ISSN (Impreso): 1812-6804
ISSN (En línea): 2521-5280
DOI://doi.org/10.24265/voxjuris

VOX JURIS

43
N°2
2025

WoS Q4

Lima - Perú Vol. 43 Nº 2 185pp.



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 43, Número 2

2025

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 Active Research Result, Actualidad Iberoamericana, Alicia, AmeliCA, Aura, Base, Berkeley Law, Biblat, Biblioteca Electrónica de Ciencia y Tecnología, Bibliotheksservice-Zentrum Baden-Württemberg, CLACSO, Citefactor, Clase, CIRC, CORE, Crossref, Dialnet, Dimensions, DOAJ, DRJI, EBSCO, Emerging Sources Citation Index de Web of Science, Erihplus, EUROPUB, EZB, Fatcat!, Google Académico, Hein Online, HEUPO, Hollis Harvard, I2OR, Index Copernicus International, Infobase Index, International Innovative Journal Impact Factor, International Scientific Indexing (ISI), Journal Index.org, Journal Tocs, La Referencia, LatAm Studies (Estudios Latinoamericanos), Latindex, Latindex (version online), LatinREV, Latioamericana Revistas, LENS.ORG, Miar, Microsoft Academic Search, Mir@bel, OAJI.net, OCLC Worldcat, Open Access, Open AIRE Explore, Portal de Periódicos/CAPES, Quality Open Access Market, Rebiun, Red Académica Diálogos en Mercosur, REDIB, ResearchBib, Rootindezing, Science Research, Scientific Indexing Services, SCILIT, Semantic Scholar, SUDOC, Ulrich's Periodical Directory, UNAM, Universidad de Salamanca, University Library RWTH Aachen University, VLEX, Wikidata, Wilbert, Zeitschriften Datenbank, Zenodo.

VOX JURIS 43 N° 2

CONSEJO EDITORIAL

Presidente: Ernesto Álvarez Miranda

- Abogado y Doctor en Derecho por la USMP.
- Ex becario del ICI, con especialidad en Derecho Político por la Universidad de Navarra.
- Ex magistrado del Tribunal Constitucional y su presidente en 2012.
- Especialización en Justicia Constitucional y Tutela de los Derechos por la Universidad de Pisa.

Miembros:

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. 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 Marenco
- 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).

Dr. Antonio Silva Esquinas
- Doctor cum laudem en Criminología y Antropología (UNED), profesor contratado doctor con sexenio de investigación (ANECA), coordinador de titulación en el Grado en Criminología de la Universidad Europea. Ostenta el grado de etnógrafo y metodólogo principal en GCIPS (Grupo de Conocimiento-Investigación en Problemáticas Sociales).
- Áreas de especialización: epistemología y metodología etnográfica; ética en investigación social y; género, desviación y ciberespacio.

Coordinador de Edición: Ing°. M.A. Luis Suárez Berenguela - Fondo Editorial USMP
Diagramación: Janeth Condori Castro - Fondo Editorial USMP
Equipo editorial: Ximena Isabel Gamarra Jaimes Ramírez y Alexis Jair Ruiz Paucar
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 2025.

VOX JURIS
ISSN 1812-6804
Volumen 43, Número 2, 2025
Julio – Diciembre 2025

CONTENIDO
CONTENT

Presentación 7

Editorial 8

Artículos originales

HOMICIDIO DOLOSO EN EL ESTADO DE GUANAJUATO: UN ESTUDIO CRIMINOLÓGICO INTERSISTÉMICO Y DE INTERACCIÓN MULTIFACTORIAL
INTENTIONAL HOMICIDE IN THE STATE OF GUANAJUATO: AN INTERSYSTEMIC CRIMINOLOGICAL STUDY AND MULTIFACTORIAL INTERACTION
Omar Valenzuela Viramontes
https://orcid.org/0009-0006-6875-0651
Sociedad Mexicana de Criminología
omarvalenzuelaviramontes@gmail.com
México..... 12

BAJO VIGILANCIA: DESCIFRANDO LAS CLAVES DEL SISTEMA DE CRÉDITO SOCIAL COMO PROTOCOLO DE VIGILANCIA MASIVA DE LA POBLACIÓN EN LA REPÚBLICA POPULAR DE CHINA TRAS EL XIX CONGRESO NACIONAL DEL PARTIDO COMUNISTA DE CHINA
UNDER SURVEILLANCE: DECODING THE KEYS TO THE SOCIAL CREDIT SYSTEM AS A MASS SURVEILLANCE PROTOCOL IN THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA FOLLOWING THE 19TH NATIONAL CONGRESS OF THE COMMUNIST PARTY OF CHINA
Miguel Ángel Martínez Andreu
https://orcid.org/0009-0003-6064-1205
Universidad Católica San Antonio de Murcia (UCAM)
mamartinez9@alu.ucam.edu
César Augusto Giner Alegría
https://orcid.org/0000-0002-9743-7414
Universidad Católica San Antonio de Murcia (UCAM)
caginer@ucam.edu
España..... 30

