoyo e interacción de los compañeros para la construcción de conocimientos.

**Figura 2: Comunidad virtual de aprendizaje impulsada por la gamificación**



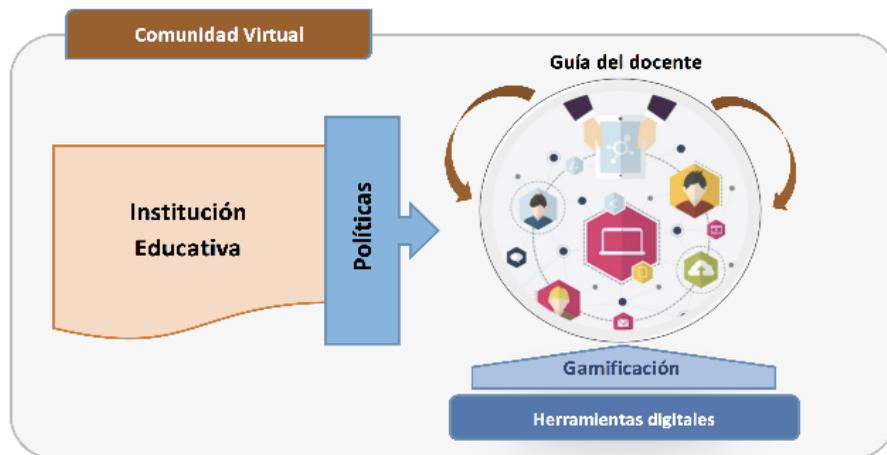
**Fuente:** Propia  
**Elaboración:** Propia

La investigación toma en cuenta los aportes principales con relación a la gamificación, destacando su influencia para crear escenarios virtuales no solo más atractivos sino también más desafiantes para favorecer el proceso de aprendizaje. Las tecnologías de información y comunicación ofrecen una gama de opciones para conectar al estudiante con su aprendizaje, pero es preciso recalcar que, detrás de todo el funcionamiento de una idea de gamificación está el compromiso de quienes formulan las políticas educativas, las cuales deben promover la aplicación de estrategias

innovadoras mediante el uso de herramientas contemporáneas.

En estos tiempos, en los cuales las formas de trabajo en la educación han evolucionado constantemente, resulta importante la labor de las instituciones educativas, las cuales son las encargadas de direccionar las mejoras para una educación de calidad mediante la elaboración de políticas. Estas políticas deben fomentar el compromiso hacia el uso de nuevas herramientas que permitan plasmar estrategias disruptivas y con ello favorecer el aprendizaje del estudiante.

**Figura 3: Influencia de la institución educativa para implementar estrategias disruptivas**



**Fuente:** Propia  
**Elaboración:** Propia

La gamificación, como un elemento novedoso y discutido a la vez en el campo educativo, propone usar elementos de juego para promover el aprendizaje y será importante encontrar la manera de insertarlo en el proceso de enseñanza con mayor confianza. Desde el campo de la virtualidad parece exponerse más de un recurso que haría posible aterrizar nuevas estrategias con mayores expectativas, pero tiene que estar acompañado de un nivel de conocimiento apropiado por parte del docente, quien tiene el rol de guía en estos escenarios virtuales.

### CONCLUSIONES

- Las tecnologías a lo largo del tiempo fueron ofreciendo soluciones para poder gestionar la información y generar conocimientos nuevos, pero ello implica un nivel de conocimiento adecuado para aprovechar los recursos que diversas plataformas nos brindan. En el campo de la educación es de vital importancia alinearse a las nuevas tendencias tecnológicas, pero requiere de un compromiso sólido de las partes que interactúan con estos avances.
- En la modalidad virtual aplicada a la educación, las plataformas poseen recursos que permiten al docente crear escenarios que involucren al estudiante a participar cada vez más, y el enfoque de gamificación surge como una alternativa adicional para crear una relación más cercana entre los estudiantes y su aprendizaje. El aporte de la gamificación se sustenta en crear escenarios basados en la competencia para que de manera individual o mediante el trabajo en equipo el estudiante cumpla los objetivos académicos trazados.

- El modelo de los videojuegos, como parte de la gamificación, puede ser usado para impulsar el aprendizaje del estudiante por el sentido de competencia que genera. Es importante tener en cuenta que, con los mismos recursos de la plataforma virtual o con la integración de otras herramientas colaborativas puede desarrollarse un escenario que rete y motive al estudiante, pero requiere el compromiso del docente para involucrarse más con la capacitación de nuevas herramientas digitales.
- Existe una fuerte relación entre motivación y desafío en el campo educativo, pero es importante reconocer las herramientas que permitan impulsar el proceso de aprendizaje de una manera diferente, considerando escenarios que motiven al estudiante a interactuar más con su comunidad académica. La virtualidad en la educación aún enfrenta algunos obstáculos a pesar de los avances realizados, pero desde las políticas de cada institución se pueden generar los cambios pertinentes para reducir las brechas de distancia con algunas innovaciones.
- Las tecnologías de información y comunicación por sí solas no generan soluciones para las distintas áreas de nuestra sociedad, es responsabilidad de cada individuo generar las ventajas pertinentes para el logro de objetivos aprovechando las bondades que cada innovación ofrece. La resistencia al cambio es uno de los factores que han acompañado a las tecnologías en su evolución, y en el campo educativo sigue siendo un desafío poder integrar cada vez más estas herramientas como parte de una estrategia de enseñanza y aprendizaje.

**FUENTES DE INFORMACIÓN**

- Agostini, C., & Willington, M. (2012). Acceso y uso de internet en Chile: evolución y factores determinantes. *Persona Y Sociedad*, 26(1), 11,42. <https://doi.org/10.53689/pys.v26i1.4>
- Aguilar, M. (2012). Aprendizaje y Tecnologías de Información y Comunicación: Hacia nuevos escenarios educativos. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 10(2), pp. 801-811. <https://www.redalyc.org/pdf/773/77323978002.pdf>
- Aretio, L. G. (1999). Fundamento y Componentes de la Educación a Distancia. *Revista ] Iberoamericana de Educación a Distancia*. [https://gc.scalahed.com/recursos/files/r161r/w24889w/Fund\\_Compon\\_Educ\\_Distancia.pdf](https://gc.scalahed.com/recursos/files/r161r/w24889w/Fund_Compon_Educ_Distancia.pdf)
- Black, D., Belsare, G. & Schlosser, S. (1999). Clinical features, psychiatric comorbidity, and health-related quality of life in persons reporting compulsive computer use behavior. *The Journal of Clinical Psychiatry*, vol. 60, núm. 12, pp. 839-44. [https://www.psychiatrist.com/wp-content/uploads/2021/02/11652\\_clinical-features-psychiatric-comorbidity-health-related.pdf](https://www.psychiatrist.com/wp-content/uploads/2021/02/11652_clinical-features-psychiatric-comorbidity-health-related.pdf)
- Borrás, O., Martínez, M. & Fidalgo, A. (2015). Gamificación de un MOOC y su comunidad de aprendizaje a través de actividades [https://www.researchgate.net/profile/Oriol-Borras-Gene/publication/283547690\\_Gamificacion\\_de\\_un\\_MOOC\\_y\\_su\\_comunidad\\_de\\_aprendizaje\\_a\\_traves\\_de\\_actividades\\_links/56698c9108ae430ab4f72713/Gamificacion-de-un-MOOC-y-su-comunidad-de-aprendizaje-a-traves-de-actividades.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Oriol-Borras-Gene/publication/283547690_Gamificacion_de_un_MOOC_y_su_comunidad_de_aprendizaje_a_traves_de_actividades_links/56698c9108ae430ab4f72713/Gamificacion-de-un-MOOC-y-su-comunidad-de-aprendizaje-a-traves-de-actividades.pdf)
- Burke, B. (2012). Gamification 2020: what is the future of gamification? <https://www.insidemarketing.eu/cdn/wp-content/uploads/2013/08/Report-Gamification.pdf>
- Carneiro, R., Toscano, J. & Diaz, T. (2021). Los desafíos de las TIC para el cambio educativo. Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI). <https://www.oei.es/uploads/files/microsites/28/140/lastic2.pdf>
- Claro, M. (2010). Impacto de las TIC en los aprendizajes de los estudiantes. Estado del arte. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). <https://www.cepal.org/es/publicaciones/3781-impacto-tic-aprendizajes-estudiantes-estado-arte>
- Cobo, C. (2016). *La Innovación Pendiente. Reflexiones (y provocaciones) sobre educación, tecnología y conocimiento*. Colección Fundación Ceibal/ Debate: Montevideo. [https://digital.fundacionceibal.edu.uy/js-pui/bitstream/123456789/159/1/La\\_innovacion\\_pendiente.pdf](https://digital.fundacionceibal.edu.uy/js-pui/bitstream/123456789/159/1/La_innovacion_pendiente.pdf)
- Colás, M., de Pablos, J. & Ballesta, J. (2018). Incidencia de las TIC en la enseñanza en el sistema educativo español: una revisión de la investigación. DOI: <http://dx.doi.org/10.6018/red/56/2>. [http://www.um.es/ead/red/56/colas\\_et\\_al.pdf](http://www.um.es/ead/red/56/colas_et_al.pdf)
- Coll, C. (2004). Las comunidades de aprendizaje. Nuevos horizontes para la investigación y la intervención en psicología de la educación. <https://docplayer.es/4713727-Las-comunidades-de-aprendizaje-nuevos-horizontes-para-la-investigacion-y-la-intervencion-en-psicologia-de-la-educacion.html>
- Delgado, M., Ángel, C., Saltos, G., & Del Castillo, J. (2022). La gamificación en la educación: una estrategia didáctica, en el colegio Dr. Luis Celleri Avilés. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*. DOI: [https://doi.org/10.37811/cl\\_rcm.v6i4.2816](https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v6i4.2816). <https://ciencialatina.org/index.php/cienciala/article/view/2816/4012>
- Deterding, S., Sicart, M., Dixon D., O'Hara, K. & Nacke, L. (2011). Gamification: Using game design elements in non-gaming contexts. DOI: 10.1145/1979742.1979575. <https://www.researchgate.net/publication/221518895>
- Deterding, S., Sicart, M., Dixon D., O'Hara, K. & Nacke, L. (2011). Gamification: Using game design elements in non-gaming contexts. DOI: 10.1145/1979742.1979575. <https://www.researchgate.net/publication/221518895>
- Díaz-Barriga, F. (2013). TIC en el trabajo del aula. Impacto en la planeación didáctica. <https://www.scielo.org.mx/pdf/ries/v4n10/v4n10a1.pdf>
- Escribano, F. (2013). Gamificación versus Ludictadura. *Obra digital: revista de comunicación*, ISSN-e 2014-5039, N° 5, 2013 (Ejemplar dedicado a: Interactividad y videojuegos), págs. 58-72. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4945222>
- Fernández, A., Olmos, J. & Alegre, J. (2016). Valor pedagógico del repositorio común de conocimientos para cursos de dirección de empresas. *@tic. revista d'innovació educativa*. Número 16. Primavera (Enero - Junio), pp. 39-47. <https://ojs.uv.es/index.php/attic/article/view/8044/8022>

- Fiske, E. (2000). Informe Final – Foro Mundial sobre la Educación – Dakar, Senegal. [http://iin.oea.org/cursos\\_a\\_distancia/lectura%2017\\_disc.dakar.pdf](http://iin.oea.org/cursos_a_distancia/lectura%2017_disc.dakar.pdf)
- García, I. Peña-López, I; Johnson, L., Smith, R., Levine, A., & Haywood, K. (2010). Informe Horizon: Edición Iberoamericana 2010. Austin, Texas: The New Media Consortium. [https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/2661/6/NMC\\_HorizonReport\\_IB\\_2010\\_def.pdf](https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/2661/6/NMC_HorizonReport_IB_2010_def.pdf)
- Chaparro, F. (2001). Conocimiento, aprendizaje y capital social como motor de desarrollo. *Ciência da Informação*, 30(1), 19-31. doi: 10.1590/S0100-19652001000100004. <https://www.scielo.br/j/ci/a/KWKzyWxndF6XbmdXjDfFXcL/?format=pdf&lang=es>
- González, C. (2014). Videojuegos para la transformación social. Tesis Doctoral. España, Universidad de Deusto. [https://www.academia.edu/7228290/Tesis\\_Doctoral\\_Videojuegos\\_para\\_la\\_Transformaci%C3%B3n\\_Social](https://www.academia.edu/7228290/Tesis_Doctoral_Videojuegos_para_la_Transformaci%C3%B3n_Social)
- Hernández, R. (2017). Impacto de las TIC en la educación: Retos y Perspectivas. *Revista Propósitos y Representaciones*. <http://dx.doi.org/10.20511/pyr2017.v5n1.149>
- Hernández, J. P. & Torrijos, P. (2019). Percepción del profesorado universitario sobre la integración de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) en las modalidades docentes. Influencia del género y la edad. *Edmetíc*, 8(1), 128-146. doi:10.21071/edmetíc.v8i1.10537. <https://journals.uco.es/edmetíc/article/view/10537/10535>
- Islas, C. (2017). La implicación de las TIC en la educación: Alcances, Limitaciones y Prospectiva. *Revista Iberoamericana para la Investigación y Desarrollo Educativo*. ISSN 2007 – 7467. <http://www.ride.org.mx/index.php/RIDE/article/view/324>
- Krüger, K. (2006). El concepto de sociedad del conocimiento. DOI: 10.5281/zenodo.7093827. [https://www.researchgate.net/publication/245535884\\_El\\_concepto\\_de\\_sociedad\\_del\\_conocimiento/citations](https://www.researchgate.net/publication/245535884_El_concepto_de_sociedad_del_conocimiento/citations)
- León, O. & Palma, E. (2017). Aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación en los procesos de innovación empresarial. *Revisión Literaria*. Universidad de Investigación y Desarrollo. *Revista de Investigaciones*, Vol 11- N° 1, pp. 144 - 152. <https://doi.org/10.33304/revinv.v11n1-2018012>
- Liu, S.-H., Lin, C.-H. & Zhang, K. (2017). Pedagogical Beliefs and Attitudes Toward Information and Communication Technology: a Survey of Teachers of English as a Foreign Language in China. <http://dx.doi.org/10.1080/09588221.2017.1347572>
- Marín - Díaz, V. (2015). La gamificación educativa: una alternativa para la enseñanza <https://revistes.ub.edu/index.php/der/article/view/13433/pdf>
- Martínez, A. & Castillo, A. (2014). Comunicación Institucional en España. Estudio del uso que los diputados españoles hacen de las TIC en sus relaciones con la ciudadanía. *Chasqui: Revista Latinoamericana de Comunicación*, ISSN 1390-1079, ISSN-e 1390-924X, N° 126, págs. 22-30. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5791224>
- Ortiz, A., Tejada, C. & Núñez, O. (2020). Actitudes hacia las TIC y adaptación al aprendizaje virtual en contexto covid-19, alumnos en Chile que ingresan a la educación superior. <http://www.perspectivaeducacional.cl/index.php/peducacional/article/viewFile/1175/373>
- Romero, R., Jordan, J. & Agredal, M. (2018). Gamificación en educación: una panorámica sobre el estado de la cuestión. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7315128>
- Ruizalba, J., Navarro, F. & Jiménez, S. (2013). Gamificación como estrategia de marketing interno. <https://www.redalyc.org/pdf/549/54929516008.pdf>
- Salazar, F. (2021). Impacto del diseño de una plataforma virtual en la enseñanza del derecho. <https://doi.org/10.24265/voxxuris.2021.v39n1.05>
- Sampedro, B. (2016). Las TIC y la educación social en el siglo XXI. *EDMETIC*, 5(1), 8–24. <https://doi.org/10.21071/edmetíc.v5i1.4014>
- Sánchez, E. (2008). Las tecnologías de información y comunicación (tic) desde una perspectiva social. *Revista Educare* Vol. XII, N° Extraordinario, 155-162, ISSN:1409-42-58, 2008. <https://www.redalyc.org/pdf/1941/194114584020.pdf>
- Severin, E. (2010). Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC's) en Educación. Banco Interamericano de Desarrollo. España. <https://publications.iadb.org/es/publicacion/14904/tecnologias-de-la-informacion-y-la-comunicacion-tics-en-educacion>

Silva, J. (2010). El rol del tutor en los entornos virtuales de aprendizaje. *Revista Innovación Educativa*, vol. 10, núm. 52, julio-septiembre, pp. 13-23. ISSN: 1665-2673. <https://www.redalyc.org/pdf/1794/179420763002.pdf>

Soriano, M. (2001). La motivación, pilar básico de todo tipo de esfuerzo. *Proyecto Social*, Zaragoza, n. 9, p. 163-184. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=209932>

Torres, C. & Valencia, L. (2013). Uso de las TIC e internet dentro y fuera del aula. *Apertura*, 5(1), 108-119. <https://www.redalyc.org/pdf/688/68830443010.pdf>

Valderrama, B. (2015). Los secretos de la gamificación: 10 motivos para jugar. *Capital Humano*, Madrid, n. 295, p. 73-78. <https://www.altacapacidad.com/wp-content/uploads/2020/07/Los-secretos-de-la-gamificacion.pdf>

Werbach, K. *For the win: how game thinking can revolutionize your business*. Wharton: Wharton Digital Press, 2012. <https://fliphtml5.com/ndhs/wtqf/basic>

# EL VERDADERO PROBLEMA DEL FEMINICIDIO

## THE REAL PROBLEM OF FEMICIDE

Marcelo Manuel Torres Mantilla  
ORCID: 0009-0004-1999-3580  
Universidad de San Martín de Porres  
[marcelo\\_torres@usmp.pe](mailto:marcelo_torres@usmp.pe)  
Perú

DOI: <https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n2.06>

Recibido: 31 de agosto de 2023.

Aceptado: 13 de febrero de 2024.

### SUMARIO

- Análisis del tipo penal.
- Líneas interpretativas.
- El verdadero problema del feminicidio.
- Consideraciones finales.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

### RESUMEN

En el presente trabajo trataré de explicar dos líneas interpretativas del discutido artículo que regula el delito de feminicidio en nuestro Código Penal, dando a conocer las consecuencias que se seguirían de aceptarlas, además de algunas objeciones a las mismas. En buena parte del ensayo se examinará la mejor interpretación del tipo penal y luego la objeción más fuerte a la que debe enfrentarse, a esta última la considero el verdadero problema del feminicidio. Finalmente, sugeriré una interpretación del feminicidio y se recopilarán las conclusiones.

### PALABRAS CLAVE

Feminicidio, Interpretación Sistemática, Machismo, Estereotipo de Género, Violencia.

### ABSTRACT

In the present work I will try to explain two lines of interpretation of the discussed article that regulates the crime of femicide in our Penal Code, making known the consequences that would follow from accepting them, in addition to some objections to them. Much of the essay will examine the best interpretation of the criminal offense and then the strongest objection that must be faced; I consider the latter the real problem of femicide. Finally, I will suggest an interpretation of femicide and the conclusions will be compiled.

### KEYWORDS

Femicide, Systematic Interpretation, Machismo, Gender Stereotype, Violence.

### ANÁLISIS DEL TIPO PENAL

El Código Penal vigente tipifica el delito de feminicidio de la siguiente manera:

Artículo 108-B.- Feminicidio

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:

1. Violencia familiar.
2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual.
3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente.
4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

La pena privativa de libertad será no menor de treinta años cuando concorra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. Si la víctima era menor de edad o adulta mayor.
2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación.
3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente.
4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación.
5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima tiene cualquier tipo de discapacidad.
6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas o cualquier tipo de explotación humana.
7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.
8. Si, en el momento de cometerse el delito, estuviera presente cualquier niña, niño o adolescente.

9. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.25 gramos-litro, o bajo efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas.

La pena será de cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes. En todas las circunstancias previstas en el presente artículo, se impondrá la pena de inhabilitación conforme a los numerales 5 y 11 del artículo 36 del presente Código y los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, según corresponda.

Posiblemente, la primera lectura del artículo nos lleve a criticar su falta de concreción y taxatividad, carencias que dificultan su aplicación en la práctica y que además son impropias de un adecuado derecho penal objetivo, de allí que no exista una única corriente interpretativa sobre el tipo penal. El principal problema suele ser cómo entender la expresión “por su condición de tal” y determinar si el sujeto activo únicamente puede ser varón, elementos indispensables para diferenciar al feminicidio de otros delitos y, sobre todo, para lograr imputarlo. Este último es el mayor problema y deriva del enunciado principal del tipo. Tal es así que en investigaciones como las de Tuesta y Mujica (2015) se dice que el feminicidio:

...implica un esfuerzo interpretativo *sui generis* para la investigación fiscal y el trabajo de los jueces: *establecer con precisión la concurrencia de motivaciones asociadas al género*. Es un esfuerzo *sui generis* en el sentido de la escasa taxatividad del enunciado principal, observable en la redacción que prescribe motivaciones, circunstancias y/o identidades asociadas al género, lo que se traduce en una carga interpretativa poco precisa para la investigación fiscal y el ejercicio probatorio (p. 88).

Consecuencia de esto, algunos fiscales entrevistados en la investigación citada afirman preferir acusar por otros delitos de comprobación más sencilla como puede ser el homicidio simple (p. 89).

A continuación, expondré dos vías de interpretación que considero las más relevantes.

### Interpretación literalista

Este aporte proviene, fundamentalmente, del jurista Luis Pacheco Mandujano (2017). Señala, que, si entendemos literalmente el texto normativo, “por su condición de tal” se nos menciona una condición ontológica, siendo la ontología la rama de la metafísica que estudia la naturaleza del ser, debemos entender que el

móvil está en la esencia misma de ser tal, en este caso, ser un individuo de sexo femenino de la especie humana.

En consecuencia, se entendería que la voluntad de realizar el delito obedece a la misoginia o una emoción similar, puesto que como ya mencioné, el hecho de que sea tal (mujer) ocasiona su muerte, otra cosa no.

Dicho esto, surge una evidente problemática: ¿cómo se prueba que una persona mató a una mujer por el simple hecho de que lo era? No puede ser odio a la mujer que particularmente mató, pues dejaría de ser odio a la mujer en general. Entonces, ¿cómo se prueba la misoginia?

1. *Debido a antecedentes de violencia sobre la víctima*. Sobre esto el tipo penal es claro: los contextos que enumera, entre los que están la violencia familiar y el abuso de poder, son sólo escenarios donde se desarrolla el delito, mas no son elementos causantes o condicionantes, únicamente tienen una relación correlativa. Podríamos ponernos en cualquiera de los contextos y fácilmente suponer un dolo distinto a la misoginia. Por ello es preciso entender que la condición previa para la acción feminicida es el odio a la mujer por ser mujer, el tipo penal claramente indica “en cualquiera” y no “por cualquiera” de los contextos.

2. *Por la brutalidad con la que se mata a la mujer*. Tampoco lo prueba, sólo demostraría la furia con la que actuó el sujeto activo.

Pareciera que la única manera factible de determinar el dolo sería con rigurosos exámenes psiquiátricos que logren establecer que el varón fue misógino.

Pese a ello, el autor citado trata de salvar la norma utilizando una teoría de la imputación distinta al finalismo *welzeniano*, es decir, una que no se comprometa con probar la misoginia, sino que impute el feminicidio por incumplimiento de deberes inherentes al rol de varón del delincuente, utilizando la teoría de los roles sociales de Gunter Jakobs. Esta teoría entiende el delito como el quebrantamiento o desatención a un deber derivado del rol social que cumple un determinado individuo en un determinado contexto, entonces aclara:

...el rol del varón como sujeto social poseedor de derechos, pero también de deberes, tiene que ver con cualquier asunto propio de su género, menos con matar ni lesionar mujeres. Esto lo

sabe bien el varón, independientemente de cuál sea su condición social. De manera tal que, por ello, sabe también, y muy bien, que lesionar o matar a una mujer en el ámbito de esa trama social, es decir, en el ámbito de la relación de género varón/mujer, no podría significar otra cosa más que violentar a la mujer aprovechando su condición de tal. Por tanto, al proceder de esta manera, quebraría la vigencia de las normas de trato a la mujer en el contexto de género y, en este supuesto, tal persona infringiría su rol de varón, defraudando las expectativas sociales al respecto, lo que ameritaría un reproche jurídico por su proceder, en el grado que correspondiese aplicar la sanción por la referida infracción; es decir, tal persona habría de ser penada (Pacheco, 2017, párr. 150).

Sobre este planteamiento formularé cuatro cuestionamientos que lo hacen, a mi consideración, infructuoso para resolver el problema aplicativo del feminicidio además de otras consideraciones:

1. No queda claro a qué se refiere Pacheco cuando habla de una relación de género, cabría preguntarse en qué momentos se hallan los sujetos en una y cuando no.
2. Si aceptamos que la teoría de Jakobs depende de los roles definidos por el modelo social donde se desenvuelve el sujeto tenemos un problema, pues si partimos del supuesto de que nos encontramos en un sistema de discriminación estructural (que es la que presupone otra línea interpretativa como ya veremos más adelante) resulta que los deberes sociales del varón deben ser precisamente los de menospreciar a la mujer y maltratarla. Ahora bien, esto se resuelve negando la premisa del sistema patriarcal, señalando que son los maltratadores de mujeres los desviados de la sociedad o creando una teoría de los correctos roles sociales a los que la sociedad debe adscribirse, propósito que supera con creces la propuesta de Jakobs pues su teoría busca la imputación penal, no es un tratado de filosofía moral. Cabe recalcar que Pacheco (2017) reconoce parcialmente esta crítica (párr. 155).
3. No explica el plus ofensivo, esto significa justificar por qué específicamente el varón merece el castigo del feminicidio que son mínimo 20 años cuando acaba con la vida de una mujer, a diferencia de la severidad penal que tendría una mujer por hacer lo mismo con un hombre o también cuando los sujetos sean de un mismo sexo. Si bien

los anteriores casos podrían imputarse bajo los delitos de parricidio u homicidio calificado que también tienen una cuantía amplia, pudiendo superar los 20 años de pena privativa de libertad, lo cierto es que el feminicidio posee el mínimo más gravoso, sin considerar los agravantes. En otras palabras, no justifica por qué cuando el varón de una relación heterosexual de género defrauda las expectativas sociales debe ser especialmente castigado, con un delito específico. Esto termina siendo crucial pues lo que nos cuestionamos es qué es aquello que desvalora el feminicidio, de no poder identificarlo dicho delito no tendría una razón de ser.

4. Si bien en este aspecto Pacheco concuerda con la opinión de la Corte Suprema de Justicia: “El feminicidio es un acto concreto realizado por un hombre suprimiendo la vida de una mujer” (Acuerdo Plenario N.º 001-2016/CJ-116, 2017), lo cierto es que no se justifica adecuadamente dicha necesidad. Veremos luego que existen interpretaciones que no implican que el sujeto activo deba ser en todos los casos varón.

### Interpretación sistémica

A continuación, repararemos en analizar otra interpretación que, aparentemente, puede acreditar el dolo con hechos objetivos fácilmente observables. Llamo a esta interpretación sistémica porque tiene como premisas que los seres humanos tenemos géneros y que en el contexto nuestro vivimos en un sistema de discriminación estructural, el cual establece unas pautas de comportamiento que subordinan a las mujeres, otorgándoles una suerte de mandatos a los que deben comprometerse. Se dice pues, lo siguiente:

El feminicidio es un tipo penal doloso. La acreditación del elemento subjetivo no puede descansar en el descubrimiento de la intención o *animus* del agente, pues dicho análisis es inconducente. Ello significa que el juzgador deberá imputar el dolo a partir de los hechos objetivos del caso, cuando estos determinen que la conducta del sujeto colocó en riesgo la vida de la víctima en una situación de quebrantamiento o imposición de un estereotipo de género que refuerce la discriminación estructural de las mujeres en la sociedad (Díaz et al., 2019, p. 99).

Como bien se puede leer, ya no hace falta probar ninguna motivación interna del sujeto activo, como la misoginia, basta probar que el acto delictivo se llevó a cabo en una situación de quebrantamiento

o imposición de un estereotipo de género. Siguiendo esta línea, las muertes de feminicidios tienen su razón de ser en que la mujer no “acata un mandato cultural que le impone determinados comportamientos, atributos o roles subordinados” (Díaz et al., 2019, p. 54). Los estereotipos que se le imponen a las mujeres serían que sea dócil con su pareja, estando dispuesta para hacer lo que desee, que sea su objeto de placer sexual y acate todas sus órdenes, entre otros.

Parece ser mucho más satisfactoria esta línea interpretativa, su clave radica en incluir los estereotipos de género los cuales pueden ser reconocidos de forma sencilla. Empero, debo decir que se me ocurren dificultades, en primer lugar, relacionadas con el texto normativo. Es complicado que “por su condición de tal” deje de entenderse como odio a la mujer y pase a significar odio hacia una mujer que se subleva o resiste a un estereotipo de género: no son definiciones similares. Violentar a una mujer por el desprecio que da su sexo no es lo mismo a asesinar a una mujer que no obedece algún mandato; la motivación para el primero es la misoginia, para el segundo pueden ser celos, afán de posesión, o hasta placer sexual. De seguir esta interpretación haría falta que el legislador adecúe el texto normativo, incluso podrían señalarse taxativamente cuáles son dichos estereotipos a fin de ser más garantistas; caso contrario, veo problemática la aplicación de esta interpretación sobre todo a la luz del principio de legalidad, reflejado en el *nulla poena sine lege*.

Dejando de lado esta complicación, propia de una inadecuada técnica legislativa, surge otra duda: la justificación del plus ofensivo del delito, cosa que en buena medida justifica su existencia en el ordenamiento jurídico. Afortunadamente, los partidarios de la interpretación sistemática sí interactúan con esta cuestión y responden afirmando que esta suerte de protección especial obedece a una discriminación estructural, asociada a diferencias culturales que subordinan a la mujer, “subordinación social que no le es trasladable a los varones, por cuanto no se encuentran en una situación de discriminación estructural” (Díaz et al., 2019, p. 56). En otras palabras, a los varones no se les ordena ser sumisos y objetos de placer sexual para con su pareja, por lo tanto, la motivación de actuar bajo un estereotipo machista no les es imputable a los perpetradores de sus muertes.

Claramente, para esta interpretación no hace falta que el sujeto activo sea hombre, sino que la víctima sea mujer, pues sobre ella recae la subordinación estructural. ¿Es descabellado

acaso pensar en un escenario donde una mujer asimile los estereotipos de género machistas y en consecuencia termine matando a otra mujer que los intente quebrantar? A juicio mío no y para los autores seguidores de esta línea doctrinal tampoco.

Con esto en mente, ya es posible comprender la legitimidad del feminicidio: desvalora el hecho de privar la vida a la mujer haciéndolo bajo un contexto de subordinación estructural. Los bienes jurídicos que tutela son la vida humana independiente y la igualdad material, este último es el vulnerado por los estereotipos y le otorga su plus ofensivo, así como lo diferencia de otros tipos que también protegen la vida.

### **EL VERDADERO PROBLEMA DEL FEMINICIDIO**

Pareciera que la interpretación sistémica logra responder a los cuestionamientos de manera satisfactoria (por lo menos comparándola con la vía *literalista*, sea cual sea la teoría de la imputación que utilice), puesto que explica la parte subjetiva del tipo haciendo factible su comprobación, señala quiénes pueden ser sujetos activos, las acciones que desvalora y las razones de su particular castigo y existencia. De hecho, se ha vuelto la predominante, siendo así que la Corte Suprema ya ha tenido diversos fallos casatorios aplicándola (RN 873-2020, Lima Este y RN 1314-2022, Lima Este).

No obstante, he de comenzar exponiendo las complicaciones que observo, son dos, y la primera ya la fui sugiriendo en los anteriores párrafos: para la interpretación sistémica las muertes de mujeres ocasionadas por celos, necesidad de control o satisfacción sexual son cualitativamente diferentes a las muertes de hombres por las mismas causas, esto, según señalan, sería porque los victimarios de las mujeres actúan impulsados por estereotipos de género subordinantes, o sea convencidos de querer imponer una conducta a su víctima la cual se resiste. Sin embargo, dicha aseveración no se prueba, se presume de facto.

Efectivamente, para la interpretación sistémica, la labor probatoria no debe examinar si el sujeto activo realmente asimiló tales estereotipos machistas como verdaderos y vinculantes para su realidad, simplemente verifica que actuó en una situación de imposición o quebrantamiento de dicho estereotipo.

Pareciera que buscan esto para evitar hallarse en la difícil obligación de probar un *animus*, pero a

pesar de que los seguidores de la interpretación sistémica no mencionan directamente que los sujetos activos en el feminicidio actúan por los estereotipos machistas, sí lo hacen indirectamente, esto porque a su parecer, la violencia en contra de la mujer está basada en razones de género, ya que se fundamenta en el sistema de roles sexistas en el que vivimos. Obedece a un sistema discriminatorio culturalmente aprendido y, por lo tanto, esto hace necesario que dicha violencia sea fundamentada –o sea causada– por tales concepciones culturales discriminatorias en desmedro de las mujeres.

Continuando con el razonamiento, para que el sujeto activo mate a la mujer por causa de dichos estereotipos discriminatorios se hace necesario que este lo asimile dentro su conciencia, que subjetivamente entienda que son un deber ser. Podrá ignorar de dónde vienen dichos estereotipos o si es correcto continuar creyendo en ellos, pero lo que no puede ignorar es la convicción de que son ciertos o en todo caso, que deban imponerse.

Pensar en un caso contrario, esto es, en un sistema que enseñe estereotipos sexistas los cuales no sean aprendidos por sus miembros simplemente no se sostiene por el hecho de que dicho sistema no podría mantenerse en el tiempo. Por consiguiente, si se acepta la proposición de que la violencia hacia la mujer está basada en su género, entonces es porque la causa de dicha violencia son personas que han asimilado los estereotipos de género machistas.

Por ello, por más que la interpretación sistémica se rehúse a probar una intencionalidad en el sujeto activo, tal como se puede leer en Díaz et al., (2019), “...el operador de justicia no debe intentar descubrir si el sujeto activo mató a la mujer porque tenía la intención de sancionarla por quebrantar o incumplir algún estereotipo de género” (p. 85), lo cierto es que ya presuponen una: el actuar por estereotipos de género sexistas.

En otras palabras, crea una presunción de “machismo” para cada sujeto que termine con la vida de una mujer motivado por causas que puede experimentar cualquier persona, tales como los celos, el deseo de control, etc. Como ya dije, para la interpretación sistémica dicha presunción es necesaria: primero porque es la consecuencia lógica de aceptar la violencia basada en género, y segundo porque de no serlo no podría establecerse una diferencia cualitativa entre los celos o el afán de posesión que puede tener el sujeto activo (ya sea hombre o mujer)

que mata a un varón del que mata a una mujer, debido a que en ambos casos tendríamos móviles iguales y no podría justificarse el plus ofensivo.

Por consiguiente, para que la interpretación sistémica funcione debe ser cierto que, en todos los casos, de, por ejemplo, celos, los victimarios de las mujeres actúen habiendo asimilado los estereotipos de género machistas, de allí que no se pruebe, sino que se presuma. Lo anterior debe ser verdad a fin de identificar la diferencia cualitativa entre los celos de una persona que mata a una mujer de la que mata a un hombre, pues, como recalco, el hecho de matar a una mujer estando motivado por ideas machistas vulneraría el bien jurídico de la igualdad material y esa vendría a ser la acción que desvalora el feminicidio.

Entonces, si lo que vengo explicando es correcto, la pregunta pertinente para la interpretación sistémica es si es cierto que el móvil de los feminicidas siempre obedece al machismo, entendido este como la convicción de que los estereotipos subordinantes hacia las mujeres son ciertos y/o deben de aplicarse. Esta es la pregunta adecuada que debe hacerse, y como intentaré probar, su auténtico problema.

### **Analizando los celos y demás motivaciones**

Un informe del Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público (2018) nos habla de que el 80% de feminicidas tenían una relación de pareja o expareja con la víctima, y es que siendo los celos de pareja una de las causas más comunes de feminicidio es conveniente que empecemos a analizarlo.

Lo que deberíamos encontrar para sostener la interpretación sistémica es, como ya se dijo, atributos que permitan señalar diferencias cualitativas entre los celos que padecen las mujeres con respecto a los hombres. En principio no parece ser obvio que lo sean, al fin y al cabo, los celos se dan en cualquier persona sin importar el sexo y podrían ser las características personales de cada sujeto las que modifiquen su intensidad. Para contrastar esta hipótesis examinaremos estudios científicos sobre la violencia de parejas, los mismos que si bien no pueden ver con un microscopio la conciencia de las personas por las limitaciones propias de su objeto de estudio, pueden darnos acercamientos útiles.

En primer lugar, sobre la intensidad de ira que sienten hombres y mujeres en el contexto de celos

de pareja, De Weerth y Kalma (1993) encuestaron estudiantes universitarios y observaron que las mujeres eran más propensas que los hombres a declarar que ellas mismas abusarían verbal y físicamente de su pareja. Mullen y Martin (1994) encuentran en adultos de diversas edades que ambos sexos tuvieron una similar frecuencia e intensidad en ira, tristeza, agitación e inquietud causados por el miedo de una posible infidelidad.

Acerca de otros móviles como la necesidad de control, Bates et al. (2014) determinó que las mujeres son tan controladoras, practicantes de violencia física y verbal como los hombres en sus relaciones de pareja contradiciendo que los hombres sean más controladores o que sólo ellos tengan esta característica. En la misma sintonía, un estudio sobre mujeres y hombres arrestados por violencia doméstica y derivados a programas de maltratadores concluyó que tanto hombres como mujeres refieren similares motivos para la perpetración de las agresiones (Elmqvist et al., 2015). Otro metaanálisis de 580 estudios sugiere encontrar más semejanzas entre hombres y mujeres que diferencias en los marcadores de riesgo para la perpetración de violencia de pareja (Spencer et al., 2016).

Acerca de las parejas del mismo sexo tampoco encontramos características significativas que nos hagan pensar que la violencia que padecen las mujeres sea cualitativamente diferente a la que padecen los hombres. En su trabajo, Merrill y Wolfe (2000) destacan que los hombres homosexuales sufrieron patrones, formas y frecuencias de abuso físico, emocional y sexual similar a lo que ha sido documentado en casos de mujeres heterosexuales y lesbianas maltratadas. Con similares resultados, este otro afirma que la violencia doméstica ocurre aproximadamente al mismo ritmo en las relaciones gays y lesbianas que en las uniones heterosexuales (Elliott, 2014).

El psiquiatra Malo (2019) señala la inconsistencia que ya veníamos advirtiendo:

Si fuera verdad (que la violencia sobre la mujer se basa en el machismo), esto sería fascinante porque si descubriéramos el mecanismo por el que el cerebro de un hombre machista se vuelve resistente a todos esos factores (alcohol, psicopatología, etc.) podríamos utilizarlo para tratar y disminuir el impacto de los trastornos mentales o el consumo de tóxicos en la población general. Se abriría una línea de investigación muy interesante. El problema es que no tenemos ninguna evidencia de que eso sea así, sino que los datos lo que apoyan es que los factores implicados en la violencia de pareja entre hombres y mujeres de cualquier sexo y orientación sexual son esencialmente los mismos (párr. 8).

Habiendo revisado la evidencia, es claro que la premisa que defiende la interpretación sistémica está lejos de ser una verdad indubitable. Por el contrario, observamos que las motivaciones a las que obedece la violencia y sus puestas en práctica suelen ser comunes entre los sexos y las orientaciones sexuales, muchas de deben a características psicológicas innatas, universales entre las personas, tales como los celos, el deseo de control, el rechazo al abandono; los cuales pueden ser gatillados y potenciados por factores como el uso de alcohol, drogas, trastornos de la personalidad, genética, problemas de apego, traumas, amén de muchos otros. Si fuese verdad la tesis sistémica, sería inexplicable encontrar tamañas similitudes en el contexto y motivaciones entre la violencia sufrida por mujeres y hombres: es por esto que la violencia no puede basarse completamente en el género, sino en las otras múltiples razones que he mencionado.

Nótese que digo “completamente”, y es que, siendo criaturas que ya vienen con rasgos del carácter por cuestiones propias de su ser, también es cierto que interactuamos con la cultura, y muchas veces esta puede ser influyente. De allí que existan estudios que sí señalan las costumbres de ciertas sociedades como incentivos para maltratar mayormente a las mujeres (Jewkes, 2002); aunque, como ya se explicó, es improbable que dicha causa sea totalizadora y principal en absolutamente todos los casos. Citando nuevamente a Malo (2018), comentando sobre de la violencia: “se trata de un problema multifactorial donde entran factores genéticos, experienciales, psicológicos y también sociales y culturales. La violencia es un problema humano (y animal), no un problema de género” (párr. 30).

### **Una consecuencia incómoda**

Cuando empezamos a describir el problema del feminicidio hable de dos objeciones, habiendo explicado la primera vamos con la segunda: Aceptar como verdadera la interpretación sistémica conlleva a consecuencias problemáticas dentro del sistema legal en lo que respecta al trato igualitario entre sexos.

Como he intentado explicar, la validez de la teoría sistémica implica aceptar la premisa sociológica de que las mujeres sufren violencia debido a la asimilación de estereotipos de género machistas por parte de sus agresores. Por lo tanto, al ser una premisa con efectos en todo el sistema social, no queda más que aceptar

que sus consecuencias abarcan mucho más que al delito de feminicidio. Coherente con este razonamiento, nuestro Código advierte como agravante el haber actuado motivado por la misma causa del feminicidio, o sea el violentar a la mujer por su condición de tal, en otros delitos tales como el de violación sexual, sicariato y los de lesiones. Recalco que estoy interpretando el tipo desde la óptica sistémica, por lo tanto, es absolutamente posible identificar estereotipos de género en cualquiera de esos escenarios, por ejemplo, se puede concretar la conducta de lesiones u ordenar el sicariato por motivo de celos, o también aplicaría el estereotipo de objeto sexual en el caso de violación sexual.

Pues bien, puedo identificar un problema, y es que al menos en ciertos delitos en contra de la libertad sexual esta agravante no se halla presente. Para ser más preciso, dentro de ese capítulo, en los delitos regulados en los artículos 171 a 176-C del Código Penal, y esto, bajo la interpretación sistémica es simplemente imposible, procederé a explicar el porqué.

Si hablamos de delitos contra la libertad sexual de una mujer, entonces sin ninguna duda estamos en un escenario donde el agente actúa siguiendo un estereotipo de género: el de tratar a la mujer como un objeto de placer sexual, arrebatándole cualquier clase de autonomía. Para Díaz, et al. (2019), este es un claro estereotipo de género (p. 24).

Así las cosas, no hay razón para que el legislador excluya esta agravante, la que más bien, debido a la presunción de la que hablamos antes, debería aplicarse en todos los casos en los que la víctima sea mujer. Quizás en este punto ya es identificable un trato desigual ante la ley: -exceptuando la violación sexual a menores de edad donde la pena es la cadena perpetua-, en las otras modalidades de la violación sexual, o en el chantaje sexual o en el acoso sexual, por decir otros delitos, la cuantía de la pena sería mayor en atención a la agravante, la cual depende del sexo de la víctima, todo a razón de la presunción de actuar bajo estereotipos machistas, aseveración controversial que los partidarios de la interpretación sistémica no se preocupan de verificar para los casos concretos, sino que la asumen como una verdad elemental aplicable a todo el tejido social.

Ciertamente aquí menciono los delitos en contra de la libertad sexual, pero por supuesto que podrían incluirse cualesquiera que reflejen un estereotipo de género por lo que evidentemente deberían ser muchos más, entre estos el de

coacción, acoso, los relativos a la explotación sexual o la violación de la intimidad.

La pregunta que me hago con lo previamente escrito es si estaríamos dispuestos a aceptar los cambios legislativos que conllevaría: el de identificar todos los delitos donde puedan incluirse estereotipos de género como móviles y establecer la agravante, además de aceptar el trato diferenciado entre sexos, cosa que a priori parecería ir en contra de nuestras ideas más elementales de justicia.

### **¿Se destruye el argumento del crimen machista?**

Si bien dijimos que las influencias culturales no pueden ser negadas como influencias en el móvil del feminicida, el problema con el feminicidio tal como lo entiende la vía sistémica es que presupone la influencia cultural machista como causa fundamental del crimen contra la mujer, sobredimensionando este aspecto y yendo en contra del grueso de la evidencia. Incluso los autores que analizan el fenómeno desde el modelo ecológico entienden que la violencia basada en género es "...un fenómeno complejo y multicausal, que afecta a las personas por razones derivadas de la estructura y del funcionamiento del orden social de género" (Olivares e Incháustegui, 2011, p. 32). Es decir, aun cuando se reconocen múltiples causas se sigue aceptando la idea de que estas se sustentan en los estereotipos de género subordinantes que gobiernan la sociedad.

No obstante, un argumento que podría apoyar la tesis de las influencias culturales, o sea que se mate a una mujer por machismo, es que observamos una asimetría entre la cantidad total de homicidios por celos y violaciones que cometen los varones a las mujeres que viceversa. También ocurren otros fenómenos como que a las mujeres se les viola en manada mientras que a los hombres no, ¿por qué esto no sucede con los varones? De esto se sigue que el machismo influye en la conducta de los delincuentes de modo que les hace actuar así.

Este es un buen argumento para defender la prominencia de los estereotipos de género, pero tiene sus limitaciones.

En primer lugar, habría que demostrar cómo así influye decisivamente en su conducta, contrastándolo con otras posibles hipótesis explicativas, de manera que se logre determinar una relación de causalidad. Sobre la violación ya

hay autores que rechazan la tesis del absolutismo cultural (Palmer y Thornhill, 2000), o sea que esta no tenga ninguna relación con obtener una satisfacción sexual y sólo sea por ejercer dominación machista. Sin embargo, como digo, este estudio ni probablemente algún otro puede concluir con que su influencia es inexistente. Otra tesis explicativa para esta asimetría es la fuerza física con la que cuenta el hombre, pues suele ser superior al de su sexo opuesto, además si tomamos en cuenta que entre las formas más comunes de cometer feminicidio están el estrangulamiento, el apuñalamiento o los golpes (MINP. 2018), esta hipótesis cobra más sentido.

### CONSIDERACIONES FINALES

Si mi argumentación es correcta, la interpretación sistémica que parecía dar una explicación cabal del feminicidio esconde una premisa falaz, además de consecuencias problemáticas. El presente ensayo se concentra en la primera al ser, considero, el principal problema del feminicidio, de hecho, de ella se deriva la otra complicación que vendría a ser accesoria.

Al no ser evidente, la presunción de actuar bajo los estereotipos de género machistas debe ser excluida de nuestro ordenamiento, esto en virtud de la presunción de inocencia y la prohibición de toda clase de responsabilidad objetiva, además de otros derechos como la igualdad ante la ley.

Desde mi punto de vista, la presunción de machismo genera resultados injustos, pues conlleva a un trato diferente a los agresores dependiendo del sexo de su víctima a pesar de que a todas luces veamos motivaciones iguales. Para clarificar lo dicho pondré ejemplos: tenemos el caso A, donde Juan mata a María; B, donde María mata a Juan; y C, donde Luis mata a Juan, en todos ellos hay una relación de pareja, en las dos primeras es heterosexual y en la última homosexual; asimismo, los sujetos activos actúan por no poder aceptar que la otra persona decide terminar la relación, también comparten la característica de no tener los elementos para aplicar las figuras del parricidio ni del homicidio calificado. Pese a que en los tres casos lo único que cambia es el sexo de la víctima, al aceptar la presunción de machismo los casos se resolverían de la siguiente manera: En el caso A, a Juan le corresponde la pena del delito de feminicidio, pues ha concurrido en el estereotipo de género de querer controlar la vida de su pareja cual objeto de propiedad

suya, no aceptando su decisión de abandonarlo, por lo que su condena será computada a partir del mínimo de años que son 20; para el caso B, María no ha aplicado ningún estereotipo de género a pesar de que sus celos la motivaron a matar a su pareja, esto debido a que su pareja era hombre, su pena privativa de libertad oscilará entre mínimo 6 y máximo 20 años que son los estándares del delito de homicidio simple; para el caso C se repite lo mismo que el anterior.

Para ejemplificar la segunda crítica acerca de las consecuencias en otros delitos sólo hace falta cambiar el verbo matar por uno que conduzca a otro tipo penal en el que se puedan señalar estereotipos de género como móviles, verbigracia, lesionar, violar, acosar, chantajear sexualmente, etc., en esos casos cuando la víctima sea mujer y se active la presunción de machismo aplicaría una agravante y la cuantía de la pena será mayor que cuando la víctima sea hombre. Como ya mencioné, esta segunda observación sólo es producto de aceptar la lógica de la presunción de machismo y llevarla a sus últimas consecuencias, por ello sostengo que el auténtico problema del feminicidio -según la interpretación sistémica- es sostener de forma consistente aquella presunción.

Ahora bien, tras exponer esta problemática es menester brindar alguna solución, pues considero legítimo el propósito de castigar con mayor severidad los crímenes machistas; no obstante, difiero de la manera propuesta por los seguidores de la interpretación sistémica. Entonces, ¿cómo sería una adecuada interpretación del feminicidio?, en mi opinión, de hecho, es posible continuar con la estructura de la vía sistémica, pero con la importante salvedad de probar la asimilación de estereotipos machistas. En otros términos, diría que el feminicidio debe entenderse como la puesta en peligro de la vida de una mujer motivada por convicciones machistas de sus roles, dentro del Código podría tipificarse tal que así: “Será reprimido con... el que mata a una mujer por ideas machistas sobre su comportamiento”. La obligación de la parte acusadora sería acreditar fehacientemente que el autor es machista, entendiendo esto como la interiorización y aceptación de los estereotipos subordinantes en contra de las mujeres, logrando excluir como móviles principales otras causas más comunes como los celos, el rechazo al abandono, necesidad de control, apetito sexual o similares. En el caso de otros delitos que reflejen estereotipos machistas el

tipo debería entenderse de la misma manera y funcionar como agravante.

Reconozco lo exigente que es mi interpretación a fin de imputarse, quizás sea inconducente puesto que busca identificar el *animus* del agente, pero a pesar de esa dificultad, optar por la otra alternativa de la presunción del machismo es simplemente injusto, o por lo menos, los seguidores de la línea interpretativa sistémica no han dado buenas razones para sostenerla.

Como último comentario, recalco que la interpretación que propongo difícilmente puede aplicarse siendo respetuosos con el principio de legalidad, por lo que es menester la modificación de la norma, o si se considera de actividad probatoria imposible, su derogación. Soy consciente de la existencia de otras críticas al feminicidio, pero las dos aquí mencionadas son, a mi parecer, las que van al quid de la cuestión y las menos discutidas.

## CONCLUSIONES

- De acuerdo con Pacheco Mandujano, la interpretación *literalista* del feminicidio termina volviendo complicada la acreditación del dolo. Por otra parte, la teoría de la imputación del rol social no puede justificar el plus ofensivo que ostenta el feminicidio, tampoco admite, de forma no justificada, que el sujeto activo pueda ser otra mujer.
- La interpretación sistémica del feminicidio depende de la presunción de que el sujeto activo tenga como móvil estereotipos machistas sobre la mujer, asumiéndolo como verdadero para todos los casos. Esto es así porque acepta la idea de que la violencia sobre la mujer está causada por estereotipos de género subordinantes, además, esto le otorga una cualidad distinta a los celos, afán de posesión, rechazo al abandono, entre otros móviles que provocan la muerte de mujeres, ello justifica su plus ofensivo. Por el contrario, los hombres no padecen las imposiciones de tales estereotipos machistas.
- La evidencia científica no apoya la idea de que el machismo sea el principal móvil orientador del victimario en todos los casos, pues aclara de motivaciones psicológicas innatas y de variables comunes entre los sexos diferentes a él.
- Aceptar la interpretación sistémica implica penar con mayor gravedad todos los delitos en los que ocurra una imposición o quebrantamiento de algún estereotipo de género discriminatorio hacia la mujer, pues en esos casos se activaría la presunción de machismo.

- Dado que es irrazonable sostener la presunción de machismo, la interpretación sistémica debe darse a la labor de demostrarla, lo que conlleva a buscar la intención subjetiva del agente. Pienso que esta sería una correcta manera de enfocar el feminicidio.
- Aun siguiendo la interpretación que recomiendo en este ensayo, creo que es complicado no seguir la *vía literalista* debido a la manera en que está redactada la norma.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

Acuerdo Plenario N.º 001-2016/CJ-116. Diario Oficial El Peruano (2017).

Bates, E. A., Graham-Kevan, N., & Archer, J. (2014). Testing predictions from the male control theory of men's partner violence. *Aggressive behavior*, 40(1), 42-55.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente N.º 873-2020.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria N.º 1314-2022.

De Weerth, C., & Kalma, A. P. (1993). Female aggression as a response to sexual jealousy: A sex role reversal? *Aggressive behavior*, 19(4), 265-279.

Díaz Castillo, I., Rodríguez Vásquez, J., & Valega Chipoco, C. (2019). Feminicidio. Interpretación de un delito de violencia basada en género

Elliott, P. (2014). Shattering illusions: Same-sex domestic violence. In *Violence in gay and lesbian domestic partnerships* (pp. 1-8). Routledge.

Elmqvist, J., Hamel, J., Shorey, R. C., Labrecque, L., Ninnemann, A., & Stuart, G. L. (2014). Motivations for intimate partner violence in men and women arrested for domestic violence and court referred to batterer intervention programs.

Jewkes, R. (2002). Intimate partner violence: causes and prevention. *The lancet*, 359(9315), 1423-1429.

- Malo, P. (2019). Violencia de Género versus Violencia Doméstica. Una reflexión. *Recuperado de:* <https://evolucionyneurociencias.blogspot.com/2019/08/violencia-de-genero-versus-violencia.html>
- Merrill, G. S., & Wolfe, V. A. (2000). Battered gay men: An exploration of abuse, help seeking, and why they stay. *Journal of homosexuality*, 39(2), 1-30.
- MINP. (2018). Informe ejecutivo cifras del registro de feminicidio del ministerio público enero 2009 – junio 2018. *Recuperado de:* [https://www.fiscalia.gob.pe/Docs/observatorio/files/feminicidio\\_1\).pdf](https://www.fiscalia.gob.pe/Docs/observatorio/files/feminicidio_1).pdf)
- Mullen, P. E., & Martin, J. (1994). Jealousy: A community study. *The British Journal of Psychiatry*, 164(1), 35-43.
- Olivares Ferreto, E., & Incháustegui Romero, T. (2011). Modelo ecológico para una vida libre de violencia de género. *Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. México.*
- Pacheco Mandujano, L. (2017). Acerca de una técnica inadecuada para el análisis e interpretación del delito de feminicidio. *Recuperado de:* <http://luispachecomandujano.blogspot.com/2017/05/acerca-de-una-tecnica-inadecuada-para.html>
- Palmer, C. T., & Thornhill, R. (2000). A natural history of rape. *Biological Bases of Sexual Coercion, Cam.*
- Spencer, C., Cafferky, B., & Stith, S. M. (2016). Gender differences in risk markers for perpetration of physical partner violence: Results from a meta-analytic review. *Journal of family violence*, 31(8), 981-984.
- Tuesta, D., & Mujica, J. (2015). Problemas en la investigación procesal-penal del feminicidio en el Perú. *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, (17), 80-95.

# FINANCIAMIENTO BASADO EN INGRESOS PARA ASEGURAR LA ACCESIBILIDAD A LA EDUCACIÓN UNIVERSITARIA EN EL CAMPO DE LA MEDICINA EN COLOMBIA<sup>1</sup>

## INCOME CONTINGENT FINANCING AS A GUARANTEE OF THE RIGHT TO ACCESS HIGHER EDUCATION FOR MEDICINE UNDERGRADUATE PROGRAMS IN COLOMBIA

Eduardo Andrés Calderón Marengo  
ORCID: 0000-0002-7840-6495  
Universidad Cooperativa de Colombia  
[eduardo.calderon@campusucc.edu.co](mailto:eduardo.calderon@campusucc.edu.co)

Karime Cure Requena  
ORCID: 0000-0002-6701-0540  
Universidad Cooperativa de Colombia  
[kakhoury11@gmail.com](mailto:kakhoury11@gmail.com)

Zulma Jissenia Camargo Leal  
ORCID: 0009-0007-9973-7596  
Universidad Cooperativa de Colombia  
[zulma.camargol@campusucc.edu.co](mailto:zulma.camargol@campusucc.edu.co)  
Colombia

DOI: <https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n2.07>

Recibido: 5 de noviembre de 2023.

Aceptado: 15 de febrero de 2024.