Artículos de revisión

LA NECESIDAD DE REFORMAR LA LEGISLACIÓN DE PATRIMONIO FAMILIAR EN PERÚ: HACIA UNA INCLUSIÓN DE LOS HOGARES UNIPERSONALES
THE NEED TO REFORM FAMILY PROPERTY LEGISLATION IN PERU: TOWARD THE INCLUSION OF SINGLE-PERSON HOUSEHOLDS
Enrique Mendoza Vásquez
https://orcid.org/0000-0001-6686-2701
Universidad Ricardo Palma
enrique.mendoza@urp.edu.pe
Perú 45

CASOS DE PERFORACIÓN DE LOS LÍMITES MÍNIMOS PENALES POR DESPROPORCIÓN CON LA CULPABILIDAD Y CON LA LESIVIDAD
CASES OF BREACHING MINIMUM PENAL LIMITS DUE TO DISPROPORTIONALITY WITH CULPABILITY AND HARMFULNESS
Manuel Serrano
https://orcid.org/0000-0002-1515-2395
Instituto de Investigaciones en Ciencias Humanas y Sociales (IICHS-UNSL) - CONICET
mserrano@unsl.edu.ar
Argentina..... 63

CONDICIONES LABORALES DEL SERVICIO DOMÉSTICO EN EL DERECHO COMPARADO COLOMBIANO Y MEXICANO DURANTE EL PERIODO DE 2022 AL 2024
WORKING CONDITIONS OF DOMESTIC SERVICE IN COLOMBIAN AND MEXICAN COMPARATIVE LAW DURING THE PERIOD OF 2022 TO 2024
Manuel Mauricio Moreno Villamizar
https://orcid.org/0000-0002-5259-6120
Universidad Santo Tomás
manuelmoreno@ustavillavicencio.edu.co
Colombia
Sandra Luz Navarrete Mendoza
https://orcid.org/0009-0007-0654-3523
Universidad Vizcaya de las Américas
sandranavarrete5022@gmail.com
México 77

POTESTAD DE REFORMA LIMITADA DE LA CONSTITUCIÓN: UN ANÁLISIS CRÍTICO A LA LUZ DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA
LIMITED POWER TO AMEND THE CONSTITUTION: A CRITICAL ANALYSIS IN LIGHT OF DEMOCRATIC LEGITIMACY
Juan Camilo Restrepo Restrepo
https://orcid.org/0009-0008-0891-1454
International Human Rights Law, Lund University
restrepo.juanc2105@gmail.com
Suecia
Allan Rodríguez-Aristizábal
https://orcid.org/0000-0001-9155-6810
Universidad de Medellín
adrodriguez@udemedellin.edu.co
Colombia 98

LA NECESIDAD DE MEJORAR LA POLÍTICA VICTIMAL EN EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL LABORAL EN LA ENTIDAD PÚBLICA
THE NEED TO IMPROVE VICTIM-FOCUSED POLICIES ON WORKPLACE SEXUAL HARASSMENT IN PUBLIC INSTITUTIONS
Lizet Zavala Van Oordt
https://orcid.org/0009-0006-2711-6830
Asociación Peruana de Criminología AMA HUCHA
Ljzv@hotmail.com
Perú 119

LA INCIDENCIA DE LA COMPARACIÓN INDEBIDA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES. ESTUDIO DE CASO
THE INCIDENCE OF UNDUE COMPARISON IN THE TELECOMMUNICATIONS SECTOR. CASE STUDY
Rossmery Lazo Paiva
https://orcid.org/0009-0006-4016-0094
Universidad Norbert Wiener
a2018100054@old-uwiener.edu.pe
Jaime Agustín Sánchez Ortega
https://orcid.org/0000-0002-2916-7213
Universidad Norbert Wiener
Jaime.sanchezo@uwiener.edu.pe
Perú 134

LA JUSTIFICACIÓN DE LA RESTRICCIÓN PERMANENTE IMPUESTA AL DERECHO A SER ELEGIDO POR LA LEY 30717 A LOS CONDENADOS POR DELITOS DE TERRORISMO
THE JUSTIFICATION FOR THE PERMANENT RESTRICTION IMPOSED ON THE RIGHT TO BE ELECTED BY LAW 30717 FOR INDIVIDUALS CONVICTED OF TERRORISM CHARGES
José Francisco Raffo Miranda
https://orcid.org/0000-0002-2580-8597
Universidad de San Martín de Porres
jose_raffo2@usmp.pe
Perú 145

SISTEMA JURÍDICO PERUANO Y DERECHO SISTÉMICO BRASILEÑO: PROPUESTA ALTERNATIVA PARA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
PERUVIAN LEGAL SYSTEM AND SYSTEMIC LAW IN BRAZIL: AN ALTERNATIVE PROPOSAL FOR CONFLICT RESOLUTION
Alicia Liceth Miñano Donayre
https://orcid.org/0000-0002-1976-2967
Legal and Financial Management SAC
lminano@glf.com.pe
Perú 153

DESAFÍOS EN LA APLICACIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD MATERIAL EN LA VIOLENCIA ECONÓMICA CONTRA LAS MUJERES
CHALLENGES IN THE APPLICATION OF MATERIAL UNLAWFULNESS IN ECONOMIC VIOLENCE AGAINST WOMEN
Yenifer Yiseth Suárez Díaz
https://orcid.org/0000-0003-1697-008X
Universidad Cooperativa de Colombia,
yenifer.suarezd@campusucc.edu.co
Colombia 161

CONTROLANDO AL CONTROLADOR: EXPRESIONES Y LÍMITES DE LA POTESTAD SANCIONADORA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL CASO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
CONTROLLING THE CONTROLLER: EXPRESSIONS AND LIMITS OF THE SANCTIONING POWER OF THE PUBLIC ADMINISTRATION IN THE CASE OF THE COMPTROLLER GENERAL OF THE REPUBLIC
Solange Marianella Carbajal Fierro
https://orcid.org/0009-0004-7794-068X
Universidad de San Martín de Porres
solange_carbajal@usmp.pe
Perú 172

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: Active Research Result, Actualidad Iberoamericana, Alicia, AmeliCA, Aura, Base, Berkeley Law, Biblat, Biblioteca Electrónica de Ciencia y Tecnología, Bibliotheksservice-Zentrum Baden-Württemberg, CLACSO, Citefactor, Clase, CIRC, CORE, Crossref, Dialnet, Dimensions, DOAJ, DRJI, EBSCO, Emerging Sources Citation Index de Web of Science, Erihplus, EUROPUB, EZB, Fatcat!, Google Académico, Hein Online, HEUPO, Hollis Harvard, I2OR, Index Copernicus International, Infobase Index, International Innovative Journal Impact Factor, International Scientific Indexing (ISI), Journal Index.org, Journal Tocs, La Referencia, LatAm Studies (Estudios Latinoamericanos), Latindex, Latindex (version online), LatinREV, Latioamericana Revistas, LENS.ORG, Miar, Microsoft Academic Search, Mir@bel, OAJI.net, OCLC Worldcat, Open Access, Open AIRE Explore, Portal de Periódicos/CAPES, Quality Open Access Market, Rebiun, Red Académica Diálogos en Mercosur, REDIB, ResearchBib, Rootindezing, Science Research, Scientific Indexing Services, SCILIT, Semantic Scholar, SUDOC, Ulrich's Periodical Directory, UNAM, Universidad de Salamanca, University Library RWTH Aachen University, VLEX, Wikidata, Wilbert, Zeitschriften Datenbank, Zenodo.

Copyright 2025 FADE-USMP
Depósito legal: 95-0895
ISSN: 1812-6804 (Impreso)
ISSN: 2521-5280 (En línea)

DO I:https:////doı.org/10.24265/voxjurıs.2025.v43n2.01

EDITORIAL

La convergencia entre la ciencia jurídica y la investigación es esencial para el desarrollo del derecho contemporáneo. Esta integración permite la aplicación de métodos científicos en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, empleando herramientas tanto empíricas como comparativas. De esta manera, se promueve un enfoque interdisciplinario que enriquece la comprensión del derecho y facilita su adaptación a los constantes cambios sociales, tecnológicos y culturales. Este proceso no solo fomenta la innovación en el ámbito jurídico, sino que también fortalece la capacidad del sistema legal para responder a desafíos complejos y emergentes.

En este sentido, la presente edición de la revista *Vox Juris* incluye artículos de gran relevancia y actualidad, que reflejan la importancia de esta sinergia entre la ciencia jurídica y la investigación, y ofrecen análisis profundos sobre diversas problemáticas contemporáneas.