### SUMARIO

- Introducción.
- Estado del arte entorno al financiamiento contingente.
- Metodología.
- Resultados-discusión.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

### RESUMEN

La educación ha sido consagrada en la Constitución Política de Colombia de 1991 como un derecho social, económico y cultural. En consecuencia, el Estado está obligado a garantizar el acceso a todos los habitantes del territorio nacional a todos los niveles educativos, incluyendo la educación superior y, específicamente, a todos los programas académicos, independientemente de su costo o si la institución que lo ofrece no es de carácter público. El propósito de este trabajo radica en

analizar cómo el Estado puede asegurar el acceso a programas de pregrado en medicina impartidos por universidades de carácter privado. Esto se lograría a través de modelos de financiación, como el Financiamiento Contingente al Ingreso (FCI), evaluando los costos de las matrículas para este programa en diversas instituciones del país. Asimismo, se comparará la inversión en la formación académica con la situación económica y laboral del recién graduado, con el fin de recuperarla. Este trabajo se fundamentó en una revisión documental sistemática que incluyó doctrina, jurisprudencia y estudios realizados a nivel mundial sobre esta temática. Estudiar medicina en una universidad privada en Colombia conlleva una inversión significativa. Si bien el Estado podría financiar esta formación mediante modelos como el FCI para cumplir su papel de garante del acceso a la educación superior, las condiciones económicas y laborales actuales de los profesionales médicos podrían poner en riesgo el cumplimiento de las obligaciones adquiridas para su formación académica a través de esta opción de financiación educativa. A la luz de los resultados

<sup>1</sup> Artículo resultado del proyecto de investigación titulado: "El Financiamiento Contingente al Ingreso (FCI) como estrategia para el fomento de la educación superior en el Sistema de Integración Centroamericana (SICA)", de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Humanidades y Relaciones Internacionales de la Universidad Americana (Nicaragua) y la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Bogotá y Barrancabermeja. El proyecto fue financiado por ambas casas de estudio.

obtenidos, financiar un programa de medicina en una institución de educación superior privada en Colombia mediante el modelo FCI podría representar un riesgo patrimonial para el Estado.

### **PALABRAS CLAVE**

Derechos, acceso, Financiamiento Contingente al Ingreso; educación superior; medicina; costos.

### **ABSTRACT**

Education has been enshrined in the 1991 Political Constitution as a social, economic, and cultural right. Consequently, the State is obliged to guarantee access to all inhabitants of the national territory at all educational levels, including higher education and specifically to all academic programs, regardless of their cost or if the institution offering them is not of a public nature. The purpose of this work is to analyze how the State can ensure access to undergraduate medicine programs offered by private universities. This would be accomplished through financing models, such as Income Contingent Loans (ICL), by assessing the costs of tuition for this program in various institutions across the country. Additionally, the investment in academic training will be compared to the economic and labor situation of the recent graduate in order to recoup it. This work was based on a systematic documentary review that included doctrine, jurisprudence, and studies conducted worldwide on this subject. Pursuing a medical degree at a private university in Colombia entails a significant investment. Although the State could finance this education through models like ICL to fulfill its role as a guarantor of access to higher education, the current economic and labor conditions of medical professionals could jeopardize meeting the obligations incurred for their academic training through this educational financing option. Based on the obtained results, financing a medicine program at a private higher education institution in Colombia using the ICL model could pose a financial risk for the State.

### **KEYWORDS**

Rights, access, Income Contingent Financing; higher education; medicine; costs

### **INTRODUCCIÓN**

El Estado colombiano ha avanzado en lo pertinente para el reconocimiento, protección y garantía, no sólo de los derechos fundamentales,

sino de los demás derechos establecidos en la Constitución Política de Colombia, como es el caso del acceso a la educación. Estudiar en los niveles de educación básica, media y secundaria es en ocasiones gratuito, y cobija a la población en condición de vulnerabilidad social y económica. Sin embargo, no sucede lo mismo con el derecho al acceso a la educación superior. Aunque existen programas gubernamentales como “Ser Pilo Paga” o “Matrícula cero”, pocos son los beneficiarios de estos.

Aunado a lo anterior, los programas universitarios son costosos, así sean ofrecidos por universidades públicas, en las cuales debe pagarse un monto económico determinado por los ingresos del acudiente o el estudiante. No todas las carreras profesionales contemplan los mismos valores de matrícula, lo cual es evidente en los estudios no sólo de pregrado, sino de posgrado, especialmente en el caso de la carrera de medicina.

El Estado colombiano en 1950, crea una entidad cuya finalidad es apoyar mediante becas y créditos educativos a los aspirantes a títulos de especialización en distintas áreas en el extranjero, el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios en el Exterior Mariano Ospina Pérez (ICETEX), el cual se ha ido reformando de acuerdo con las necesidades del contexto nacional, a través de diferentes normas generadas por el poder legislativo.

El modelo de Financiamiento Contingente al Ingreso - FCI - entra en el panorama del financiamiento educativo ofrecido durante décadas por el ICETEX con la expedición de la ley 1911 de 2018, que lo define como “un esquema solidario y contributivo de financiación de la educación superior” (Ley 1911, 2018). La mencionada ley es reglamentada por el decreto 1009 de 2022 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pero aún en el 2023, no se ha implementado a cabalidad.

El modelo FCI ha funcionado de manera positiva en otros países, empezando por el país que vio su origen en 1990, Australia; y por algunos latinoamericanos como Brasil y Chile. No obstante, se han encontrado obstáculos durante su implementación y desarrollo. En Australia, por ejemplo, Charles Chapman, siete años después de su creación, encuentra que debe diferenciarse su aplicación de acuerdo con el programa académico a financiar, pues carreras como medicina y odontología son más costosas que otras. El Estado debe prever esta situación a la hora de conceder un crédito educativo de este

tipo, y asegurar su reintegro por los profesionales beneficiados (Chapman, 1997).

A partir del alto costo de matrícula para la carrera de medicina en el país, y la realidad laboral y económica de los médicos recién egresados, lo vaticinado por Chapman puede ocurrir en Colombia, y el Estado deberá evaluar el panorama a la hora de implementar definitivamente el modelo. Es por ello por lo que el objetivo de este trabajo es analizar la aplicación de este modelo de financiación para las carreras de pregrado con costos muy elevados, como lo es el programa de medicina.

### **ESTADO DEL ARTE ENTORNO AL FINANCIAMIENTO CONTINGENTE**

Los Estados latinoamericanos, y puntualmente en Colombia, han reformado sus cartas constitucionales en los últimos treinta años, con miras a determinarse como *Estados Sociales de Derecho*. Conllevando a la consagración por norma suprema, el reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales de todos los ciudadanos.

El derecho a la educación, aunque no se encuentra estipulado como derecho fundamental, sino como un derecho social, económico y cultural, debe de igual forma ser reconocido y protegido. Además, el Estado tiene que asegurar que toda la población tenga acceso pleno y en igualdad de condiciones al sistema educativo.

Sin embargo, no sólo debe centrarse en garantizar el acceso a un servicio educativo, sino también en el sostenimiento de la calidad mediante estrategias de interventoría y auditoría para el mejoramiento de esta. Es claro, que tanto el nivel como la excelencia de la educación son indicadores fundamentales que entidades internacionales como el Banco Mundial, la Organización de Naciones Unidas y el Fondo Monetario Internacional, evalúan a la hora de categorizar el grado de desarrollo económico de un país, encasillándolo en alguno de los siguientes grupos: país con economía desarrollada o de alto ingreso; país con economía emergente; en transición o con ingreso medio; y país con economía en vía de desarrollo o con bajo ingreso (Raya, 2022).

Lo anterior reviste una gran envergadura, debido a que el nivel de ingresos presentados, son resultado de una cadena de procesos que inicia con una verdadera educación y capacitación que permita alcanzar altos estándares, donde no sólo la industrialización, la producción y la distribución eficiente de los recursos es importante.

Ahora bien, en Colombia se han priorizado la accesibilidad, oportunidad e infraestructura para brindar el servicio educativo de forma gratuita en las etapas básica, media y secundaria. No obstante, en lo referente a la educación superior, son pocas las instituciones acreditadas de naturaleza plenamente estatal en el país, que realmente ofertan programas totalmente libres de pago para los estudiantes.

Para garantizar el derecho a la educación de los colombianos, no sólo ha sido protagonista el poder ejecutivo del Estado en cabeza del Ministerio de Educación, sino también el poder legislativo y la Corte Constitucional, pues se han promulgado leyes y sentencias hito que han sido materia prima esencial.

En cuanto a la jurisprudencia, la Corte ha proferido las sentencias C-376 de 2010 y la C-380 de 2019, en las que establecen lo siguiente “el acceso a la educación superior es un derecho fundamental frente al que existe una obligación de cobertura progresiva por parte del Estado para remover los obstáculos de acceso” (C-376/2010), y, de otra parte, exhortan a la creación de una política pública de educación incluyente y que favorezca a toda la población, en especial la vulnerable (C-380/2019).

Evidentemente, la creación del ICETEX en 1950 fue un avance importante para que de alguna manera el Estado estuviera al pendiente de la problemática educativa, aunque su misión inicial era apoyar la financiación para estudios en el extranjero. Claramente, solo hasta 1991 con la reforma a la Constitución Política vigente, se considera el acceso a la educación como derecho reconocido y protegido plenamente por el Estado.

De esta manera, el artículo 114 de la Ley 30 de 1992, “por la cual se organiza el sistema público de educación” define que “los recursos fiscales de la Nación destinados a becas o a créditos educativos universitarios en Colombia, deberán ser girados exclusivamente al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, ICETEX, y a él corresponde su administración” (ley 30, 1992, p. 18). Consecuentemente, la entidad adscrita al Ministerio de Educación ha surtido sendas reformas en aras de un cumplimiento constitucional, las cuales han sido legalizadas por la Ley 1002 de 2005, la Ley 1911 de 2018 y el Decreto 1667 de 2021.

Es primordial entonces, tener en cuenta los conceptos de crédito educativo, beca y el más recientemente adoptado en nuestro país: el

Financiamiento Contingente al Ingreso (FCI). Toda vez que estos modelos son la base para el apoyo económico educativo que el Estado provee para garantizar el derecho al acceso a la educación superior, no sólo en Colombia por medio de entidades como el ICETEX, sino, por ejemplo, el IFARHU (Instituto para la Formación y Aprovechamiento de los Recursos Humanos), que ostenta las mismas funciones para Panamá (Salazar et al, 2020).

Para comenzar: “Un préstamo educativo es aquel financiamiento que se otorga a un estudiante, o a un familiar o amigo de un estudiante, con el objetivo de cubrir el coste o inversión que suponen los estudios superiores universitarios o de posgrado” (Weistreicher, 2021).

Ahora, la beca se define como “el aporte económico que una entidad le da a un estudiante para que se costee los estudios y la manutención, cuando aplique, para pregrado y para postgrado, y son otorgadas a estudiantes con buen comportamiento académico entre otros requisitos”. (GFCGLOBAL, s.f.)

Es notorio como ambas definiciones son prácticamente iguales. Sin embargo, al hablar de becas, el beneficiario de ellas no queda obligado a restituir al acreedor los recursos aportados por éste, contrariamente al crédito o préstamo como tal, lo cual es expuesto en la publicación: *El sistema de educación superior en Panamá. Informe general*, presentado en 2019 por el proyecto *Recolatin*, (Credential Evaluation Centres and Recognition Procedures in Latin America Countries), y que establece que la beca es “un financiamiento no reembolsable de estudios de educación básica general, media y superior dirigido a estudiantes o profesionales panameños distinguidos y estudiantes extranjeros beneficiados por Acuerdos y Convenios Internacionales para cursar estudios superiores en la República de Panamá” (Gómez, et al, 2019, p. 19).

Así mismo, el crédito educativo es “un préstamo para estudios en el país o en el exterior. Estos préstamos devengan un interés anual de entre 3% y 5% sobre saldo con un financiamiento de hasta 10 años para su pago” (Gómez, et al, 2019, p. 19).

Por último, el FCI funge como una modalidad de préstamo o crédito educativo, el cual fue creado por el aumento en la demanda de estudiantes para acceder a la educación superior en Australia y ha sido desarrollado y evaluado de manera constante desde su creación en 1990, donde inicialmente recibió el nombre de Income

Contingent Loans (ICL), o Plan de Contribución a la Educación Superior (HECS). “En 1990, el gobierno australiano introdujo su primer cargo sustancial por la matrícula universitaria desde que se abolieron las cuotas en 1974. Se crea entonces el modelo “Plan de Contribución a la Educación Superior (HECS, por sus siglas en inglés)” (Chapman, 1997, p.738).

No obstante, el FCI, se financiaba solamente a través de los impuestos. Por esta razón y para evitar algún déficit patrimonial estatal, en 1996 se decide reformar, en el entendido que, como lo analiza su mismo gestor, Bruce Chapman en su escrito de 1997, “*Conceptual Issues and the Australian Experience With Income Contingent Charges for Higher Education*”, el modelo debe actualizarse porque no todos los programas académicos universitarios son iguales en cuanto a su costo, y ello, entre otros factores debe tenerse en cuenta a la hora de implementarse.

Particularmente en Colombia, y teniendo en cuenta que el FCI en 2018 fue aprobado y legislado como una nueva alternativa para a financiación estudiantil, ha sido revisado desde la academia para poner sobre la mesa no sólo sus bondades sino también sus riesgos.

Investigadores de la Universidad de los Andes, Omar David García Ávila y Juan Felipe Penagos Serna han dirigido sus estudios al análisis del FCI y su comparación con otras estrategias estatales. García Ávila concluye en su estudio de 2018 “*Modelación del sistema de financiamiento contingente al ingreso en Colombia*” que, el Estado debe aportar recursos para financiar la educación superior, estableciendo de manera paralela una corresponsabilidad entre el Estado como acreedor y el estudiante como deudor, aprovechando la relación directa, sin intermediarios de la banca privada, y que redunde en el no cobro de intereses abusivos y otros costos, lo cual es uno de los principales objetos del FCI.

Mientras tanto, Penagos Serna en su artículo “*Perturbaciones al sistema de educación superior colombiano (SESC) desde el componente de financiación a la demanda: hacia una nueva estructura del SESC y un mejor balance entre la financiación a la oferta y la financiación a la demanda*”, compara dos programas de financiamiento, “*Ser Pilo Paga*” (SPP) y “*Financiación dependiente de los ingresos de los egresados*”, llegando a la conclusión que los dos modelos son efectivos para dar una solución al problema de acceso

a los programas universitarios, pero en SPP los recursos asignados se están destinando prácticamente al sector educativo privado y es cuanto al FCI sigue siendo un crédito que implica las cargas ya conocidas.

Elizabeth Anzola Pérez, de la Universidad Militar Nueva Granada de Colombia, publica en 2019 “*Análisis de la Implementación de la Ley de Financiamiento Contingente al Ingreso 2018 en Colombia*” y analiza la implementación de la Ley 1911 de 2018, y concluye que, “el FCI, más que ser una ayuda para los estudiantes, que garantice como tal el acceso al derecho a la educación superior, se convierte en una carga más para ellos, tornando el derecho en un servicio de consumo” (Anzola, 2019)

Dos estudios recientes, datados de 2022, “*Análisis normativo del FCI como mecanismo de acceso a la educación superior en Colombia*”, y “*Challenges and Difficulties in Implementing an Income-Contingent-Financing Model in Higher Education in Colombia*”, realizados, el primero por Melisa López Hernández, Eduardo Calderón y Camilo Andrés Garzón Correa, y el segundo por los mismos investigadores y Atilio Bustos González, no solo desglosan las ya mencionadas características del FCI, sino que también alertan sobre los efectos negativos que puede acarrear el modelo.

Detallan en el primero de los estudios mentados por qué el Estado mediante su implementación lograría el cometido de garantizar el derecho de acceso a la educación, con este planteamiento financiero.

Y en el segundo, por el contrario, exponen cómo, a pesar de que el FCI ha sido efectivo en Australia y en otros Estados, no todos cuentan con iguales condiciones respecto de la oferta de instituciones de educación superior, tampoco en lo que concierne al área social y económica de la población. Verbigracia, el grado de empleabilidad, la situación post pandemia Covid-19, y otros factores afectan la deserción escolar y los ingresos de los profesionales.

Una vez revisadas las diferentes tácticas adoptadas por Colombia para garantizar el acceso a la educación superior, procedemos a abordar los costos que demanda el acceso al programa académico de pregrado de medicina, en una IES privada en el país.

Desafortunadamente son escasos los estudios acerca de esta temática, especialmente de pregrado. Sin embargo, se encuentran resultados

y discusiones interesantes alrededor, no solo de los valores monetarios que deben ser asumidos, sino de las expectativas reales de los médicos recién egresados y su situación laboral actual. Lo cual permite aproximarse a la viabilidad de un modelo como el FCI para apoyar la formación médica de pregrado.

En cuanto a los costos de matrículas de medicina en las IES colombianas, existe la “*Guía 2023 para la carrera de medicina*” la cual está publicada en la página web “*Colombia estudia*”, sitio digital en el que se presenta a los interesados la realidad del acceso a las diferentes universidades por programas, así como la realidad a la que se enfrentará el futuro profesional en un área determinada.

La guía revisada expone que el programa de medicina es ofrecido en más de treinta universidades entre privadas y públicas, donde el valor de una matrícula puede oscilar desde 32 millones de pesos colombianos por semestre en la Universidad de los Andes (alrededor de 8000 USD), hasta 3 millones en una IES de naturaleza pública (alrededor de 700 USD). Lo cual pone en tela de juicio la gratuidad, pues el aspirante puede llegar a pagar valores superiores a los tres millones de pesos colombianos, de acuerdo con el ingreso de su acudiente o el propio.

El mismo informe relata cómo un médico recién egresado incluso de la IES privada devenga un promedio de 3 millones de pesos al mes.

Por otra parte, y en aras de la preocupación generalizada por el alto costo de la educación superior en Colombia, la Unidad de Salud del periódico El Tiempo a comienzo del año 2023, informó que, si bien estudiar medicina en la Universidad de los Andes cuesta 31 millones de pesos cada semestre, ello no implica la mejor calidad del servicio educativo, pues este puesto lo ocupa la Universidad Nacional de Colombia, institución de carácter público.

Mateo Chacón, reporta en el artículo “*Las carreras universitarias más caras en Colombia en 2023*” las mismas variables, y menciona, además, que después de medicina, las carreras universitarias más costosas son administración de empresas y economía.

En lo que respecta a la situación de los médicos recién graduados, existen resultados de investigaciones que comparan la formación médica colombiana, respecto a la de países como Los Estados Unidos. Precisamente, Julián

Sánchez, en 2014, denota en su trabajo “*La formación médica en Colombia*”, la presencia de innumerables obstáculos para que un médico general pueda aspirar ser especialista en Colombia. En contraste con el país del norte, aprecia que una de las principales casusas radica en la falta de cupos, el tiempo prolongado de estudio y los altos costos para acceder al postgrado. Estos hallazgos revisten atención por dos razones. Primero, porque una década después persiste la misma situación de elevados costos en la matrícula; y segundo, por el factor tiempo y la poca disponibilidad de permanencia para completar el programa de posgrado, redundando en la ganancia de insuficientes ingresos para solventar las obligaciones que se hayan adquirido.

Similar conclusión aporta el endocrinólogo Enrique Ardila, quien, de igual manera, en su estudio “*La educación médica en Colombia*” de 2017, imputa como causa de la escasez de especialistas en el área, los costos elevados y la dedicación exclusiva para su preparación académica.

Además, se ha indagado acerca de los ideales de los estudiantes de medicina cuando sean egresados. Torres et al. llevan a cabo esta tarea y publican en 2017 “*Expectativas para el ejercicio profesional de la medicina en estudiantes que inician su carrera universitaria*”, aportando como principal dato que el anhelo del estudiante es especializarse tan pronto se reciban como profesionales con miras a tener una remuneración más justa y alcanzar una adecuada calidad de vida.

Corroborando lo expuesto, Alba Jakeline Ruano y Francisco Javier Villamarín, relacionan en su trabajo “*Condiciones sociolaborales de los médicos generales en pasto (Colombia): una aproximación descriptiva y explicativa*” de 2015, cómo factores fundamentales que han propiciado la actual situación laboral y económica de los médicos recién egresados, la entrada en vigor de la Ley 100 de 1991, la situación socioeconómica del país y el aumento en la oferta de IES con programas de medicina.

Para terminar, debe incluirse en el contexto de la financiación educativa y la situación laboral del personal médico, el proyecto de reforma a la salud de 2023, “*Proyecto de Ley 339 de 2023*”, porque, aunque lo apropiado sería relacionar el tema con una ley laboral o una reforma al actual código sustantivo del trabajo, el citado proyecto contempla ambos componentes del FCI.

## METODOLOGÍA

Para dar alcance a la resolución del problema jurídico que se pretende con este trabajo, se optó por manejar un enfoque cualitativo acudiendo a un tipo de investigación estrictamente de carácter documental, enfocado la revisión y análisis de literatura publicada, así como de aspectos doctrinales, normativos y de jurisprudencia, relacionados con el tema propuesto de investigación. Lo anterior con el propósito de establecer cómo los diferentes modelos de financiamiento de la educación superior, en especial FCI, son aplicables para garantizar el acceso a la educación superior para programas de medicina, dadas las condiciones económicas y laborales actuales que atraviesan los médicos en Colombia.

En primer lugar, se lleva a cabo una revisión sistemática y organizada de diferentes bases de datos, en español e inglés, indagando en los estudios de diferentes latitudes respecto del problema planteado, generando un amplio fichaje

Posterior a ello, escogidos los artículos, capítulos de libros, sitios web, jurisprudencia y legislación nacional, se procede a realizar un fichaje particular acerca del financiamiento educativo, el modelo FCI, la educación superior en Colombia y los costos que ella comporta; especialmente para programas de pregrado de medicina, tomando una muestra seis universidades privadas reconocidas tanto por la calidad de sus programas, como por los costos para acceder a ellos (Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad del Bosque, Universidad del Rosario, ICESI de Cali y la Universidad de la Sabana).

Luego, se dio paso al análisis de la situación laboral de los médicos recién egresados del país y del impacto del proyecto de reforma a la salud, proyecto de Ley 339 y, por último, se prioriza y se analiza la información recolectada.

## RESULTADOS-DISCUSIÓN

### Modelos de financiamiento de la educación superior en Colombia

El Estado colombiano se ha interesado por el acceso a la educación superior décadas antes de ser proclamado como un Estado Social de Derecho por la Constitución Política de 1991, y a través del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios en el Exterior Mariano Ospina Pérez, ICETEX, entidad adscrita al

Ministerio de Educación, que lo representa en su poder ejecutivo. También ha promovido la creación de diferentes modelos de apoyo económico educativo, por medio de becas y préstamos.

Para cumplir cabalmente su misión y estar en sintonía con la Carta Magna que entra en vigor en 1991, el ICETEX es reformado en su estructura administrativa y funcional en múltiples ocasiones, empezando con la reforma a la educación de 1992, es decir la Ley 30 de ese año. Posteriormente se le concede autonomía financiera para que los colombianos sean sus beneficiarios.

Sin embargo, sus diferentes estrategias de crédito educativo implican cobros de intereses y costos adicionales para los deudores, que terminan pagando muchas veces más el valor inicial reconocido.

En 2018, se adopta el modelo de *Financiamiento Contingente al Ingreso*, implementado desde 1990 en Australia, y en países latinoamericanos como Chile y Brasil, con resultados favorables; no obstante, “para la realidad latinoamericana aún presenta muchas interrogantes, sobre todo por la capacidad administrativa y económica de los gobiernos” (López, et al., 2023 p. 25).

La ley 1911 de 2018 “por 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” da paso a la creación del *Sistema de Financiación Contingente al Ingreso*, cuyo objetivo es el de “facilitar el acceso y permanencia en programas de educación superior y ampliar el acceso a la misma a través de un fondo que administra los recursos provenientes de la Contribución SABES y de las demás fuentes legales” (Ley 1911, 2018). Dicha ley se reglamenta por el decreto 1009 de 2022 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pero a la fecha, agosto de 2023, el modelo aún no está plenamente implementado.

La principal ventaja que supone esta categoría de crédito educativo se centra en que el Estado, para el caso de Colombia a través del ICETEX, concede un préstamo para formación académica superior. El beneficiario de éste lo pagará en el momento que perciba ingresos por la actividad económica derivada de la formación profesional que le fue financiada, sin intereses ni otros costos y con la garantía que, si no se está laborando, ni devengando salario

alguno, no le será generada ninguna penalidad financiera. Es decir, el Estado asume el riesgo. Dicho de otra forma “procurando la eliminación de cargas excesivas de reembolso para aquellas personas de bajos ingresos que recientemente están obteniendo un trabajo” (López, et al, 2023, p. 18).

Es menester considerar la aparición de situaciones que pueden obstaculizar su implementación y que deben ser tenidas en cuenta al momento de otorgarlo, como lo son el costo de la carrera profesional a financiar y la realidad laboral y de empleabilidad de ésta. Los ingresos que el beneficiario pueda percibir con dicha actividad económica y que le posibilite el cabal cumplimiento de la obligación adquirida con el Estado, también debe ser traído a consideración.

Ahora bien, el hecho de que en el modelo FCI el Estado asume las cargas constituye un aspecto de alto riesgo e incluso de posible detrimento patrimonial, puesto que la situación económica y social del país en la actualidad no es la más favorable.

Por lo expuesto previamente, para garantizar el derecho del acceso la educación superior en Colombia, estableciendo un sistema de Financiamiento Contingente al Ingreso, el Estado tiene que revisar y analizar meticulosamente los factores descritos y que afecten directamente sus recursos, para asegurar en el mayor porcentaje posible el retorno a la inversión.

### **Costos de acceso a programas de pregrado de medicina e IES de naturaleza privada en Colombia**

Los costos de matrícula para ingresar a una universidad de naturaleza privada son elevados, y en algunas casi que inasequibles para la mayoría de los aspirantes a un título profesional. Para el caso de las escasas IES netamente estatales, los cupos son bastante restringidos; y para completar este panorama adverso La Corte Constitucional en el fallo de sentencia C-346 de 2021, ha reconocido la autonomía de las instituciones universitarias, tanto para su funcionamiento administrativo como financiero:

[...] en el ámbito presupuestal, la autonomía reside en la prerrogativa que tienen las universidades «de ordenar y ejecutar los recursos apropiados conforme a las prioridades que ellas mismas determinen, y en armonía con los cometidos constitucionales y legales de la respectiva entidad (Corte Constitucional de Colombia, 2021, p.1)

Dicha autonomía universitaria ha permitido que algunas entidades de educación superior abusen al momento de reglamentar el costo de las matrículas, fundamentadas en la alta calidad de los servicios educativos y en su prestigio; razones tal vez muy válidas, pero que en muchos casos no son del todo reales. Sin mencionar que, en programas académicos como la medicina, las tarifas superan a las de otros de las en diferentes áreas de conocimiento.

Para revisar el tema propuesto y analizarlo dentro del marco del derecho al acceso a la educación superior en universidades privadas en Colombia, y la implementación por parte del Estado de diferentes modelos de financiación educativa y programas de gratuidad a través de becas, se revisaron los estatutos de un grupo de las más prestigiosas universidades privadas del país, según los estándares y mediciones internacionales de calidad de la educación superior, el “*QS World University Rankings 2023: Top global universities*”, realizado por la firma británica Quackquarelli Symonds (QS) y el Times Higher Education 2023 World University Rankings by Subject (THE).

Es así como, de acuerdo con lo anterior, se encuentra que, la Universidad de los Andes

(Bogotá), la Universidad Javeriana (Bogotá), Universidad del Bosque (Bogotá), ICESI (Cali), Universidad del Rosario (Bogotá) y Universidad de la Sabana (Bogotá), están calificadas en ambas escalas de evaluación dentro de las mejores 850 del mundo, en el programa de medicina en pregrado, situándose la Javeriana y Los Andes de Bogotá entre los lugares 301 a 350, en índice QS, y la primera en el mismo rango del THE, mientras que la segunda desciende a un lugar ubicado entre los 600 y 650 puntos. Las demás elegidas, obtienen iguales resultados de posicionamiento en las dos escalas excepto ICESI de Cali, que ocupa un privilegiado lugar en el rango de los 301 a 350 puntos en THE.

Así entonces, se puede inferir que el mero reconocimiento otorgado de acuerdo con la valoración de unos indicadores específicos de calidad no son la única variable tenida en cuenta por esta IES colombianas al momento de decidir el valor que debe pagar un estudiante para su ingreso.

A continuación se resumen estos datos en las dos escalas y se relacionan con los valores que se cobran para matricular un programa de pregrado de medicina:

**Tabla 1. Comparativo de resultados obtenidos por universidades colombianas en índice QS y en THE, versus valores de matrícula para cursar carrera de medicina**

Universidad	QS	THE	Valor matrícula	Normatividad
Universidad Javeriana	301-350	301-350	\$29.982.085	Acuerdo 728 de 13 de diciembre de 2022
Universidad de los Andes	301-350	601-650	\$ 31.120.000	Comité Directivo, en su sesión No. 260-22 del 23 de noviembre de 2022
Universidad del Rosario	401-450	801-850	\$ 30.748.000	Decreto rectoral 1757 del 12 de diciembre de 2022
Universidad del Bosque	551-600	801-850	\$ 24.500.000	Acuerdo 17477 de septiembre de 2022
ICESI Cali	651-800	301-350	\$ 18.920.000	Resolución 1432 de 29 de diciembre de 2022
Universidad de la Sabana	651-800	801-850	\$ 23.580.000	Acuerdo 074 de 2021. Para matrículas de 2022

**Fuente:** propia y adaptada de (Quackquarelli Symonds, 2022) y (Times Higher Education, sf).

### Situación laboral del médico recién egresado

Estudiar medicina en Colombia comporta una inversión bastante representativa, que otra, se vería recompensada con los buenos, y porque no decir, excelentes ingresos devengados por los médicos generales. Sin embargo, desde la entrada en vigor de la ley 100 de 1993, las condiciones ocupacionales y laborales de los galenos no especializados en un área particular sufrieron un

giro importante, pues pasaron de ser trabajadores prácticamente independientes, que facturaban según sus propios criterios, eran dueños de sus propios consultorios, a una absoluta imposición de un *modus operandi* determinado, el cual interviene directamente en sus decisiones de carácter estrictamente técnico científico.

Como se señala en párrafos previos, la “Guía 2023 para la carrera de medicina” expuesta en la página web por el sitio “Colombia estudia”,

presenta datos que ostentan supremo interés para aquellos que quisieran profesionalizarse en este país. Para el caso de la medicina, por ejemplo, relacionan lo que el médico general puede ganar de salario mensual siendo egresado de una universidad privada como la Pontificia Universidad Javeriana o la Sabana, y que en promedio se encuentra en algo más que tres salarios mínimos mensuales vigentes, y con el cual debe suplir sus necesidades básicas propias y de su familia, y solventar gastos y deudas, como las que pudo haber adquirido para su formación (Colombia Estudia, 2022).

Sin embargo, la misma fuente informativa también alienta a los aspirantes a médicos en cuanto a la obtención de empleo para ellos, pues, no obstante, el gran número de egresados semestralmente (4,500), un alto porcentaje (95.5%) de ellos consigue trabajo y se ocupa en su oficio. (Colombia Estudia, 2022)

Conocedores de estas condiciones laborales al momento de recibir su grado universitario, optan por especializarse de manera rápida, para poder obtener mayores sueldos y procurar recuperar su independencia profesional; no obstante, por la misma normatividad en salud colombiana, esto último aplicaría únicamente para especialidades netamente clínicas, y no para las quirúrgicas. (Torres, et al, 2017)

Aunado a ello, la competencia generada por el gran número de egresados cada seis meses en todo el territorio, los motiva aún más para no quedarse únicamente como médicos generales (Ruano y Villamarín, 2015).

Después de dar un vistazo a esta realidad, cobra vigencia su relación directa con la forma como el Estado responderá por su obligación de garantizar la educación superior a quienes han optado como proyecto de vida ser médicos, en el sentido que, financiar estos programas requiere de recursos elevados. Para el caso del FCI, y en general de los créditos o préstamos educativos (categoría a la cual pertenece), es mandatorio que el beneficiario, cuente también con los recursos suficientes para saldar su deuda.

### **Proyecto de Ley 339 de 2023, reforma a la salud 2023 y su relación con la financiación educativa para médicos y su actividad laboral**

Ahora bien, es imprescindible hacer referencia al proyecto de ley que busca reformar el sistema de salud en el país, pues, aunque no se

visualice una relación directa con el tema del financiamiento para la educación superior, al ser enfocado plenamente en el servicio de salud, reviste prima importancia, en el entendido que está fundamentado sobre diferentes “ejes” o temáticas cuya finalidad es garantizar este derecho a la población colombiana.

El denominado eje número 4 o *Dignificación de los trabajadores de la salud*, se enfoca en las condiciones laborales y de formación académica y actualización del personal de salud, con el objetivo de asegurar una estabilidad económica en materia sanitaria y garantizar el acceso a educación con calidad (Colomna, 2023).

Se denota entonces, como efectivamente en el mencionado proyecto, el cual se encuentra en la actualidad en proceso de aprobación por el Congreso de la República, se abordan tanto el aspecto laboral de los profesionales en salud, incluidos los médicos, como el apoyo que se pretende ofrecer para su formación académica.

En cuanto al punto exacto de la financiación en la educación de los médicos y en general de los profesionales de la salud, se expone un capítulo completo de la posible reforma, en el cual precisa que:

Con el fin de aumentar el acceso de los profesionales de la salud a especialidades médico-quirúrgicas y formación de posgrado, el gobierno creará un programa de becas para cubrir los costos académicos que se distribuirá entre los profesionales de medicina, enfermería y otras profesiones del sector salud (Rama legislativa del poder público, cámara de representantes: enmiendas, 2023, artículo 114 p. 62)

Pero más allá de lo prometedor del escrito anterior, también cabe destacar el artículo 114 del boceto presentado y en proceso de aquiescencia para ser promulgado como ley de la República, y en el que se establece que:

El Ministerio de Salud y Protección Social establecerá la forma de asignación de los cupos para becas, teniendo en cuenta instrumentos que consideren la distribución regional, la participación por instituciones de educación superior y los cupos por especialidades médico-quirúrgicas y oferta de programas posgraduales de salud pública para el país. Se priorizará a profesionales de la salud provenientes de municipios PDET, garantizando equidad regional para que haya mayor acceso a profesionales de regiones apartadas salud (Rama legislativa del poder público, cámara de representantes: enmiendas, 2023, parágrafo 1 del artículo 114 p. 62)

Además, en el segundo párrafo del mismo artículo, se dispone el mecanismo para corresponder a los beneficiarios de los apoyos económicos y becas para estudiar: “Los beneficiarios deberán retribuir el mismo tiempo de duración del estudio con trabajo remunerado en las regiones con requerimientos de dicho personal” (Rama legislativa del poder público, cámara de representantes: enmiendas, 2023, párrafo 1 del artículo 114 p. 62).

Entonces, es manifiesto el hecho que una reforma al sistema de salud colombiano naturalmente afectará la garantía estatal del derecho al acceso a la educación superior, y de manera directa la formación tanto en pregrado como en postgrado de los médicos, no solo porque es notoria la disposición gubernamental por apoyar la especialización más no la formación inicial del galeno, y para completar, la limita al área de la salud pública. Adicionalmente, constriñe al profesional favorecido con algún apoyo económico para garantizar el derecho en cuestión a devolver con creces la garantía.

De otra parte, lo que respecta a la solidez laboral que permita una subsecuente mejora en la economía de los galenos, es un punto crucial sobre todo porque una de las condiciones particulares del FCI precisa que el beneficiario del apoyo otorgado mediante este modelo pueda cumplir con la obligación adquirida de acuerdo con sus ingresos como profesional.

El documento acota que “el régimen y política laboral de los profesionales y demás trabajadores de la salud se conformará de acuerdo con los requerimientos de cantidad, perfiles y organización y a las características del sistema de salud, constituyéndose en un régimen especial” (Rama legislativa del poder público, cámara de representantes: enmiendas, 2023, p. 62)

De manera concreta define cómo deben ser contratados los servicios médicos de los especialistas, indicando que ellos deben estar vinculados por medio de cualquier modalidad legal estipulada en el Código Sustantivo del Trabajo, garantizando las condiciones de trabajo dignas y justas (Escaf, 2023, p. 300), y, determina que “las personas vinculadas a Instituciones Privadas y Mixtas con participación del sector público inferior al 90% del Sector Salud, por norma general, estarán vinculadas mediante contrato de trabajo conforme a los preceptos del Código Sustantivo del Trabajo y normas concordantes” (Proyecto de ley 339, 2023, p. 300).

Teniendo en cuenta que en el momento la mayor parte de nuevos profesionales, y especialistas en el ramo, no son contratados directamente, sino que se les asignan ordenes de prestación de servicios, o por medio de empresas intermediarias como cooperativas, lo presupuestado con la reforma va a incidir positivamente en la actividad laboral en salud.

En suma, desde el punto de vista del promotor de mejoramiento de las condiciones laborales y económicas, con su consecuente impacto sobre la calidad de vida de los médicos, más no en específico de los recién egresados, presentado en el proyecto de reforma del sistema de salud, el FCI podría ser un mecanismo interesante para financiar una carrera de medicina en una universidad de naturaleza privada en Colombia, siempre y cuando el médico general cumpla con los requisitos que plantea el mismo documento para acceder a una contratación directa con el mismo Estado.

De lo contrario, continuarán las mismas condiciones actuales, y el objetivo estará encaminado a realizar una especialidad, lo cual le comporta más inversión y endeudamiento, más aún si en su panorama no se avizora la salud pública, pues es la única que la reforma contempla financiar.

## CONCLUSIONES

Un *Estado Social de Derecho*, como está determinado Colombia por la Constitución Política de 1991, debe propender por la garantía de todos los derechos proclamados en la misma, no solo de aquellos enunciados en el Capítulo I, bajo el epígrafe de *Derechos Fundamentales*.

A pesar de que en el Estado colombiano se cumple (con dificultad) con la obligación de brindar el acceso a la educación “con calidad” en los niveles básico, primario, medio y secundario, no sucede lo mismo con la educación superior, específicamente para la carrera de medicina. Lo anterior, en el entendido que, las instituciones de educación superior (IESs) de naturaleza estrictamente pública que ofrecen el programa son contadas; podría decirse que son prácticamente una por departamento, y no en todos los territorios. Además, los cupos asignados por curso son escasos y son múltiples los requisitos exigidos para acceder a estos.

Por el contrario, la oferta de universidades de carácter privado es alta, independientemente de la calidad del servicio educativo que prestan a costos elevados, y en ocasiones inalcanzables, para los aspirantes a cursar una carrera profesional.

Las situaciones anotadas suponen que el Estado, con miras a reconocer, proteger y garantizar el derecho al acceso a la educación superior de los aspirantes a médicos, recurra a la implementación de programas y estrategias dirigidas a apoyar económicamente a los estudiantes y de esta manera permitir el logro de sus metas académicas.

En efecto, programas como *Ser Pilo Paga* y *Matrícula cero* comprenden una serie de ayudas económicas, específicamente becas, otorgadas a colombianos que se encuentran en grupos vulnerables y cumplen ciertos requerimientos para ser sus beneficiarios.

Empero, esta gratuidad no cubre a todos los habitantes del territorio nacional, tal y como lo dispone la Constitución. Entonces el Estado Colombiano designó al ICETEX la tarea de desarrollar diferentes modelos financieros como el creado en el 2018, el Financiamiento Contingente al Ingreso (FCI). Sin embargo, pese a que la ley 1911 que lo regula esté reglamentada por el decreto de 1009 de 2022, a la fecha no se ha implementado.

Esta estrategia financiera contempla como las demás, desventajas que deben ser valoradas a la hora de hacer efectiva su aplicabilidad. Uno de esos obstáculos, reconocido desde principios de ese siglo por su mismo gestor, el australiano Bruce Chapman, es la diferencia en los costos de matrícula para los diferentes programas, entre ellos la medicina.

Lo anterior, debido a que, si bien el FCI hace parte de grupo de los créditos educativos, la resolución de la obligación del deudor está sujeta tanto a sus condiciones laborales y, por ende, a los ingresos percibidos al recibir su título profesional con la ventaja que en caso de encontrarse cesante o desempleado, no será objeto de cobro de intereses ni de otros costos adicionales la deuda adquirida inicialmente.

De otra parte, los médicos colombianos recién egresados ingresan a un mercado laboral bastante competitivo, debido al alto número de colegas que salen a trabajar, y aunque la empleabilidad supera a muchas otras actividades económicas de egresados de otras profesiones, los rangos salariales no son los esperados para la inversión hecha para su formación.

Aunque el proyecto de ley número 339 con el cual se pretende reformar el sistema de salud en Colombia promete condiciones convenientes para la formación académica médica con

calidad, deja por fuera el pregrado en medicina, y es enfático en el apoyo a programas de nivel posgradual únicamente, en el caso de las carreras de salud pública.

Por otra parte, el enfoque que consagra para dignificar la labor médica, mediante una contratación sin tercerización y directa con el Estado, solo está pensada para los trabajadores que actualmente fungen como servidores públicos y que ostenten pertenecer a grupos sociales, culturales y étnicos específicos, así como ser oriundos o residentes en puntos geográficos alejados y vulnerables.

Sin embargo, no deben quedar desechas las expectativas que tienen los estudiantes de medicina respecto de sus planes una vez conseguido su título universitario. Siendo estos conocedores de las condiciones socioeconómicas que van a afrontar, y que la realidad de la precarización laboral les empujará a continuar prontamente con estudios de posgrado. Lo anterior, a pesar de las múltiples implicancias que esto conlleva, no sólo para sus aspiraciones personales y familiares, sino también respecto de la afectación de sus recursos económicos. Una nueva inversión educativa será necesaria, lo que se traduce en la mayoría de los casos, en la adquisición de una nueva deuda, sea con la banca o con el Estado.

Es entonces cuando debe evaluarse, sin ningún reparo, si un modelo como el FCI es realmente una solución viable para el mismo Estado. Lo anterior en aras de garantizar el estudio de pregrado de medicina en igualdad de condiciones respecto de los demás programas, asegurando, al mismo tiempo, el debido retorno a la inversión. Además, los montos que terminan financiando los estudiantes de este programa no se compadecen con la situación real y actual de los profesionales recién egresados. En definitiva, este es un riesgo que el Estado deberá prever y asumir para garantizar el acceso a la educación superior, sin generar un eventual detrimento patrimonial.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

Anzola, E. (2019). *Análisis de la Implementación de la Ley de Financiamiento Contingente al Ingreso 2018 en Colombia*. <http://hdl.handle.net/10654/31765>

Ardila, E. (2017). La educación médica en Colombia. *Revista Colombiana de Endocrinología, Diabetes & Metabolismo*, 4(3), 4–6. <https://doi.org/10.53853/encr.4.3.129>

- Chacón, O. (06 de enero de 2023). Las carreras universitarias más caras en Colombia en 2023. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/vida/educacion/las-carreras-universitarias-mas-caras-de-colombia-en-2023-731801>
- Chapman, B. (1997). Conceptual issues and the Australian Experience with Income Contingent Charges for Higher education. *The economic journal*, 107(442), 738-751. doi: <https://doi.org/10.1111/j.1468-0297.1997.tb00039.x>
- Chapman, B. (2006). Chapter 25 Income Contingent loans for higher education. International reforms. En, *Handbook of economics of education* (Vol. 2, pp.1435-1403). doi: [https://doi.org/10.1016/S1574-0692\(06\)02025-3](https://doi.org/10.1016/S1574-0692(06)02025-3)
- Colombia Estudia, (22 de noviembre de 2022). *Guía 2023 para la carrera de medicina*. <https://colombiaestudia.com/carrera/carrera-de-medicina/>
- Colomna, I. (21 de febrero de 2023). *ABC Reforma a la Salud*. <https://www.senado.gov.co/index.php/el-senado/noticias/4339-abc-reforma-a-la-salud>
- Constitución Política de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 380 de 2019, M.S. Cristina Pardo Schlesinger. Expediente OG- 163, 1 de agosto dos mil diecinueve (2019)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 346 de 2021, M.P. Cristina Pardo Schlesinger. Expediente D-14231, 14 de octubre de 2021.
- Contreras, A., Pineda, & C., Díaz, K. (2019). Condiciones laborales de un grupo de médicos pediatras afiliados al Sindicato Nacional de Pediatras en Colombia SICOLPED. <http://www.scielo.org.co/pdf/seec/v18n37/v18n37a4.pdf>
- Decreto 4807 de 2011 [Ministerio de educación nacional]. Por el cual se establecen las condiciones de aplicación de la gratuidad educativa para los estudiantes de educación preescolar, primaria, secundaria y media de las instituciones educativas estatales y se dictan otras disposiciones para su implementación. 20 de diciembre de 2011.
- Decreto 1667 de 2021 [Ministerio de educación nacional] Por el cual se adiciona la Sección 5 al Capítulo 3, Título 3, Parte 5, Libro 2, y la Sección 6 al Capítulo 3, Título 3, Parte 5, Libro 2, del Decreto 1075 de 2015 Único Reglamentario del Sector Educación, para reglamentar el artículo 27 de la Ley 2155 de 2021. 7 de diciembre de 2021
- Decreto 1009 de 2022 [con fuerza de ley] *Por el cual se adiciona el Título 3 y el Capítulo 1 a la Parte 18 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015 Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público y se reglamenta el artículo 117 de la Ley 2159 de 2021, 14 de junio de 2022*. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 376 de 2010, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Expediente D-7933, 19 de mayo de dos mil diez (2010).
- Escaf, A. (31 de marzo de 2023). Proyecto de Ley 339. Obtenido de [https://img.lahr.co/cms/2023/03/31201332/FINAL-PROYECTO-DE-LEY-339-23C-1\\_compressed.pdf](https://img.lahr.co/cms/2023/03/31201332/FINAL-PROYECTO-DE-LEY-339-23C-1_compressed.pdf)
- García, O. (2018). Modelación del sistema de financiación contingente al ingreso en Colombia. Recuperado de <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/44343>
- Garzón, C., Bustos, A., López, M., Calderón, E., Céspedes, O. (2022). Challenges and Difficulties in Implementing an Income-Contingent-Financing Model in Higher Education in Colombia. *Sustainability*, 14, 8058. <https://doi.org/10.3390/su14138058>
- Gómez, M., Castillo, Y., & Villareal, E. (2019). *El sistema de educación superior en Panamá, Informe general. Recolatin*. [https://www.recolatin.eu/wp-content/uploads/2017/06/National-Report-on-the-Higher-Education-systems-of-Panama\\_ES.pdf](https://www.recolatin.eu/wp-content/uploads/2017/06/National-Report-on-the-Higher-Education-systems-of-Panama_ES.pdf)
- ICETEX. (2022). [www.icetex.gov.co](https://web.icetex.gov.co/modelo-de-financiacion-contingente-al-ingreso#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20es%20Pago%20Contingente%20al,cual%20se%20reglamenta%20este%20mecanismo). <https://web.icetex.gov.co/modelo-de-financiacion-contingente-al-ingreso#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20es%20Pago%20Contingente%20al,cual%20se%20reglamenta%20este%20mecanismo>
- Lopez, M., Calderon, E., Garzon, C., Céspedes, O. (2022). Análisis normativo del FCI como mecanismo de acceso a la educación superior en Colombia. *Vox Juris*, 41(1), 12-28. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8654378>
- Penagos, J. (2020). Perturbaciones al sistema de educación superior colombiano (SESC) desde el componente de financiación a la demanda: Hacia una nueva estructura del SESC y un mejor balance entre la financiación a la oferta y la financiación a la demanda. Uniandes. Recuperado de <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/4936>
- Raya, O. (25 de septiembre de 2022). *¿Cómo se clasifican los países según su nivel de desarrollo?* <https://cemerri.org/enciclopedia/e-clasificacion-nivel-desarrollo-paises-fv#:~:text=El%20BM%20clasifica%20a%20los,1>

- República de Colombia (1992) Ley 30 de 1992. Por medio de la cual se organiza el sistema público de educación. Diario Oficial No. 40.700 de 29 de diciembre de 1992
- República de Colombia (2005) Ley 1002 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. Diario Oficial No. 46.137 de 30 de diciembre de 2005
- República de Colombia (2006) Ley 1098 de 2006, Código de infancia y adolescencia. Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006
- República de Colombia (2018). Ley 1911 de 2018. por 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. Diario Oficial No. 50.649 de 9 de julio de 2018.
- Ruano, A., & Villamarín, F. (2015). Condiciones sociolaborales de los médicos generales en Pasto (Colombia): una aproximación descriptiva y explicativa. *Semestre económico*, 18(37), 71-102.
- Salazar, M., Palacios, S., Cortés, I. (2020). Estudio comparativo de los factores económicos que inciden en la calidad de la educación de Panamá, Costa Rica, Colombia y Estados Unidos. *Revista Científica, Cultura, Comunicación y Desarrollo*, 5(1), 96-100.
- Sánchez, J. (2014). La formación médica en Colombia. *Educación y Desarrollo Social*, 8(2), 168-183. [https://www.recolatin.eu/wp-content/uploads/2017/06/National-Report-on-the-Higher-Education-systems-of-Panama\\_ES.pdf](https://www.recolatin.eu/wp-content/uploads/2017/06/National-Report-on-the-Higher-Education-systems-of-Panama_ES.pdf)
- Torres, S., Ramírez, Q., Ospina, C. (2017). Expectativas para el ejercicio profesional de la medicina en estudiantes que inician su carrera universitaria. *Investigación educ. Médica*, 6(23), 190-197. <https://doi.org/10.1016/j.riem.2016.11.004>.
- Unidad de Salud, (06 de febrero de 2023). Cuánto cuesta estudiar medicina en Colombia en universidades privadas. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/salud/esto-cuesta-estudiar-medicina-en-colombia-en-universidades-privadas-739691#:~:text=La%20carrera%20de%20medicina%20es,los%20%24%2030%20millones%20cada%20semestre>.
- Weistreicher, G. (01 de agosto de 2021). *Préstamo educativo*. <https://economipedia.com/definiciones/prestamo-educativo.html>

# SISTEMA PENITENCIARIO CHILENO: HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DESDE UN ENFOQUE DE JUSTICIA SOCIAL

## CHILEAN PENITENTIARY SYSTEM: TOWARDS A NEW CONCEPTION FROM A SOCIAL JUSTICE PERSPECTIVE

Marcos Antonio Aravena Flores<sup>1</sup>  
ORCID: 0009-0006-0262-7618  
Universidad Autónoma de Chile  
[marcos.aravena1@cloud.uautonoma.cl](mailto:marcos.aravena1@cloud.uautonoma.cl)

Rocío Belén Brebi Rivera<sup>2</sup>  
ORCID: 0000-0002-4807-0660  
Universidad Autónoma de Chile  
[rocio.brebi@cloud.uautonoma.cl](mailto:rocio.brebi@cloud.uautonoma.cl)  
Chile

DOI: <https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n2.08>

Recibido: 22 de enero de 2024.

Aceptado: 26 de febrero de 2024.

### SUMARIO

- Introducción.
- Deficiencias del sistema penitenciario a la luz de un enfoque de justicia.
- Hacia una concepción de justicia social: fundamentos y dimensiones aplicables.
- Incorporación de la justicia social en el sistema penitenciario chileno.
- Conclusión.
- Fuentes de información.

### RESUMEN

La presente investigación tuvo por objeto analizar críticamente el sistema penitenciario chileno con el fin de plantear una respuesta reflexiva a través de un enfoque de justicia social. En virtud de lo anterior, se logró constatar, que es insuficiente el sistema penitenciario en Chile para calificarlo como justo, dado que las falencias que derivan de la noción de justicia retributiva imperante no logran abordar la problemática en todo su contexto. Sin embargo, un enfoque de justicia social permitiría mitigar los efectos retributivos negativos del sistema, contribuyendo a una correcta distribución de los recursos, velando por el reconocimiento y la participación con miras al bien común de la

comunidad penitenciaria. Esta investigación se divide en tres acápites, el primero trata sobre las deficiencias del sistema penitenciario a la luz de un enfoque de justicia, el segundo sobre la concepción de justicia social desarrollando sus fundamentos y dimensiones aplicables, y tercero, la incorporación de la justicia social en el sistema penitenciario chileno. Por último, en cuanto a metodología utilizada, se aplicó la de tipo documental, con un método dogmático jurídico.

### PALABRAS CLAVES

Justicia Distributiva, Justicia Retributiva, Justicia Social, Participación Carcelaria, Reconocimiento, Sistema Penitenciario.

### ABSTRACT

The purpose of this research was to critically analyze the Chilean prison system in order to propose a reflexive response through a social justice approach. By virtue of the above, it was found that the penitentiary system in Chile is insufficient to qualify as fair, since the shortcomings derived from the prevailing notion of retributive justice fail to address the problem in its full context. However, a social justice approach would allow for mitigating the negative retributive effects of the system,

1 Abogado. Magister en Derecho Penal por la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Docente de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-0262-7618>

2 Abogado. Magister en Derecho Público por la Universidad Autónoma de Chile. Docente de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4807-0660>

contributing to the correct distribution of resources, and ensuring recognition and participation for the common good of the prison community. This research is divided into three sections: the first deals with the deficiencies of the penitentiary system in the light of a justice approach; the second deals with the conception of social justice, developing its foundations and applicable dimensions; and the third deals with the incorporation of social justice in the Chilean penitentiary system. Finally, as for the methodology used, the documentary type was applied with a legal dogmatic method.

## KEYWORDS

Distributive Justice, Retributive Justice, Social Justice, Prison Participation, Recognition, Penitentiary System.

## INTRODUCCIÓN

América Latina es una de las regiones que congrega más países con sistemas penitenciarios en crisis por falta de institucionalidad y Chile no es la excepción, siendo la ejecución de las penas una de las etapas más deficientes del sistema de justicia criminal (Espinoza, 2012, p. 16). Y en este sentido, para el caso chileno, la ley penal en cuanto a la etapa de ejecución de las penas es donde más falencias presenta, teniendo esta última un desarrollo limitado (Cury Urzúa, 2008, p. 722), lo cual ha sido advertido por una serie de informes sobre la materia, que dan cuenta de alertantes niveles de ocupación en los centros penitenciarios y preocupantes condiciones materiales en donde permanecen reclusa la población penitenciaria (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2020, p.s/n; Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2021, p. s/n).

A ello debemos agregar una tendencia legislativa que ha promovido la tipificación de nuevos tipos penales, el aumento de las penas aplicables a los delitos ya existentes e incluso la restricción a acceso de beneficios penitenciarios, cuestión que ha tensionado aún más el saturado sistema penitenciario chileno. Esta realidad imperante en el sistema penitenciario da cuenta de una noción de justicia retributiva, derivada de falencias que afectan a la población penitenciaria y que nos llevan a reflexionar sobre si el sistema califica como justo para quienes dependen de él. Así, las expectativas sobre un sistema penitenciario justo, adquiere connotación, cuando existe una condena que se aplica al infractor, pero que no contribuye en una reparación que permita más tarde no seguir reincidiendo.

Ante esta problemática resulta necesario plantear un análisis centrado en las concepciones de justicia imperante, postulando la incorporación de una justicia social, la cual actualmente ha sido un tema recurrente en distintas disciplinas de estudios, tales como la filosofía, sociología, economía, educación y política, igualmente adquiere relevancia en el derecho, cuando su enfoque sirve de criterio para analizar la justicia de un sistema penitenciario. De este modo, la interrogante que surge es ¿será posible plantear una concepción de justicia social en el sistema penitenciario chileno que permita cumplir con las aspiraciones de justicia en favor de la población penitenciaria?

Es así como el objetivo de esta investigación será analizar las deficiencias del sistema penitenciario y plantear soluciones para una mejor justicia dentro del sistema en Chile, reformulando el paradigma aplicado para entender la realidad penitenciaria. Para ello, la metodología será de tipo documental con un método dogmático jurídico, a fin de estructurar la investigación en tres acápite; El primero, trata sobre las deficiencias del sistema penitenciario a la luz de un enfoque de justicia; El segundo, sobre la concepción de justicia social desarrollando sus fundamentos y dimensiones aplicables; y tercero, la incorporación de la justicia social en el sistema penitenciario chileno, proponiendo un cambio en el enfoque de justicia empleado ante su insuficiencia.

## DEFICIENCIAS DEL SISTEMA PENITENCIARIO A LA LUZ DE UN ENFOQUE DE JUSTICIA

El sistema penitenciario es un elemento estructural en toda sociedad, ya que debe ser una etapa en la que transita una persona, que ha cometido un delito y que ha sido condenada, que se encuentra a cargo de instituciones del Estado, para hacer efectivas las funciones que la sociedad y que el propio Estado han determinado para el derecho penal de cada ordenamiento jurídico. Actualmente el sistema penitenciario chileno se ha visto afectado por la política criminal imperante, que ha propiciado “un conjunto de medidas legislativas concretas que han tenido un significativo impacto en el aumento de la red penal y –consecuencialmente– de la población privada de libertad en Chile” (Walker Martínez, 2022, p. 108).

Lo anterior ha dado lugar a una serie de deficiencias que ha de tenerse presente si ha de

buscarse una mejora del sistema penitenciario. Sin embargo, el sistema en Chile ha demostrado una actitud pasiva frente al discurso sobre el tratamiento de las personas privadas de libertad en los centros penitenciarios, salvo respecto de problemáticas observadas con fines destinados a la seguridad penitenciaria. Ante estos planteamientos, se hace preciso indagar sobre cuál es la concepción de justicia que trasciende en el sistema penitenciario a la luz de la política criminal imperante en la actualidad, y como ella ha dado lugar a deficiencias que justifican la búsqueda de nuevas perspectivas sobre un sistema penitenciario calificable de justo.