En primer lugar, **Omar Valenzuela Viramontes** (Sociedad Mexicana de Criminología, México) presenta "Homicidio doloso en el Estado de Guanajuato: un estudio criminológico intersistémico y de interacción multifactorial", donde se analizan las causas y consecuencias de este delito en uno de los Estados más afectados por la violencia homicida en México. Este trabajo enfatiza la necesidad de políticas públicas focalizadas que integren factores sociales, económicos y culturales para reducir la incidencia de este fenómeno.

Asimismo, **Miguel Ángel Martínez Andreu** y **César Augusto Giner Alegría** (UCAM, España) exploran en "Bajo Vigilancia: descifrando las claves del sistema de crédito social como protocolo de vigilancia masiva en la República Popular de China" las implicancias de este sistema de seguridad ciudadana en términos de privacidad y control social, proporcionando una perspectiva crítica sobre la tecnología como herramienta de monitoreo estatal.

Por su parte, **Enrique Mendoza Vásquez** (Universidad Ricardo Palma, Perú) aborda en "La necesidad de reformar la legislación de patrimonio familiar en Perú: hacia una inclusión de los hogares unipersonales" un análisis crítico del marco legal actual, proponiendo reformas que reflejen la creciente diversidad en las estructuras familiares contemporáneas.

En "Casos de perforación de los límites mínimos penales por desproporción con la culpabilidad y con la lesividad", **Manuel Serrano** (IICHS-UNSL, Argentina) analiza cómo la desproporción entre pena y culpabilidad erosiona principios fundamentales del derecho penal, proponiendo criterios que refuercen la proporcionalidad y justicia en las decisiones judiciales.

Desde un enfoque comparativo, **Manuel Mauricio Moreno Villamizar** (Universidad Santo Tomás, Colombia) y **Sandra Luz Navarrete Mendoza** (Universidad Vizcaya de las Américas, México) estudian en "Condiciones laborales del servicio doméstico en el derecho comparado colombiano y mexicano durante el periodo de 2022 al 2024" las similitudes y diferencias en la regulación de esta actividad, subrayando los retos para garantizar derechos laborales plenos.

De otro lado, **Juan Camilo Restrepo Restrepo (**International Human Rights Law, Lund University) y **Allan Rodríguez-Aristizábal (**Universidad de Medellín)**,** en "Potestad de reforma limitada de la constitución: un análisis crítico a la luz de la legitimidad democrática", examina el concepto de límites a la potestad de reforma de la Constitución a la luz del concepto de legitimidad democrática, para proponer un diseño alternativo de la Constitución desde una óptica realista y crítica; en vez del análisis que mitifica tanto el poder constituyente primario como la Constitución en sí misma, el cual va en contravía de la legitimidad democrática.

La doctora en criminología, **Lizet Zavala Van Oordt** (Asociación Peruana de Criminología Ama Hucha) en "La necesidad de mejorar la política victimal en el hostigamiento sexual

laboral en la entidad pública" analiza la política estatal que menoscaba la protección a la mujer víctima de hostigamiento sexual laboral en el sector público, regulada por la Ley N° 27942, diferenciándola de la Ley N° 30364, que establece una mayor cobertura en aspectos como valoración del riesgo, medios probatorios, derechos laborales y eliminación del estereotipo de género; concluyendo en que esta desigualdad deja a las víctimas del sector público con menor protección, generando discriminación que vulnera su dignidad y derechos fundamentales.

En "La incidencia de la comparación indebida en el sector de las telecomunicaciones. Estudio de caso" **Rossmery Lazo Paiva** y **Jaime Agustín Sánchez Ortega** (Universidad Norbert Wiener) establecen la incidencia de la comparación indebida en el sector de las telecomunicaciones en el Perú, en virtud de que este tipo de acto puede causar un daño potencial o real al competidor, a través de la disminución de abonados.

José Francisco Raffo Miranda (Universidad de San Martín de Porres) en "La justificación de la restricción permanente impuesta al derecho a ser elegido por la Ley N° 30717 a los condenados por delitos de terrorismo" analiza las restricciones al derecho al sufragio pasivo en Perú, centrado en la Ley N° 30717, que impone limitaciones a los condenados por terrorismo para acceder a cargos públicos; examinando el equilibrio entre garantizar el orden democrático y respetar los derechos fundamentales; y concluyendo en que las restricciones están justificadas y son compatibles con la Constitución.