### **Castigar antes de prevenir: La preponderancia de una justicia retributiva**

Hoy en día vivimos en una sociedad convencida de que la única respuesta a la delincuencia es la privación de libertad de los responsables de un delito, de tal modo que, mientras más sufra el sentenciado en el cumplimiento de su condena, mejor será el castigo. Asimismo, la política criminal no contribuye en alejarnos de dicha valoración, al contrario, favorece la tensión del sistema penitenciario, toda vez que en estos últimos años ha ido en constante expansión (Morales Peillard, 2012, p. s/n), utilizando un conjunto de leyes que más que descongestionar el ya sobrecargado sistema penitenciario ha perjudicado aún más su funcionamiento. Si bien la política criminal se ha ido sustentando en una serie de reformas penales sustantivas punitivas (Fernández Cruz & González Guarda, 2022, p. 310), esta ha manifestado una tendencia hacia un sistema de carácter expansivo e invasivo, que “tiende a desvirtuarlo a través de la inobservancia o reorientación de sus características y de sus principios estructurales” (Gallego Díaz, 2016, p. 44), alejándose de esta forma de ciertos principios como la resocialización, reorientación o educación, que cada vez se ven más difícil de concretar en los sistemas penitenciarios, producto de esta realidad.

El escenario que se enfrenta ha sido denominado como un fenómeno de “populismo penal”, en este sentido, en el medio nacional se ha expuesto que Chile “se enfrenta, nuevamente, a una nueva ola de populismo penal” (Moraga, 2016, p. s/n), en atención a que “se aprecia sin duda en la praxis político criminal del Estado un aumento del intervencionismo penal ya sea a través de agravación de penas, ampliación del tenor de los tipos, o la inclusión de nuevos

delitos al catálogo penal” (Carnevalli, 2008, p. 30). Las consecuencias de dicho fenómeno han remitido hacia un aumento exponencial del encarcelamiento en Chile, el que se ha enfocado en la privación de libertad y en el aumento significativo de la población sometida a la medida cautelar de prisión preventiva (Walker Martínez, 2022, p. 125), lo cual pese a buscar una solución al problema de la delincuencia, ha contribuido más bien a crear nuevos obstáculos para el sistema penitenciario, ya que el resultado que se obtuvo ha sido más bien sobresaturar y llevar al límite a dicho sistema. Motivo por el cual se ha sostenido que “llenar las cárceles de Chile no nos hará una sociedad mejor y más segura, sino que generará el efecto contrario” (Moraga, 2016, p. s/n).

Este tipo de política criminal ha ocasionado que el sistema penitenciario en Chile sea uno de los países con mayores tasas de población presa por habitante de América Latina, siendo el diagnóstico de su sistema penitenciario desalentador, caracterizado por un incremento constante de la población reclusa, con niveles de hacinamiento importantes y una limitada capacidad de reinserción y rehabilitación de los internos (Dammert, 2006, p. 1). Dicha afirmación se evidencia en el informe presentado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante INDH) del año 2018, quienes en su estudio sobre las condiciones carcelarias en Chile detallan que el promedio nacional de ocupación penitenciaria es 101,5%, cifra que califica en un nivel de sobreocupación. No obstante, dicho promedio no demuestra en detalle la realidad acontecida en ciertos centros penitenciarios, ya que “19 recintos penales (22,9% del total de cárceles) mantiene un nivel de hacinamiento crítico, sobre el 140% de ocupación” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2020, pp. 51-54).

A mayor abundamiento, es preciso hacer presente que los estudios informados por el INDH aplican los criterios de distinción denominado Semáforo de ocupación penitenciaria, el cual es un indicador establecido por la Comisión Nacional de Derechos Humanos México (CNDH), en el que se hace la clasificación entre; nivel de ocupación bajo su capacidad cuyo tasa de ocupación es menor al 100%, nivel de sobreocupación que abarca la tasa de 100% y 119% de ocupación, nivel de hacinamiento alto que alcanza la tasa de 120% y 139% de ocupación, y por último, nivel de hacinamiento crítico cuya tasa de ocupación sobrepasa la tasa correspondiente al 140%

(Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2020, p. 53), cuestión que se logra visibilizar en otros centros penitenciarios nacionales. Solo para demostrar algunos casos, el informe de condiciones carcelarias de la ONG LEASUR de 2018, demostró en su estudio que el CDP de Limache, con una capacidad de 110 personas, alberga a 318 personas, generando una sobrepoblación del 189%, y el CCP de Copiapó, cuya capacidad para 242 personas, contaba con 462 personas reclusas, alcanzando una sobrepoblación del 90% (ONG LEASUR, 2018, p. 4).

En los mismos términos, según consta en el informe del INDH del año 2019, del total de 82 cárceles, se determina que 45 de ellas alcanzan un índice de ocupación superior al 100%, que representa a un 54,9% (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2021, p. 48). Asimismo, se determina que “19 cárceles tienen sobre el 140% de ocupación en lo que se clasifica como hacinamiento crítico, lo que corresponde al 23,2% de las cárceles” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2021, p. 48). Y haciendo la comparación con el informe anterior del año 2018, se expone que “el índice de ocupación general de las cárceles ha aumentado. Si en 2018 era del 101,5%, para el año 2019 se registra un 106,4%” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2021, p. 42), lo que nos permite constatar el crecimiento de la población penitenciaria, pero a la vez un estado permanente de hacinamiento crítico en la gran mayoría de los centros penitenciarios.

Para aclarar esta realidad, explica Salineros, que las respuestas ante esta tendencia de aumento de la población penal se pueden atribuir a tres factores: primero, la existencia de un mayor flujo de ingresos al sistema penitenciario, que no guardaría la debida correspondencia con quienes egresan; segundo, que algunas personas para determinados delitos ingresarían al sistema penitenciario y permanecerían largos tiempos de privación de libertad en comparación con lo que sucedía en décadas pasadas, y, finalmente, un tercer factor que corresponde a la falta de mecanismos eficientes que ayuden descomprimir el sistema carcelario (Salinero Echeverría, 2012, p. 120). Según lo expuesto, se puede sostener que el sistema penitenciario gira con preponderante ambiente a la noción del castigo, usando una justicia de carácter retributiva, sujeta a la aplicación de una sanción penal, pretendiendo como objetivo el cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad. Así, conforme a la concepción de

una justicia retributiva, se estaría legitimando la pena bajo el fundamento de “dar un mal por otro mal, es decir, retribuir al delincuente con un castigo, en especial la de privación de la libertad por el mal causado a la víctima por delito” (Márquez Cárdenas, 2007, p. 204). De este modo, este castigo, que el condenado debe compensar, se dirige sobre toda la sociedad, por la infracción que hizo a un miembro de la comunidad (Márquez Cárdenas, 2007, p. 204).

Es así como al identificar una preponderancia en el sistema penitenciario hacia una justicia retributiva, es posible dar cuenta de distintos rasgos negativos, especialmente cuando centramos la atención en la persona, toda vez que se ha sostenido que este tipo de justicia tiende a estigmatizar a las personas, marcándolas indeleblemente con una etiqueta negativa (Márquez Cárdenas, 2007, p. 204). Asimismo, la retribución se sustenta en el hecho cometido con el fin de compensar el mal causado, y ello solo se logra con una pena proporcional a la gravedad del hecho. Sin embargo, ello nos lleva a excluir determinados objetivos, tales como; prevención o resocialización, finalidades que no presentan atención preponderante en los centros penitenciarios y en la política criminal.

### **Desfavorables condiciones de vida en centros penitenciarios**

En este punto, se debe partir de la base que “las personas privadas de libertad gozan de una plena vigencia de sus derechos fundamentales, salvo de aquellos que pudiesen verse restringidos directa o indirectamente por la condena” (Villagra Pincheira, 2020, p. 362), conforme a la naturaleza jurídica de cada una de las penas. Sin perjuicio de ello, resulta ser un deber del Estado garantizar el respeto de los derechos de la población penitenciaria, evitando poner en peligro o dañar el derecho a la vida e integridad física y moral, a la salud, a la igualdad y la no discriminación, entre otros derechos inalienables (Eurosocial, 2014, p. s/n). Pese a ello, a consecuencia de la sobreocupación carcelaria, surge problemas entorno a las condiciones de vida de los internos en los centros penitenciarios.

En este sentido, se ha evidenciado distintos problemas que afectan las condiciones materiales de vida en los centros penitenciarios, siendo uno de los más grandes la sobrepoblación, que deriva en hacinamiento. Esto genera “condiciones de habitabilidad inhumanas, saturando el acceso a

servicios básicos, instalaciones, y programas de (re)inserción social y, en general, produciendo y potenciando los efectos nocivos de la privación de libertad” (ONG LEASUR, 2018, p. 4). Asimismo, se ha expuesto la deficiencia de asistencia médica en los recintos penitenciarios, en los que solo existe una atención primaria, sin dotación médica o de especialistas. Esto podría poner en peligro la vida o integridad física, especialmente en situaciones complejas donde se dificultaría el transporte o la asistencia por parte de funcionarios que pudieran asistir a su traslado, lo que lleva a que sean “atendidos en la misma unidad penal por paramédicos sin los implementos y conocimientos necesarios” (ONG LEASUR, 2018, p. 13).

A ello se suma los problemas de infraestructura que no satisfacen las necesidades básicas de quienes residen en ellos, generando condiciones de vida deficitarias. Así, se han reportado falencias en “las instalaciones eléctricas, alcantarillado y agua dentro de los recintos penitenciarios de Chile, lo que provoca serios problemas de higiene y salubridad” (ONG LEASUR, 2018, p. 7). Lo mismo ocurre con las condiciones de alimentación, siendo en muchos casos deficiente y llevando a una constante desnutrición de la persona privada de libertad (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2021, pp. 124-130). El acceso a espacios de vivienda es otro aspecto crucial, dado que el hacinamiento resultante provoca efectos negativos en la salud mental y física de los reclusos. Esta situación constituye una violación por parte del Estado al respeto de los derechos humanos y a la propia dignidad del individuo, contraviniendo además una serie de normativas establecidas a nivel nacional e internacional (ONG LEASUR, 2018, pp. 9-10).

Con relación a lo anterior, es importante recordar que la disponibilidad de agua y servicios de higiene son elementos fundamentales y transversales de las condiciones de vida carcelarias. Así, según lo dispuesto en las reglas Nelson Mandela, se dispone en la Regla 22 que, cada persona podrá proveerse de agua potable cuando la necesite (UNODC, 2015, p. 7). En tales términos, se ha expuesto que en virtud de los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, en su principio XI, se señala que, las personas privadas de libertad deben tener acceso a agua potable y a la alimentación, de forma suficiente y adecuada para facilitar su consumo en todo

momento (CIDH, 2008, p. s/n). De este modo, según lo expuesto en el informe del INDH del año 2018, la realidad penitenciaria da cuenta de que determinados centros penitenciario no cumplen con dichas condiciones mínimas y en otros “se presentan importantes carencias de elementos tales como servicios higiénicos, acceso al agua, acceso agua caliente y en higiene” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2020, p. 95), lo cual resulta ser preocupante si tenemos presente que “el acceso a agua y a servicios higiénicos son elementos básicos y transversales en las condiciones de habitabilidad de los recintos penales” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2020, p. 95).

A mayor abundamiento, el referido informe indica que tan solo “13 de los 36 recintos observados existe acceso al agua y al baño las 24 horas en todos los espacios que albergan población penal”, agregando que, “en 23 cárceles este acceso no está asegurado para todos” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2020, p. 97). Esta realidad se ha mantenido según se desprende de estudios posteriores, dado que en el informe del INDH del año 2019 se relata que no existe acceso en 23 de las 44 cárceles, ya que se prescinde a la población penitenciaria de servicios higiénicos al interior de la celda o ellos no están en condiciones de ser utilizados (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2021, pp. 107-108). Por otro lado, se suman diversas y graves afectaciones de condiciones materiales que deben cumplirse en los centros penitenciario. Según los informes de INDH (2020) y INDH (2021) otras afectaciones de condiciones materiales que se aluden dicen relación con el acceso a nivel de ocupación por cárcel asociados a la capacidad de diseño, cama individual, ropa de cama, presencia de plagas, aseo e higiene, alimentación, los problemas de calefacción presentes en tales recintos penitenciarios, entre otros (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2020, p. 100).

Así, siguiendo los resultados expuestos por el INDH, el año 2018, se identificó que, a nivel nacional, solo cinco centros penitenciarios cuentan con sistemas de calefacción, que funcionen sin inconvenientes, que permitan cubrir la totalidad o gran parte del recinto penitenciario (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2020, p. 98), por lo que “31 cárceles no tienen calefacción en sus dependencias. Esto se torna gravoso en las zonas que, ya sea durante todo el año o en meses invernales u horarios nocturnos, requieren de este elemento” (Instituto

Nacional de Derechos Humanos, 2020, p. 99). Y, según la misma entidad, en el año 2019, de las 44 unidades penitenciarias, tan solo dos centros penitenciarios que contaban con “sistemas de calefacción apropiados y disponibles para toda la población penal” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2021, p. 113). De este modo, “se constata que casi todas las unidades penales de este estudio carecen de un sistema de calefacción en buen estado y que cubra todo el establecimiento penal” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2021, p. 114).

Por último, dentro de las deficiencias relevantes, se encuentra aquellas que se refieren a la falta de oportunidades educacionales y de capacitación para los miembros de la población penitenciaria. Al respecto, hay que partir de la base de que la autoridad administrativa cuenta con Centros de Estudio y Trabajo (en adelante CET), encargados de contribuir en el proceso de reinserción social, por medio de formación laboral, psicosocial y educacional. No obstante, ellos no son suficientes para dar cobertura a las necesidades de las personas que se encuentran en los centros penitenciarios, toda vez que se identificó que a nivel nacional tan solo existen 16 centros penitenciarios que cuentan con CET (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2021, p. 282). A la vez, si bien nuestro reglamento penitenciario establece como derecho la educación básica, los niveles superiores de educación tan solo son incentivados por la autoridad administrativa, no siendo garantizado o resguardado el acceso a ello (ONG LEASUR, 2018, p. 18), ya que su acceso ha sido entendido como un privilegio para aquellas personas calificadas con buena conducta y en la medida que existe disponibilidad de cupos, “los que no siempre son suficientes para la totalidad de los internos/as que requieren acceder a educación” (ONG LEASUR, 2018, p. 18). Lo anterior da cuenta de una realidad educativa desalentadora, en la que “el 98% de los privados de libertad no han completado la educación obligatoria que es considerada mínima para optar a empleos formales” (ONG LEASUR, 2018, p. 17).

Es necesario recalcar, que las malas condiciones de vida en centros penitenciarios son una preocupación a nivel internacional, razón por la cual existen una serie de tratados internacionales y convenciones que establecen estándares mínimos que se deben respetar por parte de los estados, en orden a garantizar un trato humano y digno hacia las personas privadas de libertad (Cavada Herrera, 2018, pp. 1-9). Algunos de los

tratados más relevantes que abordan la temática son, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 1987, el cual prohíbe estrictamente cualquier conducta atentatoria contra la persona, incluyendo así aquellas afectaciones existentes en los centros penitenciarios, lo cual daría resguardo a el respeto a la dignidad humana (OHCHR, 1987, p. s/n).

También se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976, el cual reconoce una serie de derechos fundamentales aun cuando se encuentren privadas de libertad, así lo establece el artículo 8 de dicho Pacto, señalando que nadie puede ser tratado de forma cruel, inhumana o degradante (OHCHR, 1976, p. s/n). Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1978, el cual protege una amplia gama de derechos humanos en la región americana, expone que todo individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y a ser tratada humanamente (Refworld, 2024a, p. s/n), lo cual sería aplicable incluso durante el cumplimiento de una pena. Lo mismo hace la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1949, quien refuerza la igualdad de trato en los artículos 1, 2, 3, 5, 7, 8, 18, 19, 20, 23, 26 (United Nations, 1949, p. s/n).

Por otra parte, de forma específica se encuentran los *Principios básicos para el tratamiento de las personas carcelarias*, de 1990, los cuales contribuyen al resguardo y el estándar mínimo que deben tener los estados a nivel penitenciario, promoviendo la rehabilitación y reinserción social del individuo. Entre sus principios se incluye el respeto a la dignidad, la no discriminación, la seguridad en cuanto a no someterlos a abusos o violencia, que tengan acceso a atención médica, la alimentación, el alojamiento adecuado, el trabajo y educación promoviendo con ello su reinserción de forma exitosa y la comunicación con el exterior incluido sus familiares o representantes legales (Refworld, 2024b, p. 1). Y, por último, resultan plenamente aplicable, como un estándar mínimo universalmente reconocido, las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*, específicamente, las reglas 1,2,3 y 4 que se refieren a la dignidad y valor inherente de las personas privadas de libertad, y los *Principios y Buenas Prácticas sobre Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, que en su principio N° I se refiere particularmente

al trato humano que merecen a toda persona privada de libertad, y a partir del principio X, XI, XII y XIII se refieren a la salud, albergue, condiciones de higiene y educación.

Todas estas normas permiten dar asistencia a los derechos que deben garantizarse y promoverse en el sistema penitenciario, que resultan ser aplicable incluso por expresa disposición del reglamento carcelario chileno, así lo reitera su artículo 4 disponiendo que “la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, las leyes y sus reglamentos y las sentencias judiciales” (Del Congreso Nacional, 2020, p. s/n). De esta manera, conforme a lo planteado, resulta necesaria la búsqueda de concepciones de justicia que cambien el paradigma de los centros penitenciarios, a fin de cubrir los problemas de la población penitencia y que sirvan de bases para impulsar modificaciones legales para mejorar la realidad expuesta.

### **HACIA UNA CONCEPCIÓN DE JUSTICIA SOCIAL: FUNDAMENTOS Y DIMENSIONES APLICABLES**

Ante las deficiencias identificadas en el sistema penitenciario no queda menos que reflexionar sobre si la realidad de dicho sistema es susceptible de calificarlo como justo, cuestión que resulta complejo de determinar, considerando la complejidad que involucra el estudio del término de justicia para las ciencias jurídicas. En este sentido, la justicia es uno de aquellos términos más utilizados y difíciles de determinar en el mundo jurídico, por el profundo análisis de este concepto en la ciencia del derecho y por las nociones o valores que le podemos atribuir al término. A consecuencia de ello, Nino expone que “pocas ideas despiertan tantas pasiones, consumen tantas energías, provocan tantas controversias, y tienen tanto impacto en todo lo que los seres humanos valoran como la idea de justicia” (Nino, 1993, p. 61).

Sin duda, aclarar el término de justicia es difícil, ya que se ha debatido mucho y sigue siéndolo, por lo que siempre se debe recurrir a determinados autores y nociones de justicia para analizar este término importante para la ciencia del derecho y para el tema de este trabajo. El punto de partida es que la justicia ha sido un concepto estrechamente relacionado

con el derecho, así se ha sostenido que “la idea de justicia tiende a objetivarse en el derecho, lo cual significa que el derecho es siempre una cierta medida de justicia, en el sentido de que todo ordenamiento jurídico se presenta como un intento de expresión y de realización de una determinada concepción” (Squella Narducci, 2010, p. 177).

La justicia es un valor esencialmente vinculado con lo humano y social, porque sólo puede predicarse, con propiedad, respecto de las acciones de los hombres (Ponce Esteban, 2005, p. 213). En este sentido, se ha expresado que “referida a los aspectos sociales, la justicia tiene lugar cuando hay equilibrio en situaciones de intercambio de bienes entre miembros de la sociedad, esto es, cuando nadie es desposeído de lo que le corresponde” (Aranda Fraga, 2015, p. 72). Sobre este asunto giran las principales controversias y discusiones en cuanto al concepto de justicia, y la teoría más adecuada sobre la misma con relación a su correcta aplicación en una sociedad (Aranda Fraga, 2015, pp. 72-73). Desde este enfoque, se ha reconocido que “la justicia es un valor social, ya que se refiere a comportamientos o actos de una persona que afectan a otras” (Ponce Esteban, 2005, p. 213). Así la justicia exige la concurrencia de al menos dos sujetos y la existencia de relaciones entre ellos, circunstancia que al igual que la utilidad, la belleza o la bondad, son siempre acciones humanas referidas a otros (Pérez Luño, 2004, p. 213). Por consiguiente, la justicia corresponde a un valor fundamental en la sociedad, de modo que no es posible prescindir de ella en el orden social.

En este sentido, “la justicia social como clase de justicia, no es una virtud, sino un valor, dado que se impone coactivamente, sin que pueda admitir actuaciones contrarias manifestadas bajo otros valores” (Gago Guerrero, 1994, p. 87). Esta clase de justicia, a la que se le añadirá el calificativo de social, “obliga al Estado a aplicar medidas de apoyo, amparo e integración, exigiendo niveles de bienestar material” (Gago Guerrero, 1994, p. 94). Así, la justicia social, como criterio o enfoque de justicia ha tenido un desarrollo reciente, en comparación con otros enfoques más clásicos de justicia, y no es exagerado afirmar que en estas últimas décadas el desarrollo humanitario ha estado marcado por la lucha por su consecución como ideal de justicia. De este modo, se ha afirmado que “el siglo XX no sería entendible sin ese término” (Marías, 1974, p. 7). Sin embargo, actualmente

se ha sentido con mayor fuerza la necesidad de retomar los postulados de una justicia social, que trascienda una justicia legal o meramente formal.

Efectivamente según Murillo Torecilla y Hernández Castilla (2011) “el anhelo por una mayor justicia social surge, en primer lugar, por la nítida percepción de las múltiples y crecientes injusticias que nos rodean; pero también en la búsqueda de una mejor sociedad” (p.8). La justicia social, como se ha expuesto, es una noción de justicia que se basa en la igualdad de oportunidades, que va más allá del concepto tradicional de justicia legal (UNICEF, 2020, p. s/n). Por tanto, esta concepción de justicia responde a una tendencia actualizada, que ha ido ganando posición en distintas áreas del derecho, así lo destaca Messner (citado en Gago Guerrero, 1994) quien aclara que “el objeto de la justicia legal es el bien común del Estado y el de la justicia social el bien común” (p.95). De esta manera, “la justicia social pretende llevar a cabo modernamente el principio clásico de dar a cada uno lo suyo (...) basándose en dos principios fundamentales: el de prestación y el de necesidad” (Messner citado en Gago Guerrero, 1994, p. 95). Como bien explica Gago Guerrero (1994); “hasta ahora, la justicia social ha puesto en función con mayor o menor éxito, y utilizado con más o menos regularidad, los principios de distribución, igualdad, integración, proteccionista y asistencial” (p.97).

Ahora bien, para entender el objeto de esta noción de justicia, Marías (1974) explica que “la justicia social sería aquella que corrige o rectifica una situación social que envuelve una injusticia previa que, si se mantuviera, invalidaría las conductas justas, los actos individuales de justicia” (p. 16). Por consiguiente, la justicia social constituye un principio de la vida en común que se relaciona con el ámbito del derecho y de la legislación y está relacionada con la autoridad legítima del Estado (Montané, 2015, p. 94). En este punto, aunque se ha explicado que consiste este enfoque de justicia social, es importante presentar que en sus exponentes existen diferentes perspectivas para aplicar este tipo de justicia. De esta manera, se reconoce que “con ayuda de otros pensadores, este concepto se fue popularizando con el ideal de conseguir una sociedad justa” (Alarcon Sánchez et al., 2018, p. 169), así en la actualidad se han destacado como precursores a John Rawls quien en su obra *Teoría de justicia* explica una justicia social de carácter distributiva, asimismo siguiendo los

postulados de la justicia social encontramos ciertos precursores como Axel Honneth, quien explica este tipo de justicia como una forma de reconocimiento, y finalmente otros autores se adhieren a una concepción de justicia social como participación.

Dichos planteamientos son esenciales para entender este enfoque de justicia social, ya que como bien plantea Dubet (citado en Sarmiento Pelayo & Fernández Moreno, 2020), que en el siglo XXI, “la justicia social se constituye en dos vías: la igualdad de posiciones y la igualdad de oportunidades. En términos generales, estas vías se desarrollan, respectivamente, mediante la justicia distributiva y la justicia como reconocimiento” (p.15). Los postulados de los referidos autores no son teorías independientes, al contrario, comparten argumentos y planteamiento en común, ya que se fundan todos en este enfoque de justicia social. Para entender a profundidad los planteamientos del enfoque de justicia social, se expondrán brevemente ciertas posiciones de autores adheridos a esta forma de entender la justicia.

### **Justicia social distributiva**

Uno de los autores que funda su teoría de justicia conforme a la noción de justicia social es John Rawls, quien postula que ésta es el principio de prudencia racional aplicado a una concepción colectiva del bienestar del grupo (Rawls, 1995, p. 34). De este modo, “la primera virtud de las instituciones sociales” (Rawls, 1995, p. 17). Rawls (1995), en su teoría expone que la justicia debería ser la nota distintiva de las instituciones básicas de la sociedad, así expone que no sólo basta con que sean ordenadas y eficientes, ya que, si las instituciones básicas no son justas, estas deben cambiarse (p.17). Por eso Rawls (1995) niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa porque un mayor bien es compartido por otros (p.17).

Conforme a esta concepción, los principios de la justicia social proporcionan un modo para asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución apropiada de los beneficios y las cargas de la cooperación social (Rawls, 1995, p. 18). Cuando las instituciones más importantes de la sociedad están dispuestas a obtener el mayor equilibrio neto de satisfacción distribuido entre todos los individuos, la sociedad está ordenada y justa (Rawls, 1995, p. 34). De esta manera, según Rawls, la justicia entendida como un esquema social dependerá en la forma en “cómo se

asignan los derechos y deberes fundamentales, y de las oportunidades económicas y las condiciones sociales en los diversos sectores de la sociedad” (Rawls, 1995, p. 21), por ello, una concepción de la justicia social ha de ser considerada como aquella que proporciona, en primera instancia, una pauta con la cual evaluar los aspectos distributivos de la estructura básica de la sociedad (Rawls, 1995, p. 22).

La justicia social propuesta por Rawls (1995) tiene por el objeto primario la estructura básica de la sociedad y en específico, se centra en el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social (p.20). Con los argumentos de Rawls (1995), se puede afirmar que las instituciones sociales, como el sistema penitenciario, garantizan la convivencia equitativa entre los miembros de una sociedad. Por ello, el problema surge entonces cuando no podemos considerar estas instituciones como justa (p.17), en aquellos casos en que no hay una distribución equitativa.

### **Justicia social de reconocimiento y participación**

Una segunda concepción de la justicia social, es aquella planteada por Axel Honneth, quien realiza una propuesta distinta respecto de lo que ha de entenderse por justicia en las sociedades modernas. Conforme a lo expuesto por Honneth (citado en Fascioli, 2011) en su obra titulada reconocimiento y menosprecio: sobre la fundamentación normativa de una teoría social, se expone una crítica a la noción de justicia imperante hasta los años 90, esto es, una justicia predominante fundada en una concepción de redistribución equitativa, como garantía para la libertad de los miembros de una sociedad. Según Honneth (1996), “el giro provocado por la teoría del reconocimiento en la conceptualización de la justicia lleva a entender que la justicia social, constituye una garantía de las condiciones sociales para el reconocimiento mutuo” (p.56).

Esta nueva noción de justicia social, fundada en el reconocimiento, introduce nuevos aspectos que no son considerados en la justicia social de carácter distributivo, como postula Rawls, toda vez que, “la justicia distributiva tiene un alcance limitado, ya que no da cuenta de toda la injusticia social” (Sarmiento Pelayo & Fernández Moreno, 2020, p. 17). Dado que existen determinadas formas de trato socialmente injusto que no son

percibidas por las teorías distributivas, porque lo que está en juego no es la ausencia de bienes o derechos, sino la ausencia de amor y cuidado, o de estima social (Fascioli, 2011, p. 58). Por lo cual, el enfoque sobre la distribución como ideal de justicia, donde el sujeto autónomo alcanza su libertad en un proceso que debe tender a igualar las posibilidades es limitado porque no da cuenta en toda su magnitud de las injusticias sociales (Revuelta & Hernández-Arencibia, 2019, p. 335). En este sentido, los planteamientos de Honneth explican que se requirió “solo un pequeño paso para llegar a la opinión generalizada de que “la cualidad moral de las relaciones sociales no puede medirse solamente por la distribución equitativa o justa de los bienes materiales” (Honneth, 1996, p. 5), por lo cual, la representación de lo que es justo, más bien “debe estar relacionada esencialmente con aquellas concepciones acerca de cómo y qué se reconocen recíprocamente los sujetos” (Honneth, 1996, p. 5).

Por ello, el giro de la teoría del reconocimiento en la conceptualización de la justicia lleva a entender la justicia social de otra forma, como garantía de las condiciones sociales para el reconocimiento mutuo (Revuelta & Hernández-Arencibia, 2019, p. 335). Desde esta perspectiva, “el reconocimiento señala una relación recíproca ideal entre personas, en la que cada uno contempla al otro como su igual y a su vez como separado de sí mismo” (Murillo Torecilla & Hernández Castilla, 2011, p. 17). Es así como esta concepción pretende sostener que “cada uno se convierte en ser individual sólo en la medida en que reconoce al otro sujeto y es reconocido por él” (Murillo Torecilla & Hernández Castilla, 2011, p. 17). En estrecha relación al reconocimiento, se pretende por medio de la justicia social, dar cobertura a la participación, la promoción del acceso y la equidad para asegurar la plena participación en la vida social, especialmente para aquellos que han sido sistemáticamente excluidos (Murillo Torecilla & Hernández Castilla, 2011, p. 18). Por tanto, y así lo expresa Young (citado en Carneros Revuelta, 2018) “para que una condición social sea justa, debe permitir a todos satisfacer sus necesidades y ejercer su libertad; así la justicia requiere que todos puedan expresar sus necesidades” (p. s/n).

Desde este punto de vista, la justicia social “se asienta sobre la convicción de que todos los seres humanos tienen derecho a un trato equitativo, a un apoyo para alcanzar sus derechos humanos y a una distribución justa de los recursos sociales” (Murillo Torecilla & Hernández Castilla, 2011, p. 18). Así, la justicia social no solo implica el

reparto de determinados bienes primarios, como explica la concepción distributiva, sino que comprende otros bienes asociados, así abarca a la vez “la igualdad de oportunidades, el acceso al poder, la posibilidad de participar en diferentes espacios públicos o el acceso al conocimiento” (Murillo Torecilla & Hernández Castilla, 2011, p. 18), por tanto, la justicia social como participación “implica la promoción del acceso y la equidad para asegurar la plena participación en la vida social” (Murillo Torecilla & Hernández Castilla, 2011, p. 18), lo cual adquiere relevancia especialmente tratándose de aquellos que sistemáticamente son excluidos.

Según lo que se ha planteado, la justicia social es posible de abordarla conforme a diferentes dimensiones. Si bien cada una de ellas pueden ser comprendida como complemento destinadas a una sola finalidad, no es menos cierto que cada una de ellas postula una solución diferente, ya que, a partir de un enfoque fundado en la distribución, el remedio a injusticia requerirá aplicar algún tipo de reestructuración de tipo económico. Mientras que en el enfoque del reconocimiento la solución será más bien un cambio cultural o simbólico o una reevaluación ascendente de las identidades no respetadas o sus productos culturales (Fraser, 1997, p. s/n). No obstante, cada una de dichas dimensiones nos permiten entender ampliamente los postulados de una justicia social, la cual se erige como una herramienta para el respeto y promoción de una distribución correcta, reconocimiento de oportunidades y una plena participación o acceso de cada una de las personas a los espacios públicos según en entorno y necesidades exigidas.

### **INCORPORACIÓN DE LA JUSTICIA SOCIAL EN EL SISTEMA PENITENCIARIO CHILENO**

Conforme a lo expuesto, se ha afirmado la preponderancia de una justicia retributiva en el sistema penitenciario chileno, la cual, si bien castiga a los infractores por los hechos delictivos ejecutados, no presenta utilidad si lo que se busca es el progreso a una sociedad más equilibrada, empática y con conciencia propia (García-Bullé, 2020, p. s/n), elementos esenciales para considerar justo un sistema penitenciario con enfoque de justicia social. Razón por la cual “no se concibe hoy una justicia jurídica que no sea social” (Castán Tobeñas, 1996, p. 36)., dado a que “la justicia social constituye una aplicación de la idea de justicia propia de nuestro tiempo, traída por las

exigencias de la vida actual, económica o social y también espiritual” (Castán Tobeñas, 1996, p. 36). Es por ello por lo que la intervención y el tratamiento de los delincuentes, así como la valoración de su nivel de riesgo para comisión de nuevos delitos es una necesidad, no solo a nivel judicial y penitenciario, sino también una demanda social (NguyeN et al., 2011, p. 274).

De este modo, se afirma que “la justicia social viene dada por prácticas y condiciones sociales que posibilitan el reconocimiento mutuo con atención afectiva, igualdad jurídica y estima social” (Bolívar, 2015, p. 27). Conforme a ello, se concibe que existen formas de trato socialmente injustas en las que “lo que está en juego no es distribución de bienes o derechos, sino ausencia de afectos y cuidado o de estima social, que hurtan la dignidad o el honor” (Bolívar, 2015, p. 27). Es importante hacer presente que la justicia social juega un rol previo a la legal o formal, ya que se oriente a consolidar las condiciones de vida, de la que un sistema judicial penitenciario, como preceptivo, debe velar por que sea posible. Así, la justicia social al ser un valor implica velar por la protección de otros tipos de valores diferentes a los de equivalencia objetiva en la vida, como por la vida individual y colectiva de los miembros del sistema penitenciario, y por su reconocimiento y participación en el mismo. Es preocupante que la justicia social sea un enfoque colectivo, comparado a una legal, que dice relación con aspectos relacionados con el ejercicio individual de determinados derechos.

Por ello, resulta ser un elemento irrenunciable de un sistema penitenciario acorde con una concepción de justicia social, la condición sine qua non, de que en cada una de las personas que reúnan la condición de condenados, se desarrollen dentro del sistema de una forma adecuada, según los correspondientes cuidados y sus particulares necesidades. No obstante, estos planteamientos se vislumbran cada vez más difícil de cumplir en el sistema penitenciario, el cual atiende a criterios propios de una justicia retributiva. Sin perjuicio de ello, a partir de una justicia social es posible construir las bases para rectificar o evitar las deficiencias alertadas en el sistema penitenciario.

### **Racionalización del uso de la pena fundamentada en el castigo**

Partiendo de la premisa que el derecho aspira a la justicia, es posible reconocer que sus normas jurídicas se estructuran sobre la base de “un

contenido de carácter ideológico, que es del fundamento ideológico, político constitucional del Estado, que, a su vez, como en nuestro caso, direcciona los fines y las funciones estatales hacia la construcción de una sociedad justa y armoniosa” (Quenta Fernández, 2017, p. 136). Sin embargo, pareciera que las falencias identificadas en nuestro sistema penitenciario distan de ser calificable de justas para la población penitenciaria, dado la imperante preponderancia de una justicia retributiva. Así, un sistema penitenciario eminentemente retributivo margina a la población penal, aplicando penas privativas de libertad larga, lejos de los beneficios penitenciarios o de reintegrarse a la sociedad.

Esta realidad actual debería cambiarse, porque en un sistema penal democrático se prefiere la imposición de castigos que no significan la separación completa del condenado de los miembros de la sociedad, sino sólo si la privación de libertad lo demuestra. Para que la pena sea inevitable, la ejecución de la pena debe facilitar la readaptación del condenado al medio libre, evitando en la medida de lo posible un efecto disociador de la pena, con el fin de alcanzar una finalidad penológica preventiva. Por tanto, resulta insuficiente un sistema penitenciario retributivo que no promueva la integración social y comunitaria, para ello resulta necesario “proveer de las oportunidades necesarias para que las personas sujetas al control penal puedan integrarse a la sociedad de forma igualitaria, apuntando a una disminución de la exclusión social y la vulnerabilidad” (Morales Peillard et al., 2018, p. 114). De esta forma, “resulta particularmente relevante la necesidad de fomentar la participación de dichos sujetos en actividades comunitarias, tanto intra como extramuros” (Fundación Paz Ciudadana, 2015, p. 152).

Explica esta lamentable realidad el hecho de que “la mayoría de los reclusos en Chile carecen de educación formal y habilidades laborales y llegan a un sistema penitenciario que suele ofrecer escasas opciones de capacitación laboral o nivelación educativa” (Sanhueza, 2019, p. 108), lo cual ha sido verificado, ya que “el 98% de los privados de libertad no han completado la educación obligatoria que es considerada mínima para optar a empleos formales” (ONG LEASUR, 2018, p. 17). Razón por lo cual, “el desafío en curso es avanzar en el fortalecimiento de una política penitenciaria integral, que logre disminuir la reincidencia delictiva y promover la inserción social” (Villagra Pincheira, 2020, p.

372). Concentrando los recursos en programas de tratamiento, educación y capacitación laboral que aborden oportunidades de reintegración puede ser más efectivo para prevenir la reincidencia, lo que permitiría enfocarse en las raíces del comportamiento delictivo. Cuestión opuesta al paradigma actual, fundado en la justicia retributiva, que se centra en castigar al delincuente sin abordar las causas subyacentes del comportamiento delictivo, no contribuye de manera efectiva a la prevención del delito.

Por tanto, aplicando un enfoque de justicia social, un sistema penitenciario ha de atender a la resocialización, para así tratar a los infractores de la ley penal como individuos capaces de cambio, lo cual permitiría tratar las causas subyacentes del delito y proporcionar las herramientas necesarias para reintegrarse en la sociedad. Cuestión que será posible de lograr por medios de programas de reinserción, rehabilitación y educación que sean acorde a las necesidades particulares de cada condenado, especialmente de aquellos grupos que han sido reconocidos por enfrentar una situación de vulnerabilidad en el ámbito penitenciario, como ocurre con las personas privadas de libertad indígenas, extranjeros, discapacitados, mujeres o de diversidad sexual, quienes requieren de especiales formas de abordaje e intervenciones especiales acordes a sus necesidades.

Para ello, hay que plantear la transición desde sistemas de reinserción concebidos para la mayoría de los condenados hacia sistemas que sean capaces de identificar y reconocer la diversidad y heterogeneidad de aquellos que integran la población penitenciaria, considerando sus identidades, recursos y necesidades propias, lo que implica reconocer la realidad de cada miembro de la población penitenciaria. De esta forma, “la justicia social requiere, como primera medida, analizar y reflejar el desarrollo, aprendizajes y desempeños de mujeres y hombres, con diferentes capacidades, pero iguales en derechos” (Murillo et al., 2011, p. 14), lo cual permitiría dar mayor relevancia y pertinencia al desarrollo de la población penitenciaria, dado que constituyen un grupo o colectivos que necesitan que el sistema penitenciario les brinde mayores oportunidades materiales e inmateriales para su pleno desarrollo como miembros a insertarse a la sociedad conforme a sus capacidades, intereses y necesidades. Este enfoque más humano y empático puede fomentar la rehabilitación y promover una sociedad que valora la redención sobre la retribución, puede facilitar la integración

de los exdelincuentes en la sociedad, evitando la estigmatización y la exclusión social que a menudo acompañan a las penas retributivas.

### **La cárcel como espacio de participación y reconocimiento de las particulares necesidades del condenado**

En este punto, hay que considerar la relación que vincula al Estado con aquellas personas que se encuentran privadas de libertad, que se encuentra regulada por normativa nacional, sin perjuicio de las disposiciones contemplada en el ámbito internacional. Así, a nivel interno o nacional, la Constitución Política de la República de Chile de 1980 en su artículo 19 dispone que todas las personas: “1°, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona; 2°, la igualdad ante la ley; y 3°, la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos” (Del Congreso Nacional, 2024, p. s/n). Y a ello, se agrega lo dispuesto en el artículo 9 del mismo cuerpo legal antes citado, que se reconoce el derecho a la protección de la salud de las personas. Por otro lado, es trascendental destacar que todas las personas privadas de libertad son sujetos de derecho, por lo que son titulares de todos los atributos y prerrogativas que no están excluidas por ley o por la sentencia dictada respecto de ellos, según la clase de pena que se impone. Cuestión que incluso es reconocido en el Reglamento Penitenciario de Chile de 1998 disponiéndolo en su artículo 2, “como un principio rector de la actividad penitenciaria” (Eurosocial, 2014, p. 106), de tal forma que “se encuentran en una relación de Derecho Público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres” (Del Congreso Nacional, 2020, p. s/n).

Así, a partir de dicho precepto legal, debiese darse un enfoque asegurador, velando por el respeto y la promoción de los derechos fundamentales de aquellos que están bajo la dependencia del Estado en los recintos penitenciarios, lo cual estaría en concordancia con una lógica del trato humano y una posición de garante que debe asumir el Estado, en orden a evitar, los menoscabos o restricciones o restringir innecesarios de las personas sometidas al encierro institucional. Por ello, considerando el carácter afflictivo de la pena, el que despoja al individuo del derecho de disponer de su libertad, es que el Estado debe propender a la no agravación de la afectación de los derechos reconocidos a las personas privadas de libertad. Por ello, en un sistema penitenciario

es indispensable aplicar criterios de justicia social, basados en una correcta distribución de bienes, derechos y obligaciones, que eviten las deficiencias alertadas previamente, especialmente aquellas que afectan las condiciones de vida de la población penitenciaria.

Asimismo, en la labor penitenciaria es fundamental lograr la participación del condenado en la vida social, con el fin que expresen sus necesidades y que no sean víctimas de un sistema que aplique tratamientos de reinserción social generales y no acordes a la realidad del condenado. Así, una justicia social sirve para proteger a estos grupos vulnerables de la sociedad, personas en situación de riesgo por encontrarse en desventaja social que los limita al acceso a un sano desarrollo integral (Gorjón Gómez & Saucedo Villeda, 2018). Por ello, la participación como eje central del enfoque de justicia social además tiene otro aspecto de gran relevancia, que dice relación con la promoción en el ejercicio de derechos políticos, sociales y culturales, los cuales se ven afectados por la imposición de la condena, toda vez que según Rivera (citado en Morales Peillard et al., 2018) “todos sus derechos fundamentales se ven comprometidos de alguna forma, en especial en el caso de las personas encarceladas” (p. 114).

Por eso, no es justo desde un enfoque de justicia social, un sistema penitenciario que no considera una política de trato penitenciario que promueva el ejercicio pleno de todos aquellos derechos, a fin de que no se vean afectados directamente sus derechos por la sanción judicial. Por último, según un enfoque de justicia social, debe propender al reconocimiento de los presos, en el sentido de que la privación de libertad no implicaría la pérdida de la dignidad humana o de su calidad de ciudadano ya que todos los individuos, independientemente de su situación legal, tienen derecho a ser tratados con respeto y a ser reconocidos como seres humanos con valor intrínseco, cuestión que no siempre se tiene a la vista por las autoridades o los miembros de la sociedad. Con lo anterior, las personas que se encuentran privadas de libertad en centros penitenciarios son considerados por el resto de la sociedad como ciudadanos de tercera clase, lo cual podemos deducir del hecho que no existe un claro interés por parte del Estado chileno para avanzar en esta materia, lo anterior se puede constatar en los escasos intentos legislativos en esta materia y los proyectos legislativos que se encuentran entrampados y sin una discusión pronta a tratar hasta la fecha, lo cual da señales

de que no existe una voluntad de nuestras autoridades de mejorar las condiciones del sistema penitenciario, quedando todos estos problemas penitenciarios invisibilizados.

## CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto, el sistema penitenciario de Chile muestra una serie de deficiencias que impactan negativamente en la población carcelaria. Estas deficiencias se manifiestan en una tendencia hacia el castigo, la sobrepoblación y condiciones de vida precarias, evidenciando la necesidad urgente de otorgar mayor atención y respeto a esta área de la sociedad. Es importante destacar que a nivel nacional se ha establecido el deber de proteger la vida y la integridad de las personas privadas de libertad, tal como lo demandan los tratados internacionales pertinentes y las normas a nivel doméstico. Sin embargo, la situación actual del sistema penitenciario lleva a reflexionar sobre esta problemática desde una perspectiva de justicia, con el propósito de determinar si el sistema penitenciario realmente garantiza la justicia para quienes dependen de él.

Si bien, los temas vinculados a la justicia son complejos y requieren de un profundo análisis, pero la concepción debe adaptarse a las necesidades de los miembros de la sociedad, y en este caso, de quienes forman parte del sistema penitenciario. Como se ha expuesto, un sistema penitenciario justo desde un enfoque social debiese velar por una correcta distribución de los recursos, velar por el reconocimiento, participación, y en definitiva propender al bien común de sus miembros, con el fin de desarrollar el máximo potencial de aquellos que integra y dependen del sistema penitenciario, lo cual es un fin imprescindible para un sistema de ejecución de penas. Sin embargo, si comparamos un enfoque social de la justicia con una justicia retributiva, como la aplicada en el sistema penitenciario chileno, que tiene como fin último, el cumplimiento efectivo de una condena, prescindiendo de objetivos que tiendan a entregar herramientas efectivas para un bienestar material, no resulta ser suficiente para calificarlo como justo a la luz del enfoque de justicia social.

Es útil e innovador proponer un enfoque de justicia social ante la insuficiencia del sistema penitenciario, ya que tal noción en la actualidad es precaria y difiere de lo que se debe entender por justicia retributiva asentada por el populismo penal o punitivo de la política criminal en Chile. Por eso, es indispensable hacer notar a los operadores del sistema penitenciario, a las

autoridades y a los miembros de la sociedad, la necesidad de un cambio que parte de lo conceptual, incidiendo con ello en la aplicación justa de una pena o de su cumplimiento, ya que el sistema penitenciario debe evitar la marginación y menoscabo de la persona privada de libertad, y debe velar por el reconocimiento, participación y promoción del acceso a actividades que lo reintegren a la sociedad, como también, que exista la suficiente equidad para asegurar la plena participación en la vida social. Sin embargo, la despreocupación de la etapa de ejecución hace que se dificulte el cumplimiento de dichos fines, confirmando la necesidad de replantear el enfoque de justicia imperante en el sistema penitenciario.

Atendido a lo expuesto, se propone abordar la insuficiencia del sistema penitenciario, desde un enfoque de justicia social, que permita hacer presente la necesidad de avanzar hacia un sistema penitenciario que mitigue los efectos retributivos negativos para potenciar espacios de posible resocialización y rehabilitación para quienes cometieran delitos puedan enfrentar las consecuencias de una condena con miras al futuro, evitando todo trato degradante que impliquen un menoscabo de sus integrantes. En este punto, es importante hacer presente lo explicado por John Rawls, quien en su enfoque de justicia sostiene que no basta con que determinadas instituciones básicas de la sociedad, como lo es el sistema penitenciario, sean ordenadas y cumplan determinadas funciones, ya que sin el cumplimiento de sus funciones no se puede considerar como justas, y en este sentido, éstas deben cambiarse. Por consiguiente, es necesario visibilizar cuando dichas funciones no ocurren para dar cuenta de determinadas situaciones injustas que determinan la insuficiencia de un determinada institución o sistema, como ocurre en el sistema penitenciario chileno.

Por último, se advierte que proponer una solución concreta escapa del objetivo del presente trabajo, pero es necesario que futuras investigaciones sobre esta temática lo aborden generando un debate y una posible respuesta. Incorporando del mismo modo la interseccionalidad, es decir, analizando el sistema penitenciario chileno en cuanto a un enfoque de justicia social hacia otros grupos vulnerables como ocurre por ejemplo con las mujeres que forman parte de la población penitenciaria, entre otros grupos en particular, lo cual permitiría dar una respuesta hacia la protección de estos grupos vulnerables.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

- Alarcon Sánchez, G., Díaz Ossa, S., & Martínez Rodríguez, L. (2018). Tendencias teóricas sobre justicia social: Balance documental. *Revista Republicana* (24), 163-180. doi: <https://doi.org/10.21017/rev.rep.2018.v24.a45>
- Aranda Fraga, F. (2015). Debates actuales sobre la justicia: historia y desarrollo. *Revista Davarlogod*, 14(2), 71-100. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5792393>
- Bolívar, A. (2015). Justicia social y equidad escolar. Una revisión actual. *Revista Internacional De Educación Para La Justicia Social*, 1(1), 9-45. doi: <https://doi.org/10.15366/riejs2012.1.1.001>
- Carneros Revuelta, S. (25 de octubre de 2018). *Justicia social y ambiental como participación*. [Mensaje en blog]. <https://sergiocarnerosrevuelta.com/2018/10/25/justicia-social-y-ambiental-como-participacion/>
- Carnevalli, R. (2008). Derecho Penal como ultima ratio. Hacia una política criminal. *Ius et Praxis*, 14(1), 13-48. doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000100002>
- Castán Tobeñas, J. (1996). *La idea de justicia social*. Madrid: Editorial Reus.
- Cavada Herrera, J. (2018). *Normas legales y reglamentarias sobre régimen penitenciario y referencias sobre propuestas en sistema carcelario*. Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago, Chile. [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25296/1/Normas\\_legales\\_y\\_reglamentarias\\_sobre\\_regimen\\_penitenciario\\_y\\_referencia\\_sobre\\_propuestas\\_en\\_sistema\\_carcelario.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25296/1/Normas_legales_y_reglamentarias_sobre_regimen_penitenciario_y_referencia_sobre_propuestas_en_sistema_carcelario.pdf)
- CIDH (2008). *Principio y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/basicos/principiospl.asp>
- Cury Urzúa, E. (2008). *Derecho Penal. Parte General* (Octava ed.). Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Dammert, L. (2006). El sistema penitenciario en Chile: Desafíos para el nuevo modelo público-privado. 1-25. [https://www.researchgate.net/publication/255599321\\_El\\_sistema\\_penitenciario\\_en\\_Chile\\_Desafios\\_para\\_el\\_nuevo\\_modelo\\_publico-privado](https://www.researchgate.net/publication/255599321_El_sistema_penitenciario_en_Chile_Desafios_para_el_nuevo_modelo_publico-privado)
- Del Congreso Nacional, B. (2020). Decreto Ley 518 -Reglamento de establecimientos penitenciarios. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=123280>
- Del Congreso Nacional, B. (2024). Decreto Ley 100 -Constitución Política de la República de Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302&idParte=>
- Espinoza M., O. (2012). Sistemas Penitenciarios: Reformas y desafíos. *Revista Derecho Penitenciario* (1), 16-18. <https://vlex.cl/vid/sistemas-penitenciarios-reformas-desafios-513925246>
- Eurosocial. (2014). *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada*. Madrid, España. <https://coek.info/compress-pdf.html>
- Fascioli, A. (2011). Justicia social en clave de capacidades y reconocimiento. *Revista Areté*, 23(1), 53-77. Obtenido de <http://www.scielo.org.pe/pdf/arete/v23n1/a03v23n1.pdf>
- Fernández Cruz, J. A., & González Guarda, C. (2022). ¿Cuál es el modelo político criminal en Chile? *Política criminal*, 17(33), 291-316. doi: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992022000100291>
- Fraser, N. (1997). *Justive interruptus. Critical reflections on the "Postsocialist condition*. Nueva York: Routledge.
- Fundación Paz Ciudadana. (2015). *Informe final. Capítulo I: Modelo de reinserción para el nuevo Servicio Nacional de Reinserción Social*. Santiago, Chile. <https://biblioteca.digital.gob.cl/bitstream/handle/123456789/918/Estudio%20Modelo%20de%20reinserci%c3%b3n%20para%20el%20nuevo%20Servicio%20Nacional%20de%20Reinserci%c3%b3n%20Social.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Gago Guerrero, P. F. (1994). Los principios de la justicia social. *Cuadernos de trabajo social. Universidad Complutense* (7), 87-107. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=618772>
- Gallego Díaz, M. (2016). La desnaturalización del Derecho penitenciario por el Derecho penal: Análisis de tres supuestos paradigmáticos en relación con el sistema de individualización científica. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, LXIX*, 39-74. [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-2016-10003900074](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2016-10003900074)

- García-Bullé, S. (2020). *¿Por qué enseñar justicia retributiva y restaurativa en el aula?* Observatorio de innovación educativa [Mensaje en un blog] <https://observatorio.tec.mx/edu-news/teoria-justicia>
- Gorjón Gómez, G., & Saucedo Villeda, B. (2018). Justicia Restaurativa, una herramienta de paz en la resolución de conflictos comunitarios. Caso Nuevo León. *Política criminal*, 13(25), 548-571. doi: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000100548>
- Honneth, A. (1996). Reconocimiento y obligaciones morales. *RIFP*, 8. [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-1996-8-6443431F-2BE8-F544-3A97-47F0DA074DF8&dsID=reconocimiento\\_obligaciones.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-1996-8-6443431F-2BE8-F544-3A97-47F0DA074DF8&dsID=reconocimiento_obligaciones.pdf)
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2020). *Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2018 : Diagnóstico del Cumplimiento de los Estándares Internacionales de Derechos Humanos en la Privación de Libertad*. Santiago. <https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2020/08/Estudio-de-las-condiciones-carcelarias-en-Chile-2018-INDH-Versio%CC%81n-final.pdf>
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2021). *Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2019 : Diagnóstico del Cumplimiento de los Estándares Internacionales de Derechos Humanos en la Privación de Libertad*. Santiago, Chile. <https://bibliotecadigital.indh.cl/items/e87ac642-75c7-4b2a-adf2-af3f52952dbb>
- Márquez Cárdenas, Á. (2007). La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. *Prolegómenos*, 10(20), 201-212. doi:<https://doi.org/10.18359/prole.2543>
- Mariás, J. (1974). *La justicia social y otras justicias*. Madrid: Seminarios y Ediciones.
- Montané, A. (2015). Justicia social y educación. *RES, Revista de Educación Social*(20), 92-113. [https://eduso.net/res/wp-content/uploads/2015/01/justiciasocial\\_res\\_20.pdf](https://eduso.net/res/wp-content/uploads/2015/01/justiciasocial_res_20.pdf)
- Moraga, D. (07 de agosto de 2016). *Contra el populismopenalactual*. [Mensaje en un blog.] <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/08/07/contra-el-populismo-penal-actual/>
- Morales Peillard, A. M. (2012). La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden. *Revista Política Criminal*, 7(13), 94-146. doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992012000100003>
- Morales Peillard, A. M., Pantoja Vera, R., Piñol Arriagada, D., & Sánchez Cea, M. (2018). *Una propuesta de modelo integral de reinserción social para infractores de ley*. Instituto de asuntos públicos. Universidad de Chile. [https://www.cesc.uchile.cl/Modelo\\_ReinsercionSocial\\_CESC\\_FPC.pdf](https://www.cesc.uchile.cl/Modelo_ReinsercionSocial_CESC_FPC.pdf)
- Murillo Torecilla, J., & Hernández Castilla, R. (2011). Hacia un concepto de justicia social. *Revista Iberoamericana sobre calidad, eficacia y cambio en educación*, 9(4), 8-23. doi: <https://doi.org/10.15366/reice2011.9.4.001>
- Murillo, J. F., Román, M., & Hernández Castilla, R. (2011). Evaluación educativa para la justicia social. *Revista Iberoamericana de Evaluación Educativa*, 4(2), 8-23. <http://www.rinace.net/riece/numeros/vol4-num1/art1.pdf>
- NguyeN, T., Arbach-Lucioni, K., & Pueyo, A. (2011). Factores de riesgo de la reincidencia violenta en población penitenciaria. *Revista de derecho penal y criminología*, 3(6), 273-294. [https://www.researchgate.net/publication/236217950\\_FACTORES\\_DE\\_RIESGO\\_DE\\_LA\\_REINCIDENCIA\\_VIOLENTA\\_EN\\_POBLACION\\_PENITENCIARIA](https://www.researchgate.net/publication/236217950_FACTORES_DE_RIESGO_DE_LA_REINCIDENCIA_VIOLENTA_EN_POBLACION_PENITENCIARIA)
- Nino, C. S. (noviembre de 1993). Justicia. *Doxa. Cuaderno de Filosofía del Derecho*, 14, 61-74. doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA1993.14.04>
- OHCHR. (1987). *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Oficina de los derechos humanos de las Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading>
- OHCHR. (1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Oficina de los derechos humanos de las Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- OlivaRocha,I.(2021).ELPOPULISMOPUNITIVO: ‘EL GRAN MAL QUE AFECTA LA AGENDA LEGISLATIVA CHILENA. *Debates Jurídicos Y Sociales*, 7, 185-210. <https://debatesjuridicosysociales.cl/ojs/index.php/djs/article/view/123>
- ONG LEASUR. (2018). *Informe condiciones carcelarias. Situación de las cárceles en Chile 2018*. Santiago. <http://leasur.cl/wp-content/uploads/2018/12/Informe-CC-Leasur-sin-logo.pdf>
- Pérez Luño, A. E. (2004). *Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos.

- Ponce Esteban, M. (2005). Los conceptos de justicia y derecho en Kant, Kelsen, Hart, Rawls, Habermas, Dworkin y Alexy. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*(35), 211-234. <https://ri.iberomx.com/handle/ibero/5433>
- Quenta Fernández, J. (2017). El populismo del Derecho Penal (La necesidad de racionalizar las leyes punitivas populares). *Revista Jurídica Derecho*, 5(6), 133-152. [http://www.scielo.org.bo/pdf/rjd/v5n6/v5n6\\_a09.pdf](http://www.scielo.org.bo/pdf/rjd/v5n6/v5n6_a09.pdf)
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la Justicia* (Segunda ed.). Fondo de cultura económica (FCE).
- Refworld. (2024a). Convención Americana sobre Derechos Humanos «Pacto de San José de Costa Rica». [https://www.refworld.org/es/leg/multilateral\\_treaty/oas/1969/es/20081](https://www.refworld.org/es/leg/multilateral_treaty/oas/1969/es/20081)
- Refworld. (2024b). Principios básicos para el tratamiento de los reclusos. A/RES/45/111. [https://www.refworld.org/es/leg/int\\_instrument/uc/1990/es/132780](https://www.refworld.org/es/leg/int_instrument/uc/1990/es/132780)
- Revuelta, B., & Hernández-Arencibia, R. (2019). La teoría de Axel Honneth sobre justicia social, reconocimiento y experiencias del sujeto en las sociedades contemporáneas. *Revista Cinta Moebio*, 66, 333-346. doi: <http://dx.doi.org/10.4067/s0717-554x2019000300333>
- Salinero Echeverría, S. (2012). ¿Por qué aumenta la población penal en Chile? *Revista Ius et Praxis*, 18(1), 113-150. doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000100005>
- Sanhueza, G. (2019). Algunos desafíos de los “Programas basados en la fe” para la reinserción social en Chile. *Revista Cultura y Religión*, 13(1), 104-124. doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-47272019000100104>
- Sarmiento Pelayo, M. P., & Fernández Moreno, A. (2020). Justicia social y diseño. *Bitácora Urbano-Territorial*, 30(II), 11-24. doi: <https://doi.org/10.15446/bitacora.v30n2.81925>
- Squella Narducci, A. (2010). Algunas concepciones de justicia. *Anales De La Cátedra Francisco Suárez*, 44, 175-216. doi: <https://doi.org/10.30827/acfs.v44i0.504>
- UNICEF (20 de febrero de 2020). *Día Mundial de la Justicia Social*. Unicef [Mensaje de un blog.] <https://www.unicef.es/educa/dias-mundiales/dia-mundial-de-la-justicia-social>
- United Nations. (1949). *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- UNODC (2015). *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos*. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-S-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf)
- Villagra Pincheira, C. (2020). Los desafíos del sistema penitenciario desde un enfoque de derechos humanos en contexto de crisis. *Revista Anales*(17), 359-377. doi: <https://doi.org/10.5354/0717-8883.2020.58938>
- Walker Martínez, A. (2022). ¿Puede la cárcel reducir el delito? Reconstrucción histórica y discursiva de un recurso iatrogénico. *Revista de ciencias penales*, XLVIII(1), 95-152. [https://revistadecienciaspenales.cl/wp-content/uploads/2022/06/Doctrina\\_-03\\_Puede-la-carcel-reducir-A-Walker.pdf](https://revistadecienciaspenales.cl/wp-content/uploads/2022/06/Doctrina_-03_Puede-la-carcel-reducir-A-Walker.pdf)

# UN BREVE ANÁLISIS SOBRE EL STARE DECISIS DE LA JUSTICIA INGLESA Y SU INTENTO DE APLICACIÓN EN LA JUSTICIA LABORAL PERUANA

## A BRIEF ANALYSIS ON THE “STARE DECISIS” OF ENGLISH JUSTICE AND ITS ATTEMPTED APPLICATION IN PERUVIAN LABOR JUSTICE

Alan César Martínez Morón  
ORCID: 0000-0001-5562-4185  
Universidad Carlos III de Madrid  
[alanmarti@hotmail.com](mailto:alanmarti@hotmail.com)  
España

DOI: <https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n2.09>

Recibido: 17 de octubre de 2023.

Aceptado: 27 de febrero de 2024.

### SUMARIO

- Cuestiones preliminares.
- Hacia una definición y lineamientos de la doctrina del *stare decisis*.
- Los elementos del *stare decisis* ¿presentes? En los plenos jurisdiccionales en materia laboral.
- Conclusiones y recomendaciones.
- Fuentes de información.

### RESUMEN

El presente artículo pretende abordar los problemas que se han presentado con respecto a la vinculatoriedad de los recientes plenos jurisdiccionales de la justicia laboral peruana emitidos por la Corte Suprema, por cuanto se estaría pretendiendo replicar, de manera parcial, la figura del *stare decisis*, cuya exégesis data del denominado *common law* inglés, a nuestro ordenamiento, que tiene su raíz en el sistema romano-germánico.

### PALABRAS CLAVE

Common Law, Stare Decisis, Herramientas Jurídicas, Adaptación de Sistemas Legales, Plenos Jurisdiccionales.

### ABSTRACT

This article aims to address the problems that have arisen with respect to the binding nature of the recent jurisdictional plenary sessions of Peruvian labor justice issued by the Supreme Court, since it would be attempting to partially replicate the figure of *stare decisis*, whose Exegesis dates back to the so-called English common law, to our system, which has its roots in the Roman-Germanic system.

### KEYWORDS

Common Law, Stare Decisis, Legal Tools, Adaptation of Legal Systems, Jurisdictional Plenums

### CUESTIONES PRELIMINARES

El *common law* pretende tener una finalidad práctica. Su preocupación central es si una institución funciona o no. Si sucede lo primero, lo conservan; caso contrario, lo rechazan o lo modifican hasta que se adapte a sus necesidades. Eso ha acontecido, por ejemplo, con algunas herramientas jurídicas como el *writ certiorari* que es el recurso que se presenta ante la Corte Suprema de Estados Unidos para que ésta evalúe si lo acepta, o no. Esta decisión es a su libre discrecionalidad por ello es por lo que sus sentencias de esa instancia son pocas, pero relevantes. Dicha herramienta es útil para sistematizar el derecho, enmarcar sus pronunciamientos, y reconocer cuales son vinculantes, por eso lo conservan. Otra herramienta nacida de esa familia jurídica es el *stare decisis* la misma que, con algunas aristas, se conserva en el tiempo dado su utilidad.

Ahora bien, en la actualidad, existe una conjunción entre los sistemas del *civil law* y del *common law*, lo que ha derivado en la adaptación de las herramientas de una familia jurídica, a otra. Por ello, ni el *common law* es tan puro como en sus inicios; y, el *civil law*, requiere herramientas que sean más dúctiles para la administración de justicia. De allí que, en muchos países que se adscriben a esta última, hayan optado por incorporar algunas figuras ajenas a sus ordenamientos. Una de estas es el *stare decisis* que contiene la técnica del precedente, la cual se trata -por regla general- del uso de un argumento

central, desarrollado en un caso anterior, para el caso que se está analizando.

Dicha técnica se ha incorporado, en nuestro ordenamiento, a varias ramas del derecho, siendo posible encontrar su regulación en el derecho administrativo, penal, civil y hasta constitucional. El derecho laboral no ha sido la excepción. No obstante, y pese al tiempo de vigencia de la nueva Ley Procesal del Trabajo -Ley 29497- hasta la fecha, no contamos con ningún precedente vinculante conforme se encuentra regulado en su artículo 40. En su lugar, la Corte Suprema ha optado por emitir diversos plenos jurisdiccionales, los cuales son acuerdos, sobre un tema específico, a los que arriban los jueces de la Corte Suprema que tienen relación con una materia especial. A la fecha, contamos en materia laboral hasta con diez plenos jurisdiccionales.

La distinción entre un precedente, y un pleno jurisdiccional es que, el primero, proviene de un caso ya resuelto; y, del mismo, se extrae una regla jurídica que se considera relevante para la solución de la controversia jurídica, la cual cuenta con elementos concomitantes del caso que se pretende resolver, razón por la cual, esa misma regla puede ser, o no, vinculante, por los principios de seguridad jurídica y predictibilidad (propios del *stare decisis* del derecho inglés, como se apreciará más adelante). El segundo, en cambio, es un acuerdo arribado luego de una deliberación de los jueces, que pertenecen a distintas jurisdicciones, pero que tratan el mismo tema; y, que, en base a su experiencia, reconocen que las decisiones son disímiles. Por esa razón, mediante la emisión de un acuerdo -materializado en un Pleno- se pretende arribar a un criterio uniforme, ello en consideración a los mismos principios antes señalados.

Expuesta la distinción, el presente artículo no se centrará en las resoluciones que puedan ser consideradas como precedentes, pues en materia laboral -dejando de lado el tema previsional- aún no existe ninguna resolución con ese carácter. Nos avocaremos, entonces, a los plenos jurisdiccionales laborales, emitidos también por la Corte Suprema, que tienen su sustento en el artículo 116 del TUO la Ley Orgánica del Poder Judicial, recientemente modificada por la Ley 31591, donde se incorpora ahora el obligatorio cumplimiento de las reglas fijadas por la máxima instancia jurisdiccional en ese tipo de herramientas, y aquí podemos observar un primer tema relevante para nuestro estudio. Antes, una de las diferencias que existía entre el

precedente regulado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, frente a los plenos jurisdiccionales, era su vinculatoriedad. En efecto, la primera, por disposición normativa resultaba vinculante; la segunda, con su reciente modificatoria, ahora lo es.

Las razones que motivaron la emisión de la norma que le otorgó dicho carácter, se encuentran en la Resolución Administrativa de la Sala Plena del Poder Judicial n.º 0005-2021-SP-SC-PJ, de fecha 24 de febrero del 2021. Ese poder del Estado pretendía la modificación del recurso de casación alegando que se requería cambios normativos con la finalidad de limitar los procesos que se elevan a la Corte Suprema. De esa forma, evitando que cualquier proceso pueda llegar a esa instancia, se lograría atender con celeridad los casos relevantes. Dicha resolución, fue remitida al Poder Legislativo mediante oficio, de fecha 20 de agosto del 2021, suscrita por la entonces presidenta del Poder Judicial, Elvia Barrios Alvarado. Sin embargo, el documento del Poder Judicial no hacía referencia al artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (116 de su TUO). Esa modificación recién se incorporó en el dictamen la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, de fecha 7 de junio del 2022, como puede observarse del archivo digital de la legislación nacional<sup>1</sup>. En ese cuaderno de trabajo, en sus páginas 22 y 23, se precisó lo siguiente:

En cuanto al precedente judicial, esta comisión advierte que los jueces supremos vienen estableciendo reglas interpretativas respecto de las normas sustantivas procesales a través de acuerdos plenarios, lo que ha generado discusión sobre su efecto vinculante. En la medida en que esta sana práctica judicial ha resultado positiva, máxime si estos acuerdos son emitidos por jueces de la especialidad, resulta necesario dotarles de efecto vinculante de manera expresa, cuyo apartamiento por parte de los jueces constituye una causal del recurso de casación (...).

Esta previsión legal motivará a los jueces supremos a usar el acuerdo plenario más frecuentemente con la finalidad de fijar las reglas interpretativas vinculantes para los magistrados de todas las instancias judiciales, contribuyendo de ese modo a la unificación y pacificación de la jurisprudencia, generando al mismo tiempo seguridad jurídica y justicia, pero sobre todo predictibilidad.

1 [https://www.leyes.congreso.gob.pe/LeyNum\\_1p.aspx?Estado=2&TipoNorma=0&TipoBusqueda=4&FechaF=&FechaF=&Texto=&Orden=0&Normal=31591&NormaF=](https://www.leyes.congreso.gob.pe/LeyNum_1p.aspx?Estado=2&TipoNorma=0&TipoBusqueda=4&FechaF=&FechaF=&Texto=&Orden=0&Normal=31591&NormaF=) (visitado por última vez el 27 de enero del 2024).

Los principios resaltados en ese dictamen son los mismos que justifican el *stare decisis* en el ordenamiento inglés, como se verá en el desarrollo del presente trabajo, pero aquello no es una mera coincidencia. Ya desde la emisión de las primeras normas procesales que regulan el precedente, sus principales impulsores han justificado la inserción del *stare decisis* en la seguridad jurídica y predictibilidad. Así tenemos, por ejemplo, a los juristas que promovieron la creación del primer Código Procesal Constitucional, quienes, en su libro llamado Código Procesal Constitucional: Comentarios, Exposición de Motivos Dictámenes e Índice Analítico (2004) justificaron la incorporación del *stare decisis* en la justicia constitucional dada la incertidumbre en la que se encontraba nuestro ordenamiento respecto a la interpretación de las normas constitucionales, tratando, mediante el entonces artículo VI de su título preliminar, otorgar mayor coherencia en cuanto a la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico (p.41).

Podemos, por tanto, partir como una hipótesis preliminar que justifica el desarrollo del presente artículo: los plenos jurisdiccionales supremos también tienen su génesis en la observancia del *stare decisis* del derecho anglosajón, en la medida que, los mismos principios son los que justifican en cada ordenamiento su aplicación. No obstante, existe ciertas aristas a tomar en consideración, como es que los plenos jurisdiccionales no parten de un caso, elemento *sui generis* que lo distingue de su sistema de origen, y hace a esa figura nacional muy singular, afirmación que pretenderá justificarse en las líneas siguientes.

### **HACIA UNA DEFINICIÓN Y LINEAMIENTOS DE LA DOCTRINA DEL STARE DECISIS**

Debemos comenzar por definir el *stare decisis*. Para ello, se acudirá al concepto expresado por Henry Campbell Black en su diccionario (también conocido como “*Black’s law dictionary*”), quien enmarcó esa doctrina como: *To stand by decided cases; to uphold precedents; to maintain former adjudications*, que se puede traducir como *respaldarse en casos ya resueltos, mantener los precedentes, o mantener las decisiones anteriores*. Como herramienta jurídica, la manera más precisa de definirlo es la obligación de los tribunales de seguir sus decisiones anteriores, salvo que puedan establecer una distinción relevante entre

los hechos del caso anterior y los del presente. (Falcon y Tella, 2010, pág.49)

Ahora bien, en torno a esa obligatoriedad a seguir una determinada decisión, lo que se está refiriendo es que dicho tribunal está comprometido con aplicar una particular *ratio decidendi* a los hechos sometidos a su consideración a menos que pueda establecer una distinción razonable entre los hechos del asunto bajo examen y los del caso anterior (Cross y Harris, 2012, pág.125). Aquí observamos dos elementos: Primero, la ya mencionada vinculatoriedad (que nace de un compromiso del juez); y, también, la relación entre los hechos relevantes. Para esta última, sin embargo, no existe parámetro alguno. En efecto, el tribunal posterior no está vinculado por ninguna regla previamente establecida por el tribunal anterior en relación con el tratamiento de los hechos como relevantes o no (Cross y Harris, 2012, p.128), de allí que el establecer cuáles lo son, parte de su entera discrecionalidad. Aquí debemos resaltar -para adentrarnos al estudio de los plenos jurisdiccionales supremos que pretendemos analizar- la importancia de los hechos para extraer la regla que se presume vinculante.

Por otro lado, con referencia al compromiso de los jueces (que hacen que el precedente sea vinculante) puede evidenciarse diversas justificaciones en el *common law*. Algunos lo centran en los principios de seguridad jurídica, igualdad en la aplicación de la ley, y predictibilidad (principios que también podrían sustentar los plenos jurisdiccionales supremos). Otros, en cambio, como Neil Duxbury, no consideran que aquello sea tan exacto.

El valor de la doctrina del precedente reside no en su capacidad para comprometer a los jueces en un curso de acción, sino en su capacidad de simultáneamente crear restricciones y permitir un grado de discrecionalidad. Una teoría capaz de demostrar que los jueces nunca pueden negarse justificadamente a seguir un precedente apoyaría a una doctrina de *stare decisis* inadecuada para el *common law*. Para el *common law* no se requiere una presunción rígida, sino una rebatible presunción de que las decisiones anteriores deban ser seguidas. Se requiere que los eventos del pasado sean respetados como guías para la actualidad, pero no en la medida en que los jueces deban mantener actitudes obsoletas y el compromiso de repetir los errores de sus predecesores. (pág.183).

Así, la vinculatoriedad es derrotable -en la medida que exista justificaciones para ello, pero no cabe duda de que existen. La Corte Suprema

del Reino Unido otorga mayores luces al respecto, al exponer su criterio justificatorio del por qué una regla del pasado debe ser seguida. En la sentencia *Willers v. Joyce and another*, en su fundamento 4, la Corte expresa lo siguiente:

En un sistema de *common law*, donde la ley se hace por áreas, y es virtualmente desarrollada para todas ellas por los jueces, la doctrina del precedente, o como es también conocido, *stare decisis*, es fundamental. Las decisiones de ciertos temas de derecho, desarrolladas por las más altas cortes, tienen que ser aceptadas por las cortes inferiores. De lo contrario, el derecho se convierte en anárquico, y pierde coherencia, claridad y predictibilidad<sup>2</sup>.

En esta cita, observamos que la Corte Suprema sustenta su vinculatoriedad en atención a los principios de coherencia, claridad y predictibilidad que debe existir en la administración de justicia, esto también es resaltado por *Brenner y Spaeth* (2017) quienes señalan que la justificación para la *stare decisis* usualmente descansa en los valores que promueve. Entre estos valores están la eficiencia, la continuidad del estado derecho, la justicia o equidad. (pág.17)

El respeto a los mencionados principios se percibe desde su evolución. Varios autores que analizan la historia del *stare decisis* se pierden acudiendo a antecedentes remotos (Vid. Dyer, 2015, pp. 129 y ss.). Sin embargo, si se revisa los autores más representativos del *common law* en relación al *stare decisis*, todos ellos coinciden en que recién comenzó a tomar forma en el siglo XVIII y se consolidó en las últimas décadas del siglo XIX<sup>3</sup>. Esto se debe principalmente a la sistematización de los casos. Duxbury sostiene que:

La razón -que en ocasiones se esgrime- que los precedentes ganan su autoridad por facilitar la coherencia y la equidad en la toma de decisiones no explica el surgimiento del precedente en la ley inglesa, porque la idea de que casos similares deben ser tratados de la misma manera no solo es anterior al *stare decisis*, sino que se puede encontrar en el griego clásico. Filosofía que fue aceptado por los abogados del *common law* incluso antes que comenzaran a tratar las decisiones individuales como autoridades legales (2008, pp.24-25).

Para ese autor -tesis a la cual nos adherimos- la doctrina del *stare decisis* no nace desde la concepción de que casos semejantes deban resolverse de la misma manera, en una suerte de respeto al principio de igualdad de la aplicación de la ley. Ello es ciertamente su sustento, pero no explica esa doctrina que requiere de otros elementos para su aplicación. Dicha concepción no puede, por ejemplo, sostenerse si es que el caso anterior no se encuentra debidamente sistematizado en un repertorio fácil de ubicar el cual pueda ser consultado y validado por todos los intervinientes en el proceso, tanto por el juez como por las partes. Healy (2001, p.60) comenta un caso en el que un abogado llamado Miggeley cita un precedente, sustentando cierta práctica. El juez al preguntarle sobre dónde lo había visto, el abogado sólo indicó que de eso da fe, a lo que el juez replicó diciendo: "*if you find it, i will my hat*" (si lo encuentra, le doy mi sombrero").

Siendo entonces la recopilación trascendente, debemos partir por la primera referencia que se tiene de ello, por lo que debemos partir por la sistematización que realizó Sir Henry Bracton alrededor del siglo XIII quien pudo reunir en una sola compilación hasta 500 casos judiciales, para sustentar la forma en que él veía el derecho inglés como un derecho sustentado en la costumbre Healy (2001, pág.56). Un excelente estudio de la evolución del *stare decisis* en el derecho anglosajón, lo realiza C. Kemp Allen, en su libro *Las fuentes del derecho inglés* (1969). En su apartado II, de su capítulo III, realiza un desarrollo de los precedentes de ese derecho, y pone énfasis en su recopilación, hecho que abona a nuestra hipótesis en el sentido que aquello es uno de los ejes centrales de la doctrina de *stare decisis*. Así llegamos hasta el siglo XVIII, en el cual, el mencionado autor, refiere que ese tiempo constituye el desarrollo final del derecho legal inglés en base a que la recopilación fue más precisa. (Pág. 306) Esa aseveración es afirmada también por Neil Duxbury, para quien la doctrina inglesa del *stare decisis* no empezó a tomar forma hasta el siglo XVIII. Su razón principal fue el cambio de estructura del juicio:

Las partes comenzaron planteando sus alegatos antes de la audiencia, dejando así constancia de esos argumentos que serán abordados luego del veredicto. Esto conllevó a que los jueces comenzaran a producir decisiones razonadas con mayor regularidad. A medida que los jueces comenzaron a producir ese tipo de decisiones, la jurisprudencia comenzó a tomar cada vez más la forma de lo que hoy en día reconocemos

2 Vid. fundamento 4, de la sentencia, en: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0154a-judgment.pdf>.

3 Vid. Duxbury, 2008, p.18. De hecho, para este autor, el *stare decisis* surgió desde el cambio de la estructura del juicio durante el siglo XVI, en donde las partes comenzaron a presentar alegatos antes de la sentencia. Ante ello los jueces se vieron cada vez más obligados a exponer las razones de sus decisiones. Ello aunado a la aparición de los primeros reportes confiables de los procesos, abonó a la formación de la regla del *stare decisis*. (Ibid., p.25)

como precedente judicial. Este proceso se vio favorecido, a su debido tiempo, por el establecimiento de informes legales confiables y operados profesionalmente, el desarrollo de la taquigrafía y su utilización por parte de los reporteros y, en la década de 1870, la introducción del sistema jerárquico de tribunales de apelación. Estos desarrollos consolidaron la doctrina del *stare decisis*. (Duxbury, 2008, pág.25)

Hasta aquí hemos resaltado tres elementos trascendentes que se encuentran en la doctrina del *stare decisis*: Su vinculatoriedad (traducido en el compromiso de los jueces de seguir los criterios anteriores), la relación existente entre los hechos; y, también la existencia de un repertorio judicial en donde la referencia a un caso precedente sea fácilmente ubicable. Estos tres elementos resultan necesarios para referirnos a la presencia en un ordenamiento de esa herramienta jurídica.

### **LOS ELEMENTOS DEL STARE DECISIS ¿PRESENTES? EN LOS PLENOS JURISDICCIONALES EN MATERIA LABORAL**

Obviando el elemento de la publicidad (dado que la tecnología hace que sea fácil encontrar los plenos jurisdiccionales laborales emitidos por la Corte Suprema), nos centraremos en los otros dos elementos desarrollados. Nos referimos a la vinculatoriedad, y a la relación existente entre los hechos del caso que sirve como precedente, del caso que se pretende resolver. Como se ha indicado al inicio de este artículo, el precedente -que se deriva del *stare decisis*- se encuentra en materia laboral en el artículo 40 de la ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo. Esta disposición preceptúa que:

La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República que conozca del recurso de casación puede convocar al pleno de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social, si las hubiere, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Se desprende de la disposición citada que es la Sala Constitucional Social de la Corte Suprema de Justicia de la República el órgano que, al conocer de un caso, convoca a los otros magistrados de las otras salas, a fin de emitir una sentencia que sea precedente judicial.

Lo acordado, vincula a los demás órganos jurisdiccionales hasta que sea modificada por otro precedente. Aquí se encuentra el segundo elemento: La vinculatoriedad. Pero, ésta tiene su base, no necesariamente en la observancia de principios, sino en la fuerza de ley. En efecto, en el *common law*, no existe ninguna disposición que obligue a los jueces a seguir los precedentes. Esto es así en nuestro ordenamiento dado que no dejamos de lado nuestra familia jurídica -el romano germánico- que tiene como principal característica la expresión taxativa de las reglas en el ordenamiento. Para nuestro sistema, para que sea vinculante un precedente, debe estar así establecido en alguna norma.

Lo curioso es que, los plenos jurisdiccionales, hasta antes de su modificatoria, no contaban con esa regla positiva de vinculatoriedad, pero, para los jueces, en algunos casos lo eran. Es, por ejemplo, interesante el caso de los plazos procesales para las pretensiones de reposición por despido. Pese a que el artículo 36 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, establece el plazo de 30 días naturales como plazo de caducidad para el caso de despidos arbitrarios o nulos, el Segundo Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema, acordó por unanimidad que dicho plazo sea días hábiles, y no naturales, siendo así aplicado por todas las demás instancias hasta la fecha. Tenemos pues un claro ejemplo que, pese a lo taxativo de la ley, el pleno jurisdiccional resultaba vinculante, e incluso, más influyente que la propia norma positiva.

Caso contrario es el daño punitivo establecido en el V Pleno Jurisdiccional Laboral. En ese documento la Corte Suprema estableció, en su tercer acuerdo, que:

El juez valorará los medios probatorios para determinar la existencia del daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y el cálculo de la suma indemnizatoria, según el petitorio y los hechos; asimismo, en caso de que se le reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, **el juez de oficio ordenará pagar una suma por daños punitivos**, la misma cuyo monto máximo será equivalente al monto que hubiera correspondido al trabajador aportar al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro régimen previsional que corresponda. (resaltado nuestro)

Como se aprecia, los daños punitivos abarcan el monto que correspondía al trabajador abonar de acuerdo con el sistema nacional de pensiones que se haya adscrito. Ese monto, debía ser otorgado por el juez de oficio, en un proceso cuya

pretensión sea daños y perjuicios con ocasión del despido. Sin embargo, son muy escasos los jueces que cumplen con ese precepto, y que otorgan, de mutuo propio, ese concepto como daño. Es decir, son pocos los magistrados que se consideran realmente vinculados con dicha decisión.

La cuestión es determinar cuándo un pleno jurisdiccional resultaba ser lo suficientemente vinculante como para que los demás magistrados del Poder Judicial se sintieran vinculados a los acuerdos arribados. Una hipótesis tentativa podría ser por la fuerza de los argumentos que sustentaban dicho acuerdo. En el caso del plazo de caducidad, por ejemplo, se observa del informe emitido por el propio Poder Judicial, a través de su Fondo Editorial (2015), que su razonamiento se sustenta en un análisis conjunto de las normas aplicables al caso. Entre ellas -y la más resaltante-, era el artículo 247 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que no hay despacho judicial los días sábado, domingo y feriados. Si eso es así, no resultaría razonable -a decir de los magistrados del segundo pleno jurisdiccional- que se considere esos días dentro del cómputo de un plazo de caducidad. (p.93 y ss.)

En cambio, con relación a los daños punitivos, establecidos en el V Pleno Jurisdiccional Laboral, se puede observar que los propios jueces supremos sostienen que aquello no está expresamente señalado en nuestro ordenamiento; pero, se desprende una aplicación extensiva de los daños morales. Pese a lo controvertido de ese argumento en relación de la naturaleza del propio daño moral como daño a la persona -cuyo desarrollo no resulta ser relevante en atención a lo que pretendemos-, es necesario resaltar que la imposición de un criterio subjetivo, sin un discernimiento previamente realizado en base a un conjunto de casos, ha actuado en contra de la vinculatoriedad de ese acuerdo plenario.

En efecto, mientras en el primer caso, existía ya algunos criterios de los jueces por considerar, como plazo de caducidad para el despido, los días hábiles (hecho que la Corte Suprema en el II Pleno Jurisdiccional Laboral, consolidó), en el caso de los daños punitivos, no existía -hasta lo que conocemos- ningún criterio antes desarrollado. Resultaba ser más, al parecer, una imposición de las Salas Supremas, que no trajo eco en los demás órganos jurisdiccionales.

En mérito a lo indicado, puede apreciarse la aceptación de que los plenos jurisdiccionales

en la medida que provengan de la cúspide del Poder Judicial a partir de un análisis razonado de un cúmulo de criterios anteriores que podían ser disímiles; y que, justo por ese motivo, resulta ser necesario un acuerdo consolidado de entre todos los integrantes de la Corte Suprema que resuelven materias laborales. Esto es que, ante criterios disímiles, se consolide uno como válido. Esa es la autoridad que se presenta en una regla establecida en un pleno, y esa es una razón suficiente, para que dicha regla sea vinculante. Esta idea de seguir una regla previamente establecida, para no tener que reinventar la rueda es algo que los jueces valorarán por su capacidad para generar certeza. (Duxbury, 2008, pág.165)

Entonces, los plenos jurisdiccionales ya eran vinculantes, al menos de *facto* antes de la existencia de una norma positiva. Lo eran porque ya eran aceptados por la comunidad jurídica, tanto por la doctrina como también por los órganos jurisdiccionales para resolver los casos, en la medida que provengan de una discusión previa. Su obligatoriedad, entonces, provenía de la autoridad de quién lo dicta -la Corte Suprema- y su justificación partía de los mismos principios que sustentan el *stare decisis*: La coherencia, la seguridad jurídica, y la predecibilidad. Para avalar aquello, se debe citar a Alf Ross encontrándose su teoría de una descripción externa del punto de vista interno de los jueces. En esta perspectiva, el respeto al precedente -entiéndase plenos jurisdiccionales- sólo tiene una "fuerza psicológica" en la toma de decisiones. Sin embargo, cualquier interpretación no normativa de la "obligatoriedad de *facto*" es contraria a la comprensión interna de los abogados de la práctica jurídica en algunos países. (Peczenik, 2016, pág.468)

Siguiendo esa misma línea argumentativa, *contrario sensu*, cuando ese acuerdo plenario, no partía de una discusión previa, o de criterios anteriormente emitidos -aun cuando fueran disímiles- sino que pretenden ser impuestas por parte del órgano máximo de administrar justicia, entonces causa un rechazo, y muy pocos operadores de justicia se sienten, por sí mismo vinculantes. Ello es así, porque esa misma "fuerza psicológica", antes expresada, se desvanece, sino se parte de una convicción personal de que, pese a no encontrarse de acuerdo con el acuerdo arribado, podría ser una posibilidad plausible, el cual se obtiene de un posible consenso de mayorías, y no de una imposición que no genera ninguna seguridad jurídica.

Aún con nuestros reparos en relación a la regla expresada -y poco seguida- en el acuerdo que versa sobre los daños punitivos, no cabe duda de que la vinculatoriedad de los plenos jurisdiccionales se encuentra presente en nuestro ordenamiento. Entonces, no es un elemento distintivo con el *common law*, menos aún con la reciente modificatoria legal. Existe, sin embargo, una distinción importante entre las reglas del *stare decisis* y los plenos jurisdiccionales, y este se encuentra en el tercer elemento: la presencia de un caso.

En efecto, en el *stare decisis*, el precedente requiere la presencia de un caso (A contra B), una litis, de donde se puede analizar las propiedades relevantes del caso; y, a partir de allí, establecer la regla que se extrae. Esto es muy importante, porque es justamente la presencia de esas propiedades lo que lleva al juez posterior, a sustentar el seguimiento de esa regla; o, caso contrario, apartarse de la misma al no ser los elementos fácticos trascendentes, similares. A esto último se le denomina *distinguishing*.

Pues bien, un pleno jurisdiccional, establece una regla jurídica -ahora vinculante, pero no proviene de un caso. Parte de una discusión doctrinaria de los jueces respecto de un cúmulo de su experiencia, y concluyen que esa regla resulta viable para la solución de casos posteriores. Siendo así, establecen una disposición, es decir, legislan. Esto último se afirma dado que establecen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica para aplicar la regla establecida en el pleno jurisdiccional supremo, pero no nace de un caso, de una litis, como sí sucede con los precedentes. Así, el juez inferior, no tienen ninguna opción de apartarse razonadamente del mismo, dado que no existe las propiedades fácticas del caso capaces de hacer distinguible del que se conoce. Simplemente, no lo mencionan (como sucede con los daños punitivos)

Afirmar que legislan podría entenderse que es una aseveración un tanto superficial si sólo se toma en cuenta solo el aspecto formal de su estructura normativa. Por ello, partamos por la distinción que hace Hayek, en el volumen primero, de su libro *Derecho, legislación y libertad* (1979):

La diferencia entre las normas de comportamiento nacidas del proceso judicial (...), y las normas de organización dictadas por la autoridad (...) está en que las primeras derivan de las condiciones de un orden espontáneo no creado por el hombre, mientras que las segundas están al servicio de la construcción deliberada de una organización con fines específicos. Aquellas son descubiertas, en el sentido de que se limitan a expresar prácticas ya vigentes, o en el de que resultan ser complementos exigidos por las normas ya establecidas si se

quiere que el orden en ellas basado funcione con facilidad y eficiencia (...); en tanto que las normas de organización, tendentes a resultados determinados, son invenciones libres del intelecto proyectivo del organizador. (p.190)

La cita narrada puede resumirse en lo que también los especialistas en derecho han advertido: Los jueces resuelven en mérito a una realidad ya expuesta, y en base a ello sus sentencias son normas. El legislador, en cambio, crea derecho *ex novo*. Sin ninguna costumbre que la anteceda, en base a una deliberación previa. Que los jueces también deliberan no hay duda, pero sobre disposiciones ya vertidas, o hechos expuestos. No en el vacío, como sí lo hacen un órgano deliberativo como el parlamento. Veamos que ha acontecido en los últimos plenos jurisdiccionales.

El VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral tuvo un acuerdo único que es el siguiente:

No se puede extender los efectos del convenio colectivo suscrito por un sindicato minoritario a aquellos trabajadores que no están afiliados al mismo o que no estén sindicalizados, salvo que el propio convenio, por acuerdo entre las partes, señale lo contrario en forma expresa o el empleador decida unilateralmente extender los efectos del convenio colectivo a los demás trabajadores; siempre y cuando se refieran solamente a beneficios laborales más favorables al trabajador.

El primer precepto establecido en dicho acuerdo es conforme a ley. En efecto, el artículo 46 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto Supremo 010-2003-TR, prescribe que, para que el producto de una negociación tenga efectos generales para todos los trabajadores, se requiere que la organización sindical represente a la mayoría de los trabajadores. Caso contrario, el segundo párrafo de ese dispositivo, señala expresamente que tendría la negociación colectiva una eficacia limitada a los trabajadores afiliados a la organización sindical que lo suscribió. Sin embargo, el pleno establece dos excepciones: cuando el efecto general es así establecido en el propio convenio entre las partes (algo que los sindicatos no aceptan), o cuando la propia empresa, a título de liberalidad, así lo haga efectivo. Como se advierte, las excepciones establecidas en el pleno, no se encuentran desarrolladas en la ley. Esto es así porque, al parecer el legislador, quiso, en su momento, promover la afiliación sindical. El hecho que el pleno permita la extensión unilateral, por

parte de la empresa, de los acuerdos arribados (hecho que casi siempre sucede), no solo debilita la sindicalización, sino que, además, contraviene el texto expreso de la norma.

Por su parte, en el IX Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, la Corte Suprema estableció, en su acuerdo 1.1., que los jueces de paz letrados deben conocer las pretensiones no cuantificables relativas a la protección de derechos individuales con excepción de las pretensiones vinculadas a la libertad sindical, y siempre que no sea de competencia taxativa de los jueces especializados. Incluso, han acordado que, si existe una pretensión no cuantificable, y otra que sí lo es, entonces, también debe ser conocido por esas instancias, mientras no supere las 50 URP, y no sea de competencia expresa de los juzgados especializados.

El problema es que dicho acuerdo, va en contra de lo previsto en el artículo 1 de la Ley Procesal del Trabajo, el cual precisa que los jueces de paz letrados conocen de procesos en razón de la cuantía. Ahora bien, existe una clara colisión entre lo acordado en el IX Pleno Jurisdiccional, y la ley expresa. Aquello se vuelve más cuesta arriba en desmedro del acuerdo plenario si se observa que artículo 6 del Código Procesal Civil (de aplicación supletoria para la materia laboral) prescribe que la competencia solo puede ser establecida por ley. Siendo así, el hecho de establecer una competencia procesal en mérito a un mero acuerdo plenario no parece tener algún sustento legal; y, por el contrario, se asemeja más a una disposición modificatoria de lo que taxativamente expresa la ley.

Igual acontece con el plazo para la impugnación de sanción. La norma no establece ningún plazo al respecto. Pero, en su acuerdo 3.1, de ese mismo pleno, se preceptúa que el plazo de caducidad será de 30 días hábiles. Al respecto, se debe resaltar que el artículo 2004 del Código Civil, prescribe que los plazos de caducidad los fija la ley sin admitir pacto en contrario. Por tanto, se ha establecido un plazo de caducidad más allá de lo establecido de ley. Además, ese criterio contraviene también el principio que todo límite de un derecho constitucional se interpreta de manera restrictiva, y no extensiva. La caducidad restringe el derecho de acción, derecho que forma parte de la tutela judicial efectiva. Si es así, se estaría interpretando de manera extensiva una restricción a un derecho, lo que se encuentra proscrito.

Finalmente, en el X Pleno Jurisdiccional recientemente emitido se ha tomado un acuerdo en el cuarto punto, referido a la existencia de un procedimiento disciplinario para sanciones distintas al despido. Recordemos que, en la actualidad, no existe dispositivo alguno que prescriba aquello. Pero sí existe diversos pronunciamientos que establecen el respeto al debido proceso. Pues bien, la Corte Suprema acordó que debe exigirse la existencia de un procedimiento que garantice el derecho de defensa del trabajador. Sin embargo, en los argumentos que se esgrimieron en contra de ese acuerdo se resalta, en sus conclusiones la no existencia de una norma al respecto, y se preguntan lo siguiente: Disponer como obligación del empleador que establezca un procedimiento ¿no es legislar? Es decir, los propios miembros de la Corte Suprema, que se pronunciaron en minoría en ese último pleno, se cuestionan la posibilidad de establecer procedimientos procesales allí donde la ley no lo ha regulado.

Así, nos encontramos frente a acuerdos plenarios que no surgen de interpretaciones normativas, sino que establecen reglas *ex novo*, fungiendo de legisladores positivos, para supuestos que, en la práctica podrían traer más problemas que soluciones; y, aún más, al no estar sustentado en propiedades fácticas, los jueces no pueden apartarse del mismo. Entonces, nos encontramos -conforme se está utilizando- ante una herramienta que hace del juzgador, un legislador positivo; y que si bien, parte del análisis de la realidad y que pretende establecer reglas beneficiosas para la administración de justicia, termina por subvertir el sistema, con una mezcla de atribuciones que ninguna disposición positiva, lo contempla.

Esto se vuelve más controvertido, si se toma en consideración que, consuecientemente modificación, ahora los acuerdos plenarios son vinculantes "bajo responsabilidad". Esto quiere decir que, si en los casos mencionados, los jueces aplican la ley y no la regla preceptuada en el pleno jurisdiccional, pueden ser sancionados; y, si hacen lo contrario, también podrían serlo. Su salvavidas proviene de la motivación esbozada que sustente su posición, pero aquello resulta un ejercicio extra que no debería darse, si la ley y el acuerdo acaecido fueran concatenados. Esa motivación adicional, además, tendría que ser mucho más creativa, si tomamos en cuenta que la distinción entre los elementos fácticos no se encuentra presentes, pues estas no son visualizadas en los plenos jurisdiccionales que la Corte Suprema, en materia laboral, emite.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conforme se advierte de lo desarrollado, es claro discernir que los plenos jurisdiccionales, en materia laboral, contienen dos elementos del *stare decisis* (publicidad y vinculatoriedad) que lo unen a esa herramienta normativa a fin de cumplir con los principios de seguridad jurídica, coherencia, y predecibilidad; pero, se pervierte el mismo desde el momento en que se convierten en normas abstractas, al no partir de un caso, convirtiéndose en una suerte de legislador positivo, supuesto que no se encuentra dentro de sus competencias.

Expuesto así el problema, resulta imprescindible que los plenos jurisdiccionales partan por el análisis de un caso en donde la regla que se pretende establecer como vinculante encuentre su justificación, de tal forma que a los jueces no se les ate a esos veredictos, y tengan la oportunidad, si lo estiman conveniente de distinguir los hechos, para variar la regla a aplicar, y así también su conclusión. Pero, si acaso ello es posible, es viable entonces que las Salas Constitucionales y Sociales de la Corte Suprema, en virtud del artículo 40 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, establezcan precedentes de observancia obligatoria, así cumpliría con todos los elementos que establece la doctrina del *stare decisis*, y los principios que lo subyacen, se encontrarían plenamente resguardados, con la flexibilidad que el *common law* también otorga.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

Abad, S. Danos, J., Eguiguren, F., García, D., Monroy, J., Ore, A. (2004) *Código Procesal Constitucional: Comentarios, Exposición de Motivos Dictámenes e Índice Analítico*. Palestra Editores, Lima.

C. Kemp Allen (1969) *Fuentes del Derecho Ingles*. Trad. Por Antonio Ortiz García, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España.

Corte Suprema de Justicia de la República, Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente y Transitorias. (2015) *II pleno jurisdiccional supremo en materia laboral. 08 y 09 de mayo del 2014*. Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima.

Douglas E. Edlin, (2008) *Judges And Unjust Laws. Common Law constitutionalism and the foundations of judicial review*. The University of Michigan, United States.

Duxbury, Neil (2008) *The nature an authority of precedente*. Cambridge University press, New York, United States.

Dyer Cruzado, Edward (1015) *El precedente constitucional*. Análisis cultural del derecho. Ara Editores, Lima.

FalconYTella, María José (2010) *La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental*. Marcial Pons, Madrid, España.

Hayek, Friedrich A. (1979) *Derecho, legislación y libertad*. Volumen 1, Unión Editorial S.A., España.

Hobbes, Thomas (2005) *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*. Quinta reimpression, Fondo de cultura económica, México.

Hutchinson, Allan C. (2005) *Evolution and the common law*. Cambridge University press, New York, United States.

Iturralde Sesma, Victoria (1995) *El Precedente en el Common Law*. Ed. Civitas S.A. Madrid, España.

Jáuregui, Carlos (1990) *Generalidades y peculiaridades del sistema legal inglés*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina.

Magaloni Kerpel, Ana Laura (2001) *El Precedente Constitucional en el Sistema Judicial Norteamericano*. Mc Graw Hill, Madrid- España.

Moretti, Francesca “El Precedente Judicial en el Sistema Inglés”. En: Francesco Galgano (Coord.) (1999) *Atlas de Derecho Comparado*. Trad. Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdera Server. Fundación Cultura del Notariado, Madrid, España.

Peczenik, Aleksander “The Binding Force of Precedent”. En: MacCormick, Neil y Summers, Robert (Edit) *Interpreting precedents. A comparative Study*. Routledge, 2016, New York, United States. pp.461-48

Radbruch, Gustav (1958) *El espíritu del derecho inglés*. Trad. De Fernando Vela, Olejnik, Madrid, España.

Rupert Cross y J.W. Harris (2012) *El precedente en el derecho inglés*. Marcial Pons. Madrid, España.

Brenner, Saul y Spaeth, Harold J. (2017) *Stare indecisis*. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos. Marcial Pons, Madrid. España.

Taruffo, Michele (2003) *Cinco lecciones mexicanas*. Memorias del Taller de Derecho Procesal. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Escuela Judicial Electoral, México.

Healy, Thomas "Stare Decisis as a Constitutional Requirement". En: West Virginia University. The Research Repository, volume 104, september 2001, En: [https://researchrepository.wvu.edu/wvlr/vol104/iss1/8/?utm\\_source=researchrepository.wvu.edu%2Fwvlr%2Fvol104%2Fiss1%2F8&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](https://researchrepository.wvu.edu/wvlr/vol104/iss1/8/?utm_source=researchrepository.wvu.edu%2Fwvlr%2Fvol104%2Fiss1%2F8&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages)

# STAR TREK: TRANSHUMANISMO, MODIFICACIONES GENÉTICAS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y TEST DE PROPORCIONALIDAD

## STAR TREK: TRANSHUMANISM, GENETIC MODIFICATIONS, FUNDAMENTAL RIGHTS, AND PROPORTIONALITY TEST

Jorge Luis del Valle Quintana  
ORCID: 0000-0003-4231-6516  
Universidad de San Martín de Porres  
jdelvalleq@usmp.pe  
Perú

DOI: <https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n2.10>

Recibido: 31 de agosto de 2023.

Aceptado: 28 de febrero de 2024.

### SUMARIO

- El enfoque.
- Un poco de ciencia ficción.
- El transhumanismo y las modificaciones genéticas.
- Los derechos fundamentales.
- De vuelta al caso de Chin Riley y el test de proporcionalidad.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

### RESUMEN

El transhumanismo, un movimiento que aboga por la mejora humana mediante tecnologías emergentes, plantea cuestiones éticas y legales de gran relevancia en la sociedad moderna. Este enfoque desafía nuestra comprensión de la naturaleza humana y da lugar a debates sobre derechos fundamentales como la igualdad, la dignidad humana y la autonomía personal. En esta discusión, examinaremos cómo los avances en la ingeniería genética y las tecnologías de mejora plantean dilemas éticos al enfrentar estos derechos fundamentales, y cómo la legislación y la ética deben evolucionar para abordar estos desafíos.

### PALABRAS CLAVE

Transhumanismo, mejora humana, ética y derechos, ingeniería genética, evolución legislativa.

### ABSTRACT

Transhumanism, a movement advocating for human enhancement through emerging technologies,

raises ethical and legal issues of great relevance in modern society. This approach challenges our understanding of human nature and sparks debates on fundamental rights such as equality, human dignity, and personal autonomy. In this discussion, we will examine how advancements in genetic engineering and enhancement technologies pose ethical dilemmas in addressing these fundamental rights, and how legislation and ethics must evolve to tackle these challenges

### KEYWORDS

Transhumanis, human enhancement, ethics and rights, genetic engineering, legislative evolution

### EL ENFOQUE

Muchas veces tomar distancia de un hecho o acontecimiento nos permite tener una visión panorámica y, tal vez, un poco más clara (inclusive enriquecedora) de su problemática y alternativas de solución, para ello la ciencia ficción nos aporta un terreno fértil a partir del cual poder explorar situaciones que podrían avizorar retos a no muy largo plazo sobre los cuales el derecho tendrá que brindar respuestas que satisfagan la expectativa social, pues bien, invito al lector a acompañarme primero en un viaje a un futuro imaginario y lejano a bordo de una legendaria nave espacial (*Enterprise*), para luego volver a la realidad y observar algunos desafíos que la ciencia y evolución del siglo XXI nos está empezando a plantear sobre la propia esencia de la naturaleza humana, igualdad y dignidad.

### UN POCO DE CIENCIA FICCIÓN

Como “fan” de *Star Trek* (de dicho universo tomaré como referencia la serie *Strange new worlds*), invitaré al lector a subir a la nave

interestelar “Enterprise” al mando del capitán Pike (quien precede en el mando al popular “Kirk”) y donde su primer oficial, la comandante Una Chin Riley (perteneciente a la raza de los “ylirianos”), es detenida por haber infringido los códigos 614 y 617 de la flota estelar que prohíben expresamente las modificaciones genéticas y no haber divulgado a la *Federación* sobre sus aumentos genéticos.

Los yilirianos son famosos por modificar sus genes para mejorar sus capacidades y niveles de función; sin embargo, como la modificación genética está prohibida en la federación (debido a una trágica guerra eugenésica<sup>1</sup> acaecida en la tierra), los humanoides pertenecientes a esta raza han sido marginados.

En el episodio 2 de la segunda temporada (2023) de la serie, titulado *Ad astra per aspera*<sup>2</sup>, se desarrolla el juicio a la comandante Chin Riley y donde tras una acalorada defensa de su abogada, la presidenta del tribunal determina:

Estamos de acuerdo en que el asunto de la ingeniería genética tiene sus matices, las leyes que las prohíben existen por muy buenas razones y las estipulaciones deben persistir para que un día no enfrentemos otra crisis como la guerra eugenésica. Pero esta Corte también cree que esas razones no pueden y nos permiten tratar a cada individuo, aumento, yiliriano u otras personas con ADN modificado, igual. Se deben trazar líneas, pero también deben cambiar cuando se necesiten, quizá un día la flota y la federación cambien su visión, pero hoy solo podemos considerar lo que la defensa pidió: juzgar el caso específico de la acusada y sus circunstancias de forma independiente....

No cabe duda de que la evolución actual de la ciencia ha acercado dramáticamente escenarios antes reservados solo para la ficción, es así que actualmente ya existen procedimientos de mejora humana (*human enhancement*) basadas en intervenciones en el cuerpo humano y que usan como sustento la ciencia y la tecnología, a su vez estos se pueden dividir en: a) mejoras preventivas o restaurativas, b) mejoras de tipo terapéutico, y c) mejoras de tipo no terapéutico.

1 Curiosamente Francis Galto (científico británico) y primo de Charles Darwin, es a quien a fines del S. XIX se le atribuye acuñar el término “eugenesia”, proponiendo que los individuos con características “superiores” fueran alentados a reproducirse entre sí, mientras que los de características “inferiores” fueran desalentados o incluso “impedidos” de reproducirse. En este punto recordamos nosotros además que ya en la antigua Grecia, los Espartanos, tomaban a los bebés considerados como “débiles” y los sacrificaban desde la cima del monte Taigeto, aunque dicha práctica no se puede considerar como eugenésica en el sentido moderno del término, nos hace ver la existencia de criterios de selección “artificial” desde muy antiguo en las sociedades humanas.

2 Esta frase la podemos traducir del latín al español como “hacia las estrellas a pesar de las dificultades”.

Se le atribuye al filósofo británico Max More (nombre autoelegido y autodocumentado) el haber popularizado el término transhumanismo<sup>3</sup>, según informe elaborado por el “*Science and Technology Options Assessment*” (*HUMAN ENHANCEMENT STUDY, 2009*) por encargo del parlamento europeo, en dicho informe se señala que los transhumanistas básicamente muestran un fuerte interés en los medios tecno-científicos para alcanzar la felicidad, un control total de las emociones y una mejora del carácter humano, argumentando, a favor del uso de las *HET* (*Human enhancement technologies*).

Sobre este particular y desde una perspectiva distinta a la de More, el profesor en filosofía de la Universidad de Harvard, Michael Sandel (2004), nos refiere en su artículo *The case against perfection*:

Los avances en genética nos presentan una promesa y un predicamento. La promesa es que pronto podremos tratar y prevenir una serie de enfermedades debilitantes. El predicamento es que nuestro recién descubierto conocimiento genético también puede permitirnos manipular nuestra propia naturaleza: para mejorar nuestros músculos, memorias y estados de ánimo; para elegir el sexo, altura y otros rasgos genéticos de nuestros hijos; para hacernos “mejores que buenos”. Cuando la ciencia avanza más rápido que la comprensión moral, como ocurre hoy en día, hombres y mujeres luchan por articular su inquietud. En las sociedades liberales, recurren primero al lenguaje de la autonomía, la justicia y los derechos individuales. Pero esta parte de nuestro vocabulario moral está mal equipada para abordar las preguntas más difíciles planteadas por la ingeniería genética. La revolución genómica ha inducido una especie de vértigo moral.<sup>4</sup>

Fukuyama (2004), se manifiesta también en un sentido contrario al transhumanismo, cuando con un humor bastante satírico ironiza sobre las pretensiones de algunos de sus promotores de

3 A título absolutamente personal debo indicar que la primera vez que lei la palabra “transhumanar” (usada con verbo) fue en la Divina Comedia de Dante Alighieri cuando en el ascenso al paraíso usa la palabra como trascender lo humano: “*Trashumanar, significar per verba, es impossibile; que el ejemplo baste al que tal experiencia Dios reserva*”.

4 “Breakthroughs in genetics present us with a promise and a predicament. The promise is that we may soon be able to treat and prevent a host of debilitating diseases. The predicament is that our newfound genetic knowledge may also enable us to manipulate our own nature—to enhance our muscles, memories, and moods: to choose the sex, height, and other genetic traits of our children; to make ourselves “better than well”. When Science moves faster than moral understanding, as it does today, men and women struggle to articulate their unease. In liberal societies they reach first for the language of autonomy, fairness, and individual rights. But this part of our moral vocabulary is ill equipped to address the hardest questions posed by genetic engineering The genomic revolution has induced a kind of moral vertigo.”

congelarse criogénicamente con la esperanza de ser revividos en una era futura; no obstante lo cual, reconoce que existe la posibilidad que la humanidad se vea tentada a probar las ofertas de la biotecnología sin tener en cuenta su costo moral espantoso. En esa línea, considera que la primera víctima del transhumanismo sería el derecho a la igualdad y así señala:

Si empezamos a transformarnos en algo superior, ¿qué derechos reclamarán estas criaturas mejoradas y qué derechos poseerán en comparación con los que se quedan atrás? Si algunos avanzan, ¿puede alguien permitirse no seguir? Estas preguntas son lo suficientemente preocupantes dentro de las sociedades ricas y desarrolladas. Si se añaden las implicaciones para los ciudadanos de los países más pobres del mundo -para quienes probablemente las maravillas de la biotecnología estarán fuera de alcance- la amenaza a la idea de igualdad se vuelve aún más amenazante.<sup>5</sup>

Desde una perspectiva no menos preocupante, otro de los principales filósofos del S. XX, Jürgen Habermas (2002), manifiesta su seria oposición al transhumanismo, sobre todo por la falta de diferenciación entre lo que es una “intervención terapéutica” (manipular para sanar) de una “intervención perfeccionadora” (manipular para programar), que deja en manos de los padres y el mercado la determinación de las condiciones genéticas de su descendencia, ello según sus propias preferencias como si se tratara de una “cosa”, afectando seriamente la autodeterminación, pudiéndonos encontrar ante la perpetración del robo de un futuro propio (el del ser modificado).

Finalmente, Leon R. Kass<sup>6</sup> (2009) al realizar un ensayo en defensa de la dignidad humana nos advierte sobre los peligros del transhumanismo:

Podríamos tener mejores hijos, pero sólo convirtiendo la procreación en manufactura o alterando sus cerebros para obtener una ventaja sobre sus pares. Podríamos desempeñarnos mejor en las actividades de la vida, pero sólo convirtiéndonos en meras criaturas de nuestros químicos o convirtiéndonos en herramientas biónicas diseñadas para ganar y lograr logros de

maneras inhumanas. Podríamos tener vidas más largas, pero sólo a costa de vivir descuidadamente con una aspiración disminuida de vivir bien o de convertirnos en personas tan obsesionadas con nuestra propia longevidad que nos preocupamos poco por las próximas generaciones. Podríamos llegar a ser “felices”, pero sólo mediante una droga que nos proporcione sentimientos felices sin los verdaderos amores, apegos y logros que son esenciales para el verdadero florecimiento humano. Como nos advirtió proféticamente Aldous Huxley, en su novela distópica *Un mundo feliz*, la búsqueda desenfadada pero bien intencionada de dominar la naturaleza humana y los problemas humanos a través de la tecnología puede resultar en un mundo poblado por criaturas con forma humana pero de humanidad reducida, dedicadas a actividades triviales; carente de ciencia, arte, religión y autogobierno; falta de amor, amistad o cualquier vínculo humano verdadero; y divertirse con entretenimientos de alta tecnología y una botella de soma Principio del formulario<sup>7</sup>.

Si bien es cierto aún resulta escasa (esencialmente sobre aspectos éticos y de seguridad) o incluso inexistente una legislación universal que regule específicamente los alcances y posibles limitaciones del transhumanismo, existen algunas disposiciones que podrían darnos un primer acercamiento a su posible contenido.

Así a nivel internacional tenemos el Convenio de Ginebra (1949) sobre la protección debida de las personas civiles en tiempo de guerra, en cuyo artículo 32° hace referencia a la prohibición expresa de realizar experimentos científicos o médicos no requeridos a una persona y adicionalmente en su artículo 142° considera infracción grave cualquier tipo de experimentación biológica.

Quizás, llevar nuestra reflexión a una zona que nos resulta mucho más cercana y menos esotérica, resulte esclarecedora sobre los

5 “If we start transforming ourselves into something superior, what rights will these enhanced creatures claim, and what rights will they possess when compared to those left behind? If some move ahead, can anyone afford not to follow? These questions are troubling enough within rich, developed societies. Add in the implications for citizens of the world’s poorest countries—for whom biotechnology’s marvels likely will be out of reach and the threat to the idea of equality becomes even more menacing.”

6 Es uno de los más reputados bioéticos estadounidenses contemporáneos, llegando a ostentar el cargo de Director del “Consejo Presidencial sobre Bioética” (White House) en el periodo 2002-2005, del cual sigue siendo parte a la fecha.