En "Sistema jurídico peruano y derecho sistémico brasileño: propuesta alternativa para solución de conflictos", **Alicia Liceth Miñano Donayre** (Legal and Financial Management SAC) indaga sobre lo que viene aconteciendo en Brasil y otras partes del mundo con el llamado "derecho sistémico", que nace producto de la "técnica de las constelaciones familiares"; de esta manera, el reflexionar podría ensamblar con el sistema jurídico peruano, tomando como base los planteamientos de Edgar Morin (1994) a través del paradigma de la complejidad; para finalmente decantar en un breve repaso de los medios alternativos de solución de conflictos, concluyendo y proponiendo al modelo de derecho sistémico brasileño, a través de la técnica de las constelaciones familiares, como una posibilidad para la solución de conflictos extrajudiciales en el Perú.

Yenifer Yiseth Suárez Díaz (Universidad Cooperativa de Colombia) en "Desafíos en la aplicación de la antijuridicidad material en la violencia económica contra las mujeres" analiza el concepto de antijuridicidad en el derecho penal colombiano desde el principio de lesividad, teniendo en cuenta que una conducta solo es punible si es antijurídica materialmente, es decir, que no solo considera la contradicción con la norma, sino la lesión efectiva a un bien jurídico. Para ello, examina la transversalización del enfoque de género en las decisiones judiciales, para reconocer la lesión que causa la violencia económica en las mujeres, aunque sea una forma menos visible o sutil.

Finalmente, en "Controlando al controlador: expresiones y límites de la potestad sancionadora la administración pública en el caso de la Contraloría General de la República" **Solange Marianella Carbajal Fierro** (Universidad de San Martín de Porres) examina los aspectos y principios que deben ser considerados cuando el regulador define o estructura conductas que constituyen infracciones en cualquier materia, con el objetivo de resaltar la delimitación de la autoridad sancionadora que poseen las entidades públicas, con un enfoque especial en la Contraloría General de la República (CGR).

La riqueza y diversidad de los artículos aquí reunidos reflejan el compromiso de esta revista con la promoción de un pensamiento crítico y multidisciplinario, esencial para comprender y abordar los retos del derecho y la justicia en el siglo XXI. Invitamos a nuestros lectores a sumergirse en estas investigaciones y reflexiones, que sin duda contribuirán a enriquecer la teoría y la práctica jurídica en contextos locales y globales.

Con suma complacencia, los invitamos a leer este número de la revista *Vox Juris*, que reúne trabajos de alta relevancia y rigor académico. Los artículos presentados abordan temas

cruciales para el derecho contemporáneo, proporcionando análisis profundos que enriquecerán tanto la teoría como la práctica jurídica. La lectura de esta edición es esencial para quienes desean comprender los desafíos y avances que enfrenta el derecho en un mundo en constante evolución.

Ernesto Álvarez Miranda
Presidente del Consejo Editorial
Revista *Vox Juris*

ARTÍCULOS ORIGINALES

HOMICIDIO DOLOSO EN EL ESTADO DE GUANAJUATO: UN ESTUDIO CRIMINOLÓGICO INTERSISTÉMICO Y DE INTERACCIÓN MULTIFACTORIAL

INTENTIONAL HOMICIDE IN THE STATE OF GUANAJUATO: AN INTERSYSTEMIC CRIMINOLOGICAL STUDY AND MULTIFACTORIAL INTERACTION

Omar Valenzuela Viramontes
https://orcid.org/0009-0006-6875-0651
Sociedad Mexicana de Criminología
omarvalenzuelaviramontes@gmail.com
México

https://doi.org/10.24265/voxjuris.2025.v43n2.02

Recibido: 2 de setiembre del 2024. Aceptado: 28 de noviembre de 2024.

SUMARIO

I.- Introducción II.- Problema de estudio III.- Estado del arte IV.- Marco conceptual V.- Marco teórico criminológico VI. - Análisis de resultados VII.- Discusión VIII.- Conclusiones IX.- Fuentes de información.

RESUMEN

La creciente incidencia del homicidio doloso en Guanajuato y el enfoque limitado de su estudio han restringido la comprensión integral del fenómeno. Este análisis exploratorio-inductivo de enfoque mixto examinó a personas privadas de la libertad (PPL) con sentencia ejecutoriada entre 2019 y 2021 por homicidio doloso, así como la percepción de diversos sectores sociales en el estado. Se identificaron 134 factores multidimensionales de mayor prevalencia, destacando las circunstancias expresivas como motivación principal y el consumo problemático de sustancias. El estudio subraya la relevancia del análisis cualitativo de las narrativas de las PPL como complemento al enfoque cuantitativo, ofreciendo una perspectiva integral para diseñar políticas más efectivas.

PALABRAS CLAVE

homicidio, doloso, factor criminógeno, multidimensional, integral.