7 “We might get better children, but only by turning procreation into manufacture or by altering their brains to gain them an edge over their peers. We might perform better in the activities of life, but only by becoming mere creatures of our chemists or by turning ourselves into bionic tools designed to win and achieve in inhuman ways. We might get longer lives, but only at the cost of living carelessly with diminished aspiration for living well or becoming people so obsessed with our own longevity that we care little about the next generations. We might get to be “happy,” but only by means of a drug that gives us happy feelings without the real loves, attachments, and achievements that are essential for true human flourishing. As Aldous Huxley prophetically warned us, in his dystopian novel *Brave New World*, the unbridled yet well-meaning pursuit of the mastery of human nature and human troubles through technology can issue in a world peopled by creatures of human shape but of shrunken humanity—engaged in trivial pursuits; lacking science, art, religion, and self-government; missing love, friendship, or any true human attachments; and getting their jollies from hightech amusements and a bottle of soma.”

posibles criterios a adoptarse en materia de regulación del transhumanismo, y nos referimos específicamente al mundo del deporte, donde existen disposiciones en contra del *doping* y uso de cualquier tipo de productos que “mejoren” el rendimiento deportivo. En dicho contexto, la *WADA (World Anti-Doping Agency)* establecida en 1999, es el organismo internacional encargado de promover un entorno deportivo limpio y justo, estableciendo un Código Mundial Antidopaje (2021), documento técnico normativo que establece como su objeto proteger el derecho fundamental a la igualdad de todos los deportistas, además se establece que este derecho a la igualdad se constituye en su fundamento junto al valor de deporte limpio para el mundo.

A nivel nacional la Ley N° 28036, Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte (2003), contiene algunas disposiciones interesantes de mencionar y analizar, así en su artículo 2° señala que el deporte es un factor importante para la recreación, mejora de la salud, renovación y desarrollo de las potencialidades del ser humano, “premiando a los que triunfan en una contienda leal, de acuerdo con sus aptitudes y esfuerzos”. En el mismo sentido el inciso 11) del artículo 8° de la precitada ley establece que es función del Instituto Peruano del Deporte (IPD): “Promover e impulsar medidas de prevención y control del uso de sustancias prohibidas y métodos no reglamentarios destinados a aumentar artificialmente la capacidad física del deportista, de acuerdo a la normatividad nacional e internacional del deporte.”.

Igualmente, mediante Resolución de Presidencia N° 181-2016-IPD/P (2016) se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional Antidopaje (CONAD), el mismo que señala en su artículo 1° que la CONAD es el órgano encargado de asesorar al IPD y al Sistema Deportivo Nacional “...para la lucha, control y prevención del uso de sustancias y métodos prohibidos para el aumento artificial del rendimiento deportivo, en concordancia con el Código Mundial Antidopaje y las directrices de la *World Anti-Doping Agency (WADA/AMA)*”.

Llegado a este punto, resaltaremos algunas ideas del profesor Sandel (2004) que resultan esclarecedoras sobre el particular cuando señala que:

Se dice comúnmente que las mejoras genéticas socavan nuestra humanidad al amenazar nuestra capacidad para actuar libremente, para tener éxito por nuestros propios esfuerzos y para considerarnos responsables, dignos de alabanza

o culpa, por las cosas que hacemos y por cómo somos. Es una cosa golpear setenta “*home runs*” como resultado de un entrenamiento y esfuerzo disciplinado, y otra cosa, algo menos, golpearlos con la ayuda de esteroides o músculos genéticamente mejorados. Por supuesto, los roles del esfuerzo y la mejora serán cuestión de grado. Pero a medida que aumenta el papel de la mejora, nuestra admiración por el logro se desvanece, o más bien, nuestra admiración por el logro se desplaza del jugador a su farmacéutico. Esto sugiere que nuestra respuesta moral al mejoramiento es una respuesta a la agencia disminuida de la persona cuyo logro es mejorado.<sup>8</sup>

Existen ejemplos claros de lo grave y pernicioso que se considera la afectación a la igualdad y la “competición justa” al incurrir en actos de dopaje. Recordemos como en el año 2013, cuando en una entrevista con la famosa conducta de TV “Oprah”, el hasta en ese momento campeón considerado una “leyenda” del ciclismo, Lance Armstrong, admite haber usado durante su carrera una serie de sustancias que “aumentaron” su rendimiento, lo que trajo como consecuencia ser despojado de todos los títulos que había ganado en el Tour de Francia y la prohibición de por vida de participar en competiciones deportivas. Otro caso que recordamos es el de Marion Jones, atleta estadounidense, que obtuvo una serie de medallas en los juegos Olímpicos de Sidney 2000 y luego en el año 2007 confesó en un Tribunal Federal de EE.UU., haber consumido sustancias que “mejoraron” su rendimiento, nuevamente la sanción drástica, el retiro de las medallas “ganadas” en dicha competición.

Como podemos observar, existen varios elementos especiales (aplicables muy en particular al deporte) y otros comunes (tal vez directrices) imbuidos en la reglamentación deportiva antidopaje y que resultan de especial importancia para evaluar el transhumanismo y la ingeniería genética como herramientas de “mejora” de la especie humana. Sobre los primeros encontramos la idea de recompensa de las aptitudes (naturaleza y/o cualidad innata)

<sup>8</sup> “It is commonly said that genetic enhancements undermine our humanity by threatening our capacity to Act freely. to succeed by our own efforts. and to consider ourselves responsible —worthy of praise or blame—for the things we do and for the way we are. It is one thing to hit seventy home runs as the result of disciplined training and effort, and something else, something less to hit them with the help of steroids or genetically enhanced muscles. Of course, tire roles of effort and enhancement will be a matter of degree. But as the role of enhancement increases, our admiration for the achievement fades—or, rather, our admiration for the achievement shifts from the player to his pharmacist. This suggests that our moral response to enhancement is a response to the diminished agency of the person whose achievement is enhanced.”

y esfuerzo (dedicación y compromiso) con el desarrollo de una actividad deportiva (Art. 2° de la Ley N° 28036), dentro de los segundos radica una idea fuerza (valor y derecho fundamental también), el de la igualdad y la proscripción de “aumentos” artificiales.

La pregunta que se formula entonces es, ¿por qué se considera que se transgrede la igualdad cuando se usan incrementos artificiales?, a ella responderemos en el siguiente acápite, sin embargo, adelantaremos una breve respuesta: porque se transgrede la dignidad y el valor de justicia (entendida en su aspecto de igualdad) en la competición.

### LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En palabras de Sandel (2004) el problema central con el mejoramiento y la ingeniería genética “...es que representan una especie de hiperagencia, una aspiración prometeica para rehacer la naturaleza, incluyendo la naturaleza humana, para servir a nuestros propósitos y satisfacer nuestros deseos”<sup>9</sup>, concluyendo que “reconocer la dotación de la vida es reconocer que nuestros talentos y poderes no son enteramente obra nuestra, a pesar del esfuerzo que hacemos para desarrollarlos y ejercerlos. También es reconocer que no todo en el mundo está abierto a cualquier uso que podamos desear o diseñar. Apreciar la calidad dotada de la vida restringe el proyecto prometeico y conduce a cierta humildad. En parte es una sensibilidad religiosa. Pero su resonancia va más allá de la religión.”<sup>10</sup>

Pues bien, ahora nos toca dilucidar, *prima facie*, cuáles son los derechos involucrados en la discusión, así las cosas, nos concentraremos en aquellos que consideramos principales.

El primer derecho que entrará en consideración será el de la **igualdad** (que guarda estrecha vinculación con el de dignidad humana), así se encuentra regulado en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución (1993) donde expresamente se señala: “Toda persona tiene derecho: (...) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser

discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”

El Tribunal Constitucional Peruano, ha reconocido en reciente sentencia, expresamente en el EXP. N.° 04100-2022-PA/TC (2023), en su fundamento jurídico N° 8, que la igualdad no solo es derecho fundamental, sino a su vez un principio, así establece:

La igualdad consagrada constitucionalmente tiene la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo en el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional — la igualdad— oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes.

No debemos olvidar que la Constitución (1993) en su artículo 1° reconoce que el respeto de la dignidad humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, así como no resulta posible limitar la libertad de un ser humano a no ser que el fin de dicha limitación sea la defensa de la dignidad de otro ser humano.

En una sociedad donde las mejoras transhumanistas son posibles, las personas que eligen no mejorarse (o que no pueden permitírselo) podrían ser discriminadas. Esto también podría ser visto como una infracción de su dignidad humana, ya que sugiere que son menos valiosos debido a sus características biológicas “inferiores”.

El siguiente derecho a evaluar sería el derecho a la autonomía personal, que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, se refiere al principio que reconoce a cada individuo como un agente moral autónomo, es decir, con la capacidad y derecho a tomar decisiones por sí mismo sobre cuestiones que le afectan directamente.

La autonomía personal, implica la capacidad de hacer elecciones informadas y voluntarias sobre una variedad de asuntos, incluyendo el cuidado de la salud, la elección de empleo, el desarrollo personal, la asociación con otros y la participación en actividades sociales y

9 “...is that they represent a kind of hyperagency—a Promethean aspiration to remake nature, including human nature, to serve our purposes and satisfy our desires”

10 “To acknowledge the giftedness of life is to recognize that our talents and powers are not wholly our own doing, despite the effort we expend to develop and to exercise them. It is also to recognize that not everything in the world is open to whatever use we may desire or devise. Appreciating the gifted quality of life constrains the Promethean project and conduces to a certain humility. It is in part a religious sensibility. But its resonance reaches beyond religion.”

políticas. En este sentido, los individuos deben tener la libertad de vivir su vida según sus propias metas, valores y convicciones, siempre y cuando estas decisiones no interfieran con los derechos de los demás.

Este derecho a la autonomía personal ha tenido importantes desarrollos desde la década de 1970 a nivel internacional (iniciados por la Corte Suprema de los Estados Unidos); sin embargo, en el caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022), es el mismo Tribunal quien formula algunas precisiones importantes sobre este derecho y así menciona: "Casey lo describió como la libertad de tomar "decisiones íntimas y personales" que son "centrales para la dignidad personal y la autonomía", 505 US, en la página 851. Casey elaboró: "En el corazón de la libertad está el derecho de definir el propio concepto de existencia, de significado, del universo y del misterio de la vida humana."<sup>11</sup> No obstante, redirecciona y señala a reglón seguido: "La Corte no afirmó que este derecho, formulado de manera amplia, sea absoluto, y ninguna afirmación de este tipo sería plausible. Si bien las personas ciertamente tienen libertad para pensar y decir lo que desean sobre la "existencia", el "significado", el "universo" y el "misterio de la vida humana", no siempre tienen libertad para actuar de acuerdo con esos pensamientos. La licencia para actuar con base a ciertas creencias puede corresponder a una de las muchas interpretaciones de la "libertad", pero ciertamente no es una "libertad ordenada"."<sup>12</sup> Finalmente, se añade el siguiente argumento: "Esos criterios, en un alto nivel de generalidad, podrían otorgar derechos fundamentales al uso de drogas ilícitas, la prostitución y similares."<sup>13</sup>

El transhumanismo plantea la capacidad y el derecho de cada individuo a tomar decisiones informadas sobre si utilizar o no estas tecnologías para mejorar su propia vida. El propio Max More (2003) señala sobre la

autonomía personal (bajo la denominación de autodirección) lo siguiente:

La responsabilidad personal y la autonomía van de la mano con la autoexperimentación. Es extrópico asumir la responsabilidad de las consecuencias de nuestras elecciones, negándonos a culpar a otros por los resultados de nuestras propias acciones libres. La experimentación y la autotransformación requieren riesgos; los individuos requieren la libertad de evaluar los riesgos y beneficios potenciales por sí mismos, aplicando su propio juicio y asumiendo la responsabilidad de los resultados. Perseguir la extropía significa resistir vigorosamente la coerción de aquellos que intentan imponer sus juicios sobre la seguridad y eficacia de varios medios de autoexperimentación. La responsabilidad personal y la autodeterminación son incompatibles con el control centralizado autoritario, que ahoga las elecciones y el ordenamiento espontáneo de las personas autónomas."

Además, debemos tener en consideración el derecho a beneficiarse del progreso científico y sus aplicaciones (derechos de tercera generación), que, si bien no hemos encontrado un pronunciamiento en concreto sobre el mismo por parte del Tribunal Constitucional Peruano, podemos reseñar que se encuentra reconocido en el artículo 15° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

More (2003) señala sobre este particular que:

La tecnología es una extensión y expresión natural del intelecto y la voluntad humanos, de la creatividad, la curiosidad y la imaginación. Podemos prever y fomentar el desarrollo de una tecnología cada vez más flexible, inteligente y receptiva. Coevolucionaremos con los productos de nuestra mente, integrándonos con ellos, integrando finalmente nuestra tecnología inteligente en nosotros mismos en una síntesis posthumana, amplificando nuestras habilidades y extendiendo nuestra libertad."

Como hemos podido observar el asunto del transhumanismo y las modificaciones genéticas no resulta en modo alguno pacífico, muy por el contrario, es un terreno donde encontramos posiciones en disputa y además conflicto entre derechos fundamentales, a fin de resolverlo plantearemos un caso y usaremos el test de proporcionalidad (adoptado por nuestro Tribunal Constitucional) y propuesto por el profesor Alexy (2002).

## DE VUELTA AL CASO DE CHIN RILEY Y EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Recordemos nuevamente el episodio de la serie *Star trek: strange new worlds*, narrado al inicio del presente ensayo y concentrémonos en los

11 Casey described it as the freedom to make "intimate and personal choices" that are "central to personal dignity and autonomy," 505 U. S., at 851. Casey elaborated: "At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life."

12 The Court did not claim that this broadly framed right is absolute, and no such claim would be plausible. While individuals are certainly free to think and to say what they wish about "existence," "meaning," the "universe," and "the mystery of human life," they are not always free to act in accordance with those thoughts. License to act on the basis of such beliefs may correspond to one of the many understandings of "liberty," but it is certainly not "ordered liberty."

13 Those criteria, at a high level of generality, could license fundamental rights to illicit drug use, prostitution, and the like

códigos 614 y 617 de la flota estelar que prohíben expresamente las modificaciones genéticas, estas disposiciones serán sometidas a análisis bajo la metodología del test de proporcionalidad para determinar si resultan limitaciones eficaces de los derechos fundamentales.

Indudablemente dichas disposiciones de la *Federación* restringen derechos de la comandante Chin Riley, y de acuerdo con lo desarrollado hasta este punto los derechos fundamentales afectados los podemos resumir en dos: a) el derecho de autodeterminación (en el sentido de autonomía personal) y b) el derecho a gozar o beneficiarse del progreso científico y sus aplicaciones.

Por otro lado, es la propia presidenta del Tribunal quien nos recuerda el motivo que inspira dichas restricciones: evitar que se repitan la atrocidades de las guerras eugenésicas (en la literatura de *Star trek* equivalentes a la tercera guerra mundial) cuyo origen fue la discriminación generada a partir de un grupo de superhumanos (genéticamente modificados y liderados por el temible “Khan”) que tomaron el poder y empezaron a gobernar la tierra con mano de hierro a fines del S.XX y comienzos del S.XXI. Como resulta evidente, lo que estas restricciones protegen es el principio de igualdad (que encierra fuertemente el de dignidad humana).

Usaremos entonces la metodología planteada por Alexy (2002) y aplicaremos el test de proporcionalidad a efecto de determinar la validez de las normas discutidas.

Para empezar nuestro análisis, no podemos dejar de observar una realidad palpable, los derechos fundamentales no son simples reglas jurídicas (que obedecen a una especie de modelo de subsunción), sino que poseen una estructura que los hace identificar al nivel de principios, es decir una especie de normas de optimización que ordenan el cumplimiento de algo en la mayor medida posible y en caso de colisión deben ser ponderados unos y otros a efecto que gane aquel que posea un mayor peso específico.

El problema lo formularemos de la siguiente manera: Los códigos 614 y 617 que prohíben la realización de modificaciones genéticas (aumentos), ¿limitan los derechos fundamentales de autonomía personal y de beneficiarse de los avances y aplicaciones de la ciencia?, donde la respuesta más que evidente es que sí. Ahora, como sabemos, la simple limitación de un principio no determina *per se* la inconstitucionalidad de la medida limitante,

sino que deberemos evaluar si la medida resulta proporcional.

Al efecto anteriormente dicho, realizaremos algunas preguntas, la primera de ellas: ¿la prohibición de realización de modificaciones genéticas (aumentos) persigue un fin constitucionalmente válido? La respuesta es que sí, dado que, como lo hemos visto la medida busca proteger el principio de igualdad, consistente en el presente caso en que los seres humanos en general no se vean “disminuidos” en sus capacidades y aptitudes frente a seres genéticamente “aumentados” o “mejorados”, pudiendo afectar de esta manera, además, su dignidad.

Si hemos respondido afirmativamente a que la medida busca una finalidad constitucionalmente válida, entonces ahora debemos evaluar si la misma es idónea y a tal efecto plantearemos la siguiente pregunta: ¿es razonable asumir que prohibiendo modificaciones genéticas (aumentos) se alcanza el fin de proteger el principio de igualdad evitando la discriminación genética? Indudablemente, resulta razonable establecer que la prohibición de realizar modificaciones genéticas aumentativas en seres humanos mantendría inalteradas las reglas de evolución natural de la especie y por tanto se lograría evitar la discriminación genética.

Ahora formularemos una pregunta un poco más compleja ¿es evidente que existían otras medidas distintas a la prohibición de realizar modificaciones genéticas (aumentos) que limitando menos o no limitando los principios de autonomía personal y de beneficiarse de los avances y aplicaciones de la ciencia permitirían proteger con igual o mayor idoneidad el principio de igualdad (no discriminación genética)? Lamentablemente la respuesta en este caso nos parece negativa, dado que cualquier tipo de intervención en la estructura genética de un individuo que permita aumentar artificialmente sus aptitudes y capacidades naturales, podría resultar en colocar en una posición de “disminución” o “desventaja” a los no modificados, podríamos imaginar acá, guardando los reparos necesarios, una especie de equivalente moderno de una *capitis diminutio*<sup>14</sup> del Derecho Romano.

Frente a este escenario, donde sin darnos cuenta la medida ha pasado por los filtros de finalidad

14 Recordemos que, en el Derecho Romano, la *capitis diminutio* implica la pérdida o disminución de capacidad, derechos y status de un ciudadano dentro de la sociedad romana (máxima, media o mínima). *Capitis* se deriva de *Caput* que

constitucionalmente válida, subprincipio de idoneidad y sub principio de necesidad, procederemos a efectuar la ponderación de la medida, enfrentándola individualmente a cada principio en conflicto, así, primero evaluaremos el principio de igualdad vs. el principio de autonomía personal, para luego enfrentar a este mismo vs. el principio de beneficiarse de los avances y aplicaciones de la ciencia. Efectuando un sopesamiento entre ellos (la ponderación en inglés se le conoce con el nombre de *balancing*) nos inclinaremos de la forma más objetiva que podamos por el que tenga un mayor peso, pues bien, vayamos al “reto de la balanza”.

La balanza que usaremos posee determinados tipos de pesos (pesos concretos “pc”, pesos abstractos “pa”, y pesos probatorios “pp”), pues bien, a su vez para el caso de los pesos concretos se les podrá asignar valores de 1, 2 y 4 (si es una afectación leve, media o intensa respectivamente); para el peso abstracto (axiológico social diremos nosotros) podremos asignar valores de 1, 2 y 4 dependiendo si se trata de un peso leve, medio o intenso; finalmente con respecto a los pesos probatorios podremos asignar valores considerando qué tan probado se encuentre en el caso si el principio se ha afectado o no, así corresponderá si es cierto o altamente probable un valor de 1, si consideramos es plausible un valor de ½ o si consideramos que la afectación es falsa o altamente improbable podremos asignar un valor de ¼.

Empecemos por el peso concreto (aplicable al caso) del principio de igualdad y formulemos la pregunta así: ¿Cuál es el grado de afectación al principio igualdad dadas las circunstancias del caso si no se prohíben los procedimientos de manipulación genética (aumentativa)? En este caso consideramos que es intenso, considero sin mayor discusión, otorgándole un valor de 4; ahora nos preguntamos por el valor del peso abstracto del derecho a la igualdad en el marco de la sociedad, determinando que en este caso también tiene un nivel intenso, otorgándole nuevamente un valor de 4; ¿Cuál es la seguridad de los datos empíricos sobre la afectación del derecho a la igualdad? En el presente caso vamos a considerar que es plausible, otorgándole un valor de ½ o lo que es equivalente 0.5.

Pasemos a evaluar cuál es el peso concreto de la afectación del derecho a la autodeterminación

(autonomía personal), dado que nos encontramos frente a una prohibición (solo para casos aumentativos) le daremos un valor ecléctico, es decir de 2; ¿cuál es el peso abstracto de la autonomía personal en la sociedad? A esta pregunta la responderemos con un valor de 2, puesto que no son pocos los casos en los que la autonomía personal cede frente a intereses que se sustentan en la ética pública o el bienestar de la mayoría; ¿qué tan seguro es que la prohibición de realizar mejoras genéticas (aumentos) afecta el derecho de la autonomía personal? En este caso le asignaremos un valor de 1, dado que resulta indudable la afectación al derecho de autodeterminación y libre elección.

Ahora apliquemos la fórmula donde:

PI = peso del *Principio de igualdad* / PA = peso del *Principio de autonomía personal*

PCI = Peso concreto PI                      PCA = Peso concreto de PA

PAI = Peso abstracto PI                    PAA = Peso abstracto de PA

PPI = Peso probatorio PI                  PPA = Peso probatorio de PA

La fórmula para hallar el peso de *Principio de igualdad* sería:

Sustituyendo:

$$PI = \frac{PCI \times PAI \times PPI}{PCA \times PAA \times PPA} = \frac{4 \times 4 \times 0.5}{2 \times 2 \times 1} = \frac{8}{4} = 2$$

Mientras que la fórmula para hallar el peso del *Principio de autonomía personal* sería exactamente la inversa:

Sustituyendo:

$$PA = \frac{PCA \times PAA \times PPA}{PCI \times PAI \times PPI} = \frac{2 \times 2 \times 1}{4 \times 4 \times 0.5} = \frac{4}{8} = 0.5$$

Comprobamos entonces que en el presente caso triunfa el *Principio de igualdad* frente al *Principio de autonomía privada* con un resultado de 2 vs. 0,5, con lo que se determina como una solución, la validez de la medida limitativa adoptada al caso en este extremo.

Es necesario, encontrándonos en este punto, pasar al segundo enfrentamiento el *Principio de igualdad* vs. *Principio de beneficiarse de los avances y aplicaciones de la ciencia*. Dado que ya realizamos la evaluación, en el caso subanálisis, de los valores del peso de *Principio de igualdad*, para el presente caso sólo nos concentraremos en asignar los valores del peso del *Principio de*

significa cabeza o lo que es equivalente “disminución de cabeza” en tiempos modernos “disminución de genes”.

*beneficiarse de los avances y aplicaciones de la ciencia*, para luego enfrentarlos a la fórmula y encontrar una solución.

Evaluemos cuál es el peso concreto de la afectación del derecho a beneficiarse de los avances y aplicaciones de la ciencia, dado que nos encontramos frente a una prohibición (solo para casos aumentativos) le otorgaremos un valor intermedio, es decir de 2; ¿cuál es el peso abstracto de beneficiarse de los avances y aplicaciones de la ciencia en la sociedad? La respuesta a esta pregunta la asignaremos con un valor de 2, puesto que en una sociedad pluricultural existen grupos de comunidades que voluntariamente se alejan de la tecnología (como el caso, algunos extremos, de los *amish*, *menonitas* o incluso los denominados pueblos no contactados); ¿qué tan seguro es que la prohibición de realizar mejoras genéticas (aumentos) afecta el principio de beneficiarse de los avances y aplicaciones de la ciencia? En este caso le asignaremos un valor de 1, dado que resulta indudable que excluye toda posibilidad de beneficiarse de mejoras genéticas aumentativas.

Pasemos a aplicar la fórmula, donde:

PI = peso del *Principio de igualdad* / PB = peso del *Principio de beneficiarse de los avances de la ciencia y la tecnología*

PCI = Peso concreto PI	PCA = Peso concreto de PB
PAI = Peso abstracto PI	PAA = Peso abstracto de PB
PPI = Peso probatorio PI	PPA = Peso probatorio de PB

La fórmula para hallar el peso de *Principio de igualdad* sería:

Sustituyendo:

$$PI = \frac{PCI \times PAI \times PPI}{PCB \times PAB \times PPB} = \frac{4 \times 4 \times 0.5}{2 \times 2 \times 1} = \frac{8}{4} = 2$$

Mientras que la fórmula para hallar el peso del *Principio de beneficiarse de los avances y aplicaciones de la ciencia*, sería nuevamente el inverso:

Sustituyendo:

$$PB = \frac{PCB \times PAB \times PPB}{PCI \times PAI \times PPI} = \frac{2 \times 2 \times 1}{4 \times 4 \times 0.5} = \frac{4}{8} = 0.5$$

Como podemos apreciar, el peso de principio de igualdad derrota al de beneficiarse con los avances y aplicaciones de la ciencia con valores

de 2 vs. 0,5, de donde se colige como una solución la validez de la medida limitativa.

El lector atento se habrá percatado que en los párrafos anteriores he remarcado la palabra “una” al referirme a la solución de validez, ello no resulta gratuito, muy por el contrario, lo que busca es remarcar que la solución aportada no es la única, sin embargo, implica una solución racionalmente correcta y por ende constitucional.

## CONCLUSIONES

1. Se le atribuye al filósofo británico Max More el haber popularizado el término transhumanismo, a partir de la década de 1990.
2. El transhumanismo muestra un fuerte interés en los medios tecno-científicos para alcanzar la felicidad, un control total de las emociones y una mejora del carácter humano, argumentando, a favor del uso de las *HET (Human enhancement technologies)*.
3. Existen pensadores como Michael Sandel, Francis Fukuyama, entre otros que muestran su negativa a la corriente de pensamiento transhumanista, y recalcan los peligros que la misma puede implicar.
4. Los principales derechos fundamentales que se aducen en favor del transhumanismo son el derecho de autonomía personal (autodeterminación) desde que implica que la responsabilidad personal y la autonomía van de la mano con la autoexperimentación; y el derecho a beneficiarse del progreso científico y sus aplicaciones, por cuanto la tecnología es una extensión y expresión natural del intelecto y la voluntad humanos y en ese sentido para el transhumanismo resulta válido poder “prever y fomentar el desarrollo de una tecnología cada vez más flexible, inteligente y receptiva.” (More, 2003).
5. Aquellos que objetan los planteamientos transhumanistas, lo hacen desde la perspectiva de una seria preocupación por que se transgreda el principio de igualdad (dignidad) fomentándose una discriminación genética e inclusive “deshumanización”.
6. Si bien los derechos de autodeterminación y a beneficiarse con los avances y aplicaciones de la ciencia tienen relevancia constitucional, el nivel de intensidad de su protección es medio, dado que no son escasos los casos en los cuales los mismos deben ceder frente al interés público.

7. De la aplicación del test de proporcionalidad a un escenario hipotético, donde se prohibiera la manipulación genética (aumentativa), resulta que el peso del derecho fundamental y principio igualdad supera en el caso particular a los principios de autonomía privada (autodeterminación) y al de beneficiarse con los avances y aplicaciones de la ciencia y la tecnología, por lo tanto, resultaría constitucional plantear la validez y legitimidad de este tipo de medidas limitativas.
8. El principio de igualdad reporta importancia fundamental en el ordenamiento jurídico proyectándose de manera intensa sobre todo el contenido del mismo, dado que posee una condición de componente axiológico del ordenamiento constitucional.
9. Finalmente, no queremos concluir el presente ensayo sin abordar, aunque sea brevemente las dimensiones éticas y jurídicas de la discusión. Como se ha desarrollado a lo largo de la presente investigación existen parámetros morales sobre los cuales el derecho asienta su autoridad (aunque con más de una objeción por parte de los positivistas radicales), y dichos preceptos o máximas fluyen de lo que resulta valioso para una sociedad en un tiempo y lugar determinado, el avance científico y tecnológico ofrece oportunidades que no resulta de primera instancia desdeñables, poder superar los límites de nuestra configuración biológica (el proyecto prometeico): una vida más larga y saludable, poseer una mayor fuerza o inteligencia, o todo tipo de capacidades sobre humanas, nos acercan tal vez a estar más cerca de lo que antiguamente se consideraban poderes reservados a los dioses, desde esa perspectiva cuando a la ciencia se le ha cerrado la posibilidad de avance nos ha acercado a la ignorancia y etapas de oscurantismo, alejándonos de un proyecto superior de humanidad (adhiriéndonos tal vez un poco a la línea de pensamiento del profesor Sandel).
10. No obstante, lo anterior, el camino de una apertura total a las prácticas transhumanistas puede estar marcado inexorablemente por el mismo hado (ya no de una fuerza sobrenatural sino ahora tecnológica) conduciéndonos por el alejamiento de una condición superior de humanidad, y esta vez no por ignorancia sino por la pérdida de nuestra propia esencia, de aquello que a nivel ontológico nos convierte en humanos (valores, comportamientos, visiones, sentimientos).
11. La discusión vista a nivel de dignidad e igualdad tampoco resulta menos compleja, como resalta Fukuyama en una sociedad donde todos avanzan, alguien tendría en verdad la opción libre de negarse a realizarlo y por el otro lado donde quedan los derechos y expectativas de aquellos que por motivos eminentemente económicos no podrían incorporar en su cuerpo mejoras que los ayuden a adquirir una condición de “superioridad”.
12. Las respuestas en ningún extremo son claras, sin embargo, tal vez como en el juicio imaginario realizado a la primera oficial, Una Chin Riley, debamos encontrarlas caso por caso, diferenciando las que implican una mejora en las condiciones de vida por necesidades médicas de aquellas simplemente aumentativas, no dejando de atender a las circunstancias especiales que cada situación nos presente

Mi intención no es encontrar certezas sobre temas tan complicados, sino únicamente abrir camino a debates nuevos en el campo jurídico, los criterios acá expuestos no son los únicos y los resultados arribados tampoco pretenden alcanzar el grado de concluyentes, por el contrario, solo abren el camino a una interpretación de las muchas que se pueden formular.

Acabaremos el presente ensayo, citando al capitán Pike cuando en medio de un sentimiento de confusión, angustia e impotencia moral por la detención de su primer oficial, le indica que buscará una mejor defensa, puesto que: “otros abogados tal vez puedan con esto”, quizás usted lector este mejor equipado que este humilde servidor en tan noble tarea.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

Agency, W.A.D (2021). Código Mundial Antidopaje. [https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/codigo\\_2021\\_espanol\\_final\\_002.pdf](https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/codigo_2021_espanol_final_002.pdf)

Alexy, R. (2022). *A theory of Constitutional Rights*. Oxford University Press.

Conferencia diplomática (1949). IV Convenio de Ginebra [https://www.mindef.gob.pe/informacion/documentos/12.08.1949\\_IV\\_convenio.pdf](https://www.mindef.gob.pe/informacion/documentos/12.08.1949_IV_convenio.pdf)

- Congreso Constituyente Democrático (1993). Constitución Política del Perú. <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>
- Congreso de la República del Perú (2003). Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte. <https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2002/discapacidad/leyes/28036.htm#:~:text=La%20presente%20Ley%20tiene%20por,%C3%A1mbito%20local%2C%20regional%20y%20nacional>.
- Dobbs V. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. \_\_\_\_\_ (2022) (Supreme Court of the United States 2022)
- Fukuyama, F. (2004). Transhumanism. *Foreign Policy*, No. 144, 42-43.
- Habermas, J. (2002). *El futuro de la naturaleza humana, ¿Hacia una eugenesia liberal?* Barcelona: Paidós.
- Instituto Peruano del Deporte (2016). *Reglamento de Comisión Nacional Antidopaje*. <http://conad.org.pe/wp-content/uploads/2017/06/181-2016-P-IPD-REGLAMENTO-CONAD.pdf>
- Kass, L. (2009). Defending Human Dignity. *Human Dignity and Bioethics*, 209-232.
- More, M. (2003). *Principios de Extropy*. <https://web.archive.org/web/20040605174214/http://www.extropy.org/principles.htm>
- Sandel, M. (2004). The case Against Perfection. *The Atlantic Monthly*, 50-62.
- Science and Technology Options Assessment, S. (2009). *Human Enhancement Study*. Parlamento Europeo.
- Tribunal Constitucional (2022). EXP. N° 04100-2022-PA/TC

# APORTES DESDE LA BIOLOGÍA PARA EXPLICAR LOS DELITOS SEXUALES

## CONTRIBUTIONS FROM BIOLOGY TO EXPLAIN SEXUAL OFFENSES

Erick Gómez Tagle López  
ORCID: 0000-0003-1305-5513  
Benemérita Universidad Autónoma de Puebla  
[erick.gomeztagle@correo.buap.mx](mailto:erick.gomeztagle@correo.buap.mx)  
México

DOI: <https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n2.11>

Recibido: 14 de enero de 2024.

Aceptado: 29 de febrero de 2024.

### SUMARIO

- Introducción.
- Conceptos y alcances de la violencia sexual.
- Características del delincuente sexual.
- Motivaciones de los delincuentes sexuales.
- Las agresiones sexuales desde la biología evolutiva.
- Hipótesis desde el sustento biológico.
- Castración química ¿solución eficaz?
- Conclusiones.
- Fuentes documentales.

### RESUMEN

Este artículo busca explorar la influencia de la biología en la conducta humana, particularmente en la toma de decisiones y la comisión de delitos sexuales. Se investiga si el abuso sexual persistiría sin castigo y si la biología puede proporcionar respuestas sobre el comportamiento delictivo. Se evalúa el reconocimiento de estos aspectos en los sistemas de justicia, considerando el debate entre derecho y neurociencias. Además, se analizan desde perspectivas sociocultural y biológica los elementos que explican los crímenes sexuales, incluyendo teorías que priorizan la biología sobre la cultura, y se examina la castración química y sus implicaciones. Finalmente, se exponen cuatro elementos biológicos que podrían ser clave en la comisión de delitos sexuales.

### PALABRAS CLAVE

Conducta Sexual Ofensiva, Factores de Riesgo, Castración Química, Violencia, Neurociencias.

### ABSTRACT

This article seeks to explore the influence of biology on human behavior, particularly in decision-making and the commission of sexual offenses. It investigates whether sexual abuse would persist without punishment and whether biology can provide insights into criminal behavior. The recognition of these aspects in justice systems is evaluated, considering the debate between Law and Neuroscience. Furthermore, it analyzes, from sociocultural and biological perspectives, the elements explaining sexual crimes, including theories that prioritize biology over culture, and examines chemical castration and its implications. Finally, it presents four biological elements that could be key in the commission of sexual offenses.

### KEYWORDS

Offensive Sexual Behavior, Risk Factors, Chemical Castration, Violence, Neurosciences.

### INTRODUCCIÓN

La biología, ciencia revisada, usualmente, desde los cursos iniciales de las instituciones escolares del mundo, estudia el origen, la estructura, el funcionamiento y la evolución de los seres vivos, lo cual incluye a la vida humana, de ahí que sea pilar de otras áreas como la antropología y la medicina, mismas que son parte de las ciencias naturales o biológicas. En cambio, al hablar de elementos socioculturales e históricos, se crea un nexo con las ciencias sociales, de las cuales la primordial —quizá debatible para algunos— es la sociología. Hay otras dos ciencias que tienen relación tanto con las ciencias biológicas como con las sociales: la

criminología y la psicología, mismas que serán comentadas, brevemente, en este escrito.

Existe una lista amplia de abusos o conductas antisociales de índole sexual, entre los que se encuentran la pederastia y la violación, mismos que han sido analizados por científicos de áreas diversas, encontrando datos interesantes para cuestionar en las próximas líneas. Asimismo, no debemos perder de vista que, para entender la génesis de los delitos sexuales, debemos examinar los conceptos de sexualidad masculina y femenina.

Gómez Tagle y Juárez (2014) señalan que:

la antropología y la biología evolucionistas explican los ataques sexuales de forma distinta a como estamos acostumbrados, identificando las causas últimas en vez de las próximas o inmediatas. Otro punto son las diferencias adaptativas entre la sexualidad masculina y la femenina, más que la formación cultural de la identidad de género. Para nosotros ambas explicaciones son complementarias y no alternativas, pues en el ser humano todo lo biológico es resultado de la interacción entre genes y factores ambientales (naturales y culturales), con lo cual buscamos evitar los determinismos y reduccionismos de cualquier índole. (pp. 142-143)

Según Gómez Tagle y Juárez (2014, pp. 143), se ha observado que el gen MAO-A, también conocido como el “gen guerrero”, está relacionado con comportamientos violentos en los seres humanos. Sin embargo, llevar este gen en nuestro código genético no predetermina nuestras acciones y conductas. Los autores enfatizan que, además de cierta predisposición genética, factores como el entorno social, la cultura y la personalidad desempeñan un papel crucial en la explicación del comportamiento criminal. Mismo caso con el gen SLC6A4 (transportador del neurotransmisor serotonina), relacionado con la propensión a delinquir, a la depresión y al suicidio (Martos y Sifuentes, 2014, pp. 52-61).

En este estudio, proporcionamos una explicación sobre la disparidad entre hombres y mujeres en la comisión de delitos sexuales, considerando dos aspectos clave: lo social y lo biológico. Estos fundamentos ayudan a abordar de manera científica el comportamiento sexual de ambos géneros, especialmente aquel que se considera prohibido según normas sociales, religiosas y morales.

Adicionalmente, con el análisis de los siguientes apartados, se darán a conocer los cuatro

componentes biológicos que intervienen, trascendentalmente, en la comisión de crímenes sexuales. Cabe mencionar que para la elaboración de este trabajo se retomaron, complementaron y perfeccionaron ideas de un artículo mío, intitulado *Criminología sexual*, publicado en la *Revista IUS*, en el año 2014; no obstante, la presente investigación aborda otras temáticas relacionadas con la biología, como la castración química, cuestionando su efectividad en la prevención de determinadas conductas de índole sexual, así como la legitimidad de su práctica.

## CONCEPTOS Y ALCANCES DE LA VIOLENCIA SEXUAL

La violencia, desde una perspectiva general, implica el uso de la fuerza o el abuso de poder dirigidos hacia personas, grupos, comunidades o naciones con el objetivo de someterlos, causar daños (económico, físico, patrimonial, psicoemocional) e imponerse ante la(s) víctima(s). Si bien no debe confundirse con la agresión, que también conlleva el uso intencional de la fuerza, pero es explicable en términos de defensa y de supervivencia, es necesario aclarar que algunos académicos han optado por nombrar a la violencia como *agresión ofensiva*, con la finalidad de distinguirla de su análoga.

Gómez Tagle y Juárez (2014, pp. 148) examinan la violencia sexual como una de las formas más degradantes de agresión, resaltando las repercusiones emocionales, médicas y psicológicas asociadas, afectando la dignidad y derechos legales como la libertad y, especialmente en el caso de los menores, la integridad. La violencia sexual abarca acciones u omisiones que van desde la negación de las necesidades afectivas y sexuales hasta la imposición de actividades sexuales no deseadas, abarcando casos de abuso, trata de personas con fines de explotación sexual, pederastia y violación, con consecuencias que pueden extenderse hasta la vida adulta.

En 2007, se promulgó en México la *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*, que contiene una definición de violencia sexual en el artículo 6, fracción V, donde se expone:

V. La violencia sexual.- Es cualquier acto que degrada o daña el cuerpo y/o la sexualidad de la víctima y que por tanto atenta contra su libertad, dignidad e integridad física. Es una expresión de abuso de poder que implica la supremacía masculina sobre la mujer, al denigrarla y concebirla como objeto [...].

Se expresa a través de una mirada o comentario de índole “maliciosa”, manoseos y, en situaciones más graves, mediante actos sexuales no consensuados. La violación, el acoso, el abuso sexual, la privación de la libertad con objetivos sexuales y la trata de personas con fines de prostitución son ejemplos de violencia sexual. En la mayoría de los países, estos actos están sujetos a penalización, aunque la clasificación de estos puede variar de un código penal a otro. Nos referimos a delitos sexuales cuando nos situamos en el ámbito jurídico, donde la norma legal actúa como un acuerdo social, cultural e histórico. (Gómez Tagle y Juárez, 2014, pp. 148)

Para hacer frente a la violencia sexual se deben analizar todos sus componentes, desde los sujetos involucrados y los vínculos establecidos, hasta los ámbitos en los que ocurren (espacio social, territorial, familiar). Algunos de los factores que se consideran de riesgo son la drogadicción, la desintegración familiar, el hacinamiento y la falta de educación sexual, siendo este último uno de los principales. En cualquier situación, estos fenómenos siguen a los acontecimientos y se fortalecen mediante la dominación patriarcal.

El dominio masculino, o patriarcado, que mantiene a las mujeres subordinadas, es un sistema instaurado desde hace miles de años. La desigualdad entre mujeres y hombres comenzó cuando los varones se convirtieron en “líderes”, capaces de otorgar beneficios no sólo a su familia, sino también a la comunidad, dedicándose a labores como la caza, la agricultura y la guerra. Por su parte, las féminas debían quedarse en casa, cuidar a los hijos y ocuparse de las tareas del hogar. Si bien es válido afirmar que la fuerza física con la que cuentan los varones fue clave para la realización de diversas tareas, la exageración llegó cuando ellos eran los únicos que podían estudiar, opinar sobre temas políticos o económicos de relevancia y trabajar fuera de su residencia, independientemente del tipo de oficio del cual se tratara. En torno a sus derechos y libertades sexuales, eran los únicos con el permiso de ejercer su sexualidad de manera voluntaria y sin restricciones, salvo quizás la homosexualidad, sancionada en algunos contextos culturales.

Debido a la influencia patriarcal son los hombres quienes suelen ejercer violencia sexual, pues de ello depende un ejercicio de poder en contra de mujeres y de personas menores de edad sin importar el sexo. Por ser considerados grupos vulnerables -hoy diríamos en condición de vulnerabilidad- la niñez y las mujeres son altamente susceptibles a agresiones sexuales,

ya que experimentan opresiones particulares y su vulnerabilidad forma parte de dicha opresión, acentuándose en un entorno machista de discriminación.

Ambas formas de subyugación se caracterizan por el hecho de que aquellos que son sometidos establecen una relación con los opresores desde una posición de inferioridad, dependencia vital y sometimiento. La violencia sexual también implica ejercer poder sobre aquellos que son vulnerables, es decir, individuos con discapacidad, desventajas o limitaciones, ya sea física, intelectual, económica o emocionalmente. Los enfermos, las personas mayores y aquellos con discapacidad son susceptibles de convertirse en víctimas de quienes tienen autoridad sobre ellos, ganando así poder sobre ellos debido a su vulnerabilidad. Lamentablemente, la prevalencia de estos abusos es notablemente alta en personas con Síndrome de Down, ya que su discapacidad cognitiva facilita la impunidad de abusos repetidos. (Gómez Tagle y Juárez, 2014, pp. 149)

Además, la consolidación del poder es lo que confiere la autoridad. Aquellos que ocupan posiciones de subordinación en estructuras sociales jerárquicas, entornos corporativos e instituciones cerradas son las víctimas: los reclusos en prisiones, soldados y policías de categoría inferior, estudiantes, seminaristas, así como niñas y niños en hogares o bajo la tutela de terceros, son ejemplos de individuos susceptibles a enfrentar insinuaciones, hostigamientos y ataques por parte de sus superiores o jefes. (Gómez Tagle y Juárez, 2014, pp. 148-149)

A la ventaja inherente del género se añade la dominación ejercida por otras estructuras de poder. En un entorno de privilegios patriarcales, aquellos hombres que detentan autoridad en términos de clase, casta o corporación aprovechan su posición para sentirse facultados y cometer agresiones contra las mujeres, incluso llegando al extremo de perpetrar violencia sexual. Este comportamiento refleja el ejercicio de poder militar, policial, político y eclesiástico sobre los civiles y la sociedad en general. La coerción sexual implica el acceso carnal logrado mediante intimidación, acoso, fuerza física, presión económica o alguna combinación de estos factores. (Gómez Tagle y Juárez, 2014, pp. 149)

Como resultado, surgió la necesidad de establecer organismos de protección y defensa de los derechos humanos de mujeres y niñas, como ONU Mujeres (*UNWomen*, en inglés),

que fue creada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Esto se llevó a cabo en conjunto con instrumentos legales como la *Convención sobre los derechos políticos de la mujer* (1953), la *Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios* (1962), el *Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor* (1951), la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1981), entre otros.

Fue en la década de los años ochenta del siglo XX cuando la cuestión de la violencia contra las mujeres cobró relevancia en los debates a nivel internacional. No obstante, no fue hasta 1993 que la Asamblea General de las Naciones Unidas ratificó la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, un documento normativo que en su artículo 2 establece los siguientes principios:

Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

- a. La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;
- b. La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;
- c. La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.

Si leemos detenidamente, según lo establece la Declaración, la violencia contra las mujeres está íntimamente relacionada con la violencia sexual, ya que son conductas de este tipo las que prevalecen en contra de mujeres y niñas, sin dejar de lado a los niños, quienes también figuran como víctimas. En lo que respecta al continente americano, en 1995 se dio a conocer la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* (Convención de Belém do Pará), misma que estipula, en su artículo 2, que este tipo de

violencia incluye, entre otros, el abuso y el acoso sexuales, el maltrato, la tortura, la trata de personas y la prostitución forzada.

La violencia sexual y de pareja es mayoritariamente perpetrada por hombres contra mujeres. Un estudio de 2018, realizado por la Organización Mundial de la Salud (*WHO*, por sus siglas en inglés), mostró que en el mundo el 30 por ciento de las mujeres -lo que se traduce en 1 de cada 3- han sido víctimas de violencia sexual y/o física por parte de la pareja íntima masculina, o violencia sexual por parte de terceros como familiares, amigos, conocidos o extraños (*WHO*, 2021, p. XVI). Asimismo, la misma organización manifestó que algunos de los factores asociados con la perpetración de la violencia sexual incorporan creencias en cuanto al “honor” familiar y la “pureza” sexual, ideologías acerca de los derechos sexuales masculinos y sanciones jurídicas deficientes en torno a esta problemática (2021, march 9).

Gómez Tagle y Juárez (2014, pp.149) indican que la violencia sexual sigue pautas generales y no es algo natural, espontáneo, ni arbitrario; más bien, es un fenómeno histórico que ocurre en circunstancias específicas que involucran a sujetos particulares. En resumen:

- Es una manifestación inherente a la sexualidad, aunque comúnmente se perciba como anormal, externa, disfuncional y no integrada a la misma en el sentido convencional.
- Constituye una expresión de poder, siendo ejercida contra aquellos que carecen de él, son considerados vulnerables o se cree que merecen castigo.
- Combina diversos tipos de poder, como el del género dominante, junto con las características propias de cada sexo, la edad y su influencia directa sobre aquellos que aún no han alcanzado la plenitud, otorgándoles así autoridad sobre los demás.

Cualquier modalidad de violencia produce graves daños a la salud física y mental de las víctimas, en algunos casos con resultados fatales. Analizar la génesis de las conductas violentas es importante para la elaboración de programas de prevención, para su correcta atención y para evitar la reincidencia. Hasta el momento, algunas investigaciones se han enfocado en estudiar los factores endógenos que incentivan la violencia, principalmente las áreas cerebrales implicadas en su ejecución. En materia social, mucho se habla acerca de la violencia aprendida, principalmente cuando en la niñez se viven episodios en los

cuales existen ofensas, insultos y golpes hacia los miembros de la familia, cuestión que niñas y niños pueden “normalizar” e incluso ejercer posteriormente.

La violencia es dolosa, debido a que se efectúa con el objetivo de causar daños a quien la recibe. Suele acompañar a la mayoría de los delitos, aunque no es un elemento necesario. Pocos son los escritos que hacen esfuerzos por exponer tanto cuestiones del cuerpo humano como del ambiente que influyen en la generación de crímenes, tal es el caso del presente trabajo, en donde se analiza la biología de las personas (al menos una fracción), así como algunos de los factores socioculturales que coadyuvan en la incidencia de conductas violentas y de índole sexual.

### **CARACTERÍSTICAS DEL DELINCUENTE SEXUAL**

La mayoría de las personas que cometen crímenes sexuales son hombres: “[...] entre el 85% y el 95% de los delincuentes sexuales identificados son varones.” (Sánchez, 2003, p. 31). En cuanto a las víctimas, son, principalmente, mujeres y niñas, al menos para el caso de México, país en el cual por cada nueve delitos sexuales cometidos en contra de mujeres hay un delito sexual cometido en contra de hombres (INEGI, 2019). Así también se ha pronunciado el Centro Nacional de Recursos sobre Violencia Sexual (*National Sexual Violence Resource Center*) al exponer que, al menos en Estados Unidos, una de cada cinco mujeres será víctima de violencia sexual en algún momento de su vida, en comparación con la cifra de los varones, la cual refiere a uno de cada 71 (Black, et al., 2011, como se cita en NSVRC, s.f.). En lo correspondiente a la violación, el 91% de las víctimas son mujeres y sólo el 9% son hombres (Rennison, 2002, como se cita en NSVRC, s.f.).

Tratándose de crímenes sexuales los agresores no necesariamente comparten características específicas, por lo que pueden provenir de diversos estatus socioeconómicos, formaciones profesionales u oficios, tener o no pareja, rangos diferentes de edades e, incluso, contar con alguna discapacidad. No obstante, estudios de perfilación criminal han permitido conocer algunas características que los delincuentes sexuales tienen en común, lo cual incluye rasgos de personalidad. Algunos autores refieren que poseen deficientes habilidades interpersonales, lo que se entiende como escasa capacidad para interactuar con otros individuos y entornos,

así como para mantener relaciones sociales y afectivas sólidas (McCord, 1982, como se cita en Garrido, 1989).

Por su parte, Ortiz Tallo, Sánchez y Cardenal (2002) diferenciaron los rasgos entre delincuentes sexuales de personas menores de edad y de adultos, sosteniendo que, en ambos casos, existen dificultades en las relaciones interpersonales, atributos que implican dependencia y compulsiones (comportamientos repetitivos que impulsan a realizar diversas acciones). Asimismo, la posibilidad de que dichos sujetos activos hayan sido víctimas de abusos durante su niñez, lo que provocaría el desarrollo de trastornos de personalidad. En el caso específico de los violadores, exponen la incapacidad para conseguir intimidad y la poca habilidad para relacionarse.

[...] los delincuentes sexuales de menores se muestran como el grupo de sujetos con menos alteraciones estables de la personalidad y con rasgos de personalidad dependiente, fóbicos y compulsivos. Quedarían así descritos como personas que tienen dificultades para las relaciones interpersonales, que buscan la aceptación, pero sienten un intenso miedo al rechazo que les lleva a la distancia de sus iguales para evitar el menosprecio y la humillación que suponen. Tienen dificultades para asumir roles maduros e independientes, inhibiéndose así de responsabilidades adultas. [...]

Los delincuentes sexuales de adultos aparecen con rasgos de personalidad dependientes, antisociales y compulsivos y con trastornos de personalidad límite o *borderline*. Al igual que los que han cometido delitos contra menores presentan un estilo de personalidad que tiende a afrontar las relaciones interpersonales con dificultad. En este grupo de sujetos los rasgos de personalidad antisociales complican las relaciones sociales. Así, personas con estas características suelen actuar de forma impulsiva e irresponsable. No prestan atención a las consecuencias de sus actuaciones. Suelen tener actitudes desleales y deshonestas, violando de forma activa los códigos socialmente establecidos con conductas habitualmente ilegales. (p. 10).

Las citas anteriores nos muestran elementos, principalmente endógenos, que presentan, en su mayoría, los delincuentes sexuales. Rasgos que van desde pocas habilidades para relacionarse y tener relaciones afectivas, hasta trastornos de personalidad. Después de un análisis minucioso de los postulados de colegas de diversos países, así como estudios de investigación y empíricos que hemos realizado, es posible presentar algunos aspectos, enfocados a los factores exógenos o

ambientales, relacionados con los abusadores. Es relevante tener en cuenta que estas características no son determinantes en todos los casos, pero funcionan como puntos de referencia en investigaciones relacionadas con delitos sexuales. Tales características abarcan:

1. Desafío para establecer relaciones adecuadas, duraderas y satisfactorias con personas del sexo opuesto.
2. Participación en experiencias sexuales a una edad temprana con compañeros de su edad o haber sido objeto de abuso por parte de adultos o niños mayores.
3. Madre que presenta tendencias represivas, posesivas y críticas en exceso, anulando las iniciativas o intentos de independencia.
4. Carencia de una figura paterna idónea que ofrezca normas de comportamiento apropiadas y ejemplos de un hombre capaz de relacionarse adecuadamente con las mujeres.
5. Experimentar frustraciones significativas que hayan resultado en depresiones o estados frecuentes de mal humor, manifestados en episodios de violencia.
6. Experimentar dificultades para encontrar satisfacción en relaciones o situaciones normales y cotidianas.
7. Mostrar una capacidad limitada para la autocrítica; aunque puedan parecer severos y serios, al evaluar o juzgar su propia conducta, exhiben una indulgencia excesiva.

Es relevante señalar que numerosas de estas cualidades se observan en individuos que cometen abusos sexuales y en aquellos que experimentan desafíos significativos en sus relaciones sexuales e interpersonales. Es esencial estar atento a estos signos indicativos para evitar comportamientos antisociales, los cuales podrían manifestarse desde edades tempranas, como la práctica compulsiva de la masturbación, la invasión de la intimidad personal, expresiones sexistas y el interés excesivo o adicción a la pornografía. La detección temprana facilita brindar el apoyo pedagógico y terapéutico necesario. (Gómez Tagle y Juárez, 2014, pp. 150-151)

### **MOTIVACIONES DE LOS DELINCUENTES SEXUALES**

Como se ha mencionado, el mayor número de víctimas son mujeres que enfrentan agresiones perpetradas en su mayoría por hombres. Según Gómez Tagle y Juárez (2014), la preeminencia

del agresor masculino puede ser comprendida a través de diversos elementos:

- Un aumento en el impulso sexual, derivado de la presencia de testosterona en la sangre, una hormona esteroide del grupo andrógeno, que no se absorbe eficientemente por el organismo, como se detallará más adelante.
- La adopción frecuente de comportamientos violentos y el aprendizaje de las ventajas asociadas con esta conducta.
- La presencia de complejos que restringen la identidad sexual, lo cual podría motivar el interés en explorar diversas experiencias sexuales como medio para superar tal limitación.
- Influencias socioculturales que imponen estereotipos relacionados con impulsos sexuales intensos, descuidando aspectos emocionales, el respeto y los compromisos sociales.

En el origen de la violencia sexual, se distinguen tres factores primordiales. En primer lugar, se encuentran aspectos psicológicos, tales como la incapacidad para experimentar excitación sin recurrir a la violencia, la falta de autocontrol, la baja autoestima y la carencia de empatía sexual, elementos que pueden conducir a distorsiones cognitivas que justifican la agresión (“a ella le gusta”, “lo ha buscado”, “el sexo con niños es expresar cariño”, etc.). Además, pueden intervenir trastornos de personalidad y antecedentes personales de haber sido víctima de abusos, especialmente durante la infancia, entre otros factores.

[...] se ha puesto de relieve que aquellos estilos parentales negligentes que comportan graves déficits en el cuidado de los hijos, incongruencia educativa y rechazo o desvinculación emocional, pueden incrementar la vulnerabilidad de los adolescentes para adquirir repertorios sexuales desviados y antisociales (Maniglio, 2012)<sup>1</sup>. Más concretamente, a partir de estas graves carencias afectivas y comunicativas, se hace más probable que los jóvenes experimenten una hipersexualización de su emocionalidad y conducta (inicialmente a través de fantasías sexuales desviadas y masturbación), como un mecanismo general de compensación y de afrontamiento de sus problemas de relación con otras personas [...] (Martínez-Catena y Redondo, 2016, p. 20).

<sup>1</sup> La información es retomada por los autores (Martínez-Catena y Redondo) del artículo “The Role of Parent-Child Bonding, Attachment, and Interpersonal Problems in the Development of Deviant Sexual Fantasies in Sexual Offenders”, publicado en la revista *Trauma, Violence & Abuse*, cuyo autor es Roberto Maniglio. Se encuentra disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/22467644/>.

En otro sentido, investigaciones a lo largo del tiempo han revelado que los abusadores sexuales muestran de manera destacada problemas de comunicación y tendencias hacia el aislamiento social, características que los diferencian de otros delincuentes. En el contexto de las violaciones, es frecuente observar que, en lugar de buscar simplemente el placer sexual, hay una motivación para satisfacer necesidades relacionadas con la dominación, autoafirmación, competitividad y poder.

En segundo plano, se resaltan los factores sociales que contribuyen a esta problemática, tales como el reconocimiento que la violencia confiere en ciertos grupos y comunidades como una manifestación de virilidad, la objetivación de la mujer a través de los medios de comunicación, la discriminación de género y la prevalencia generalizada de un lenguaje sexista. En tercer lugar, se exploran los elementos situacionales, abarcando el consumo de sustancias como drogas y alcohol, la influencia emocional del entorno grupal, la proximidad entre la víctima y el agresor, así como la elección de lugares considerados propicios para llevar a cabo el ataque. (Gómez Tagle y Juárez, 2014, pp. 152)

Lo que puede precipitar una agresión sexual es la suma de factores y causas, no una de ellas, tales como una situación de estrés prolongada, consumo de alcohol, deseo sexual desmedido, irritabilidad y la percepción de seducción o indefensión en la víctima, así como la probabilidad de que el acto quede impune (OMS, 2002, p. 31). De esta manera nos damos cuenta de que, si bien las motivaciones del criminal sexual son diversas, existen algunas que predominan, en las cuales influyen factores culturales, sociales e individuales. Elementos, estos últimos, que explicaremos a continuación.

### **LAS AGRESIONES SEXUALES DESDE LA BIOLOGÍA EVOLUTIVA**

La relevancia de comprender las diversas interpretaciones del comportamiento sexual violento permite a los lectores formar sus propias opiniones sobre la problemática discutida, con el objetivo común de poner fin a las agresiones sexuales. Se destaca que este no es un problema local o limitado a algunos países, sino que es un fenómeno global. Se coincide en la percepción de que la violación constituye uno de los mayores temores para las mujeres, inculcado desde la infancia, a pesar de que los hombres también pueden ser víctimas

de este delito. (Gómez Tagle y Juárez, 2014, pp. 161-162)

En cuanto a las explicaciones proporcionadas por las ciencias naturales, la biología evolutiva ofrece la siguiente respuesta:

Aunque la pregunta de si la violación constituye una adaptación o un subproducto aún no puede contestarse de manera definitiva, el enfoque evolutivo arroja luz sobre muchos aspectos de la interrogante de por qué violan los hombres. Es claro que las causas últimas de la violación en seres humanos deben buscarse en la evolución diferencial de la sexualidad masculina y la femenina. Las pruebas demuestran que la violación surgió como una respuesta al surgimiento de los mecanismos psicológicos que regulan la sexualidad femenina, los cuales permitieron a las mujeres discriminar entre compañeros sexuales potenciales. Si la selección hubiera obrado de modo que las mujeres estuvieran dispuestas a aparearse con cualquier hombre, en cualquier circunstancia, la violación no ocurriría. Por otro lado, si la selección hubiera actuado de manera que los hombres fueran atraídos sexualmente sólo por determinadas mujeres y sólo en determinadas circunstancias, la violación sería mucho menos frecuente. De hecho, si la selección hubiera procedido de suerte que los hombres desearan tener contacto sexual sólo con mujeres que mostraran de manera inequívoca disposición a copular con ellos, la violación sería imposible. La violación existe en la especie humana porque la selección no favoreció estos tipos de adaptaciones, y las causas próximas de la violación en el ser humano radican en las adaptaciones diferenciales de la sexualidad masculina y la femenina, que ocurrieron por selección durante la historia evolutiva de la especie. (Thornhill y Palmer, 2006, pp. 128-129).

A menudo se afirma que los hombres no pueden gestionar sus impulsos sexuales intensos, que la masculinidad se fundamenta en la dominación de las mujeres y que la violación es una expresión de este fenómeno. Otra interpretación frecuente sugiere que el agresor podría haber sido víctima de abuso sexual durante la infancia, lo que podría explicar su conducta. Aunque estos puntos son tema de discusión, modificar el enfoque y sostener que la violación es un resultado de la selección natural genera aún más controversia. (Gómez Tagle y Juárez, 2014, pp. 162)

Disciplinas como la criminología adoptan un enfoque causal-explicativo al analizar el comportamiento humano, buscando identificar los factores que lo originan con el fin de prevenir resultados indeseables, como la prohibición, dificultad e incluso imposibilidad de la comisión de acciones contrarias a la ley, como los ataques

sexuales. Por esta razón, en las ciencias sociales se encuentran diversas teorías sobre subculturas, asociación diferencial, aprendizaje por imitación (por ejemplo, el consumo de pornografía violenta que puede motivar comportamientos imitativos), todas con el propósito de promover sociedades pacíficas y seguras. (Gómez Tagle y Juárez, 2014, pp. 162-163)

Aunque la libertad, la voluntad y la capacidad de discernimiento son elementos cruciales para explicar el comportamiento humano, también se tienen en cuenta factores biológicos, como los genéticos, hormonales y fisiológicos. Desde la perspectiva de la biología evolutiva, se examina otra dimensión de la violencia sexual al referirse al instinto sexual animal como base, de manera similar a como lo hizo el psicoanálisis al abordar las pulsiones, es decir, las necesidades, deseos y motivaciones primarias que, bajo el principio del placer, buscan su satisfacción inmediata. En resumen, se trata de impulsos determinados tanto biológica como socialmente, que funcionan como representantes psíquicos de los estímulos internos del cuerpo. (Gómez Tagle y Juárez, 2014, pp. 163)

La cultura, la civilización y el Estado representan notables logros de la humanidad, surgidos de su inteligencia y capacidad de adaptación al entorno. Desde la perspectiva de la biología evolutiva, al margen de consideraciones morales, legales y políticas, el apareamiento forzado se interpreta como un medio para la transmisión de la carga genética. No obstante, la incapacidad de las mujeres humanas para resistir este acto, es decir, para elegir al individuo, las condiciones y el momento adecuados para continuar su descendencia, convierte esta imposición en un evento desagradable, doloroso y traumático. La gravedad de esta situación varía según el tipo de acto sexual, la severidad de las lesiones físicas, el ciclo vital de la víctima y el apoyo recibido (ya sea legal, psicológico, médico, familiar o social). (Gómez Tagle y Juárez, 2014, pp. 163)

Durante siglos, la selección sexual y el valor reproductivo han estado relacionados al vínculo de pareja, las relaciones románticas y la felicidad conyugal, o al menos al deseo. Por lo tanto, la mera idea de ser víctima de un ataque sexual genera sensaciones incómodas, especialmente debido a la posibilidad de quedar embarazada y a la violación completa del bien jurídico de la libertad, considerado un derecho humano fundamental. (Gómez Tagle y Juárez, 2014, pp. 163)

## HIPÓTESIS DESDE EL SUSTENTO BIOLÓGICO

Hemos abordado brevemente los aspectos sociales, culturales y psicológicos que buscan elucidar la violencia sexual. No obstante, ¿son siempre estos factores los que influyen en las acciones de los agresores? ¿La genética podría proporcionar una explicación para los comportamientos sexuales violentos? ¿Se aplica la evolución a todos los aspectos de la biología, excepto al comportamiento humano?

Cierto es que existen señales naturales que facilitan la comprensión de ciertos comportamientos, sin que ello implique su justificación. Para explorar este tema, contamos con ciencias como la biología y la medicina, además de teorías relacionadas con el evolucionismo, que nos ofrecen la posibilidad de examinar el comportamiento transgresor desde una perspectiva alternativa, muchas veces menos conocida o incluso rechazada por los científicos sociales.

La biofobia que ha llevado a rechazar los análisis darwinianos del comportamiento humano es un desastre intelectual, no sólo porque ha desalentado la acumulación de conocimiento, sino también por lo que ha permitido que pase por conocimiento. La mayor parte de lo que es científicamente inexacto y contraproducente, acerca del modo en que las ciencias sociales y el feminismo académico abordan el estudio de la violación surge, de modo directo, de la aversión por la biología teórica moderna en estos campos. (Thornhill y Palmer, 2006, p. 176).

Para comprender este fenómeno, partimos del reconocimiento de que las disparidades entre hombres y mujeres se originan en los órganos sexuales reproductivos, lo que resulta en diferentes mecanismos de regulación de las glándulas y sus secreciones. Esto implica que, dependiendo del género, producimos diversas sustancias o en proporciones asimétricas en nuestro organismo. En el caso de los hombres, estas sustancias incluyen la testosterona, androsterona y androstenediona; mientras que, en el caso de las mujeres, se trata de los progestágenos y estrógenos.

A lo largo de la historia, los hombres tienden a exhibir mayor agresividad, un mayor deseo de copular y una menor selectividad en cuanto a sus parejas sexuales en comparación con las mujeres. Este comportamiento ha sido observado en su interés histórico por tener una variedad de compañeras sexuales y participar en actos sexuales ocasionales sin comprometerse

ni invertir. Ahora bien, ¿por qué ocurre esto? Una explicación se encuentra en las sociedades androcéntricas, machistas y falocráticas en las que vivimos. Otra explicación se remonta a la historia evolutiva, específicamente en el contexto de la poliginia (un sistema en el que los machos tienen múltiples hembras simultáneamente). Enfoquémonos, por el momento, en esta última explicación.

Los niveles de testosterona en los niños comienzan a aumentar durante la pubertad, y esta variación se correlaciona con la manifestación de comportamientos sociopatas. Se sabe que el entorno puede modificar los niveles de testosterona; por ejemplo, la participación en un partido de fútbol u otra competición física, como la lucha libre o el boxeo, puede provocar variaciones en los niveles de esta hormona en la sangre.

Si bien la escasa actividad en la región del cerebro conocida como corteza orbitofrontal, área involucrada en el control de los impulsos y el comportamiento ético, puede evidenciar a un sociópata, no necesariamente es prueba suficiente para encasillar a una persona dentro de ese nicho, pues el comportamiento de los individuos se ve afectado también por otros factores que influyen en la conducta, por ejemplo la manera en la que fueron tratados en la infancia, el ambiente social y económico en el que se desarrollaron, etcétera. (Martos y Sifuentes, 2014, p. 58).

Posibles elementos que podrían explicar un umbral distintivo basado en el género incluyen la androgenización y las influencias culturales. En términos de androgenización, los niveles de testosterona podrían desempeñar un papel como desencadenantes o activadores de genes que predisponen a dichos comportamientos, como se analizará en una sección posterior. En lo que respecta al segundo factor, los hombres están sometidos a una mayor presión social para exhibir comportamientos agresivos en comparación con las mujeres. Los varones encuentran gloria y satisfacción en la lucha, algo que ellas no han sentido ni gozado, porque han sido siempre las primeras víctimas de quienes han colocado a la muerte y la destrucción en el centro de su cultura; pero expliquemos lo anterior de manera biológica, pues desde el enfoque cultural y los estudios de género ya existen aportes significativos que no intentaremos reproducir en esta ocasión (Gómez Tagle y González, 2014).

La activación eléctrica o química del hipotálamo anterior facilita la expresión de conducta agresiva, al igual que la administración de vasopresina en la amígdala medial o en el septum. En cambio,

el aumento de la actividad serotoninérgica inhibe la agresión, especialmente mediante los receptores localizados en la amígdala medial, específicamente aquellos del tipo 5-HT 1A. La estimulación del hipotálamo medial induce comportamientos defensivos, y se propone que la amígdala también participa en la respuesta defensiva (Miezdian, 1996, p. 396).

Estudios en neurociencias revelan que el cerebro, considerado un órgano sexual, regula la secreción hormonal y tiene influencia en las emociones. Sin embargo, se señala la existencia de cerebros estructural y funcionalmente distintos entre géneros, evidenciado en el hipotálamo, que desempeña un papel crucial al regular hormonas y actuar como interfaz entre los sistemas nervioso y endocrino. El hipotálamo, el centro ejecutivo de funciones homeostáticas, controla patrones como hambre, sed, sueño, temperatura corporal y conducta sexual, albergando la mayor concentración de receptores de hormonas sexuales (andrógenos, estrógenos y progestágenos).

Debido a las variaciones cerebrales entre géneros, se hace referencia a la región asociada con la conducta sexual en hombres, conocido como núcleo intersticial del hipotálamo anterior-1 (NIHA-1 o INAH-1), en el caso de las ratas, una especie en la que se han llevado a cabo experimentos en esta región se identifica como la porción medial del área preóptica (*mPOA*, por sus siglas en inglés). Estos experimentos buscan verificar la hipótesis que sugiere que al provocar una lesión en esta área se puede reducir o inhibir los deseos de copular.

En este experimento, la táctica implica la eliminación del circuito neuronal de interés, ya sea a través de procedimientos quirúrgicos o mediante el uso de compuestos tóxicos. Posteriormente, se examinan los efectos en relación con animales no intervenidos. Resulta evidente que la destrucción del área preóptica conduce a la ausencia de conducta sexual en ratas macho cuando se encuentran en presencia de una hembra receptiva. (Gómez Tagle y Juárez, 2014, pp. 159)

En el caso de las **féminas**, el núcleo ventromedial del hipotálamo (VMH) juega un papel crucial en la conducta sexual. La receptividad sexual se manifiesta durante niveles elevados de hormonas sexuales, como estrógeno y progesterona, es decir, durante el ciclo menstrual. Si no se presenta la cantidad adecuada de hormonas la hembra rechaza los acercamientos sexuales

de los varones. Este resultado sugiere que las mujeres exhiben mayor interés sexual en ciertos periodos debido a las hormonas presentes en el organismo, activando conexiones neuronales y generando un alto deseo sexual cuando están ovulando.

En el artículo titulado “Psicobiología de la conducta antisocial” de Sónia Darbra y Sunsi Martí-Carbonell (1998, p. 43), se señala que el 94.8% de las personas detenidas por actos violentos son hombres. Además, se resalta que la proporción de individuos con inclinaciones sociópatas es de tres a cuatro veces mayor en el género masculino. También se observa que los niveles de testosterona son más altos en los hombres, especialmente durante el período en el que deben incorporarse al servicio militar.

Son ellas las que resaltan este aspecto, ya que, aunque haya desventajas en un principio, también se observa un aspecto positivo. Por ejemplo, las alteraciones neurofisiológicas naturales que se producen en esa etapa pueden desencadenar agresión, la cual puede ser canalizada de manera que se cumpla con el servicio militar. En esta institución, se valoran cualidades como la valentía y el coraje, así como otros sentimientos y emociones que no se consideran “débiles”. Además, esta experiencia inicial puede contribuir a inculcar actitudes enfocadas hacia el patriotismo y otros valores, ya que infringir las reglas de estas figuras de autoridad podría presentar problemas.

Esta información es relevante para la criminología, una ciencia en consolidación, ya que las investigaciones sobre comportamientos desviados proporcionarán información valiosa para desarrollar políticas preventivas eficientes. Se busca explorar enfoques biológicos sobre la respuesta sexual humana, no como una exclusión de los enfoques sociológicos y psicológicos, sino como una perspectiva complementaria.

Otro fenómeno reconocido tanto por la criminología como por las neurociencias es el resultado de sufrir una lesión o daño en la región fronto-temporal del cerebro. Por ejemplo, se ha observado que algunos psicópatas presentan deficiencias en el lóbulo prefrontal y alteraciones en la amígdala cerebral, lo que genera una discordancia entre la parte impulsiva y el control de dichos impulsos (Torres, 2014).

Otros investigadores no han logrado siempre reproducir los mismos resultados, lo que ha llevado a cuestionar la hipótesis del lóbulo frontal.

Sin embargo, existe certeza a nivel neuroquímico en cuanto a la implicación de los sistemas serotoninérgico, noradrenérgico y adrenérgico. Todos estos sistemas señalan consistentemente niveles bajos de neurotransmisores o de sus metabolitos en situaciones delictivas. Un ejemplo de esto se evidencia en el síndrome de Fragil-X, donde, además del retraso mental, se manifiestan comportamientos desviados como agresión, exhibicionismo, violaciones y delitos relacionados con el fuego.

Los estudios realizados en animales, incluidos primates, han demostrado que la administración de andrógenos durante el periodo prenatal incrementa la conducta agresiva, especialmente la ofensiva. Esta observación podría explicar, al menos en parte, la presencia de comportamiento violento en seres humanos. Sin embargo, para confirmar esta relación, se requieren investigaciones adicionales, considerando aspectos legales y bioéticos, además de evaluar la confiabilidad de los instrumentos de medición.

Ahora exploremos otras facetas biológicas que, aunque puedan suscitar dudas, instan a la comunidad a profundizar en esos campos científicos con el fin de crear conocimiento innovador que arroje luz sobre el comportamiento delictivo. Nos referimos específicamente al componente de herencia. Aunque se han superado las teorías de clasificación de los delincuentes de Lombroso y los somatotipos (formas o apariencias corporales) de Sheldon y Kretschmer, lo cierto es que los estudios sobre jurados demuestran que los “no atractivos” son juzgados más severamente que los que sí lo son (Kurtzberg et al., 1978, como se cita en Soria y Hernández, 1994, p. 22).

Estudios con gemelos homocigotos y adoptados indican que la herencia es un elemento importante en la génesis de las conductas delictivas, pero no el único, ya que en todo momento debe considerarse el entorno social en el cual se desarrolla y aprende el sujeto. Idea reforzada por Adrián Raine (citado por Jara y Ferrer, 2005, p. 190) quien afirma que la conducta criminal está compuesta por dos elementos esenciales: los genes y el ambiente, por lo cual debe hablarse de efectos multifactoriales.

Se conoce, desde hace años en el ámbito de la neurobiología, que la serotonina (monoamina neurotransmisora) sirve como inhibidor de la conducta agresiva, por lo cual una reducción o escasa producción de este neurotransmisor colabora a que las reacciones hostiles de

agresividad y violencia en el sujeto continúen su curso o aumenten progresivamente, principalmente las de tipo impulsivo.

Otro factor para tener en cuenta es la activación sexual, es decir, qué sensaciones o cambios ocurren durante una relación íntima. Para explorar este fenómeno, se ha utilizado el pletismógrafo, un dispositivo que registra las variaciones de presión y volumen en diferentes partes del cuerpo. En este contexto, se llevó a cabo la medición en el pene para observar alteraciones significativas durante la excitación, inducida por estímulos sexuales presentados a través de diapositivas, cintas magnetofónicas o de vídeo, o mediante la propia imaginación del individuo. En específico, esta técnica posibilita determinar si los agresores sexuales muestran una excitación mayor o menor que aquellos que no lo son frente a escenas de sexo forzado. Aunque lamentablemente los resultados de estas investigaciones no son concluyentes, proporcionan una indicación del trabajo que aún queda por realizar.

Investigaciones recientes sobre la activación sexual han señalado que, en situaciones de sexo no consentido o violación, las personas que no son agresores sexuales muestran respuestas de excitación sexual en igual o mayor medida que aquellos que sí lo son. Estas respuestas persisten incluso si la víctima llega a experimentar una excitación involuntaria causada por el agresor. La distinción fundamental entre ambos grupos (agresores sexuales y no agresores) se evidencia cuando la víctima no experimenta excitación y sigue sufriendo. En tales casos, se observa una disminución en la excitación sexual de aquellos que no son agresores sexuales. (Thornhill y Palmer, 2006, pp. 116-119).<sup>2</sup>

En el caso de enfermos mentales no se sabe de altos números en los cuales sean protagonistas en el delito de violación, pero sí han sido acusados de abuso a personas menores de edad, tocamientos inapropiados o exhibicionismo. Solo se han observado comportamientos violentos en individuos con deficiencia mental que presentan problemas psicopatológicos asociados, particularmente trastornos de conducta agresiva.

En última instancia, se hace alusión a alteraciones en el comportamiento sexual atribuibles al consumo de sustancias como el alcohol y las drogas. Según algunas estimaciones,

aproximadamente la mitad de los infractores comete sus delitos bajo los efectos del alcohol, y este porcentaje se mantiene en situaciones de agresión sexual. El alcohol funciona como un promotor de la conducta sin restricciones, ya sea en individuos agresores con habilidades sociales limitadas o en aquellos con perfiles más convencionales o habituales.

Por último, se menciona la modificación en el comportamiento sexual originada por la presencia de sustancias como el alcohol y las drogas. Según algunas evaluaciones, alrededor de la mitad de los infractores realiza sus acciones bajo la influencia del alcohol, y esta proporción se mantiene en casos de agresión sexual. El alcohol funciona como un catalizador de la conducta sin restricciones, ya sea en individuos agresores con habilidades sociales limitadas o en aquellos con perfiles más convencionales o normales.

### **CASTRACIÓN QUÍMICA ¿SOLUCIÓN EFICAZ?**

Como estudiamos en apartados anteriores, la biología tiene especial relevancia e influencia en el comportamiento de los seres vivos, incluyendo las conductas nocivas. A partir de esto se han realizado grandes esfuerzos para conocer la génesis del comportamiento violento, aminorarlo y prevenirlo. Un método controversial, debatido y estudiado desde hace años, es la castración química, la cual se analizará a continuación.

La castración, en sentido general, refiere a la extirpación o inutilización de los órganos genitales, en el caso de los hombres los testículos y/o el pene; en el caso de las mujeres, los ovarios. La castración quirúrgica u orquiectomía es un procedimiento utilizado en el ámbito clínico. Se trata de un proceso en el cual el cirujano extirpa los testículos con la finalidad de frenar el crecimiento del cáncer de próstata en un paciente que lo requiera, no obstante, es un método agresivo y con impacto psicológico alto.

Los descubrimientos médicos y la tecnología permitieron transitar a la castración química, tratamiento farmacológico con relevancia no sólo en el entorno de la salud, sino también en el jurídico penal debido a que, en países como Corea del Sur, Estados Unidos, Estonia, Indonesia, Polonia y Rusia, por mencionar algunos, se ha administrado a delinquentes sexuales que han actuado en contra de personas menores de edad; lo anterior, con el objetivo de evitar la reincidencia delictiva. Cuestión aún discutible.

<sup>2</sup> En particular consúltese el apartado denominado "Patrones de excitación sexual".

Una diferencia entre los tipos de castración es que la primera (quirúrgica) es permanente, mientras que la segunda es reversible. Ambas tienen como consecuencia la reducción de los niveles de andrógenos, hormonas producidas mayormente en los testículos, que tienen entre sus funciones el desarrollo de características masculinas, como el vello facial y el engrosamiento de la voz. Si bien las mujeres también producen andrógenos, tanto en los ovarios como en las glándulas suprarrenales, las cantidades son menores.

Adicionalmente, aparte de los andrógenos, el cuerpo humano produce estrógenos y progestágenos, todas ellas hormonas gonadales, debido a que se producen por las gónadas humanas (encargadas de la producción de gametos). Estas hormonas influyen de manera significativa en el comportamiento sexual. Es en la adolescencia, como se mencionó antes, cuando las hormonas gonadales entran en juego para crear cambios psicológicos y físicos, entre los que se incluye la atracción hacia otras personas y la maduración de óvulos, dando como resultado la menstruación. En el caso de los varones aumenta la producción de testosterona, lo cual influye en el desarrollo sexual.

Existen estudios que señalan que, entre mayores sean las cantidades de testosterona, lo serán también el interés y la conducta sexuales, lo cual permite preguntarse: ¿será esta hormona, en grandes cantidades, la causante de delitos de índole sexual? Cabe mencionar que tampoco se habla de un determinismo, ya que influyen muchos otros elementos o, como se le denominan en Criminología, *factores de riesgo*, que propician la comisión de conductas antisociales.

Los varones con hipogonadismo [producción escasa de testosterona] reportan menor actividad sexual, menor frecuencia de pensamientos sexuales y de erecciones espontáneas que los hombres con niveles normales de testosterona. Cuando estos pacientes reciben tratamiento con testosterona se restablecen la excitabilidad y el interés sexual. Estos datos sugieren que la expresión de ambos componentes de la sexualidad humana requiere de la presencia de testosterona. (Oropeza y Morali, 2015, p. 34).<sup>3</sup>

Dicha hormona, que pertenece al grupo de los andrógenos, suele ser vinculada también con la conducta agresiva. Desde una perspectiva evolutiva, la agresión está íntimamente relacionada con la supervivencia de la especie,

lo que conlleva la lucha y la reproducción, principalmente de los machos o, en el caso de los seres humanos, de los hombres. Carré y Olmstead (2015) analizaron la relación entre los niveles de testosterona y la agresión humana, así lo han hecho también otros estudiosos: Hauger, *et. al.* (2021) tomaron una muestra de 139 varones levantadores de pesas, expuestos y no a los esteroides anabólicos andrógenos (*AAS* por sus siglas en inglés), variantes sintéticas de la testosterona que los atletas suelen consumir con el objetivo de incrementar su masa muscular.

Hallaron que los dependientes de *AAS* tuvieron, significativamente, más problemas con la regulación del comportamiento agresivo y niveles más altos de rasgos de personalidad antisocial. Asimismo, mostraron cantidades mayores de agresión física e ira, en comparación con los no dependientes. Si bien el estudio concluyó que la violencia interpersonal ocurrió en todos los grupos, un porcentaje superior del grupo dependiente de *AAS* afirmó haber perpetrado violencia interpersonal, así como haber sido acusado y/o condenado por un delito. Aunado a lo anterior, investigaciones demostraron que los consumidores dependientes tenían funciones ejecutivas reducidas, como la regulación del comportamiento (Hauger, *et al.*, 2020, como se cita en Hauger, *et al.*, 2021).

En general, estudios llevados a cabo con atletas consumidores de esteroides anabólicos andrógenos muestran que éstos son más agresivos, empero, no podemos afirmar con certeza si la agresividad se debe a los esteroides o si ya existía en gran medida en la persona. Sin embargo, lo más probable es que sea una combinación de ambos, es decir, una interacción de factores externos e internos, por lo que su personalidad está en gran parte determinada por su historia de vida.

Lo que podemos deducir es que esto tiene un impacto en comportamientos ofensivos de naturaleza sexual, ya que el aumento de los niveles de testosterona, junto con el incremento de adrenalina, genera un mayor deseo sexual. Esto conduce a la frustración, que solo puede ser aliviada mediante descargas extremas de energía, a veces resultando en actos violentos debido al limitado control de diversas reacciones a nivel cerebral del sistema endocrino (los órganos que producen hormonas). Este ciclo persiste hasta que el cuerpo se fatigue, liberando o reduciendo los niveles de testosterona y adrenalina, las cuales desempeñan un papel crucial en la ira, especialmente en los hombres.

<sup>3</sup> Lo escrito entre corchetes es nuestro.

¿Es posible que, reduciendo los niveles de testosterona en los hombres, éstos sean menos agresivos y, a su vez, tengan menos deseos sexuales? Esta es una incógnita que la castración química, procedimiento aprobado y utilizado en algunos países para el control de los delitos sexuales, principalmente los cometidos en contra de personas menores de edad, ha intentado resolver. Al margen de lo anterior, la castración química se ha utilizado en escasos países y, fundamentalmente, en pedófilos que concretan sus fantasías.

Para su realización se utilizan antagonistas de la testosterona: antiandrógenos esteroideos como acetato de medroxiprogesterona y acetato de ciproterona, así como análogos de la hormona liberadora de gonadotropinas (GnRH) como la triptorelina, leuprolida y goserelina. Supresión de la producción de hormonas sexuales útiles en el tratamiento del cáncer de mama y de próstata.

Desde el punto de vista fisiopatológico, se ha sugerido, en base a la investigación por imágenes, que los cambios estructurales y funcionales en la pedofilia aparecen en su mayor parte en las regiones del cerebro también involucradas en las funciones sexuales. Además de la testosterona, también se alteran algunos otros parámetros endocrinológicos y neuroquímicos en los pedófilos y abusadores de niños; estos cambios incluyen la función hipotalámico-hipofisaria, los niveles de prolactina y las funciones dopaminérgicas o serotoninérgicas. (Gonzales y Baltodano-Calle, 2022, p. 84).

Los trastornos parafilicos se caracterizan por la presencia de ideas, pensamientos y comportamientos sexuales atípicos, que generan malestares significativos en los pacientes y, en determinado momento, pueden causar daños a otras personas. De ahí que, hasta el momento, son un factor de riesgo en el caso de los delitos sexuales. La Clasificación Internacional de Enfermedades, en su décimo primera versión (CIE-11) los define, dentro del apartado de *Trastornos mentales, del comportamiento y del neurodesarrollo*, de la siguiente manera:

Los trastornos parafilicos se caracterizan por patrones persistentes e intensos de excitación sexual atípica, que se manifiestan como pensamientos, fantasías, deseos intensos o conductas sexuales centrados en terceros cuya edad o situación los hace reacios o incapaces de consentir, y con respecto a los cuales la persona ha actuado o siente un marcado malestar. [...] (WHO, 2023).

Dentro de las inclusiones se encuentran, precisamente, las parafilias, conductas sexuales “fuera de lo común” en las cuales las personas

encuentran placer sexual en actividades poco convencionales, excéntricas, prohibidas o que implican, en algunos casos, riesgos. Existe gran cantidad de parafilias, sin embargo, algunas son más comunes y frecuentes que otras, tal es el caso de la asfixiofilia, exhibicionismo, fetichismo, frotismo, necrofilia, pedofilia, podofilia, sadismo, urofilia, voyeurismo, zoofilia, por mencionar algunas.

La pedofilia es, desgraciadamente, una de las parafilias más frecuentes, la cual se expresa en fantasías, deseos e impulsos que culminan en comportamientos sexuales de un adulto en contra de niñas, niños y adolescentes. Son recurrentes y altamente excitantes, que van desde el contenido erótico sexual de personas menores de edad, hasta tocamientos, sin necesariamente llegar a la cópula. Para esto último, durante algunos años, se usó el concepto *pederastia*, empero, en la actualidad, refiere más a un término jurídico en el cual el sujeto activo se aprovecha de la confianza o subordinación para inducir o convencer a una persona menor de dieciocho años a ejecutar un acto sexual, independientemente de cuál se trate.

El *Manual diagnóstico y estadístico de enfermedades mentales (DSM)*, por sus siglas en inglés, creado por la *American Psychiatric Association*, una de las principales organizaciones de psiquiatría a nivel mundial, ubica, en su quinta versión (DSM-5), al “Trastorno de pedofilia” dentro de los denominados *Trastornos parafilicos*, nombre en común con la CIE 11. Se exponen los siguientes criterios diagnósticos (APA, 2013):

- Durante un período de al menos seis meses, excitación sexual intensa y recurrente derivada de fantasías, deseos sexuales irrefrenables o comportamientos que implican la actividad sexual con uno o más niños prepúberes (generalmente menores de 13 años).
- El sujeto ha consumado los impulsos sexuales incontrolables o, en caso de que los impulsos o fantasías sexuales sean incontrolables, se origina un malestar sustancial o desencadena problemas interpersonales.
- El individuo tiene una edad mínima de 16 años y supera al menos en cinco años a los niños mencionados en el Criterio A.

Nota: Es importante mencionar que no se incluye a un individuo en la etapa final de la adolescencia que mantiene una relación sexual continua con otro individuo de 12 o 13 años.

*Especificar si:*

Tipo exclusivo (atracción exclusiva por los niños)

Tipo no exclusivo

*Especificar si:*

Atracción sexual por el sexo masculino

Atracción sexual por el sexo femenino

Atracción sexual por ambos sexos

*Especificar si:*

Limitado al incesto.

Actualmente, la pedofilia ha sido escasamente explorada desde el ámbito neurobiológico. Algunos de los pocos hallazgos incluyen a la corteza prefrontal y a la orbitofrontal, ambas involucradas en la inhibición de los impulsos, incluyendo los de tipo sexual, pero esto únicamente explica el comportamiento impulsivo que los sujetos suelen tener, más no la razón por la cual se realizan en contra de niñas y niños.

Se cuentan con otras investigaciones que refieren a los daños en los lóbulos temporales, los cuales ocasionan aumento de interés en conductas sexuales (hipersexualidad) sin importar si éstas son, o no, desviadas, prohibidas o controversiales. Resulta necesario valorar si hablar de interés sexual refiere a la hipersexualidad o si es más adecuado el término hipererotismo, entendiendo éste como sensaciones y representaciones sexuales magnificadas, lo cual significa que el sujeto crea, imagina, elabora pensamientos de la índole, sin concretarlos aun.

En este sentido, vale la pena diferenciar entre las prácticas sexuales consentidas y aquéllas que no lo son. Ambas pueden incluir violencia, en el caso de las primeras el ejemplo más usual es el sadomasoquismo, parafilia en la cual se experimenta excitación o placer a través del sufrimiento infligido a otra persona (sadismo) o al ser receptor de éste (masoquismo).

En el caso de las prácticas sexuales no consentidas, se cuenta con un catálogo de delitos dependiendo de cada país y de cada entidad federativa, siendo la pederastia, el abuso sexual y la violación tres tipos penales en los cuales el consentimiento sexual no puede ser otorgado por tratarse de víctimas menores de quince años.<sup>4</sup> El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF por sus siglas

en inglés) establece que “la edad mínima de consentimiento sexual tiene como objetivo proteger a los y las adolescentes de los abusos y de las consecuencias, que pueden ser que ellos no sean plenamente conscientes al participar en la actividad sexual temprana” (UNICEF, s/f).

Currently, pedophilia is often viewed as an interaction among neurodevelopmental factors based on genes and the (in utero-) environment as previously discussed (Becerra García, 2009). This theory holds that pedophilic sexual preference is a neurodevelopmental disorder corroborated by increased rates of non-right-handedness, shorter stature, lower intelligence, head injury, prenatal androgen levels, and the associated neuronal structural and functional differences that are present since childhood and/or adolescence. The exact directions of these relationships to pedophilic sexual preference, committing child sexual offenses, or consuming child pornography are still to be disentangled. There is currently no causal evidence yet to support a role in pedophilic sexual preference development. (Tenbergen, et al., 2015).

La teoría anteriormente expuesta sostiene que la pedofilia es un trastorno del neurodesarrollo -como lo menciona la CIE-11- que involucra a personas con estatura baja, menor inteligencia, exposición a andrógenos en etapa prenatal, lesiones craneales/cerebrales, diferencias neuronales, tanto estructurales como funcionales, que se encuentran presentes desde la infancia y/o adolescencia, entre otras cuestiones, lo cual resulta sumamente polémico debido al “determinismo biológico” al cual hace alusión, mismo que quedó, desde hace años, en el pasado debido a los debates en la investigación científica. Ahora bien, algunos estudiosos, principalmente biólogos, remiten a la relación entre el cerebro, las desviaciones sexuales y la testosterona, encontrando, entre otras cosas, relaciones entre la exposición excesiva a andrógenos, como se ha venido comentando en este trabajo.

Un estudio interesante es el denominado *Leuprolide acetate suppresses pedophilic urges and arousability* (Acetato de leuprolida suprime los impulsos pedófilos y la excitabilidad, por su traducción), realizado por Schober, et al. (2005), en el que se evaluaron, durante doce meses, a cinco pedófilos mediante psicoterapia cognitivo-conductual acompañada<sup>5</sup> con acetato de leuprolida (LA, por sus siglas en inglés), el cual, como ya se mencionó, es un oponente de la testosterona, puesto que detiene su

4 La edad puede variar dependiendo de los códigos penales.

5 El término en inglés que utilizan es *augmented*, la cual se traduce como “aumentada”.

producción. Cada tres meses se medían los niveles de testosterona, la preferencia de interés sexual por el tiempo de reacción visual (Abel Assessment),<sup>6</sup> la erección del pene (*Monarch Penile Plethysmography, PPG*),<sup>7</sup> los impulsos sexuales hacia las y los niños, así como la frecuencia masturbatoria con pensamientos hacia ellos. Esto último con la ayuda de un polígrafo, aunque también podría considerarse hacerlo con electroencefalogramas u otros estudios encefalográficos.

Después de meses de tratamiento, cuando se les preguntó acerca de tener impulsos y masturbarse pensando en personas menores de edad, los sujetos informaron una disminución. Gracias al polígrafo se supo que decían la verdad. La psicoterapia cognitivo-conductual aumentada con LA redujo significativamente las fantasías, los impulsos y las masturbaciones; sin embargo, el interés pedófilo no cambió durante doce meses de terapia, lo cual indicó que este tipo de castración química no resultó completamente favorecedora, al menos no para cambiar los pensamientos y las preferencias de los agresores.

Aunado a lo anterior, se ha comprobado que el procedimiento en cuestión genera afectaciones físicas y mentales para los receptores, como debilitamiento y fracturas de los huesos, alteraciones en los niveles de azúcar en la sangre, aumento de peso, fatiga, mayores riesgos de padecer diabetes y enfermedades del corazón. Por consiguiente, organizaciones como Amnistía Internacional se han pronunciado seriamente en contra de la castración química debido a que incumple la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, según lo dicta el derecho internacional en textos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*.

## CONCLUSIONES

Estudiar el mundo de la biología humana, que incluye la anatomía y la fisiología de células, tejidos y órganos, buscando analizar cómo influyen en el comportamiento es, sin duda, una de las tareas más complejas de los científicos. Antropología, medicina, psicología, sociología,

deben trabajar de manera interdisciplinaria para encontrar respuestas a las incógnitas planteadas sobre el porqué una persona tiene determinada conducta. Así también, tratándose de comportamientos disruptivos, antisociales y/o delictivos, la criminología tiene cuestiones importantes que aportar.

A lo largo de esta investigación se examinaron los componentes principales del comportamiento humano, detectando la incidencia del entorno sociocultural, que incluye aspectos como la familia, las tradiciones, la educación y el trabajo, además de las relaciones de convivencia entre personas de comunidades diversas. Por otra parte, se analizaron elementos biológicos que impactan, en particular, en la toma de decisiones de los individuos, es decir, los estímulos que el cuerpo produce -mismos que están íntimamente relacionados con el exterior- y que influyen en el ejercicio de acciones específicas como respuesta.

Hablando de la sexualidad, considerando la diversidad cultural e ideológica, debe quedar claro que cualquier relación sexual desequilibrada, en la que una de las partes se ve amenazada o no da su consentimiento de manera libre y válida, se considera comprometida o está imposibilitada para hacerlo, caerá en la categoría de crimen sexual. Al respecto, existe en México, seguramente también en muchos otros países del mundo, un catálogo extenso de delitos sexuales, entre los cuales se encuentran el abuso sexual, la pederastia y la violación, temas incorporados en este texto.

La concepción social del delito, abordando cuestiones como las causas de la criminalidad, el perfil del infractor y la eficacia de las penas, ha generado discursos que respaldan las perspectivas retribucionistas, donde la pena se entiende principalmente como un castigo, presentándose como la única alternativa frente a estos acontecimientos, sin embargo, los resultados han sido ineficaces para disminuir las tasas de incidencia criminal. Dicho lo anterior, es urgente dar paso a nuevos estudios, análisis y aportaciones que arrojen resultados positivos para la prevención, atención y control de conductas antisociales y delictivas.

Áreas enfocadas en estudiar el origen de la violencia, elemento frecuente en los crímenes, deben unir esfuerzos para colaborar en la construcción de sociedades pacíficas, es por ello por lo que en este texto se examinaron la contribución de la biología al comportamiento

6 Test de evaluación de interés sexual, principalmente hacia niñas y niños o hacia la violencia sexual.

7 Medición del flujo de sangre al pene, comúnmente relacionado con la excitación sexual.

sexual/agresivo y la utilidad de la castración química, buscando explicar, más nunca justificar, hechos delictivos.

Al respecto, después de un extenso análisis de los elementos endógenos que pueden influir en el comportamiento sexual delictivo, exponemos cuatro que son claves desde el punto de vista biológico:

1. La corteza orbitofrontal
2. La amígdala
3. El hipotálamo
4. La testosterona.

La corteza orbitofrontal, como se ha argumentado, tiene implicaciones en el actuar de los individuos, ya que aparte de ser la responsable de la consolidación de la memoria, interviene de manera significativa en el procesamiento cognitivo de la toma de decisiones, la desinhibición y el control de los impulsos, por lo que un daño o una lesión en esta parte cerebral implicaría actuar con impulsividad y sin temor a las represalias.

En el caso de la amígdala, se encuentra íntimamente relacionada con la respuesta emocional, de ahí que a esta parte del sistema límbico se le conozca como el “centro de las emociones”. Al procesar los componentes emocionales con la acción, tiene un trabajo fundamental cuando las personas deben ejecutar ciertas acciones, puesto que gracias a los estímulos provocados que nos hacen sentir miedo somos capaces de evitar algunas situaciones, en ocasiones dañinas para los demás, como la comisión de delitos.

Cuando hablamos de sexualidad, el hipotálamo tiene incidencia primordial, ya que se encarga de regular tanto los patrones de conducta sexual como de concentrar los receptores de las hormonas sexuales, además de otras funciones básicas para el ser humano como el hambre, el sueño y la frecuencia cardíaca. En caso de alguna lesión en este componente cerebral, dependiendo de la zona específica en la cual se presente, es factible que el deseo sexual (libido) aumente, creando en el sujeto mayor necesidad de satisfacer su apetito sexual.

Finalmente, en lo que se refiere a la testosterona, está implicada en el impulso sexual y la masculinización, de ahí que sean los hombres quienes más produzcan esta hormona y a quienes más se les relacione con la hipersexualización. Investigaciones analizadas en este trabajo mostraron la gran influencia

de la testosterona, no sólo en características sexuales, sino también en la agresividad, lo que podría figurar en los delitos de tipo impulsivo y por deseos de poder. Por lo anterior, una de las propuestas para aminorar la producción de altas cantidades de testosterona es la castración química, sin embargo, las respuestas son endeble y no definitivas.

Los estudios sobre castración química son insuficientes para determinar si existen resultados favorables en contra de los delitos sexuales, por lo que continuar haciendo análisis sobre este tratamiento farmacológico es necesario, tanto desde el punto de vista médico, como del psicológico y ético legal. Si bien se ha comprobado que la liberación pronunciada de andrógenos, principalmente testosterona, influye en el comportamiento sexual, las investigaciones sobre su incidencia en la comisión de delitos sexuales no son suficientes para determinar si esta hormona impacta de manera significativa en los hechos; asimismo, si la utilización de antagonistas de la testosterona es eficaz para detener los impulsos sexuales.

Aunado a lo anterior, resulta un método controversial debido a que es considerado violatorio de derechos humanos por diversas instituciones, organizaciones y académicos, los cuales afirman que lejos de aportar algo positivo a la sociedad o utilizarse como mecanismo de prevención o tratamiento, genera daños a los sujetos a quienes se les administran los medicamentos, lo que trae consecuencias para su salud con pocos beneficios. Cuestiones complejas que seguiremos investigando.

## FUENTES DOCUMENTALES

American Psychological Association (2013). Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM 5. <https://www.eafit.edu.co/ninos/redde/laspreguntas/Documents/dsm-v-guia-consulta-manual-diagnostico-estadistico-trastornos-mentales.pdf>

Carré, J. y Olmstead, N. (2015). Social neuroendocrinology of human aggression: examining the role of competition-induced testosterone dynamics. *Neuroscience*, 286, 171-186. <https://doi.org/10.1016/j.neuroscience.2014.11.029>

Congreso de la Unión (2007). Ley General de Acceso de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia. *Diario Oficial de la Federación*, 1 de febrero. Última reforma: 26 de enero de 2024.

- Darbra, S. y Martí-Carbonell, M. (1998). Psicobiología de la conducta antisocial. En V. Fisas Armengol (Ed.), *El sexo de la violencia: género y cultura de la violencia*, España, Icara.
- Garrido, V. (1989). Psicología de la violación. *Estudios de Psicología*, 38, 91-110. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/66041.pdf>
- Gómez Tagle, E. y González, I. (2014). Criminología de género. En E. Gómez Tagle (Coord.), *Criminologías especializadas*, México, Asesoría de Diseños Normativos SC.
- Gómez Tagle, E. y Juárez, E. (2014). Criminología sexual. *Revista IUS*, VIII(34), 141-165. <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/127/121>
- Gonzales, G., y Baltodano-Calle, M. (2022). La castración química ¿una solución para reducir la violación y abuso sexual de menores? *Revista de la Sociedad Peruana de Medicina Interna*, 35(2), 82-87. <https://doi.org/10.36393/spmi.v35i2.671>
- Hauger, L.; Havnes, I.; Jørstad, M. y Bjørnebekk, A. (2021). Anabolic androgenic steroids, antisocial personality traits, aggression and violence. *Drug and Alcohol Dependence*, 221. <https://doi.org/10.1016/j.drugalcdep.2021.108604>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2019). *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública* (ENVIPE). <https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2019/>
- Jara, M. y Ferrer, S. (2005). Genética de la Violencia. *Revista chilena de neuro-psiquiatría*, 43(3), 188-200. <https://dx.doi.org/10.4067/S0717-92272005000300003>
- Martínez-Catena, A. y Redondo, S. (2016). Etiología, prevención y tratamiento de la delincuencia sexual. *Anuario de Psicología Jurídica*, 26(1), 19-29. <https://doi.org/10.1016/j.apj.2016.04.003>
- Martos, J.A. y Sifuentes, G. (2014). ¿Malvados por naturaleza? *Muy Interesante*, 8, 52-61.
- Miedzian, M. (1996). *Chicos son, hombres serán*. Horas y Horas.
- NSVRC (s.f.). *Violencia Sexual en los Estados Unidos*. Centro Nacional de Recursos sobre Violencia Sexual. <https://www.nsvrc.org/es/node/4737>
- Organización de los Estados Americanos (1994). *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, 9 de junio. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- Organización Mundial de la Salud (2002). *1er Informe mundial sobre la violencia y la salud*.
- Organización Mundial de la Salud (1993). *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, 20 de diciembre. Asamblea General. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women>
- Oropeza, M. y Morali, G. (2015). Las hormonas y la conducta sexual masculina. *Revista Ciencia*, 66(4), 30-37. <https://www.revistaciencia.amc.edu.mx/index.php/vol-66-numero-4/565-las-hormonas-y-la-conducta-sexual-masculina>
- Ortiz Tallo, M.; Sánchez, L. y Cardenal, V. (2002). Perfil psicológico de delincuentes sexuales. Un estudio clínico con el MCMI-II. *Revista de Psiquiatría, Facultad de Medicina de Barcelona*, 29(3), 144-153. [https://www.uma.es/Psicologia/docs/eudemon/divulgacion/perfil\\_psicologico\\_delincuentes\\_sexuales.pdf](https://www.uma.es/Psicologia/docs/eudemon/divulgacion/perfil_psicologico_delincuentes_sexuales.pdf)
- Sánchez, C. (2003). Perfil del agresor sexual: estudiando las características psicológicas y sociales de los delincuentes sexuales de nuestras prisiones. *Anuario de Psicología Jurídica*, 13, 27-60. <https://journals.copmadrid.org/apj/archivos/87818.pdf>
- Schober, JM.; Kuhn, PJ.; Kovacs, PG.; Earle, JH.; Byrne, PM.; Fries, RA. (2005). Leuprolide acetate suppresses pedophilic urges and arousability. *Arch Sex Behav*, 34(6), 691-705. <https://doi.org/10.1007/s10508-005-7929-2>
- Soria, M. y Hernández, J. (1994). *El agresor sexual y la víctima*. Editorial Boixareu Universitaria.
- Tenbergen, G.; Wittfoth, M.; Frieling, H.; Ponseti, J.; Walter, M.; Walter, H.; Beier, K.; Schiffer, B.; Kruger, T. (2015). The Neurobiology and Psychology of Pedophilia: Recent Advances and Challenges, *Frontiers in Human Neuroscience*, 9(344). <https://doi.org/10.3389/fnhum.2015.00344>
- Thornhill, R. y Palmer, C. (2006). *Una historia natural de la violación: los fundamentos biológicos de la coerción sexual*. Oceano.

Torres, A. (2014). Psicopatología forense: ¿el futuro de los sistemas penales? (entrevista realizada al Dr. Eric García-López). *El mundo del abogado*, 184, 44-47.

UNICEF (s.f.). Edad mínima para el consentimiento sexual. *Edades mínimas legales para la realización de los derechos de los y las adolescentes*. <https://www.unicef.org/lac/media/2646/file/PDF%20Edad%20m%C3%ADnima%20para%20el%20consentimiento%20s>

World Health Organization (2023). Trastornos parafilicos. En *Clasificación Internacional de Enfermedades, 11.a revisión*. <https://icd.who.int/browse11/l-m/es#http%3A%2F%2Fid.who.int%2Ficd%2Fentity%2F2110604642>

World Health Organization (2021). *Violence against women prevalence estimates, 2018*. <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-SRH-21.6>

World Health Organization (2021, march 9). *Violence against women*. <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women>

# REPARACIÓN INTEGRAL EN COLOMBIA: ¿UNA DENEGACIÓN DE REPARACIÓN?<sup>1</sup>

## COMPREHENSIVE REPARATION IN COLOMBIA: A DENIAL OF REPARATION?

Yonni Albeiro Bermúdez-Bermúdez  
ORCID:0000-0001-8766-6953  
Universidad Cooperativa de Colombia  
Yonni.bermudez@campusucc.edu.co  
Colombia

DOI: <https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n2.12>

Recibido: 24 de noviembre de 2023.

Aceptado: 6 de marzo de 2024.

### SUMARIO

- Introducción.
- Aproximación al CANI en Colombia: principales actores y cifras.
- Modalidades de reparación a la luz del sistema interamericano.
- La reparación integral en Colombia.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

### RESUMEN

La reparación integral es uno de los principales derechos que tienen las víctimas cuando resultan afectadas por un hecho victimizante en medio de un conflicto armado, sin tener en cuenta su índole. En Colombia se ha presentado uno de los más sangrientos conflictos armados internos que ha generado un elevado número de víctimas. Entonces, por medio del método cualitativo con enfoque descriptivo se va a estudiar si la reparación integral en Colombia ha sido efectiva. Para tal fin, se realizará una aproximación al conflicto armado en Colombia. Para posteriormente, revisar el término de reparación integral adoptado en el sistema Interamericano y aterrizarlo al caso colombiano. Los resultados demuestran que las víctimas que han sido reparadas y las que se espera reparar al 2026 no son las suficientes, lo cual se convertirá en una revictimización para la víctima enmarcada en una denegación de justicia, lo cual va en contra de sus derechos como sujeto de especial protección.

### PALABRAS CLAVES

Daño, indemnización, reparación y víctima

### ABSTRACT

Comprehensive reparation is one of the main rights that victims have when they are affected by a victimizing event in the midst of an armed conflict, regardless of its nature. Colombia has experienced one of the bloodiest internal armed conflicts that has generated a high number of victims. Therefore, by means of the qualitative method with a descriptive approach, we will study whether comprehensive reparation in Colombia has been effective. To this end, an approach to the armed conflict in Colombia will be made. Subsequently, the term comprehensive reparation adopted in the Inter-American system will be reviewed and grounded in the Colombian case. The results show that the victims who have been repaired and those who are expected to be repaired by 2026 are not enough, which will become a revictimization for the victim framed in a denial of justice, which goes against their rights as a subject of special protection.

### KEYWORDS

Damage, compensation, reparation and victim

### INTRODUCCIÓN

Los conflictos armados independientemente de su índole, bien sea nacionales o internacionales, tienen en común que las consecuencias suelen ser las mismas, esto es, pérdidas innumerables

<sup>1</sup> El presente artículo es resultado de la investigación vinculada al proyecto INV 3285 "el deporte como herramienta para la construcción de paz, reparación integral y la inclusión en medio del posconflicto. una mirada histórica y jurídica", del Centro de investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa Campus Bogotá (CIFAD).

de vidas civiles, desplazamientos masivos y graves afectaciones a los Derechos Humanos (en adelante, DH). Independientemente de las causas de las guerras o los actores inmersos, las principales víctimas documentadas son las personas de edad avanzada, personas de edades tempranas o con alguna discapacidad. Sin embargo, tienden a ser ignorados o revictimizados por la misma población, los operadores judiciales y el propio Estado.

En el caso de Colombia la historia ha demostrado que en los últimos sesenta años ha sufrido un grave *conflicto armado no internacional de carácter permanente* (en adelante, CANI), entre los principales actores del CANI se encuentran las fuerzas legítimas del Estado colombiano, el Ejército de Liberación Nacional (ELN), el Ejército Popular de Liberación (EPL), las Autodefensas de Colombia (AUC), las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-EP), entre otros. Los mencionados grupos armados irregulares han reconocido el uso de la violencia generalizada como el principal y en algunos casos el único método idóneo para lograr la transformación de la sociedad, pues a través de esta buscan detener los cambios económicos, sociales y políticos que consideran como ilegítimos.

Una de las principales características del CANI colombiano son los intereses de los actores que han participado de forma directa o indirecta. Pues, existe un sin número de anhelos de estos actores que ha generado los altos índices de violencia en Colombia. Si bien, existen grupos que se formaron para lograr un cambio social en donde los sectores menos reconocidos tuvieran participación otros grupos se conformaron con la finalidad de hacer frente a los ataques que vive la sociedad y salvaguardar sus intereses. Esto ocasionó que el CANI que se ha vivido en Colombia sea asimétrico, pues existen varios actores que participan en él, pero cada uno con unos diferentes ideales.

Esta latente vulneración de derechos ha generado que la población del territorio colombiano viva sumida en un miedo constante, lo cual ha sido tema de discusión por parte de los más recientes gobiernos, de ahí que, se haya iniciado un nuevo apartado de la historia del conflicto armado en Colombia con los actuales procesos de paz con el ELN. Estos procesos de paz han tenido como común denominador las ceremonias de desmovilización, el desarme por parte del grupo irregular, la reintegración en zonas de concentración de los actores

inmersos en el conflicto armado y el proceso de reparación integral de las víctimas dejadas en el desarrollo de las hostilidades. Dentro de este último escenario, se tiene establecido que la reparación debe ser integral, pues debe comprender el derecho a la verdad, el acceso a la justicia, una debida reparación y no repetición del hecho victimizante.

Dentro de las víctimas que ha dejado el CANI que se ha desarrollado en el territorio colombiano, se encuentra la población civil y los miembros activos de la fuerza pública, estos han sufrido pérdida de extremidades, órganos y sentidos o en el peor escenario han perdido la vida en cumplimiento del deber. Ahora bien, se pretende abordar la eficacia de la reparación integral en Colombia ocasionada por la impunidad y denegación de justicia. Para lograr el objetivo propuesto se propone la siguiente pregunta de investigación, ¿determinar la eficacia de la reparación integral en Colombia a la luz de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

Para cumplir con el objetivo propuesto se utilizará un método cualitativo con enfoque descriptivo con el fin de recopilar información e identificar que tan eficiente es la reparación integral en Colombia. Entonces, en un primer momento se realizará una aproximación al conflicto armado colombiano, después, se abordará la reparación integral en el sistema interamericano para identificar como se están reparando los daños materiales e inmateriales a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH). Finalmente, se realizarán unas precisiones al caso de Colombia en torno a la reparación integral de los daños ocasionado por el CANI.

### **APROXIMACIÓN AL CANI EN COLOMBIA: PRINCIPALES ACTORES Y CIFRAS**

El CANI en Colombia tiene su génesis en el período que ha sido denominado como “la violencia”, esta denominación se da por el conflicto civil que se vivió en el territorio colombiano entre los años 1946 y 1966; durante esta época que es considerada una de las más sangrientas que ha vivido el país, pues logró estar dividido en dos grupos políticos, esto eran, el partido Liberal y Conservador (Yaffe, 2011). Se presentaban incidentes entre conservadores y liberales, especialmente entre la población

campesina en el área rural, lo cual generó que en algunas ocasiones los grandes terratenientes lograran despojar de sus tierras y enseres a otras personas, pretexto de la confrontación política que se vivía en el momento en Colombia.

Desde ese período, se inició con la aparición de diferentes actores que han tenido una amplia incidencia en las confrontaciones que se han dado en el interior del país, como lo son: guerrillas, narcotraficantes y grupos paramilitares. Si bien en algún momento se podían contar al menos ocho actores insurgentes que han aportado al conflicto en Colombia. El surgimiento de las guerrillas se da para la época de los sesenta con la aparición de la resistencia armada comunista, la cual tiene como eje principal lograr dar una respuesta a la represión estatal. Uno de los grupos más representativos de las guerrillas, arranca con el surgimiento en Colombia de las FARC para el año 1966, en este momento este grupo, nace con un interés político el cual se orientaba a lograr la conquista del poder (Leongomez, 1989).

La aparición del ELN al conflicto colombiano obedeció a la influencia de la revolución cubana surgida a finales de los años cincuenta, este grupo surge como una nueva izquierda latinoamericana con la intención de terminar con las oligarquías dominantes y principalmente el imperialismo estadounidense. Este nuevo actor del conflicto, parte de la idea radical de adoptar un modelo socialista, el cual solo se puede dar por medio del empleo de las armas y a las estrategias político-militares, de ahí que, consideran como único medio para alcanzar el objetivo propuesto la lucha a mano armada. Este grupo estuvo principalmente apoyado por actores que no proclamaban los ideales de la izquierda tradicional, pues está conformado principalmente por campesinos, minorías étnicas y jóvenes (Soriano, 2013).

Un nuevo actor del CANI aparece en los años sesenta con la constitución del Partido Comunista de Colombia Marxista-Leninista (en adelante, PCC-ML) y el denominado Ejército Popular de Liberación (en adelante, EPL), el cual basa sus orígenes en luchas agrarias y su principal pretensión estaba ligada a la reivindicación de los campesinos a través de una reforma agraria que favoreciera a esta población. La ideología de este actor del conflicto buscaba la unidad de la clase obrera para lograr derrocar a la burguesía y establecer una ideología propia. Sin embargo, para cumplir con este objetivo resultaba indispensable adoptar todas las modalidades de

lucha existentes, entre las cuales se destacaban las legales e ilegales (Rosero, 2013).

Otro de los actores que ha tenido gran incidencia en el país es el denominado M-19, este grupo hace parte de lo que se ha denominado una segunda generación guerrillera entre los años setenta y ochenta. Cuyo nombre tiene su origen en las elecciones presidenciales de 1970 – 1974 en donde se enfrentaron los candidatos presidenciales Gr. Gustavo Rojas Pinilla y Misael Pastrana. Este último fue proclamado por la clase dirigente como presidente, mediante fraude electoral, pues desconoció la voluntad del pueblo. Esto generó que un grupo de jóvenes reivindicara la voluntad popular del pueblo a través del uso de las armas a través del lema “¡Con el pueblo, con las armas, al poder!” (Vera, 2010).