ABSTRACT

The rising incidence of intentional homicide in Guanajuato and its unidimensional analysis have limited a comprehensive understanding of the phenomenon. This mixed-method study examined individuals incarcerated between 2019 and 2021 for intentional homicide and the perceptions of social sectors in Guanajuato. Using a diverse theoretical framework, including the adaptation of Human Development Ecological Theory, 134 multidimensional factors were identified, with expressive circumstances and problematic substance use as key influences. The study highlights the value of combining qualitative narratives from incarcerated individuals with quantitative approaches to design more effective policies.

KEYWORDS

homicide, intentional, factor, criminogenic, multidimensional, comprehensive.

INTRODUCCIÓN

Para Hernández (2021), América Latina y el Caribe "es la región del mundo donde más homicidios intencionales se registran año tras año" (p. 121). La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, 2019) reconoce que el homicidio doloso trasciende la mera pérdida de vidas humanas, ya que también provoca secuelas en la familia y la comunidad de las víctimas, además de generar entornos violentos que influyen en la calidad de vida. Al efecto, el fenómeno en México "se ha posicionado como la principal preocupación de la población y en un problema público de primer orden dentro de la agenda del Estado" (Vargas, 2021, p. 188).

La violencia homicida en México ha sido variable y responde a diversos factores. Según el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI, 2023), durante la década de los noventa el promedio anual de muertes fue de 14,767; sin embargo, esta cifra disminuyó hasta 2007, año en que comenzó a incrementarse nuevamente. Por otra parte, el comportamiento fue similar en Guanajuato, pues encontramos otro punto crítico a partir del año

2017. El incremento del homicidio tiene un origen diverso, "la sola existencia de la delincuencia organizada no es una respuesta suficiente porque esta ha existido desde hace décadas" (Hernández, 2021, p. 138).

Este trabajo de investigación no pretende establecer una causa determinante del fenómeno, al contrario, busca desarrollar un estudio criminológico del homicidio doloso mediante el cual, y sobre la adaptación de la *Teoría ecológica del desarrollo humano*, se conozcan los factores que mayormente contribuyeron a su origen y dinámica respecto a cada uno de los sistemas ecológicos que intervinieron en el proceso interactivo entre persona y ambiente, en especial sobre la base documental de las sentencias por homicidio calificado durante el periodo 2019-2021, entrevistas a las PPL y encuestas a expertos.

PROBLEMA DE ESTUDIO

Planteamiento del problema

En los años recientes, Guanajuato ha experimentado un aumento en los índices de violencia homicida. La literatura especializada vincula este incremento a nivel nacional con la intensa campaña del Gobierno Federal contra la delincuencia organizada establecida en 2007 (Enciso, 2016). No obstante, esta explicación denota la ausencia de un conocimiento integral del fenómeno desde los diferentes factores criminógenos que intervienen en su origen, la interacción entre víctima y victimario, y su contexto multifactorial en los distintos niveles del ecosistema.

Justificación

Debido a su complejidad, investigar el fenómeno del homicidio doloso tiene que ver con una red intrincada de factores de diversa naturaleza. Estos se dividen en factores remotos, relacionados con elementos estructurales o culturales; factores mediatos, que involucran aspectos individuales y de socialización entre el autor y la víctima; y factores inmediatos, vinculados a los detonantes de la conducta y a su proximidad temporal y espacial. La interacción de estos factores, ya sean graduales, abruptos o aleatorios, ha perturbado la dinámica social en México, lo cual resalta la necesidad de un enfoque integral e intersis- témico para su estudio y tratamiento.

De acuerdo con datos del SESNSP, en México, a nivel federal, como resultado del ataque frontal contra grupos de la delincuencia organizada, el delito de homicidio doloso triplicó su incidencia entre los años 2007 y 2011. La tasa se mantuvo estable hasta 2015, para luego iniciar un incremento progresivo que alcanzó su máximo histórico en 2019 con 29,483 carpetas de investigación reportadas, convirtiéndose en el año con mayor incidencia hasta el momento.

Los registros del SESNSP muestran al delito de homicidio doloso como un indicador distintivo de la violencia territorial en la entidad, el cual ha presentado un notorio incremento, tal como lo demuestran las carpetas de investigación registradas entre los años 2015 y 2022: 2015 (863), 2016 (947), 2017 (1084), 2018 (2609), 2019 (2775), 2020 (3359), 2021 (2823) y 2022 (2634) (SESNSP, 2022).

Es indudable que conocer a profundidad la problemática de la violencia homicida no es posible con base únicamente en los registros administrativos reportados por las fiscalías y las encuestas de percepción. Por ello, es indispen sable identificar, desde un alcance exploratorio, los factores de riesgo vinculados a esta problemática a partir de información empírica, con el fin de contribuir en el diseño de una política criminal integral, científica y aplicada.

OBJETIVO GENERAL

El objetivo de la investigación fue realizar un estudio exploratorio criminológico del homicidio doloso en el estado de Guanajuato, utilizando como base la adaptación de la "Teoría ecológica del desarrollo humano", de Urie Bronfenbrenner, para identificar los factores que contribuyen en mayor medida a su génesis y dinámica, respecto a cada uno de los sistemas ecológicos que intervienen dentro del proceso interactivo entre la persona infractora y el ambiente.

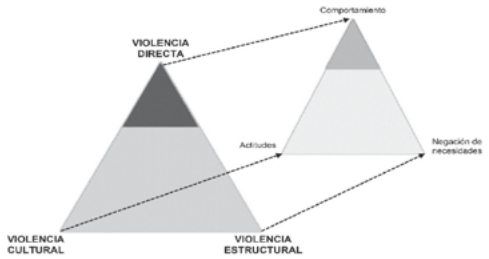
ESTADO DEL ARTE

Análisis de factores explicativos del homicidio doloso

Para la Criminología, el fenómeno de la violencia obedece a una causalidad múltiple con efectos diversos, por consiguiente, según Pámanes (2014) "no se puede adoptar una postura de la única respuesta correcta ni considerar que una sola acción será la solución al fenómeno criminal" [énfasis agregado] (p. 258). En vista de lo cual se asume que la vio lencia es un concepto subordinado a una estructura polimórfica. Sobre el particular, Gal tung (2016) esquematiza esta realidad a través de un triángulo cuyos vértices representan cada uno

tres categorías de violencia que interactúan entre sí: directa, estructural y cultural (Ilustración 1).

Ilustración 1. Concepto triangular de la violencia de Joseph Galtung



Elaborada con base en Galtung (2016)

Siguiendo a Galtung (2016), existe un vínculo causal entre violencia cultural y estructural, la cual generalmente se manifiesta en violencia directa. A pesar de esto, es sustancial reconocer que los "vínculos y flujos causales en las seis direcciones, y los ciclos de conexión entre las tres categorías de la violencia pueden comenzar en cualquier punto" (p. 156). Con base en la teoría de Bronfenbrenner (1987) y en la conceptualización de la violencia de Galtung, es posible establecer una clasificación fundamentada en los factores mencionados, teniendo en cuenta los elementos metodológicos previamente establecidos (Tabla 1).

Tabla 1. Clasificación del estado del arte

Teoría ecológica del desarrollo humano / Bronfenbrenner	Triángulo de la violencia / Johang Galtung	Unidades temáticas seleccionadas para clasificar el estado de arte
Microsistema	Violencia directa	Violencia cultural
Mesosistema		
Exosistema	Violencia estructural	Factores estructurales Factores culturales
Macrosistema	Violencia cultural	

Elaborada con información de Bronfenbrenner (1987) y Galtung (2016)

Basados todavía en Galtung, la violencia estructural puede entenderse como la privación de derechos humanos fundamentales, lo cual resulta directamente de las barreras que las personas enfrentan al intentar cubrir sus necesidades primordiales. En cuanto a la violen cia cultural, Rojas (2011) la define como "el resultado de la interacción humana con la naturaleza y con el entorno social, que comprende el conocimiento, sistemas de creencias y normas compartidas con otras personas o grupos" (p. 211). En este sentido, la violencia está presente a través de los aspectos culturales simbólicos materializados en la religión, el arte, el lenguaje, la idiosincrasia, entre otros.

La violencia en el contexto individual, interpersonal y/o espacio temporal, es la que concierne a la esfera mediata e inmediata del desarrollo humano dentro de las esferas microsistema y mesosistema de Bronfenbrenner (1987), en otras palabras, lo que para Galtung es la violencia directa, conceptualizada como la forma siempre visible "*con todo el registro de la crueldad perpetrada por los seres humanos, tanto contra los demás como contra otras formas de vida o la naturaleza en general*" [énfasis agregado] (p. 155).

Con relación al contexto estructural y cultural, estos se asocian con los niveles de exosistema y macrosistema de la *Teoría ecológica del desarrollo humano* de Bronfenbrenner. Es relevante señalar que estos niveles se alinean con la clasificación de violencia estructural y cultural propuesta por Galtung. La adaptación de la teoría de Bronfenbren ner en este trabajo y su relación con la clasificación de Galtung no es una novedad.