Ya entrados a los años ochenta se crea el partido revolucionario de trabajadores (en adelante, PRT) el cual se formó para el año 1982, fruto de una división que sufrió el Partido Comunista Colombiano - Marxista Leninista, este partido logró tener injerencia en varios grupos de sindicatos, así como en movimientos estudiantiles y determinados barrios de Medellín y Bogotá. En cuanto a su brazo armado, solo hasta el año 1983 logró consolidar una estructura militar que operaba principalmente en la región del Cauca, Nariño y Montes de María. Fue para el 25 de enero de 1991 cuando este grupo se sometió a un acuerdo de paz en el cual se le garantizaba tener un delegado en la Asamblea Nacional Constituyente y la transformación del PRT en un partido político legal (Mercado, 2022).

Uno de los primeros grupos de autodefensa fue denominado el Movimiento Armado Quintín Lame (en adelante, MAQL) que tuvo sus inicios en el norte del Cauca, el cual tuvo como inspiración para su creación la figura legendaria de Quintín Lame, uno de los principales líderes del movimiento indígena de la primera mitad del siglo XX. Este movimiento nace cuando un grupo indígena decide enfrentarse a las arbitrariedades del Estado, pues este los había abandonado. Asimismo, para hacer frente a los terratenientes que los perseguían hasta causarles la muerte por el hecho de querer recuperar las tierras que les habían arrebatado y en contra de las guerrillas que intentaban reclutarlos a como fuera lugar para que se incorporaran a sus filas. Si bien es cierto, se puede considerar como un grupo armado con base étnica, tuvo una fuerte influencia en la guerra que se vivió en Colombia (Peñaranda, 2015).

Una escisión dentro del ELN trajo como resultado la creación de la Corriente de Renovación Socialista (en adelante, CRS). Si bien es cierto, su objetivo fue una iniciativa reivindicatoria, por lo tanto, iniciaron su ejercicio de la política en los sectores más marginados, no fueron ajenos a los diferentes ataques que ocasionaron a la población civil. Sin embargo, un sector desistió de continuar con la lucha armada y optó explorar nuevos escenarios, entre ellos la política, pues consideraron que la estrategia de arrebatar el poder a la clase privilegiada a través de las armas ya no resultaba viable, por lo tanto, se debía realizar una transformación de la lucha armada a la lucha política (Arce & Gil, 2015).

El Movimiento de Izquierda Revolucionario Patria Libre (en adelante, MIR-PL) fue una célula de la guerrilla que tenía injerencia en los departamentos de Sucre, Bolívar, y Magdalena. El cual con el paso de los años se incorporó al ELN para el año 1987 (Cinchilla, 2010). Esta unión dio origen a la actual organización denominada Unión Camilista ELN con la finalidad de impulsar tareas democráticas, específicamente en la lucha por una Asamblea Constituyente Popular y, ante todo, en la posibilidad de tener participación en las elecciones para alcaldes en 1990 (El Tiempo, 1993).

Los anteriores grupos armados han ocasionado que el CANI que ha vivido Colombia tenga como consecuencia una de las cifras más elevadas de víctimas en los conflictos internos de Latinoamérica, pues según el Centro de Memoria Histórica es uno de los más sangrientos de la historia, en donde se les ha causado la muerte a 220 000 personas entre el año 1958 al 2012. Dentro de los principales afectados se encuentra la población civil con un 81.5% y el otro 18.5% corresponde a combatientes. Asimismo, para el año 2013 el Registro Único de Víctimas (en adelante, RUV) reportó 25 007 personas desaparecidas, 1 754 víctimas de violencia sexual, 6 421 menores de edad reclutados por grupos armados y 4 744 046 desplazados en el territorio colombiano (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013). Esta última cifra actualizada para 2021 arrojó un total histórico de aproximadamente 8 219 403 víctimas de desplazamiento forzado por hechos victimizantes ocurridos desde 1985 hasta el 2021 (Unidad para las víctimas, 2022).

Para lograr dimensionar el impacto de las consecuencias del conflicto armado interno que se ha vivido en Colombia, entre los años 1985 y 2012 cada hora fueron víctimas de

desplazamiento 26 personas en el territorio, mientras que cada doce horas fue restringida de su libertad, es decir, secuestrada una persona. A pesar de estas alarmantes cifras, existen números aún más graves de víctimas como se evidencia en el periodo 1996 - 2005 en donde cada ocho horas fue secuestrada una persona. Ahora bien, una de las graves características del conflicto armado en Colombia fue el empleo de armas no convencionales como lo son las denominadas minas antipersonal, pues para este periodo cada día caía una persona en una mina (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013).

Las anteriores cifras resultan alarmantes, las cuales le han permitido a Colombia posicionarse en el segundo país, seguido de Afganistán; como uno de los países con mayor número de víctimas a causa de una mina antipersonal. En cuanto a la cifra de desplazados se ubica en el primer puesto a nivel mundial (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013). Ahora bien, el anuario de procesos de paz 2015 de la Escuela de Cultura de Paz señala que en los 40 años que ha cumplido en conflicto interno colombiano las cifras ascienden a 39 000 colombianos que fueron afectados por el flagelo del secuestro. No obstante, lo que más genera alarma al interior del país es que existe una tasa de impunidad del 92% (Escuela de Cultura de Paz, 2015).

Tomando como referencia las exorbitantes cifras de víctimas que ha dejado el CANI en Colombia, es necesario entrar a determinar que comprende la definición de reparación integral, para tal fin se analizará en un primer momento la definición propuesta por el sistema interamericano para luego contrastarla con la definición interna empleada en Colombia. Para tal fin, vamos a iniciar por determinar el alcance de la reparación integral a la luz de las diferentes decisiones preferidas por la CIDH, específicamente para determinar el alcance de una indemnización justa.

### **MODALIDADES DE REPARACIÓN A LA LUZ DEL SISTEMA INTERAMERICANO**

La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) en su articulado consagra expresamente que se deben reparar los daños generados como consecuencia de la vulneración de un derecho. Es así como, afirma que se debe recibir una “justa indemnización” (CADH, 1978, art. 63.1). El término empleado en la CADH es bastante amplio, el cual ha sido analizado en el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la CIDH para precisar su alcance, contexto y ámbito de aplicación.

Para abordar el concepto de “justa indemnización” resulta obligatorio partir de la definición del término “reparación” según el cual la CIDH afirma que son todas aquellas medidas que tienen como finalidad principal lograr que desaparezcan los efectos nocivos que ha generado la violación cometida. Dentro de las modalidades de reparación la CIDH manifiesta que existe una pluralidad de acciones que se pueden adoptar por parte del Estado con la finalidad de remediar los perjuicios causados, es así como destaca entre las principales, pero no las únicas: (i) la indemnización, (ii) la satisfacción y (iii) la garantía de no repetición (Castillo Páez Vs. Perú, 1998).

La reparación en términos de la CIDH debe buscar (3) propósitos, a saber: (i) devolver a la víctima al mismo estado antes del hecho victimizante, (ii) la reparación de los daños y, (iii) el pago de una indemnización para solventar los daños causados (Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1989). Ahora bien, la CIDH ha precisado que no en todos los casos en donde se debe reparar se puede reestablecer el derecho vulnerado, pues en el caso de la vida, resulta imposible restituirlo, pero de no ser posible se deben buscar fórmulas alternativas para lograr la reparación de los familiares y personas que dependían de la víctima directa, como sería una adecuada indemnización económica (Caso El Amparo Vs. Venezuela, 1996).

La expresión “justa indemnización” ha sido interpretada por la CIDH en el sentido de que esta hace referencia a una parte de la reparación, la cual tiene una finalidad compensatoria y no sancionatoria. Es decir, lo que se busca con la justa indemnización es compensar los daños que se han generado como consecuencia de la afectación de alguno de los derechos que ha sufrido la parte lesionada (Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1989). En cuanto a los requisitos de esta justa indemnización se ha señalado que esta debe cumplir dos, a saber: (i) equitativa y (ii) razonable (Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, 1999).

El término “equitativo” hacemos referencia a que sea igualitario para todas las partes lesionadas y “razonable” significa que debe ser adecuada, es decir, debe ser proporcional al daño causado. Teniendo en cuenta lo anterior, la CIDH ha precisado que la reparación no debe generar ni un enriquecimiento o empobrecimiento injustificado para la víctima o sus herederos (Caso Garrido y Baigorria, 1998). Esta precisión de la CIDH termina convirtiéndose en un límite para que la indemnización sea justa.

De acuerdo con la CIDH integra la indemnización el daño material y el daño inmaterial. El primero de estos se presenta cuando: (i) existe un menoscabo patrimonial en los activos de las víctimas, (ii) la víctima ha tenido que cubrir algunos gastos como consecuencia del hecho victimizante y (iii) las secuelas de carácter pecuniario que se relacionen directa o indirectamente con los hechos (Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, 2002). La particularidad de estos daños es que si se pueden cuantificar monetariamente. En términos de la CIDH son los denominados pérdida de ingresos y daño emergente. El primero hace referencia a lo que dejó de recibir la víctima con ocasión al hecho victimizante, mientras que el segundo hace referencia al daño directo que le fue generado (Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, 2003).

En relación con el daño inmaterial, en las primeras decisiones de la CIDH esta no empleaba este término. Pues, en términos de la CIDH se utilizaba el término “daño moral” (Acevedo & Pérez, 2008). Este era empleado para hacer referencia al daño que había sufrido la víctima como consecuencia de la vulneración de sus derechos (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1990). Sin embargo, no hacía parte de este los “efectos psíquicos” u otro criterio de valoración (Nash, 2009). Es decir, en las primeras decisiones de la CIDH no se hablaba de la reparación de los daños inmateriales como lo tenemos definido hoy en día, pues este cambio de paradigma se dio a medida que se iban analizando las variadas medidas que se pueden adoptar para la reparación de las víctimas.

A medida que la jurisprudencia de la CIDH va avanzando, se van precisando determinados conceptos, de ahí que, la CIDH señaló que el daño moral comprende los desconuelos causados a la víctima o a sus familiares los cuales no son susceptible de valoración económica. Entonces, para lograr una reparación integral la CIDH ha propuesto dos alternativas para compensar los daños causados, a saber: (i) entrega de dinero, bienes o servicios y (ii) la ejecución de actos u obras públicas. Esta última con la finalidad de exaltar la memoria de las víctimas, reestablecer su dignidad, hacer un llamado de reprobación a los comportamientos que van en contra de los DH y un compromiso de no repetición (Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala, 2001).

En fallos recientes la CIDH ha reformulado el término de daño moral para adoptar un término más amplio como lo son los daños inmateriales. Este comprende aquellos efectos lesivos que no tienen carácter económico, es decir, comprende varias hipótesis según la CIDH, estos son: (i) las aflicciones causadas a las víctimas directas y/o a sus familiares, (ii) el quebranto de valores fundamentales para las personas, (iii) los cambios en las condiciones de existencia que se han generado para la víctima o su familia fruto del flagelo que han vivido (Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, 2002).

La CIDH ha incorporado en el desarrollo de su jurisprudencia una amplia lista de posibilidades de medidas de satisfacción de los daños inmateriales, entre las cuales encontramos: (i) la obligación de identificar y judicializar a los presuntos responsables de la vulneración de los derechos por parte del Estado. Para tal fin, la CIDH ha señalado expresamente que se debe luchar en contra del flagelo de la impunidad empleando los medios legales que tiene disponible el Estado, pues esta genera una total indefensión de las víctimas (Caso Vargas Areco vs. Paraguay, 2006); (ii) búsqueda de los restos de las personas desaparecidas y su posterior sepultura (La Cantuta Vs. Perú, 2006); (iii) acto público de reconocimiento de responsabilidad y publicación de la sentencia (Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, 2004) entre otra medidas.

El sistema interamericano se ha caracterizado por su amplio desarrollo jurisprudencial en relación con la protección de los DH, es así como, sus decisiones no solo se centran en reparar integralmente a la víctima, sino que va más allá, abordando un concepto de reparación amplia en donde se incluye a sus familiares más cercanos. Asimismo, reconoce varias modalidades de reparación, las cuales no solo se limitan a una indemnización justa como se señaló anteriormente, sino que propone otras medidas de reparación como son: (I) la restitución, (ii) la satisfacción, (iii) la rehabilitación y, (iv) la garantía de no repetición, siendo esta última una de las más significativas para las víctimas.

La CIDH en sus diferentes decisiones señala que en la reparación integral no solo va inmerso la indemnización económica, sino que permite un amplio catálogo de posibilidades para satisfacer los derechos de las víctimas. Es así como, una de las más importantes medidas de reparación inmaterial son la efectiva búsqueda y posterior judicialización de los presuntos responsables de haber cometido las más graves atrocidades

en contra de los DH de las víctimas. Si bien es cierto, una de las particularidades de las decisiones de la CIDH es que presenta variadas formas de lograr una reparación efectiva en favor de las víctimas, pues esta autoridad es consciente de que existen hechos victimizantes que no se van a lograr reparar económicamente.

Una vez abordado este estudio a nivel internacional, específicamente en las decisiones de la CIDH, es necesario remitirnos a la legislación interna de Colombia, para determinar en qué consiste la reparación integral. Para tal fin se tomará la definición propuesta por la Corte Constitucional, la cual no es la única, pero si consideramos que una de las más completas, pues presenta un concepto amplio en el cual se permiten variadas formas de lograr la reparación integral de las víctimas.

## LA REPARACIÓN INTEGRAL EN COLOMBIA

Cómo se logró establecer en el primer acápite de este artículo, Colombia no ha sido ajena a las graves consecuencias que ha dejado uno de los CANI más largos de Latinoamérica. Esto se evidencia con las cifras de víctimas que han dejado los diferentes actores del conflicto armado colombiano. Es así como, el Estado colombiano ha tenido uno de los mayores retos jurídicos de la historia de Colombia y es lograr una reparación integral de las diferentes víctimas del conflicto armado. Entonces, debemos precisar que se entiende por reparación integral en el contexto nacional para posteriormente evaluar que tan efectivas han sido las medidas adoptadas por el gobierno colombiano.

La reparación integral según la Corte Constitucional en una obligación del Estado que tiene como finalidad reestablecer al estado en el cual se encontraba la víctima antes del hecho que originó tal condición (C., Cons., T-083, 2017). Esta obligación se puede materializar a través de la restitución (de vivienda, tierras, fuentes de ingreso, etc.), la rehabilitación, la satisfacción, la indemnización y la garantía de no repetición de acuerdo con lo consagrado por el derecho internacional. A su vez, el Estado debe garantizar el goce efectivo de otros derechos como la educación, salud, etc. (Unidad de víctimas, 2015).

Esta es considerada como uno de los elementos innegociable que contribuyen de manera directa con la reconciliación y la construcción de una paz estable y duradera (Comisión de la Verdad, sf). Entonces, una reparación integral incluye un

conjunto de condiciones por medio de las cuales se logre que las víctimas se sientan reparadas, pues no solo con el factor económico se logra este estado en la víctima, ya que gran parte de las víctimas lo que desean es que reestablezca la memoria de sus familiares. Asimismo, una búsqueda efectiva o la verdad sobre lo ocurrido o su destino.

Este elemento innegociable en favor de las víctimas que ha dejado el CANI en Colombia se convierte en el eje central del cambio, pues se han adelantado innumerables procesos de paz y reincorporación de los diferentes actores inmersos en el conflicto armado, los cuales se comprometen a reparar de forma efectiva los daños ocasionados a la población que resultó afectada por las diferentes olas de violencia que estos generaron. Esto significa, que el proceso de reparación no es solo del Estado, sino que deben concurrir todos los actores y contribuir a la reparación, bien sea económica o simbólica. Ahora bien, los actores directos deben contribuir con la verdad y entregar información para esclarecer los hechos e identificar a las víctimas que ha dejado el conflicto.

Ahora bien, tomando como referencia el décimo informe de seguimiento de la Ley 1448 de 2011 o también conocida como “Ley de Víctimas y Restitución de Tierras” emitido por el Comité de Seguimiento y Monitoreo (en adelante, CSM). El gobierno de turno estableció como meta para el cuatrienio 2019 - 2022 lograr reparar integralmente a 510 296 víctimas del conflicto armado. Sin embargo, las cifras demuestran que para los años 2019; 2020; 2021 y 2022 fueron reparadas integralmente 79 668; 105 183; 104 194 y 122 197 víctimas respectivamente. Es decir, se logró un 80% de cumplimiento con un total de 411 242 víctimas reparadas con respecto de la meta propuesta (CSM, 2023).

Si bien es cierto, las cifras anteriores evidencian un considerable número de víctimas reparadas, aún existe un latente rezago según el reporte de la UARIV, pues según las cifras generales el conflicto armado de Colombia ha dejado aproximadamente 9 789 262 víctimas de las cuales solo 1 195 936 entre el periodo 2011 – 2022 fueron reparadas. Esto refleja la cruda realidad que viven las víctimas, pues solo el 12% de ellas han sido reparadas. Aunado a ello, estas cifras de víctimas no son estáticas, pues aún persiste el conflicto armado y aumenta cada día el número de víctimas (CSM, 2023).

Las víctimas indemnizadas administrativamente por hecho victimizante entre el periodo 2011

– 2022 fueron las siguientes: (i) víctimas de desplazamiento en un total de 762 943 víctimas lo cual equivale al 64.4%, (ii) víctimas de homicidio en un total de 329 420 víctimas para un total de 27,5%, (iii) víctimas de desaparición forzada en un total de 56 738 víctimas para un total de 4,9%, (iv) víctimas de lesiones en un total de 3 577 para un total de 0,2%, (v) víctimas de secuestro en un total de 10 888 para un total de 1% y, (vi) otros hechos victimizantes en un total de 21 979 para un total de 2%. Esto evidencia que el mayor número de personas indemnizadas corresponde con el delito de desplazamiento forzado (CSM, 2023).

Según el reporte de la UARIV para el año 2023 se encuentran pendientes por reparación un total de 8 593 326 víctimas. La situación de las víctimas que ha dejado el conflicto armado de Colombia no mejora, pues en el primer trimestre de la vigencia 2023 no se realizó ningún pago por indemnización, afectando directamente a la población víctima que ya tenían el reconocimiento y estaban a la espera del pago (CSM, 2023). Entonces, esto significará un retraso en la reparación de las víctimas, lo cual se convierte en una revictimización para estas al no ser reparadas por el Estado.

De acuerdo con la proyección en el Plan Nacional de Desarrollo 2022 – 2026 (en adelante PND) se tiene como meta indemnizar 600 000 víctimas de los cuales en el 2023 la meta es de 105 000 y para los siguientes tres años es de 165 000 indemnizaciones anuales. Si bien es cierto, el número de víctimas que se espera indemnizar por parte del Estado es esperanzador, resulta necesario evidenciar que tan efectivo será este proceso. Para tal fin, se tomarán como referencia las cifras previstas en el PND y se realizó una proyección aplicando una regla de tres simples para calcular el porcentaje de víctimas que serán indemnizadas para el cuatrienio 2022 – 2026:

$$X = \frac{C \cdot B}{A} = \frac{(600\ 000)(100)}{8\ 593\ 326} = 6,98$$

8 593 326 (número de víctimas pendientes de indemnización año 2023) equivale A

600 000 (número de víctimas proyectadas a indemnizar 2022- 2026) equivale C

**Fuente:** Elaboración propia, 2023

La proyección demuestra que tomando el número de víctimas identificadas para el año 2023 se mantiene y se cumple en un 100% el

PND en relación con la indemnización de las víctimas, solo un 6,98% de víctimas van a ser indemnizadas en el cuatrienio 2022 – 2026. Este es un claro reflejo de la denegación de justicia que sistemáticamente vienen sufriendo las víctimas en Colombia. Ahora bien, tomando como referencia las decisiones de la CIDH que señala que la indemnización justa debe comprender una reparación material e inmaterial, se evidencia que en el caso de Colombia no se está dando cumplimiento a estos lineamientos internacionales.

Dentro de una verdadera reparación integral se debe garantizar que las víctimas accedan a la administración de justicia. Ahora bien, como se evidenció en las cifras solo el 12% de víctimas accedieron a la indemnización hasta el 2022 y en una proyección al 2026 otras 6,98% de víctimas van a acceder. Esta situación está generando impunidad y denegación de justicia, verdad y reparación en favor de las víctimas que ha dejado el conflicto armado en Colombia. Mientras no se aumente el presupuesto para indemnizar de forma justa a las víctimas y se fortalezca la administración de justicia para que un total de 9 789 262 accedan a la verdad, se estará revictimizando por parte del Estado a las víctimas, las cuales en muchos casos mueren esperando la indemnización o reparación integral de los perjuicios causados.

Colombia y el gobierno de turno no tienen una tarea fácil en relación con la reparación integral de las víctimas del conflicto. Sin embargo, esto no puede ser excusa para dejar de fortalecer la reparación material e inmaterial por parte del Estado. Se deben fortalecer las medidas no pecuniarias como son la reparación simbólica, la búsqueda de las víctimas desaparecidas y la claridad en los hechos victimizantes. Entonces como lo señaló la Comisión de la Verdad en su informe, ¡hay futuro si hay verdad!, pero esa verdad se logra con justicia, esclareciendo los hechos y por supuesto, reparando integralmente a las víctimas, de lo contrario, solo serán palabras.

En ese proceso de búsqueda de la verdad y específicamente en la búsqueda de justicia, es en donde el Estado colombiano debe aplicar variadas medidas de reparación en favor de las víctimas. Es decir, no solo con la indemnización se logra una reparación efectiva de una víctima, pues en variados casos ellas tienen unos intereses totalmente diferentes con los cuales se puede reparar de forma efectiva e integral a la víctima. Esto genera como consecuencia que el Estado

debe velar por reconstruir las causas o motivos que generaron el hecho victimizante, así como lograr identificar a los verdaderos responsables de cometer estas graves atrocidades y que estos contribuyan con la reparación simbólica, la cual en muchos de los casos es más significativa que la indemnización económica.

## CONCLUSIONES

Las medidas de reparación adoptadas por Colombia se encuentran enmarcadas dentro de los lineamientos definidos por la CIDH. Sin embargo, a pesar de contar con las medidas establecidas en el ordenamiento interno para lograr una reparación integral de las más de 9 millones de personas víctimas que ha dejado el CANI éstas no han sido efectivas. Lastimosamente las cifras de víctimas que han logrado acceder a la indemnización es muy baja comparada con el número de víctimas documentadas, es así como hasta el año 2022 solo se había logrado indemnizar un 12% de las víctimas, siendo el delito de desplazamiento forzado el más indemnizado.

En cuanto al futuro de las víctimas este resulta más incierto todavía, pues en el PND 2022 – 2026 se estableció que se indemnizarían aproximadamente 600 000 víctimas, las cuales tomando como referencia el número de víctimas documentadas al 2023 solo serían indemnizadas el 6,98% siempre y cuando el gobierno actual cumpla con la meta establecida, pues de lo contrario este número será inferior. Según los cálculos el proceso de reparación de las víctimas puede tardar más de 16 años, y garantizar la medida de rehabilitación para todas las ellas podrían requerir aproximadamente más de 24 años (CSM, 2020).

Estas cifras son un reflejo del proceso de victimización secundaria que viven las víctimas, ya que si desean ser indemnizadas van a tener que esperar un buen tiempo para lograr acceder a los programas y beneficios que ofrece el Estado. Es más, muchas de ellas no van a alcanzar a recibir la indemnización a la cual tiene derecho como víctimas del CANI. Esto demuestra que las medidas de reparación adoptadas por Colombia no son eficaces ya que el proceso de reparación va a alcanzar el tiempo que ha durado el conflicto. De ahí que, es necesario que se destine más presupuesto y estrategias para que se logre una verdadera reparación integral de las víctimas en el territorio colombiano.

El proceso de reparación de las víctimas que ha dejado uno de los conflictos más extensos y crueles de la historia no es un proceso que se pueda dar de un día para otro, toda vez que, cada día que va transcurriendo nuevas víctimas van ingresando a las largas filas de la reparación. Sin embargo, este no puede ser una excusa para generar nuevamente un proceso de victimización en contra de la víctima, pero en esta oportunidad a cargo del Estado, pues este debe velar porque la reparación integral se realice en el menor tiempo posible y se pueda volver a reincorporar a la víctima al estado que se encontraba antes del hecho victimizante.

Ahora bien, cuando en Colombia se habla de una reparación integral esta no solo comprende una indemnización económica, pues este es una de las variadas posibilidades con las cuales se puede reparar a una víctima, pero no la única. Esto significa que si el Estado realmente desea una reparación integral debe fomentar otro tipo de actividades como serían la memoria histórica, la reparación simbólica, el perdón público u otras alternativas de reparación. Esto debido a que la reparación de las víctimas que ha dejado el conflicto no se puede reparar de una única forma, pues en muchos casos las víctimas no desean una indemnización económica, sino conocer en donde está sepultado su familiar para darle una sepultura digna.

Lo anterior, trae una obligación mayor para el Estado que recae en que la víctima debe ser reparada de forma integral, pues deben adoptar otras medidas complementarias junto con las indemnizaciones económicas para reestablecer el estado de la víctima. Si bien es cierto, esto jamás se dará independientemente la medida de reparación adoptada, si le va a servir a la víctima para superar el proceso de duelo que le ha ocasionado el hecho victimizante. Finalmente, el Estado colombiano está en su obligación con todos los factores del conflicto en adoptar una reparación integral de la víctima, pero si no se hace un esfuerzo mayor este proceso no va a terminar nunca y por el contrario se va a convertir en una denegación de justicia para la víctima, la cual de nuevo la revictimiza por su condición.

### FUENTES DE INFORMACIÓN

Acevedo, L., & Pérez, J. (2008). Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional. *American University International Law Review*. <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol23/iss1/3/>

Arce, D., & Gil, S. (2015). La corriente Renovación Socialista (CRS): Una experiencia de paz en medio del conflicto colombiano. Asociación civil internacia. <https://internacia.wordpress.com/2015/10/17/la-corriente-renovacion-socialista-crs-una-experiencia-de-paz-en-medio-del-conflicto-colombiano/>

C., Cons., T-083, 2017

Centro Nacional de Memoria Histórica (2013). ¡BASTA YA! Colombia: Memorias de guerra y dignidad Informe General Grupo de Memoria Histórica. <https://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2016.pdf>

Chinchilla, Fernando A. 2010. «Las Supervivencias y Aversiones de los Revolucionarios Colombianos. Preferencias estratégicas de Grupos Guerrilleros Ante La Posibilidad De Negociar La Paz». *Colombia Internacional* 1 (72):5-27. <https://doi.org/10.7440/colombiaint72.2010.01>.

Comisión de la verdad (s.f.). La reparación integral. <https://www.comisiondelaverdad.co/la-reparacion-integral>

Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la Implementación de la Ley 1448 de 2011 (2023). Décimo informe de seguimiento entregado al Congreso de la República 2022-2023. <http://www.secretariassenado.gov.co/>

Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la Implementación de la Ley 1448 de 2011 (2023). Séptimo informe de seguimiento entregado al Congreso de la República 2019-2020. <http://www.secretariassenado.gov.co/>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1989). *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de julio de 1989.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1990). *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 17 de agosto de 1990.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1996). *Caso El Amparo Vs. Venezuela*. Sentencia de 14 de septiembre de 1996.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998). *Caso Castillo Páez Vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998). *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina*. Sentencia de 27 de agosto de 1998.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999). *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Sentencia de 29 de mayo de 1999.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). *Caso Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala*. Sentencia de 26 de mayo de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Sentencia de 22 de febrero de 2002.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- El tiempo (1993). La corriente de renovación socialista. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-94010>
- Escuela de Cultura de Paz (2015). Anuario Procesos de Paz 2015. <https://www.undp.org/es/colombia/publications/anuario-procesos-de-paz-2015>
- Mercado Vega, Armando José. 2022. «Politicidio De Baja Intensidad: Exterminio Territorializado Del Partido Revolucionario De Los Trabajadores (PRT) En El Caribe Colombiano, 1991-2005». Colombia Internacional, n.º 111 (julio):135-70. <https://doi.org/10.7440/colombiant111.2022.06>.
- Nash, C. (2009). Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 - 2007). Andros Impresores.
- Peñaranda Supelano, R. (2015). Guerra propia, guerra ajena. Conflictos armados y reconstrucción identitaria en los Andes colombianos. El movimiento armado Quintín Lame. Bogotá: CNMH-IEPRI.
- Pizarro Leongómez, E. (1989). Los orígenes del movimiento armado comunista en Colombia (1949-1966). *Análisis Político*, (7), 7-32. Recuperado a partir de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/74211>
- Soriano Reyes, J. (2013). Ejército de liberación nacional colombiano: desde la renovación política a la corriente de renovación socialista, 1978-1994. *Revista Divergencia*. Consultado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4716503>
- Trejos Rosero, L. (2013). AL DE UNA ORGANIZACIÓN INSURGENTE COLOMBIANA El ejército popular de liberación (ep). De china a cuba vía albania. *Investigación y Desarrollo*, 21(2), 371-394. Recuperado de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0121-32612013000200003&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-32612013000200003&lng=en&tlng=es).
- Unidad de víctimas (2015). Ruta Integral Individual. <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/ruta-integral-individual/#:~:text=La%20reparaci%C3%B3n%20integral%20tiene%20en,y%20garant%C3%ADas%20de%20no%20repetici%C3%B3n>.
- Unidad para las víctimas (2022). Las cifras que presenta el Informe Global sobre Desplazamiento 2022. <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/las-cifras-que-presenta-el-informe-global-sobre-desplazamiento/>
- Vera Grabe, L. (2010). M-19: de la lucha armada a la renuncia a la violencia. IV Jornadas internacionales sobre terrorismo los finales del terrorismo: lecciones desde la perspectiva comparada. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5735874>
- Yaffe, L. Conflicto armado en Colombia: análisis de las causas económicas, sociales e institucionales de la oposición violenta. CS [online]. 2011, n.8, pp.187-208. ISSN 2011-0324. <https://doi.org/10.18046/recs.i8.1133>.

# CONFLICTOS FAMILIARES Y GASTOS EXTRAORDINARIOS EN LA PENSIÓN DE ALIMENTOS: ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS

## FAMILY CONFLICTS AND EXTRAORDINARY EXPENSES IN ALIMONY: SOME PRACTICAL ISSUES

Alejandro Rosillo Fairén  
ORCID: 0000-0001-6871-8658  
Universidad Europea de Madrid  
[alejandro.rosillo@universidadeuropea.es](mailto:alejandro.rosillo@universidadeuropea.es)

Angélica María Castro Acosta  
ORCID: 0000-0001-8741-1280  
Universidad Europea de Madrid  
[angelica.castro@universidadeuropea.es](mailto:angelica.castro@universidadeuropea.es)  
España

DOI: <https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n2.13>

Recibido: 21 de octubre de 2023.

Aceptado: 7 de marzo de 2024.

### SUMARIO

- Introducción. Familia y problemática familiar.
- Necesario recordatorio acerca de la obligación legal de prestar alimentos.
- Cláusulas sobre gastos extraordinarios en convenios reguladores.
- Breve análisis jurisprudencial en materia de gastos extraordinarios: hijos mayores vs. menores de edad.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

### RESUMEN

La presente investigación reflexiona sobre las situaciones conflictivas familiares, en especial de aquellas familias con hijos, bien sean parejas divorciadas o parejas que nunca han tenido vinculación jurídica entre ellas, y la gran relevancia de la utilización de mecanismos de resolución alternativa de conflictos con el fin de gestionar de forma asertiva y ágil las cuestiones relativas a sus problemáticas, en especial aquellas de alta litigiosidad como es la definición y determinación de la responsabilidad sobre aquellos gastos de naturaleza extraordinaria complementarios a los gastos que se incluyen en la fijación de la pensión de alimentos, debido a que estos según jurisprudencia pacífica en España son gastos imprevisibles y no periódicos lo cual impide su cuantificación anticipada o periódica.

Con esta finalidad en mente la presente investigación brinda breves pinceladas sobre

la obligación legal de alimentos entre parientes incluyendo sus principales características, para posteriormente profundizar en la necesidad o recomendación de incluir cláusulas en los convenios reguladores en materia de gastos extraordinarios, concluyendo con un breve estudio jurisprudencial sobre los gastos extraordinarios cuando los hijos son menores o mayores de edad, haciéndose énfasis en aquellos referidos a gastos farmacéuticos y a aquellos atinentes a la expedición del documento nacional de identidad y del pasaporte del hijo.

### PALABRAS CLAVES

Conflictos familiares, Gastos extraordinarios, Pensión alimentos mayores de edad.

### ABSTRACT

This research reflects on family conflict situations, especially those families with children, whether they are divorced couples or couples who have never had a legal relationship between them, and the great relevance of the use of alternative conflict resolution mechanisms in order to manage in an assertive and agile manner the issues related to their problems, especially those of high litigation such as the definition and determination of responsibility for those expenses of an extraordinary nature complementary to the expenses that are included in the establishment of alimony. , because these, according to calm jurisprudence in Spain, are unpredictable and non-periodic expenses, which prevents their early or periodic quantification.

With this purpose in mind, this research provides brief insights into the legal obligation of support between relatives, including its main characteristics, to later delve into the need or recommendation of including clauses in regulatory agreements regarding extraordinary expenses, concluding with a brief study. jurisprudence on extraordinary expenses when children are minors or adults, emphasizing those related to pharmaceutical expenses and those related to the issuance of the child's national identity document and passport.

## KEYWORDS

Family conflicts, Extraordinary expenses, Adult alimony pension

## INTRODUCCIÓN: LA FAMILIA Y LAS PROBLEMÁTICAS FAMILIARES

No es desconocido el hecho de que la familia bajo la configuración efectuada por la sociedad occidental en siglos previos se encuentra hoy en día en una encrucijada que ha devenido por el surgimiento y reconocimiento legal en las sociedades modernas occidentales de diversos tipos de familia. Esta llamada crisis familiar probablemente tiene un origen multifactorial conjunto con imposibilidad de identificar un único agente materializador sino más bien, un cúmulo de “culpas compartidas”, siguiendo la terminología civil.

Sea como fuere, resultaría absurdo negar la evidencia, y ello nos lleva a efectuarnos las siguientes preguntas: ¿qué es realmente ese organismo o institución en crisis denominado familia?, ¿puede afirmarse que aún existe la familia?, ¿tiene futuro la familia?; probablemente, la respuesta más acertada común a las cuestiones planteadas sería indicar que la familia “es”, “existe” y “existirá” en el mundo moderno occidental pero con fuertes cambios, no pocas presiones socioculturales y un variopinto abanico de modelos: encontrándonos familias de origen natural, o de origen legal, o de origen voluntario, familias monoparentales o biparentales, familias con padres heterosexuales u homosexuales, familias con o sin descendencia, pero todas ellas y sus múltiples posibilidades de configuración seguirán representando a esta institución u organismo vivo denominado familia, la cual, tendrá momentos de unión y otros de desunión, y por supuesto momentos de crisis que generen tensión y que devengan en situaciones de conflicto entre sus miembros, a pesar de lo cual, consideramos de la mano de un amplio sector doctrinal, del cual escogemos

como representante a Quintero Velásquez (2013, p. 92) que “La familia no está en vía de desintegración, de muerte, de extinción, como algunas posturas apocalípticas lo enuncian”.

La institución de la familia sea cual sea su forma de constitución o materialización, por su importancia e influencia a múltiples niveles, es objeto de reconocimiento y protección expresa y amplia por parte de los poderes públicos, lo cual es preconizado de forma deliberadamente amplia por parte del Tribunal Constitucional español, aunque la Carta Magna mantenga, como lo expresan De Esteban Alonso & González Trevijano (1993) “...neutralidad en lo concerniente al concepto de familia constitucional y a su régimen de protección”<sup>1</sup>, así las cosas, encontramos que el Tribunal Constitucional español pone de manifiesto:

[...] son dignos de protección constitucional los matrimonios sin descendencia, las familias extramatrimoniales o monoparentales (STC 222/1992, de 11 de diciembre) y sobre todos, los hijos a los que el art. 39 CE, que “refleja una conexión directa con el art. 14 CE” (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8), protege “con independencia de que éstos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE), de que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio (art. 92 del Código civil) o incluso, en fin, de que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas (arts. 110 y 111 in fine, CC). (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 5)

Doctrinalmente Lasarte Álvarez (2009) nos recuerda los orígenes de la familia, la cual se erige como un elemento previo y anterior a cualquier atisbo regulatorio, siendo en definitiva una realidad consolidada que posteriormente fue reconocida por el Derecho, y por ello afirma:

El grupo familiar, más o menos amplio y autosuficiente, constituye sin duda un dato prenatal, pues las personas y sus descendientes no requirieron en ningún momento la estructuración previa del derecho de familia para constituir, en efecto, un grupo social al que tradicionalmente se le ha dado el nombre de familia. Siendo un *príus* respecto del derecho, ni que decir tiene que la familia es ante todo una institución social que, en cuanto objeto de la

<sup>1</sup> Por el contrario, en su momento otros autores sostuvieron una opinión contraria al mismo, como p.ej. ALZAGA VILLAMIL “La protección aquí augurada debe extenderse a la celebración del matrimonio, por ser esta la institución que posibilita la creación de una nueva familia. Aunque a esta misma conclusión se llega también parcialmente mediante la puesta en relación del Art. 32 con el párrafo primero del art. 53” (Cfr. La Constitución española de 1978 (comentario sistemático). Ed. Del Foro. Madrid, 1978. Pág. 311.

regulación jurídica, deviene institución asimismo jurídica. (p. 4)

Tradicionalmente la familia se había articulado en torno a una institución básica y esencial en esos momentos históricos como era el matrimonio, que según el inolvidable Albaladejo (2002) también constituía un *prius* al señalar que:

[...] no es una creación del derecho, sino una institución de natural, querida por Dios y recogida por la ley humana, en cuanto pieza fundamental en la convivencia social, que es la que aquélla regula. Aparte de su importancia jurídica, el matrimonio la tiene, y mayor, religiosa, social y política. (p. 29)

Sin embargo, tal simbiosis “matrimonio-familia” no tiene su exacta correspondencia en nuestro actual ordenamiento jurídico, sobre todo tras la aprobación de la Constitución española de 1978, siendo de obligada mención lo indicado por el Tribunal Constitucional cuando recalca:

[...] debemos recordar que matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes, que encuentran cabida en preceptos distintos de la Constitución por voluntad expresa del constituyente, de modo que “el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio ... ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia” (STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 5 y jurisprudencia allí citada). (STC 198/2012, de 6 de noviembre)

El hecho de que la realidad social haya mutado extraordinaria e incontestable en las últimas décadas, con mucha mayor rapidez que en épocas anteriores, influye decisivamente en que el matrimonio haya pasado a configurarse en España y en el resto del mundo occidental como una mera opción y no una obligación *sine qua non* para que una pareja se estatuya en familia con plenos derechos y obligaciones, lo cual es reconocido por el derecho, debido a que la evolución y avance de la civilización occidental ha traído consigo nuevas realidades y la transformación de las vetustas costumbres sociales y requiere entonces un reflejo jurídico apropiado de tales situaciones con el fin de brindar protección equitativa a cualquier forma de estructuración familiar.

Sin embargo, paradójicamente, de la mano de Quintero Velásquez (2013, p. 91) se debe concluir que este “cambio de paradigma” y la multiplicidad de opciones de constitución de familia no han devenido en que las rupturas hayan disminuido, ni en las parejas casadas, ni

en las parejas no casadas, las cuales a pesar de poder llegar a contar con una voluntad inicial de mantenerse al margen del derecho, alcanzan también altas dosis de litigiosidad, especialmente en lo derivado a su ruptura con hijos comunes. El nivel de tolerancia por parte de los miembros de una pareja a los conflictos intrafamiliares propios de la convivencia o incluso del relacionamiento cuando hay hijos comunes, sin duda alguna se ha ido reduciendo de forma extraordinaria en nuestra sociedad, las parejas se fracturan por conflictos incluso menores de índole familiar, y no tienen tolerancia a la frustración ni a las equivocaciones ajenas, optando muy fácilmente por disolver la familia y agravar con ello las situaciones conflictivas familiares previas, lo cual ya lo destacábamos Rosillo Fairén & Castro Acosta (2022) genera un:

[...] debilitamiento de las relaciones familiares; el nacimiento de nuevas formas familiares un poco menos estructuradas y un poco menos cohesionadas, donde muchas veces los padres no conviven con sus hijos y eso genera un desapego o ausencia de relación con la familia del padre que vive fuera del hogar. (p. 91)

Así pues, bien puede afirmarse que la conflictividad en las llamadas crisis familiares, resulta una constante de nuestro tiempo, habida cuenta que el matrimonio ha dejado de tener la estabilidad que antaño tuvo -acaso de forma forzada- cuando se configuraba como “uno e indisoluble”<sup>2</sup>. Incluso el acervo popular recoge en esta tercera década del siglo XXI expresiones antes desconocidas, como las “relaciones líquidas”, tal y como señala acertadamente el reputado sociólogo Bauman (2005), remarcando que las mismas no solamente afectan a las parejas, sino también a otros sectores, como amigos, compañeros de trabajo y un largo etcétera y poetiza:

En nuestro mundo de rampante “individualización”, las relaciones son una bendición a medias. Oscilan entre un dulce sueño y una pesadilla, y no hay manera de decir en qué momento uno se convierte en la otra. Casi todo el tiempo ambos avatares cohabitan, aunque

2 Art. 22, Fuero de los Españoles, 18.7.1945. Y no puede olvidarse, como cierto precedente del mismo, el Decreto de la Regencia de 2.9.1875 restableciendo en el matrimonio canónico todos los efectos civiles que le reconocían las leyes vigentes hasta la promulgación de la ley provisional de 18 de junio de 1870 y disponiendo su inscripción en el Registro Civil. Sobre el mismo, Espín Cánovas (s/f) señalaba “En cuanto al matrimonio de los no católicos, el citado Decreto, aunque con fórmula bastante imprecisa, deja en vigor la ley de 1870 (art. 6.º), aclarándose las dudas sobre quienes pueden contraer matrimonio civil, por la R. O. de 27 de febrero de 1875 según la cual, los Jueces Municipales sólo podían autorizar los matrimonios de aquellos que ostensiblemente manifesten no pertenecer a la Iglesia Católica” e igualmente, véase, Ibán Pérez (1979).

en niveles diferentes de conciencia. En un entorno de vida moderno, las relaciones suelen ser, quizá, las encarnaciones más comunes, intensas y profundas de la ambivalencia. Y por eso, podríamos argumentar, ocupan por decreto el centro de atención de los individuos líquidos modernos, que las colocan en el primer lugar de sus proyectos de vida. (p. 8)

Y dentro de esta creciente individualización, surgen o se enuncian fenómenos como el “ghosting” o “efecto fantasma”, por medio del cual se da por terminada una relación unilateralmente por uno de los miembros de la pareja suspendiendo de forma intempestiva toda comunicación y contacto posible, sin justificar nada, con ello una relación de pareja desaparece de un momento a otro sin explicación alguna y sin brindarle a la otra parte la posibilidad de comprender este rompimiento.

Esta crisis a la que hemos venido refiriéndonos -que a nuestro juicio es real y no mera ensoñación- extiende sus más profundas raíces en la propia evolución social, aunque bien es cierto que, no puede olvidarse la influencia de los poderes públicos, de la que son buena muestra la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio y, sobre todo, de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que permite que dicho divorcio se efectúe con carácter general a los tres meses de celebración del matrimonio (art. primero). Esta inestabilidad y hasta cierto punto disponibilidad sobre el matrimonio, con pleno respaldo legal, se pone también de manifiesto en la actual redacción del artículo 87 del Código Civil español, fruto de la modificación efectuada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que permite algo que hace apenas dos décadas atrás habría resultado inaudito en España, esto es, el divorcio notarial, reza dicho artículo:

Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario Judicial o en escritura pública ante notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de divorcio. (Art. 87)

Según el Instituto Nacional de Estadísticas - INE (2023) en 2022 se produjeron en España 81 302 divorcios, de los cuales 65 033 divorcios fueron de mutuo acuerdo, limitando la litigiosidad a 16 269 divorcios; si comparamos los datos totales de 2022 con los datos de 2021 encontramos que en dicho año hubo 86 851 divorcios en España, observando que nos encontrábamos justo en el año postpandemia, donde las parejas sumidas en crisis al acabar el confinamiento optan por divorciarse; y por ubicación del lector en plena pandemia 2020 se efectivizaron en España 77 200 divorcios, por su parte en 2019 ocurrieron 91 645 divorcios en España y esta progresión de reducción de los divorcios se observa ya desde hace varios años atrás en 2007 en España se gestaron 125 777 divorcios, cuando la bonanza económica tocaba a su dramático fin, estos datos son de por sí expresivos de la realidad socioeconómica indesligable del matrimonio y de su ruptura, pues el divorcio deviene en “producto de lujo” cuando la coyuntura laboral se torna adversa máxime si se debe hacer frente a una posible pensión de alimentos.

Explica Triviño (2023) entre otros análisis de los datos producidos para 2022 por el Instituto Nacional de Estadísticas español que:

El descenso de las rupturas, explican los expertos, se debe a una disminución también del número de los matrimonios. Esta ha sido la tendencia de los últimos años, sólo interrumpida en 2022, cuando se produjo un repunte puntual de las bodas (179 107, la cifra más alta de la última década). Un aumento que se achaca a la celebración de enlaces que fueron aplazados por pandemia. «Es lógico que, tras ese descenso y con la vuelta a la normalidad de las relaciones sociales, haya crecido», dice Marta Seiz, profesora de Sociología de la UNED. (p. s/n)

En la merma del número de bodas incide un factor cultural: ya no se conciben como una meta que necesariamente hay que alcanzar en la vida, y se han ido sustituyendo por otras fórmulas de convivencia, como las parejas de hecho, que están experimentando un incremento progresivo y sostenido durante los últimos años. «Ya no constituyen únicamente una etapa previa al enlace, sino que se ha establecido como una situación socialmente aceptada para tener hijos y formar una familia», señala Seiz. (p. s/n)

No podemos olvidar entonces que los datos analizados se ven impactados por el hecho de que las parejas, cada vez más, optan por relaciones por fuera de las formalidades de un matrimonio, pero dichas parejas, de nueva estructuración, no casadas, registradas o

no registradas, no escapan lógicamente, de las crisis y consecuentes rupturas. Pues es innegable que, tradicionalmente esas crisis, no terminan de cristalizarse en las épocas de recesión económica, pues el divorcio resulta una opción inasumible para no pocas familias<sup>3</sup>. Así lo avalan las estadísticas oficiales del Instituto Nacional de Estadística español antes citadas. Todo ello por no mencionar un hecho relevante, aunque tangencial al derecho y es el hecho de la alta inflación que comenzó en 2022, que ha empobrecido a amplias capas de la población, cuya capacidad de consumo se ha reducido mucho más de lo que podría haber sido previsto.

Sin embargo, erraríamos gravemente si considerásemos que el divorcio o la separación de una pareja aboca de forma inexorable al fin de la crisis familiar origen de dicho divorcio o separación, de hecho, y muy lamentablemente, la “crisis familiar” no finaliza con el mismo divorcio o separación de la pareja, sino que desgraciadamente muchas veces se encona el problema y muta transformándose en un conflicto con vocación de permanencia entre ellos, que renace o se exagera por diversas cuestiones de acaecimiento común en una familia, sobre todo si hay hijos que continúan vinculando a los progenitores aún divorciados o separados, entre estas situaciones destaca, por número de conflictos y litigios que genera, el abono de los gastos extraordinarios por la expareja que no convive con los hijos comunes.

La generación de gastos extraordinarios provoca que, incluso muchos años después del divorcio o separación de la pareja, el conflicto se siga presentando cíclicamente, y que se solicite la intervención del aparato jurisdiccional para su definición caso a caso, porque como antes hemos indicado, la propia naturaleza de los gastos extraordinarios impide una definición general y permanente en valor o en tiempo, ni por las partes, ni por un juez, generando esto una notable presión sobre el sistema judicial español, así como -lo que resulta mucho más grave- en los excónyuges o exparejas y en sus hijos, llegando a fracturar irresolublemente las relaciones paternofiliales

---

3 No puede tampoco olvidarse que esta situación tiene graves repercusiones de todo tipo, que en ocasiones exceden de la esfera civil, ya que esta convivencia forzosa y no deseada, puede llegar a desembocar en situaciones de extrema gravedad, en donde se involucren otras ramas del derecho como el penal, por la ejecución típica de un supuesto típico, antijurídico y culpable, en medio de esa situación disruptiva e indeseada, pero bajo algunas percepciones, insuperable a corto plazo.

o maternofiliales, siendo los hijos, quienes sufren especialmente los interminables conflictos entre sus progenitores, debido a esta indeterminación y estado de conflictividad latente, donde cualquier evento extraordinario que implique una erogación económica implica el resurgimiento de los conflictos paternos.

Vemos entonces, que este tema de máxima conflictividad gestado en un contexto tan complejo de crisis familiar, difícilmente podría ser compatible con el principio rector del ordenamiento jurídico familiar español que pregona el proteger y garantizar el interés superior del menor con la consiguiente protección a la infancia.

### **Resolución alternativa de conflictos. Mediación “formal” y “oficiosa”**

Es en este contexto de conflictividad familiar cuando debe propugnarse con decisión la adopción de medios alternativos para resolver o evitar el conflicto, que tienda a garantizar de forma ágil y efectiva, el “interés superior del menor” o la “protección a la infancia” como principio máximo en derecho de familia.

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos son de variada configuración: pudiendo encontrar en ellos el arbitraje, la conciliación o la mediación, ésta última de gran relevancia en el ámbito familiar, ya que permite que los miembros de una familia, de forma dialogada y orientada por un profesional, busquen y lleguen a una solución dialogada y definitiva de sus conflictos, ahorrando tiempo, dinero y situaciones de incomodidad emocional en los miembros de la familia, ya que el mediador, ayuda a las partes a aprender y utilizar herramientas de manejo asertivo de los conflictos.

Tomando en consideración que los conflictos del ámbito familiar tal y como nos recuerda Castro Acosta (2023)

[...] revisten gran importancia, tanto por el número de casos, como por las consecuencias negativas para la sociedad con un manejo inapropiado de los mismos, ya que éstos pueden escalar y perjudicar las relaciones familiares y sociales circundantes, desestabilizando la paz social. Por ello, es imprescindible darles un manejo adecuado y ágil al mismo, mediante el mecanismo de RAC escogido por las partes, el cual se debe desarrollar en un ambiente pacífico, asertivo y amable para obtener las mejores soluciones, las cuales deben incluir, de ser posible, el mejorar o reconstruir las relaciones y las comunicaciones familiares deterioradas. (p. 306)

La mediación familiar, cuenta en España con profuso desarrollo a nivel autonómico desde los albores del presente siglo XXI. Así la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar (Andalucía). Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar (Aragón). Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar (Asturias). Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar (Balears). Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar (Canarias). Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar (Castilla-La Mancha). Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar (Castilla-León). Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar (Cataluña). Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar (Galicia). Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar (Madrid). Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar (País Vasco). Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar (Comunidad Valenciana).

De igual forma, esta figura cuenta con regulación europea destacando la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008<sup>4</sup>, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuyo artículo 3 nos da la siguiente definición de mediador:

[...] todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación. (Art. 3)

La profesionalidad exigida por el anterior artículo es un rasgo distintivo del mediador, junto a la neutralidad, independencia y confidencialidad. Además, para realizar la tarea de mediación, el

mediador deberá tener lógicamente, formación específica en el ámbito de la mediación y en las técnicas de resolución asertiva de conflictos, en el lenguaje no verbal, y en la comunicación asertiva, entre otras cualificaciones importantes; por ello para desarrollar su encomienda, el mediador podrá -más bien deberá- obtener la formación necesaria a través de una o más actividades formativas, a efectos de permitirle controlar el proceso de mediación y favorecer el crecimiento del acuerdo. Todo ello con un riguroso marco de responsabilidad, para evitar posibles daños en el ejercicio de sus funciones<sup>5</sup>.

Otro tema bien diferente es lograr que la figura de la mediación se implante en España con la generalidad, fuerza y rigor con el que sería necesario, hechos que -al menos a nuestro juicio- hasta la fecha no se han producido de la forma esperada. La Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles señala:

La mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia. (Exposición de motivos)

Sin pretender discutir la eficacia de esta institución, sí debe remarcarse que el fomento de la misma es, a todas luces, insuficiente en un país como el nuestro, con alta litigiosidad, en el cual los litigantes y las partes a las que representan, tienen en no pocas ocasiones una desmedida concepción de “su derecho” o de lo que “les corresponde”, siendo necesaria sin duda una labor pedagógica de los agentes intervinientes en el conflicto, entre los cuales tienen un singular papel los abogados, en favor de una solución extrajudicial, rápida, amistosa

4 Como antecedentes, pueden destacarse los siguientes instrumentos europeos: La recomendación NR (98) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la mediación familiar, de 21 de enero de 1998; La Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001, en materia de consumo. El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil de 2002. <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/61c3379d-bc12-431f-a051-d82fec20a04>. (última consulta, 21.10.2023); El Código de conducta europeo para mediadores de 2004 <https://www.cortearbitrajeymediacionvalencia.com/wp-content/uploads/2018/10/Codigo-de-conducta-europeo-para-mediadores.pdf>. (última consulta, 21.10.2023); La Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde de la Comisión sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de 12 de marzo de 2001 (Cfr. ZIAJA, A. M. La implantación de la mediación en España. <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/24933>. (última consulta, 21.10.2023) Pág. 9.

5 Así el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Establece: “Artículo 26. Obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil profesional del mediador. 1. Todo mediador deberá contar con un contrato de seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente por cuya virtud el asegurador o entidad de crédito se obligue, dentro de los límites pactados, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del mediador asegurado de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de su función”.

y con el menor coste material y moral posible para la familia y en especial para los hijos, quienes padecen las decisiones desafortunadas de sus progenitores, sobre todo, cuando los egos de ellos entran en colisión y olvidan el principio máximo del derecho de familia cifrado en el “interés superior del menor” o la “protección a la infancia”, ignorando incluso el mandato superior natural de proteger y cuidar a sus hijos privilegiando su bienestar al propio, y los hijos no pidieron venir al mundo, y lo mínimo que deben hacer sus progenitores es protegerlos de los graves efectos que en ellos genera un divorcio o separación de sus padres.

Sin perjuicio del realce y del gran impacto de la mediación como mecanismo de resolución alternativa de litigios, no podemos olvidar destacar otras opciones legislativas que actualmente y desde hace décadas, propugnan el logro de acuerdos, como premisa fundamental en el ámbito civil. Así encontramos que el artículo 415 LEC<sup>6</sup>:

Intento de conciliación o transacción. Sobreseimiento por desistimiento bilateral. Homologación y eficacia del acuerdo. 1. Comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas. Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado. Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del artículo 19, para someterse a mediación (...) (Art. 415)

No obstante, reputados procesalistas como Guasp & Aragonés (2002) advertían de la cautela con que debía utilizarse esta opción:

Es cierto que en el artículo 415 se ha suprimido la expresión (contenida en su correlativo art. 692 de la LEC de 1881) según la cual el tribunal “exhortará a las partes a que lleguen a un acuerdo”; pero del propio epígrafe del citado artículo 415, de la Exposición de motivos y, muy especialmente, del artículo 428 se deduce que el tribunal tiene esa facultad, de la que deberá usar con discreción para que su intervención no prejuzgue, en modo alguno, el resultado del pleito. (p. 639)

En el ámbito del derecho de familia incluso cuando el conflicto ha ido elevando su intensidad

y ha llegado a los estrados judiciales, la administración de justicia puede tener un papel muy relevante para lograr una aproximación de las cuestiones opuestas planteadas, incluso aunque las posturas de las partes se consideren irreconciliables, y lograr un acuerdo utilizando como vehículo del mismo una mediación, bien sea esta formal o informal. Pero ello requiere, como condición *sine qua non*, una importante y decidida colaboración de todos los individuos que tienen un papel preponderante en el proceso, lo cual implica un esfuerzo de las partes de intentar salir de la que podríamos denominar la cárcel del yo para que esa aproximación con la otra parte sea real y busque suavizar los efectos que conlleva en toda relación una situación conflictiva, buscando privilegiar el bienestar emocional de las mismas partes y de los hijos comunes.

Este proceso de mediación requiere una aproximación al problema con sensatez y sentido común, para que pueda producirse un real acercamiento entre las posiciones divergentes de las partes conflictuadas de forma efectiva y culminar en un acuerdo, cuyas ventajas son extraordinariamente elevadas para todos los involucrados en dicho conflicto, que realmente ganan mucho más de lo que pierden o creen que están perdiendo, resaltando el estado de paz<sup>7</sup> que genera el haber superado la fase álgida de un conflicto y haber logrado una pronta resolución, con un menor coste en clave de tiempo y de dinero.

Pueden remarcarse aquí las palabras del magistrado Pérez-Olleros Sánchez-Bordona

Es decir, es el abogado el que tiene que convencer a su cliente que el PCR es la solución al litigio, y que puede ser aceptable por las dos partes como forma de terminación del mismo en esa instancia judicial, lo que evita entrar en una escalada en el conflicto, que generaría una sentencia contenciosa, dado que muy probablemente no sería aceptada por una parte que la apelaría, y que incluso puede llevar el litigio hasta el Tribunal Supremo, o a una ejecución forzosa finalmente. No tiene que ser una solución equidistante, pero sí con mucho sentido común y justa (...) El abogado por tanto no es un mero operador jurídico sino un gestor de la solución del litigio y por ende

6 Por todos, véase: Fairén Guillén, V. (2000). *La audiencia previa consideraciones teórico-prácticas: comentarios a los arts. 414 a 430 de la Ley de enjuiciamiento civil de 7 de enero del año 2000*. Ed. Civitas. Madrid. Banacloche Palao, J. y De La Oliva Santos, S. (2009). “El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de enjuiciamiento civil”. Ed. Civitas. Madrid.

7 Tal y como resalta Castro Acosta (2023, p. 326) “Estos mecanismos propician y privilegian la comunicación asertiva y la convivencia pacífica entre las partes conflictuadas, máxime si de familiares se trata, al mostrarles o conducir su relación a un plano igualitario, asertivo, empoderado y amable que genere espacios de paz personal y familiar, permeando indiscutiblemente en la sociedad próxima donde se asienta la familia, y redundando en el establecimiento de una paz social duradera.”

es un operador positivo para la disminución del conflicto<sup>8</sup>. (p. 29)

He ahí el verdadero núcleo de la cuestión, la responsabilidad deontológica y ética que tenemos todos los abogados y operadores judiciales de aplicar en nuestras actuaciones, el sentido común y la justicia, expresada en términos de razonabilidad y de voluntad abierta al diálogo y a la reconciliación que permita en todo momento, no mantener de forma indefinida un conflicto con aspiraciones de cobrar más honorarios a nuestros clientes, sino, en facilitar un acuerdo razonable que evite gastos innecesarios tanto a nuestros clientes como al aparato jurisdiccional.

Y como bien señala en esta misma línea doctrinal la autora Bosque Heredia (2020) el sistema “Avantía” ha logrado, gracias a una perspectiva “colaborativa y no confrontativa” un noventa por ciento de acuerdos en el Juzgado de Primera Instancia número 27 de Madrid. Estas cifras bien debieran valorarse con sumo interés, pues no deja de ser un éxito del sistema. Y para que el mismo se produzca, considera la autora citada:

[...] debe realizarse de manera colaborativa aprovechando el potencial jurídico de los abogados y su autoridad jurídica frente a su propio cliente quien debe confiar en él, con el fin de que la ruptura como pareja no derive en nuevos conflictos los cuales conlleven a la imposibilidad de coordinarse como padres. (p. s/n)<sup>9</sup>

Las ventajas que tendría la adopción generalizada de este sistema para nuestra sociedad son incuestionables, para empezar por el ingente ahorro económico y de tiempos de tramitación para las administraciones públicas y para los litigantes. Y todavía más importante para los propios interesados, que evitarían el tremendo desgaste moral y psicológico derivado de la permanencia del conflicto durante el tiempo de tramitación del procedimiento judicial de que se trate, cuyo resultado apriorísticamente siempre tiene un fuerte componente de incertidumbre,

aunque una parte y otra se considere muy segura de ganar a la otra desde el comienzo.

Mediante esta vía alternativa de resolución de conflictos podemos lograr un pacto verdaderamente querido y deseado por las partes, poniendo fin no solamente al conflicto jurídico sino a ulteriores recriminaciones entre ellos en donde los hijos menores pueden tener el trágico papel de “espectadores” o “mandatarios” de las instrucciones o “recaderos y repetidores de mensajes con inquina” de un progenitor frente al otro. Para los expertos García Villaluenga & Vázquez De Castro (2013):

Los acuerdos así adoptados tienen la garantía de ser más ajustados a la realidad y viables, ya que son el resultado del proceso de toma de decisiones de las partes, fruto de su comunicación y de sus propias necesidades; por esta razón, estos acuerdos resultan duraderos y efectivos, ya que no son impuestos por una figura externa, sino que emanan de ellos mismos”. (p. 86).

Aunado a la anterior argumentación Castro Acosta (2023) resalta como ventaja de la mediación la perdurabilidad de sus acuerdos al precisar:

Los resultados obtenidos al ser fruto del diálogo asertivo de las partes, y en este caso, de partes que han visto reconducida y mejorada su relación familiar, son más estables, útiles y duraderos, y, con la buena fe por delante, se puede entender que los resultados obtenidos, que han solucionado el conflicto entre ellas, permanecerán en el tiempo por la ejecución o aplicación voluntaria de las mismas, debido, en últimas, y en escenarios normales, a un interés de mantener la relación familiar salvada y mejorada, luego de la ayuda de un profesional competente en el manejo de este tipo de conflictos. (p. 325)

Solo podemos manifestar nuestra total conformidad con las argumentaciones precedentes, ya que no en vano, esa figura externa, el juez que solventa el conflicto, es visto con recelo por las partes porque, aunque tenga la *potestas* romana es probable que carezca de *auctoritas* para las partes en conflicto, lo que incidirá en ulteriores recursos y eventuales cumplimientos defectuosos o tardíos, incluso derivando en incumplimientos de las resoluciones judiciales proferidas por el juez competente.

Por el contrario, cuando fruto de una mediación familiar el mediador bajo pautas de comunicación abierta y asertiva entre las partes, logra que ellas mismas desahoguen sus sentimientos, los superen y reconduzcan sus relaciones a niveles de cordialidad y respeto, que les permita conseguir un acuerdo extrajudicial de sus conflictos, es más probable

8 Así, en esta línea, cabe destacar el Código Deontológico, Adaptado al Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio Aprobado en el Pleno de 27 - IX - 2002 Y Modificado en el Pleno de 10 - XII -2002. Art. 7. 2. Se entiende que vulnera el presente Código Deontológico, aquella publicidad que comporte, entre otros supuestos: ... h) Incitar genérica o concretamente al pleito o conflicto. Art. 13.9.e) La evolución del asunto encomendado, resoluciones trascendentes, recursos contra las mismas; posibilidades de transacción, conveniencia de acuerdos extrajudiciales o soluciones alternativas al litigio. (Art. 7. 2)

9 No en vano, se corre el riesgo cierto de entrar en una espiral de ausencia de comunicación y constante judicialización del conflicto en este tipo de situaciones.

que dichas partes cumplan de mejor agrado y de manera más adecuada las soluciones alcanzadas en mediación para dar por terminado de forma perdurable los conflictos que se venían acaciendo entre ellas y precaver, incluso, nuevos litigios al establecer entre ellos pautas claras y negociadas, por ejemplo aquellas que definan qué será considerado en futuros gastos extraordinarios y su forma de solventarlos por los progenitores del hijo.

Podemos entonces indicar que una estrategia que permite abordar las complejidades inherentes a este tipo de conflictos familiares, partiría de establecer la mediación, como elemento previo en la tramitación de procedimientos del ámbito del derecho de familia tal y como ocurre con la conciliación previa en derecho laboral, con lo cual, este mecanismo alternativo de resolución de litigios se consolidaría como una alternativa real y previa a un proceso que persiga solventar de forma más efectiva y asertiva un conflicto de esta naturaleza, manteniendo o mejorando las relaciones quebradas entre los familiares y en especial, entre los progenitores y sus hijos, lo cual redundaría de aspectos positivos para todas las partes, ya que generaría un considerable ahorro personal, social y judicial.

### **NECESARIO RECORDATORIO ACERCA DE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE PRESTAR ALIMENTOS**

Bien es sabido que la rama del derecho dedicada al estudio de las instituciones propias de una familia, esto es, el denominado derecho de familia, pertenece al árbol del derecho civil y se circunscribe consuetudinariamente a la rama principal denominada derecho privado pero el mismo, contiene una serie de rasgos específicos y particulares que lo separan del derecho público y que lo invisten de una indudable singularidad en virtud de la cual cabe señalar que quizás sea el área de derecho civil que menos se ajusta a los estándares clásicos de tal derecho, ya que en el derecho de familia nos encontramos ante un principio dispositivo muy menguado a favor de la protección de bienes jurídicos superiores como la familia, los hijos -en especial los menores-, los incapaces, los dependientes, entre otros casos.

Como notas características pueden destacarse, entre otras, su incontestable contenido ético, ya que influyen y confluyen en el mismo, elementos tales de índole moral, ético, social o religioso, hasta el punto de que Rodríguez Sánchez (2010, p. s/n) citando a Ruggiero declara que "...el

derecho se apropia muchas veces de preceptos éticos para convertirlos en preceptos jurídicos. Así se explica que en el derecho de familia haya numerosos preceptos sin sanción o con sanción atenuada y obligaciones incoercibles.", y continúa indicando que, "En el derecho de familia existen factores de orden público y puede hablarse de un "orden público familiar", en la medida en que las reglas básicas sobre las que la familia se organiza se encuentran recogidas en el texto constitucional". (p. s/n)

Dicho todo lo anterior, en lo propiamente referido a los alimentos debe recordarse que el Tribunal Supremo explica que

La obligación de dar alimentos es una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional como taxativamente establece el art. 39 de la Constitución Española. Tal obligación resulta por modo inmediato del hecho de la generación y es uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, art. 154, 1º del Código civil. (STS 918/93 de 5 de octubre, FD Segundo)

Como bien es sabido, el concepto jurídico de alimentos engloba todo lo necesario para la vida, que debe tener un especial énfasis en el caso de los menores de edad, pues en España la edad mínima para trabajar es de 16 años, conforme a lo mandado por el artículo 6.1 del Estatuto de los Trabajadores, debemos entonces revisar lo indicado por el Código Civil español en su artículo 142 sobre alimentos:

Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo. (Art. 142 CC)

El Tribunal Supremo nos recuerda lo siguiente: [...] ante todo hay que decir que la obligación de prestar alimentos, se basa en el principio de la solidaridad familiar y que tiene su fundamento constitucional en el art. 39.1 de la Constitución Española que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Ahora bien, la obligación alimentaria, supone la existencia de dos partes, una acreedora que ha de reunir, aunque sea hipotéticamente la condición de necesitado, y otra deudora que ha de tener los medios y bienes

suficientes para atender la deuda. (STS 151/2001, de 1 de marzo, FD Primero)

Eso implica que sea cual fuere el tipo de familia, esos alimentos serán siempre exigibles conforme marque la ley. Bien sea o se trate de familia nuclear, extendida, padres separados, reconstituida o adoptiva. No en vano el Proyecto de Ley de Familias de 2023 (que decayó por la disolución anticipada de las Cortes) señalaba en su exposición de motivos:

Ya no existe la familia, sino las familias, en plural. Hoy es habitual ver familias formadas por parejas de hecho, familias formadas por una sola persona progenitora, familias formadas por personas pertenecientes a los colectivos LGTBI, familias en las que uno o ambos miembros de la pareja tienen hijas o hijos de uniones anteriores, familias adoptivas o acogedoras, familias procedentes de otro Estado o territorio, o en que alguno o algunos de sus integrantes residen fuera del territorio nacional, o familias entre personas que proceden de entornos culturales o étnicos diferentes. (Proyecto de Ley de Familias 121/000151, Exposición de Motivos).

Igualmente cabe destacar las características básicas de la obligación legal de alimentos como imperatividad, personalísima, irrenunciabilidad, intransmisibilidad, imprescriptibilidad (con determinados matices), inembargabilidad, irretroactividad, reciprocidad, indeterminación y variabilidad, incompensabilidad, prohibición de transacción, divisibilidad, mancomunidad y gratuidad<sup>10</sup>.

### **CLÁUSULAS SOBRE GASTOS EXTRAORDINARIOS EN CONVENIOS REGULADORES**

En medio de una crisis familiar, no resulta anómalo y, se está llegando a normalizar, algo que no debería permitirse, y es que en momentos de graves crisis de pareja, son los hijos las verdaderas víctimas y rehenes involuntarios de

todo el drama en que sus progenitores se han embarcado, generando una situación pseudo bélica, en donde, en muchos más casos de los que son deseables, uno de los miembros de la pareja manipula impunemente a su hijo, mintiéndole o tergiversando de forma desafortunada los hechos que rodean la crisis de pareja y llegando incluso a prohibirle ver a su otro progenitor, y en muchos casos, impulsando al hijo a manifestar que es él quien no desea ver a su otro progenitor.

Todo este drama sólo con el fin de empezar a gestar cambio o modificaciones de los gastos extraordinarios u ordinarios concertados entre los progenitores defraudando al progenitor con el que no convive a diario el menor, y creando en él sentimientos de culpa, miedo, odio y recriminación hacia el padre no custodio, lo que genera en cualquier ser humano consecuencias graves para su psique, pero en un menor cuyo componente psicológico y emotivo aún se encuentra en desarrollo, los daños pueden llegar a ser irreversibles, y esto sí que es grave, más allá de las discusiones paternas suscitadas por la crisis familiar, los hijos deberían ser objeto de protección y libertad para seguir amando a ambos progenitores, ya que amarlos a los dos no implica que dejen de amar aquél progenitor que vive con ellos.

Con el fin de permitir que un espacio de respeto y de comprensión requerido para el devenir de la crisis familiar, y de impedir actuaciones o presiones irracionales de la expareja, un convenio regulador claro, expreso y detallado ayudará como primera barrera de contención, a evitar interpretaciones erradas de una de las partes, con lo cual se evitarían el nacimiento de situaciones conflictuales futuras entre los progenitores no convivientes y que terminarían impactando en los hijos menores. Otra de las soluciones que precaven una futura situación litigiosa es establecer un sistema de revisión y actualización periódica de las cuotas alimentarias en función de los cambios operados en uno o en ambos cónyuges referidos a sus situaciones económicas, con lo cual se garantice una distribución equitativa de las cargas entre los progenitores no convivientes, que no permita una perpetuación indebida de cargas excesivas a uno sólo de ellos, frente al posible exiguuo o nulo aporte del otro.

Teniendo presente la precitada litigiosidad de esta área del ordenamiento, resulta de especial interés el prestar atención a las cláusulas comúnmente utilizadas sobre gastos extraordinarios, ya que la precisión o generalidad de las mismas, pueden

<sup>10</sup> Por todos, véase: Rosillo Fairén, A. & Castro Acosta, A. M., "Reflexiones sobre la posible modificación o extinción de la Pensión de Alimentos: Análisis Jurisprudencial.", en Revista VOX JURIS, Lima (Perú) 40 (2), 2022. Pág. 93. DOI <https://doi.org/10.24265/voxjuris.2022.v40n2.07>  
 ABAD ARENAS, E. "Reclamación de alimentos en favor de hijos mayores de edad y emancipados. Revisión de su régimen jurídico, requisitos y extinción de la obligación legal. Revista de Derecho UNED, núm. 12. 2013. España. pp. 17-75 (32).  
 JIMENEZ MUÑOZ, F. J. La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes. En "Anuario de derecho civil". Vol. 59, Nº 2, 2006. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. ISSN 0210- 301X. 2006. pp. 743-792. Recuperado de [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?pid=ANU-C-2006-20074300792](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?pid=ANU-C-2006-20074300792)  
 Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. Sistema de derecho civil. vol. IV, tomo 1, 12.ª ed. Tecnos, Madrid. 2018. Pág. 40 y ss.

ser motivos determinantes de futuros conflictos. Efectivamente, los gastos extraordinarios no son (valga la redundancia) “ordinarios”, sino imprevisibles y no periódicos, por tal indeterminación resulta necesario el poder efectuar un acercamiento al concepto y contenido de los mismos.

Sobre la definición y determinación de la responsabilidad sobre aquellos gastos de naturaleza extraordinaria complementarios a los gastos que se incluyen en la fijación de la pensión de alimentos, debido a que estos según jurisprudencia tranquila en España son gastos imprevisibles y no periódicos lo cual impide su cuantificación anticipada o periódica sobre lo cual precisa la Audiencia Provincial de Toledo:

[...] los gastos extraordinarios en la vida de los hijos son aquéllos que no tienen periodicidad prefijada, en cuanto dimanantes de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística, de tal modo que los mismos pueden surgir o no, habiendo además de ser vinculados a necesidades que han de cubrirse económicamente de modo ineludible, en orden al cuidado, desarrollo y formación, en todos los órdenes, del alimentista. Y ello en contraposición al concepto de lo superfluo o secundario, de lo que, obviamente, puede prescindirse, sin menoscabo para el referido descendiente (SAP de Toledo 15/2010, de 19 enero, FD 1).

El Juzgado de Primera Instancia nº24 de Madrid, realiza una interesante definición de tales gastos extraordinarios:

Los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida del menor, entendiéndose por tales los que tengan carácter excepcional y no sean previsibles, como gastos de enfermedad, prótesis ópticas o dentales, o cualquier otro gasto sanitario no cubierto por el Sistema Público de Salud de la Seguridad Social, serán sufragados en la proporción del 65% el padre y el 35% la madre, siempre que medie previa consulta (salvo supuestos excepcionales urgentes en que ello no sea posible) al progenitor no custodio sobre la procedencia del gasto y acuerdo de ambos, o en su defecto, autorización judicial. El progenitor custodio cuando pretenda adoptar una decisión sobre los menores que comporte la realización del gasto extraordinario deberá notificar fehacientemente su intención al otro progenitor recabando su consentimiento a la decisión proyectada. Dicho consentimiento se entenderá tácitamente prestado si el progenitor no custodio no ofreciere contestación alguna al mismo, en el plazo de diez días naturales al de la notificación. En caso de negativa a la realización del gasto será precisa la previa autorización judicial para su realización. (SJPI nº24 Madrid, 215/2021, del 19 de mayo. Fallo 3 y ss)

Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia nº 66 de Madrid realiza una definición mucho más amplia de dichos gastos extraordinarios, que a nuestro juicio puede resultar más satisfactoria de cara a la evitación de conflictos futuros<sup>11</sup>:

Tendrán la consideración de gastos extraordinarios los realizados para atender adecuadamente las necesidades de los menores relacionadas con su salud física o psíquica, su educación, formación u ocio, siempre que tengan carácter excepcional, es decir no sean habituales, ordinarios o permanentes, resulten necesarios o, al menos, convenientes para el interés o beneficio del menor y sean imprevisibles, bien por deberse a: caso fortuito o fuerza mayor, bien por ser originados por un hecho futuro e incierto que se desconoce si sucederá ni cuándo. En particular se consideran gastos extraordinarios las clases particulares de apoyo o refuerzo en los estudios y todos los gastos sanitarios necesarios no cubiertos por el Sistema Público de Salud de la Seguridad Social o cualquier otro sistema privado de previsión concertado por los progenitores, como las prótesis ópticas (gafas, lentillas o similares), prótesis dentarias (aparatos correctores como los brackets, colocación de piezas dentales nuevas), aparatos ortopédicos (plantillas, muletas, ayudadores, andadores, corsés, sillas de ruedas, etc.), los servicios o tratamientos dentales de cualquier tipo (raspajes, curetajes, endodoncia, desvitalización, etc.), y, en general, los tratamientos, terapias de logopedia, psicología, psiquiatría e intervenciones quirúrgicas de cualquier tipo, preventivas o curativas excluidas del sistema público gratuito de la Seguridad Social. Las operaciones quirúrgicas de cirugía estética, salvo las necesarias por tratarse de cirugía estética reparadora, sólo serán abonadas por ambos progenitores si son decididas de mutuo acuerdo, o, en su defecto, autorizadas por el juez. Igualmente se considerarán gastos extraordinarios las actividades extraescolares, los campamentos de verano, estudios, viajes o estancias de ocio en el extranjero decididas por ambos progenitores de mutuo acuerdo o, en su defecto, autorizadas por el juez. Para que sea exigible el pago de gastos extraordinarios, en la proporción correspondiente, por un progenitor al otro, deberá mediar previa consulta del progenitor que proyecte realizar el gasto al otro progenitor, y prestación por este del oportuno consentimiento o, en su defecto, autorización judicial, quedando exceptuados de este régimen de consulta previa los gastos sanitarios necesarios de carácter urgente. La consulta al progenitor no custodio, recabando su consentimiento al gasto proyectado, deberá realizarse por cualquier medio que deje constancia fehaciente de su práctica, y se entenderá tácitamente prestado si en el plazo de

<sup>11</sup> “Cuanto más detallados vengan qué gastos son ordinarios y extraordinarios en el convenio regulador o la sentencia menos problemas tendremos”. <https://www.safeabogados.com/blog/que-se-paga-con-la-pension-de-alimentos/> (última consulta, 21.10.2023)

los 10 días naturales siguientes no se notificare en igual forma al custodio la denegación De igual modo, si el progenitor no custodio proyectase la realización de un gasto extraordinario en el menor, deberá notificarlo de modo fehaciente al otro, recabando su consentimiento al gasto proyectado, que se entenderá tácitamente prestado si, en el plazo de los diez días naturales siguientes al del requerimiento, no mostrare de forma expresa, e igualmente fehaciente, su oposición. (SJPI nº66 Madrid, 38/2017, de 1 de febrero. Fallo 3 y ss)

En el ámbito de derecho de familia, no son pocos los letrados, asociaciones y entidades que recomiendan determinadas cláusulas, como ejemplo podemos observar que la base de datos jurídica Forulege (s/f) comparte un modelo de convenio regulados en donde en la Cláusula Sexta referida a Gastos Extraordinarios indica:

Los progenitores satisfarán al 50% los gastos extraordinarios relacionados con la salud de su hijo/a, tales como intervenciones quirúrgicas, radiografías, análisis y otros exámenes clínicos, tratamientos prolongados, odontología, logopeda, psicopedagoga y ortodoncia, rehabilitaciones y recuperaciones, aparatos ortopédicos o gafas, no cubiertos por la seguridad social o seguro privado mientras lo tengan, y gastos farmacéuticos, siendo requisito previo necesario, su conformidad en el concepto y en la identidad del o de los facultativos, o de acuerdo con la resolución judicial en caso de discrepancia, salvo que la urgencia del caso no permitiese la obtención de tal acuerdo. Asimismo, serán abonados por mitades entre ambos progenitores los gastos extraordinarios de educación, tales como las clases complementarias a las que acudan en la actualidad la/el menor; campamentos, cursos en el extranjero, etc. Para que dichos gastos sean abonados por el progenitor que no ha propuesto su realización deberán ser pactados previamente por las partes, constanding expresamente y por escrito dicha autorización, tanto en cuanto a la necesidad del gasto como a la calificación de extraordinario. Una vez otorgado consentimiento expreso por el progenitor que no ha propuesto ese gasto, el progenitor que haya tomado la decisión, deberá aportar al mismo recibo o factura de estos gastos extraordinarios para el abono por parte de este ultimo de la cuantía que le corresponda, siempre que esté de acuerdo con el mismo de manera expresa. Para el caso de que se decida unilateralmente por un progenitor; sin contar con el consentimiento del otro, será aquel quien sufrague el caso en su totalidad. En caso de discrepancia decidirá el Juzgado con carácter supletorio<sup>12</sup>(p. 4).

12 Por todos, ver <https://www.forulege.com/>, base de datos donde se comparte un modelo de convenio regulados en donde en la Cláusula Sexte referida a Gastos Extraordinarios indica <http://www.forulege.com/dokumentuak/formularioak/praxis-II-17-7.pdf> (última consulta, 21.10.2023)

Este y otros ejemplos similares son utilizados en la práctica profesional y judicial demostrándonos que, aunque existen rasgos comunes que tienden a coincidir en las concepciones de Gastos Extraordinarios, hay una absoluta disparidad de modelos de cláusulas sobre gastos extraordinarios empleadas a día de hoy en España. Y ello nos hace preguntarnos si, efectivamente, esa incuestionable falta de uniformidad puede incidir en una mayor litigiosidad. Un análisis estadístico pormenorizado posterior, realizado con los medios materiales oportunos, podría ayudar a determinar qué cláusulas son generadoras de menores conflictos, con el fin, de poder publicitar sus beneficios.

A estos efectos y por su gran litigiosidad, destacar en todo caso que las actividades extraescolares de los hijos se considerarán gastos ordinarios si las mismas ya eran desarrolladas por el hijo cuando se pactó o se estableció la pensión o en tal momento era previsible su devengo (Auto AP Madrid, 2008, de 23 de mayo.). De este Auto se hacen eco, entre otras providencias judiciales el Auto AP de Alicante 169/2015, de 20 de abril, la SAP Alicante 300/2016, de 28 de septiembre, la SAP Alicante 562/2018, de 3 de diciembre. Ahora bien, encontramos que la SAP de Barcelona 962/2015, de 22 de diciembre, remarca también esta idea<sup>13</sup>.

### **BREVE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE GASTOS EXTRAORDINARIOS: HIJOS MAYORES VS. HIJOS MENORES DE EDAD**

Con carácter previo, debemos recordar el Tribunal Supremo, que es citada por múltiples sentencias posteriores la cual señala que “son gastos extraordinarios los que reúnen características bien diferentes a las propias de los gastos ordinarios. Son imprevisibles, no se sabe si se producirán ni cuándo lo harán, y, en consecuencia, no son periódicos” (STS 579/2014, de 15 de octubre, FD Quinto.3)

Este y no otro ha de ser el marco jurídico vigente, por lo tanto y en virtud de tal periodicidad y previsibilidad, han de descartarse como extraordinarios los uniformes escolares, libros y demás material escolar del comienzo de

13 Igualmente véase: Pérez Díaz, M. de los A. (2021) Breves consideraciones de la obligación de dar alimentos de los padres a los hijos en el Derecho romano y en nuestro derecho español vigente. En *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*. Tomo III. BOE. Págs. 287-312. Recuperado en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-R-2021-30028700312](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-30028700312)

curso, abono transporte, transporte escolar, comedor escolar, matrícula académica ordinaria y un largo etcétera. Como ya indicamos en un artículo previo Rosillo Fairén & Castro Acosta. (2022), debe precisarse que:

[...] para los alimentos de hijos mayores de edad el artículo 93 CC establece que cuando se van a determinar estos tras una ruptura matrimonial o de convivencia, se prevé que el juez determine la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adopte las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. (p. 93)

En virtud de esta premisa, la obligación de alimentos referida a los hijos mayores de edad parte de un régimen jurídico diferente al aplicable para los alimentos de hijos menores de edad, por razones evidentes de toda índole, que fomente la autonomía y esfuerzo personal de dichos mayores y que combata decididamente lo que jurisprudencial y doctrinariamente se ha llegado a denominar “parasitismo social”.

Así la Audiencia Provincial de Barcelona establece que:

En cuanto a los gastos extraordinarios, dada esa mayoría de edad de la hija, deben ser interpretados muy restrictivamente. Los gastos de estudios, que la sentencia apelada incluye, no deben incluirse, pues entran dentro del concepto de alimentos según el artículo 259 CF. Efectivamente, los gastos extraordinarios deben ser entendidos rectamente como aquellos que son necesarios, no periódicos e imprevisibles (como gastos médicos, odontológicos, etc. No incluidos en la seguridad social o seguro privado) y no requieren acuerdo, por su condición de necesarios, sino comunicación suficiente al otro progenitor, y deben costearse por mitad, salvo razones especiales que determinen otra distribución. (SAP de Barcelona 591/2010, de 26 de noviembre, FD Quinto).

Realizar una interpretación contraria, sería, en la práctica, algo que no solamente contravendría la buena fe, sino que podría entrañar un verdadero abuso de derecho<sup>14</sup>, en virtud a que a nadie le es permitido el ejercicio de acciones en donde se pretenda abusar de los derechos a él concedidos por el ordenamiento jurídico, lo cual viene

14 Para mayor abundamiento en el concepto y consecuencias del enriquecimiento injusto, sirva la lectura de Calvo Sotelo, J. (1917). La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo. ditorial: Librería General de Victoriano Suárez., Madrid. Busto, J. M. Y Peña, F. (1997). Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual. En Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Vol. 1. A Coruña - España. pp. 141-166. Recuperado el 25.6.2023 en el link <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/1921>

proscrito desde el Código Civil español cuando advierte en su artículo 7:

[...] 2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. (Art. 7.2 CC)

El Tribunal Supremo, incide en esta línea argumental y aclara:

El derecho de alimentos del hijo mayor de edad continuado o sobrevenido a la extinción de la patria potestad conforme al artículo 93.2 del Código Civil se apoya fundamentalmente en lo que la doctrina civilista ha denominado «principio de solidaridad familiar» que, a su vez, debe ponerse en relación con la actitud personal de quien se considera necesitado (art. 152 C.C.); y de este modo, se concluye que el contenido de la obligación de prestar alimentos respecto de los hijos mayores de edad se integra sólo por las situaciones de verdadera necesidad y no meramente asimiladas a las de los hijos menores. (STS 558/2016, de 21 de septiembre, FD Tercero.1)

En este sentido, recuerda la jurisprudencia en materia de familia que no hay una inmutabilidad del convenio, lo que tiene especial trascendencia en cuanto exige un comportamiento diligente y activo por ambas partes y no solamente por el deudor de tales alimentos. Tal y como nos recuerda Hernández Díaz-Ambrona. (2017)<sup>15</sup>:

[...] aun cuando se quiera dotar al convenio regulador de la eficacia propia de un contrato, no pueden trasladarse al derecho de familia de forma global el conjunto de reglas del Código Civil relativas a las obligaciones y a los contratos, ya que la familia tiene su normativa propia específica, entre las cuales se encuentra la posibilidad de que se modifiquen judicialmente las medidas acordadas en convenio regulador. (p. 383)

Y en idéntico sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Murcia cuando indica:

[...] aun cuando se quiera dotar al convenio regulador de la eficacia propia de un contrato, no pueden trasladarse al derecho de familia de forma global el conjunto de reglas del Código Civil relativas a las obligaciones y contratos. Familia tiene su propia normativa específica, entre la cual se encuentra la posibilidad de que se modifiquen judicialmente las

15 Hernández Díaz-Ambrona, M. D. (2017). Estudio crítico de la pensión compensatoria. Ed. Reus. Colección Familia y Derecho. Madrid. Pág. 383.

medidas acordadas en convenio regulador cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges (v. arts. 90.3 del Código Civil y 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o, como ahora se verá, lo que aquí es más relevante, el rechazo de acuerdos dañosos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados (art. 90.2 del Código Civil). (SAP de Murcia 145/2018, de 8 de junio, FD. Segundo).

Ahora bien, frente a la posible declaración de alimentos de hijos emancipados y mayores de edad oficiosamente por el juez, Callejo Rodríguez (2018) nos recuerda que:

[...] los alimentos de los hijos emancipados y mayores de edad están sujetos al principio dispositivo y de rogación, no pueden ser acordados de oficio, pues aquí ya no está en juego la protección del interés del menor que fundamenta la ampliación de poderes ordinarios del juez en un proceso civil. (p. 18).

Por su parte Berrocal Lanzarot (2020) nos recuerda:

[...] la posibilidad de extinción de la pensión de alimentos cuando la ausencia o falta de relación manifiesta con el progenitor sea exclusivamente imputable al hijo mayor de edad tal como se ha planteado en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019 y conforme a lo previsto en el Código Civil catalán. (p. 480).

La Audiencia Provincia de La Coruña nos recuerda acertadamente que el mayor de edad que recibe una pensión de alimentos lo hace de forma necesariamente coyuntural, para evitar situaciones indeseadas y la falta de responsabilidad en que podrían recaer los hijos:

Tal y como señala la sentencia de la AP de Madrid de 29 de octubre de 2010.

[...] ha de llevar a la conclusión de que la obligación alimenticia en pro de los hijos del matrimonio mayores de edad no puede tener un carácter incondicional e ilimitado temporalmente en cualquier hipótesis, esto es en tanto dichos descendientes carezcan de medios propios con los que atender sus necesidades, pues ello iría en contra de la filosofía inspiradora de los artículos 142 y siguientes, el primero de los cuales ya establece, en su párrafo 2º, que los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista, tras la mayoría de edad, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable; y siendo la preparación académica elemento imprescindible para acceder a un puesto de trabajo de cierta cualificación, no puede dejar de relacionarse el referido precepto con el nº 5 del artículo 152, que contempla, como causa de cese de la obligación, la circunstancia de que la necesidad

del alimentista, descendiente del obligado, provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa. Y lógicamente la falta de diligencia laboral es asimilable a la desidia en la dedicación a los estudios necesarios para acceder a tal mundo laboral cualificado, pues será exigible al hijo en dicho supuesto, por su falta de aplicación escolar, el incorporarse a un puesto de trabajo no cualificado, de más fácil acceso, lo que igualmente determinaría la extinción del deber alimenticio, según dispone el artículo 152.3º. (SAP de La Coruña 572/2012, de 15 noviembre, FD Primero.)

La Audiencia Provincial de Madrid nos remarca esta idea, para que cese y se extinga esa pensión cuando exista independencia real de los hijos y, en todo caso, cuando de manera libre y voluntaria abandone el domicilio familiar para establecerse independientemente:

Contempla el artículo 93, párrafo segundo, del Código Civil, la posibilidad, dentro del procedimiento matrimonial, de fijar alimentos en pro de aquellos hijos que, aun mayores de edad, continúan conviviendo con uno de sus progenitores, en dependencia pecuniaria del mismo. Tal previsión legal conlleva, por lógica derivación, el cese de la obligación preestablecida en el caso, y desde el momento, en que el común descendiente deje de residir con el antedicho progenitor o, subsistiendo tal cohabitación, disponga de recursos económicos propios con los que satisfacer, en tal entorno convivencial, de modo autónomo sus propias necesidades. (SAP de Madrid 254/2004, de 27 abril, FD Tercero.)

## Algunos gastos con escaso tratamiento

### *Gastos de farmacia*

Dentro de los conflictos familiares que hemos ido perfilando con amplitud en este artículo, una de las fuentes de conflicto es la reclamación de gastos de muy escasa cuantía, que pueden alcanzar en ocasiones un carácter realmente irrisorio en comparación con la cuantía de la pensión, y que si se pretende su fijación por vía jurisdiccional implica un verdadero desgaste judicial del sistema judicial español y un económico y personal para las partes conflictuadas.

Explica la Audiencia Provincial de Barcelona señala que:

El hijo común, de 17 años de edad en este momento, tiene los gastos de alimentación, vestido, libros, material escolar, sanidad, farmacia, colegio, cuyo coste anual asciende a 1100 euros, fútbol con un coste de 450 al año y otros gastos de difícil cuantificación referidos a ocio, además de los derivados de la contribución a los gastos de la vivienda que ocupa con su madre, entre otros.

(SAP de Barcelona 758/2011, de 20 de diciembre, FD. Segundo.)

Por tanto, analizando la sentencia la Audiencia Provincial de Barcelona incluye expresamente los gastos farmacéuticos dentro de los ordinarios, ya que a mayor abundamiento no consta que existan enfermedades crónicas o de cierta gravedad, o que el menor no cuente con cobertura sanitaria pública que sufraga en gran medida los gastos de farmacia ordinarios, por lo que se puede presumir que el alcance real de dichos gastos de farmacia será bastante reducido.

También la Audiencia Provincial de Sevilla rechaza la obligación del pago de los gastos de farmacia en el:

6.- Gastos de farmacia: respecto a este concepto, la apelante aporta meras facturas de medicamentos y otros productos farmacéuticos (fs. 37-43), sin acreditar suficientemente —mediante informes clínicos, testificales médicas, etc.— que las mismas correspondan a tratamientos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, como establece el convenio regulador. Consta asimismo la negativa del Sr. Miguel a asumir su pago (f. 41). No cabe, pues, catalogar ese gasto como extraordinario. (AAP de Sevilla 133/2022, de 5 de abril. FJ. Segundo.6)

Probablemente, en supuestos como este, el papel de la mediación habría sido especialmente relevante, de cara a evitar demandas con escaso fundamento y a superar este evento y los futuros al poder determinar con claridad el contenido y la forma de asunción de los gastos extraordinarios, verbigracia, de farmacia.

Otra cuestión bien diferente es cuando se trata de hijos que tienen una enfermedad crónica y necesariamente reciben un tratamiento farmacológico constante prescrito por un médico, en este hilo argumental la Audiencia Provincial de Barcelona reconoce como extraordinario y necesario el gasto de tratamiento de un menor no cubierto por la sanidad pública, aunque la madre no hubiese guardado todos los recibos de farmacia, por entender que el tratamiento se sigue de forma ininterrumpida, facilitando así de modo muy acertado a nuestro juicio la prueba, a tenor de las circunstancias del caso:

En cuanto al medicamento que el hijo precisa, el padre no cuestiona que el mismo esté prescrito por el médico ni tampoco cuestiona que deba tomarse habitualmente, y que el coste de las dosis mensuales sea de 46,64 €, lo que opone es que la madre no ha justificado el pago más que de unos cuantos meses. Por su parte la ejecutante lo que menciona es que no guarda todos los

tickets de la farmacia, pero que el tratamiento se sigue de forma ininterrumpida. No puede cuestionarse que el tratamiento está prescrito por el médico ni tampoco que el mismo se lleva a cabo regularmente por lo que el coste del mismo, se guarden o no los recibos de la farmacia, debe ser asumido por ambos progenitores, al estar así previsto en el título. (AP de Barcelona en su auto n.º 344/2022, de 7 de octubre, FD. Segundo.)

A modo de ejemplo anecdótico de la práctica litigiosa en donde se observa el grado de histrionismo que alcanzan algunas reclamaciones, y que genera la desacreditación y prevención de reclamaciones válidas de otros actores, podemos citar un auto de la Audiencia Provincial de Burgos, que entiende acertadamente que, los gastos de farmacia reclamados de productos de higiene bucodental (cepillo de dientes y colutorio) no son un gasto extraordinario:

La parte apelante refiere que los colutorios y el cepillo de dientes de 2018 (143 93 €) son gastos ordinarios. Lo cierto es que ese gasto merece la condición de ordinario subsumible en el importe de la pensión alimenticia, pues es un gasto periódico que viene referido a la higiene bucodental. Se estima el motivo. (AAP de Burgos n.º 448/2021, de 30 de diciembre, FJ. Quinto)

### ***DNI y pasaporte***

Resulta importante el destacar el carácter obligatorio del Documento Nacional de Identidad - DNI en España, para todos los mayores de 14 años, obligación derivada de la previsión expresa contenida en Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, cuyo Artículo 9 señala:

Obligaciones y derechos del titular del Documento Nacional de Identidad. 1. El Documento Nacional de Identidad es obligatorio a partir de los catorce años. Dicho documento es personal e intransferible, debiendo su titular mantenerlo en vigor y conservarlo y custodiarlo con la debida diligencia. No podrá ser privado del mismo, ni siquiera temporalmente, sino en los supuestos en que, conforme a lo previsto por la ley, haya de ser sustituido por otro documento. (Art. 9.)

Y lejos de ser una novedad en nuestro ordenamiento, dicho precepto no hace sino ratificar lo previsto en su antecesora, concretamente el Art. 9.2 Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Norma que, a su vez, también ratificaba lo señalado en disposiciones anteriores. Por tanto, a todos los efectos, se trata de un gasto periódico, necesario y previsible que, por tanto, no habría de configurarse como extraordinario.

Su cuantía actual según el gobierno de España (2023)<sup>16</sup> es de 12 euros, por lo que el nivel de reclamaciones, así como el tratamiento dado por la doctrina y jurisprudencia resulta anecdótico, pero bien es cierto que debería ser inexistente salvo en familias cuya situación económica fuese verdaderamente crítica.

La configuración de gasto ordinario en lo referido a la expedición del pasaporte es diferente, ya que Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características, señala en su Artículo 2 señala “Derecho a la obtención del pasaporte ordinario. 1. Todos los ciudadanos españoles tienen derecho a obtener el pasaporte ordinario siempre que no concurren en los mismos alguna de las siguientes circunstancias (...)”

Cabe aquí destacar la interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, la cual señala que:

Se mantienen la titularidad y ejercicio conjuntos por ambos progenitores de la patria potestad sobre los menores Alberto y Alexander. Como consecuencia del anterior pronunciamiento se requerirá el consentimiento de ambos progenitores (y, en su defecto de autorización judicial) para la realización de “actos de ejercicio extraordinario de patria potestad” sobre los menores (tales como toma de decisión sobre su lugar de residencia, escolarización, realización de actividades de riesgo, excursiones escolares, viajes al extranjero, consentimiento para sometimiento a tratamientos médicos, quirúrgicos o psicológicos, autorización y/o renovación de DNI, pasaporte o tarjeta sanitaria, etc). (SAP Alicante 384/2022 de 26 de octubre, FH Primero.)

En esta sentencia, el Tribunal no calificó a la expedición del DNI y pasaporte como un gasto extraordinario, pero sí como “acto de ejercicio extraordinario de patria potestad”, y hace una equivalencia a otros gastos que normalmente se califican como extraordinarios, como las excursiones escolares y los tratamientos médicos, quirúrgicos o psicológicos. Ahora bien, queremos manifestar nuestra discrepancia con el contenido de la misma, sobre todo en lo referido

a la obtención y/o renovación del DNI, toda vez que se trata de un gasto totalmente necesario y previsible. Y si realmente se configurase como acto extraordinario de patria potestad, en puridad sería necesario el concurso de ambos progenitores para la obtención del DNI o, en su defecto, la actuación de uno con el consentimiento del otro, cosa que en la práctica no sucede.

## CONCLUSIONES

Corolario de todo lo analizado en este artículo podemos deducir las siguientes conclusiones:

1. Es necesario que se potencie y sensibilice a los usuarios y profesionales del aparato jurisdiccional, de forma urgente, por parte de las administraciones públicas y de los colegios profesionales, sobre el importante papel de la mediación, como elemento especialmente relevante de cara a prevenir tanto las demandas con escaso fundamento o de cuantía irrisoria como para -siendo esto último que indicamos a continuación lo más importante- no profundizar y convertir en cíclicos, de forma innecesaria, los conflictos familiares post rupturas de parejas.
2. Para optimizar y viabilizar el desarrollo de la opción antes indicada podemos proponer como elemento aplicable en la práctica que, se diera a conocer suficientemente la posibilidad de mediación de forma expresa en las providencias y autos judiciales del ámbito del derecho de familia especialmente aquellos que dan inicio al proceso de que se trate, ratificándose tal posibilidad ante el letrado de la administración de justicia, en una comparecencia que bien debiera celebrarse antes de la vista a celebrarse ante su señoría, serían muchos los casos en donde se podrían terminar de forma anticipada esos litigios y con un grado de satisfacción mayor por las partes, si han desarrollado adecuadamente el proceso de mediación dispuestos a resolver sus conflictos de forma definitiva y a precaver nuevos litigios. Adicionalmente se considera importante que todos los agentes implicados deban informar detalladamente a las partes conflictuadas de las ventajas de alcanzar estos acuerdos que se muevan en el marco de lo razonable, tratando de realizar un planteamiento objetivo que huya del conflicto personal y persiga la armonía y la paz social y familiar.
3. Es posible igualmente predicar la necesidad de potenciar las versiones actualizadas de

16 A modo orientativo, del lector y mostrando su infimo valor, la página oficial española prevista para el trámite de renovación por caducidad, extravío, sustracción, anticipo o deterioro del DNI asigna a tal trámite un valor de 12,00 euros, los cuales deberán ser abonados bien en efectivo o a través de tarjeta de crédito/débito en la Unidad de Documentación, o utilizando el pago por vía telemática, en la web [www.citapreviadnie.es](http://www.citapreviadnie.es) [https://www.dnielectronico.es/portaldnie/PRF1\\_Cons02.action?pag=REF\\_480#:~:text=Con%20car%C3%A1cter%20general%3A,web%20www.citapreviadnie.es](https://www.dnielectronico.es/portaldnie/PRF1_Cons02.action?pag=REF_480#:~:text=Con%20car%C3%A1cter%20general%3A,web%20www.citapreviadnie.es) (última consulta, 21.10.2023)

los convenios reguladores, impulsadas por los colegios profesionales, suficientemente detalladas, para evitar posibles omisiones que puedan generar o propiciar futuros conflictos. El papel de los colegios de abogados resulta capital a estos efectos, para evitar futuras disfunciones, y que con su capacidad de publicidad y alcance a todos los abogados podrían generar formularios en donde in extenso se desarrollen las diversas opciones, resaltando las cláusulas más importantes que deberían llevar estos convenios.

4. Es menester sentar postura, en el sentido, de que, fruto del estudio casuístico efectuado para redactar este artículo, podemos invitar a que los convenios reguladores indiquen con meridiana claridad para ambas partes aquellas cuestiones importantes y de alta litigiosidad, como por ejemplo, que en el caso de los hijos mayores de edad la interpretación de los gastos extraordinarios es restrictiva y no puede quedar al capricho o la voluntariedad o belicosidad de una sola de las partes; o que actividades extraescolares son consideradas gastos ordinarios si ya tenían lugar cuando se pactó o estableció la pensión o en tal momento era previsible su devengo, tal y como indica la jurisprudencia citada. Todo esto logrará como efecto querido el evitar litigios innecesarios, basados en interpretaciones neófitas de personas que no tienen por qué tener conocimientos jurídicos profundos de las leyes y de las líneas jurisprudenciales aplicables a cada fuente de conflicto familiar, lo cual parece imprescindible en parejas cuya relación sea conflictiva o muy conflictiva desde antes de su separación o como consecuencia de la misma.
5. Podemos colegir como aporte final que deberán considerarse como gastos extraordinarios:
  - a. Aquellos realizados para atender adecuadamente las necesidades de los menores relacionadas con su salud física o psíquica, su educación, formación u ocio, siempre que tengan carácter excepcional, es decir no sean habituales, ordinarios o permanentes, resulten necesarios o, al menos, convenientes para el interés o beneficio del menor y sean imprevisibles, bien por deberse a un caso fortuito o de fuerza mayor, bien por ser originados por un hecho futuro e incierto que se desconoce si sucederá ni cuándo.

- b. En particular se podrán considerar como gastos extraordinarios:
  - i. Las clases particulares de apoyo o refuerzo en los estudios.
  - ii. Todos los gastos sanitarios necesarios no cubiertos por el sistema público de salud de la seguridad social o cualquier otro sistema privado de previsión concertado por los progenitores, como:
    1. Prótesis ópticas (gafas, lentillas o similares),
    2. Prótesis dentarias (aparatos correctores como los *brackets*,
    3. Colocación de piezas dentales nuevas),
    4. Aparatos ortopédicos (plantillas, muletas, ayudadores, andadores, corsés, sillas de ruedas, etc.),
    5. Los servicios o tratamientos dentales de cualquier tipo (raspajes, curetajes, endodoncia, desvitalización, etc.),
    6. Los tratamientos, terapias de logopedia, psicología, psiquiatría
    7. Intervenciones quirúrgicas de cualquier tipo, preventivas o curativas excluidas del sistema público gratuito de la seguridad social.
    8. Las operaciones quirúrgicas de cirugía estética, salvo las necesarias por tratarse de cirugía estética reparadora, sólo serán abonadas por ambos progenitores si son decididas de mutuo acuerdo, o, en su defecto, autorizadas por el juez.
    9. Actividades extraescolares, los campamentos de verano, estudios, viajes o estancias de ocio en el extranjero decididas por ambos progenitores de mutuo acuerdo o, en su defecto, autorizadas por el juez.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

### Bibliografía

Abad Arenas, E. (2013). Reclamación de alimentos en favor de hijos mayores de edad y emancipados. Revisión de su régimen jurídico, requisitos y extinción de la obligación legal. En *Revista de Derecho UNED*, núm. 12. 2013. España. pp. 17-75 (32).

- Albaladejo García, M. (2002). *Curso de derecho civil IV. Derecho de familia*. Ed. Librería Bosch. Barcelona.
- Alzaga Villamil, O. (1978). *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*. Ed. Del Foro. Madrid.
- Banacloche Palao, J. Y de la Oliva Santos, S. (2009). *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la ley de enjuiciamiento civil*. Ed. Civitas. Madrid.
- Bauman, Z. (2005). *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*. Ed. Fondo de cultura económica de Argentina. Argentina.
- Berrocal Lanzarot, A. (2020). La extinción de la prestación de alimentos de los hijos mayores de edad. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. ISSN 0210-0444, Año nº 96, Nº 777, págs. 479 y ss.
- Bosque Heredia, E. (2020). Una visión del método “Avantia”. Agosto 2020. [https://www.aeafa.es/opinion.php?\\_pagi\\_pg=2](https://www.aeafa.es/opinion.php?_pagi_pg=2)
- Busto, J. M. Y Peña, F. (1997). Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Vol. 1. A Coruña – España.
- Calvo Sotelo, J. (1917). *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*. Editorial: Librería General de Victoriano Suárez. Madrid.
- Callejo Rodríguez, C. (2018). *La modificación de los alimentos a los hijos*. Ed. Reus. Colección jurídica general. Monografías. Madrid.
- CastroAcosta, A.M. (2023). La resolución alternativa de conflictos familiares. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 73(285), 305–330. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2023.285.85421>
- Díez-Picazo, L. Y Gullón Ballesteros, A. (2018). *Sistema de derecho civil. vol. IV, tomo 1*, 12.ª ed. Tecnos, Madrid.
- Espín Cánovas, D. (s/f). Breve exposición de la eficacia civil del matrimonio canónico en el vigente sistema del Código Civil Español y del Concordato de 1953. <https://revistas.um.es/analesumderecho/article/view/103201/98191>.
- De Esteban Alonso, J. Y González Trevijano, P. (1993). *Curso de derecho constitucional español II*. Ed. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho. Madrid.
- Fairén Guillén, V. (2000). *La audiencia previa consideraciones teórico-prácticas: (comentarios a los arts. 414 a 430 de la Ley de enjuiciamiento civil de 7 de enero del año 2000)*. Ed. Civitas. Madrid.
- García Villaluenga, L. Y Vázquez De Castro, E. (2013). La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo. En *Política y Sociedad*. ISSN: 1130-8001 2013, 50, núm. 1.
- Guasp, J. Y Aragonese, P. (2002). Derecho procesal civil. Tomo I. Introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios. Revisada y adaptada a la LEC 1/2000, de 7 de enero. Ed. Civitas. Madrid. 5ª edición.
- Hernández Díaz-Ambrona, M. D. (2017). *Estudio crítico de la pensión compensatoria*. Ed. Reus. Colección Familia y Derecho. Madrid. p. 383.
- Ibán Pérez, I. (1979). Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española. En *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 32. Nº 1. p. 83 y ss.
- Instituto Nacional de Estadísticas – INE. (2023) Estadística de nulidades, separaciones y divorcios – Año 2022. Recuperado en [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176798&menu=resultados&idp=1254735573206#!tabs-1254736194764](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&menu=resultados&idp=1254735573206#!tabs-1254736194764)
- Jimenez Muñoz, F. J. (2006). La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes. En *Anuario de derecho civil*. Vol. 59, Nº 2, 2006. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid. ISSN 0210- 301X. 2006. pp. 743-792. Recuperado de [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2006-20074300792](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2006-20074300792)
- Lacruz Berdejo, J. L. (2005). Elementos de Derecho Civil. IV. Familia. Ed. Dykinson. Madrid. 2ª edición. Revisada y puesta al día por Rams Albesa, J.
- Lasarte Álvarez, C. (2009). Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil. Tomo sexto. Octava edición. Ed. Marcial Pons. Madrid-Barcelona-Buenos Aires.
- Pérez Díaz, M. de los A. (2021) Breves consideraciones de la obligación de dar alimentos de los padres a los hijos en el Derecho romano y en nuestro derecho español vigente. En *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*. Tomo III. BOE. Págs. 287-312. Recuperado en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-R-2021-30028700312](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-30028700312)

Pérez-Olleros Sánchez-Bordona, F. (2019, Abril). Abordaje judicial de los litigios de familia (Método Avantia). Recuperado de [https://www.aeafa.es/files/noticias/2019\\_04\\_07\\_abordaje\\_judicial\\_de\\_los\\_litigios\\_defamilia\\_metodo\\_avantia.pdf](https://www.aeafa.es/files/noticias/2019_04_07_abordaje_judicial_de_los_litigios_defamilia_metodo_avantia.pdf)

Quintero Velásquez, A. M. (2013, enero-junio). La familia según un enfoque de convergencia: diversidad familiar, género y sexualidad. En *Katharsis*. ISSN 0124-7816, No. 15 enero-junio, Envigado, Colombia. p. 89 y ss.

Roca Trías, E. (Octubre, 2018). Artículo 39. Comentarios a la Constitución Española. En Tomo I Conmemoración del XL aniversario de la Constitución. Primera edición. Ed. Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia. Directores: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer María Emilia Casas Baamonde.

Rodríguez Sánchez. Vicente Francisco. (2010, 12 de octubre). El Derecho de Familia: Sus Caracteres. En *Tema 88 Civil Notarias*. Medina Sidonia – Cadiz. Recuperado de <https://www.notariosyregistradores.com/opusosites/REVISADOS/88-CIVIL.htm>

Rosillo Fairén, A. y Castro Acosta, A. M. (2022). Reflexiones sobre la posible modificación o extinción de la Pensión de Alimentos: Análisis Jurisprudencial. En *Revista Vox Juris*, Lima (Perú) 40 (2). DOI <https://doi.org/10.24265/voxxuris.2022.v40n2.07>

Triviño, M. (2023) España cambia alrededor del altar: menos bodas, menos divorcios y más custodias compartidas. En *El Mundo*. Recuperado de <https://www.elmundo.es/espana/2023/12/09/6573578dfc6c83e0628b4593.html>

Ziaja, A.M. (2017). La implantación de la mediación en España. Universidad de Valladolid. Recuperado de <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/24933>

## Jurisprudencia

Sentencias del Tribunal Constitucional  
STC 198/2012, de 6 de noviembre  
STC 155/2011, de 17 de octubre  
STC 222/1992, de 11 de diciembre

Sentencias del Tribunal Supremo  
STS 558/2016, de 21 de septiembre  
STS 579/2014, de 15 de octubre  
STS 184/2001, de 1 de marzo  
STS 151/2000, de 23 de febrero  
STS 918/1993, de 5 de octubre

Sentencias de Audiencias Provinciales  
SAP de Alicante 384/2022, de 26 de octubre  
SAP de Alicante 562/2018, de 3 de diciembre  
SAP de Murcia 145/2018, de 8 de junio.  
SAP de Alicante 300/2016, de 28 de septiembre  
SAP de Barcelona 962/2015, de 22 de diciembre  
SAP de La Coruña 572/2012, de 15 noviembre  
SAP de Barcelona 758/2011, de 20 de diciembre  
SAP de Barcelona 591/2010, de 26 de noviembre  
SAP de Madrid 254/2004, de 27 abril

Autos de Audiencias Provinciales  
Auto AP de Barcelona 344/2022, de 7 de octubre  
Auto AP de Sevilla 133/2022, de 5 de abril  
Auto AP de Burgos 448/2021, de 30 de diciembre  
Auto AP de Alicante 169/2015, de 20 de abril  
Auto AP de Madrid 2008, de 23 de mayo.

Sentencias de Juzgados de Primera Instancia  
Sentencia del Juzgado de Primera Instancia  
24 de Madrid 215/2021, de 19 de mayo  
Sentencia del Juzgado de Primera Instancia  
66 de Madrid 38/2017, de 1 de febrero

## Webgrafía

- <https://www.lavanguardia.com/vida/20220715/8410204/2021-hubo-86-851-divorcios-espana-12-5-mas-ano-anterior-ine.html> (última consulta, 21.10.2023)
- <https://www.ine.es/prensa/np516.pdf> (última consulta, 21.10.2023)
- [https://www.dnielectronico.es/portaldnie/PRF1\\_Cons02.action?pag=REF\\_480#:~:text=Con%20car%C3%A1cter%20general%3A,web%20www.citapreviadnie.es](https://www.dnielectronico.es/portaldnie/PRF1_Cons02.action?pag=REF_480#:~:text=Con%20car%C3%A1cter%20general%3A,web%20www.citapreviadnie.es) (última consulta, 21.10.2023)
- <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/61c3379d-bc12-431f-a051-d82fefc20a04>. (última consulta, 21.10.2023)
- <https://www.cortearbitrajeymediacionvalencia.com/wp-content/uploads/2018/10/Codigo-de-conducta-europeo-para-mediadores.pdf>. (última consulta, 21.10.2023)
- <https://www.iberley.es/temas/gastos-sanitarios-seguros-salud-y-farmaceticos-ordinarios-o-extraordinarios-67491> (última consulta 21.10.2023)
- [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-151-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-151-1.PDF) (última consulta 21.10.2013)
- <http://www.forulege.com/dokumentuak/formularioak/praxis-II-17-7.pdf> (última consulta, 21.10.2023)
- <https://www.safeabogados.com/blog/que-se-paga-con-la-pension-de-alimentos/> (última consulta, 21.10.2023)

## **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.

## **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](mailto: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 42 N° 2**

Se diagramó en el

Fondo Editorial USMP

Jr. Las Calandrias 151-291, Santa Anita, Lima 43 -Perú

Correo electrónico: [fondoeditorial@usmp.pe](mailto:fondoeditorial@usmp.pe)

Teléfono: (51-1) 362-0064 anexo: 3262

Mayo 2024 Lima - Perú