Factores gubernamentales

Otras explicaciones sobre el origen y agravamiento del fenómeno del homicidio en México desde una perspectiva structural las enlista Zepeda (2018), cuando destaca siete tesis causales procedentes de literatura especializada: 1) la acción gubernamental a partir de la guerra contra las drogas; 2) el conflicto criminal en apogeo previo al año 2006; 3) contexto socioeconómico; 4) la

descoordinación intergubernamental entre los tres órdenes de gobierno; 5) debilidad estatal o incapacidad para controlar el fenómeno; 6) influencia externa (políticas contra las drogas y mercado internacional); y 7) guerra de organizaciones criminales contra el Estado.

Las tesis referidas por Zepeda son mayormente de índole estructural y están relacio nadas con el conflicto entre el Estado y los grupos criminales dedicados al narcotráfico. A pesar de esto, no se descarta su aportación a la multifactorialidad explicativa del fenómeno.

Desde otra perspectiva, Ríos (2013a) aborda en su investigación la cuestión de cómo México evolucionó de ser un país de tránsito de drogas a uno sacudido por la extrema violencia. Se concluye que el fenómeno es atribuible a dos detonantes: "1) homicidios causados por traficantes que se enfrentan para competir territorios *competencia*; y 2) operaciones policiales realizadas para capturar a los narcotraficantes *aplicación*" (p. 21).

De manera similar, Dávila, Agudelo y Gómez (2021) realizaron un análisis de las muertes por violencia interpersonal en México y Colombia, utilizando el *Global Burden of Disease Study* (*GBD*) monitoreado por el Instituto para la Métrica y Evaluación de la Salud de la Universidad de Washington. Esto demostró que la violencia homicida repre senta un desafío de salud pública que deteriora las economías de ambas naciones, lo cual impacta sobre todo a los jóvenes en su etapa productiva.

Respecto a lo anterior, Dávila et al. mencionan que el objetivo inicial de desmantelar los cárteles de las drogas se ha visto afectado por la fragmentación de grupos disidentes, lo que ha desencadenado un aumento de muertes por homicidio entre adultos jóvenes, convirtiéndose en la segunda causa de decesos del país, después de la diabetes. A pesar de ello, estos autores no señalan la política belicista como causa del problema, sino que enfatizan en que es multifactorial, por lo cual la solución pasa por la prevención de riesgos biológicos y conductuales, así como por la recopilación de evidencia científica para los tomadores de decisiones.

Según Aburto y Beltrán (2019), en el mismo sentido que Dávila et al. (2021), sobre la base del análisis de los registros de defunciones provistos por el INEGI, concluyen que los niveles de violencia en México son cada vez mayores, lo que ha causado un aumento de la desigualdad en la esperanza de vida. Esto está relacionado principalmente con las políticas militares usadas contra los cárteles de las drogas, la lucha por el territorio entre los grupos criminales y el aún lucrativo mercado de drogas en los Estados Unidos, un factor de influencia externa en la intensificación de la problemática.

En una perspectiva diferente, Enamorado, López, Rodríguez y Winkler (2016) reco pilaron datos del SESNSP, el INEGI y el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), además de hacer un análisis bibliográfico de fundamentos teóricos y datos empíricos para examinar la manera en que la disparidad de ingresos afecta a la violencia homicida en el marco de la lucha contra el narcotráfico en México. Los resultados mostraron un incremento entre 2005 y 2010 de una unidad en el coeficien te de Gini,[1] lo cual corresponde a un aumento de más de cinco homicidios dolosos por cada 100,000 habitantes en varios municipios del país.

De acuerdo con Enamorado et al., los delitos relacionados con el narcotráfico presentan un mayor impacto por el aumento del coeficiente de Gini. Para cada incremento de un punto en este coeficiente, se registra un aumento de más de 10 homicidios por cada 100,000 habitantes en los municipios del país. En suma, la combinación del factor «expansión de la actividad criminal asociada al narcotráfico», más los «crecientes beneficios pecuniarios vinculados al fenómeno» junto con el «aumento de la desigualdad en el país», conlleva el alza de las tasas de criminalidad. Se destaca de este estudio, el vínculo entre la guerra contra el narcotráfico y el factor desigualdad.

Adicional a los factores previamente descritos, Ríos (2013b) sostiene que, mediante incentivos y restricciones, las instituciones públicas influyen en el comportamiento de las organizaciones criminales, lo que genera otro fenómeno paralelo: la corrupción.

Según Garzón-Vergara (2016), América Latina sobrepasa el promedio global en cuanto a la tasa de homicidios dolosos cometidos con armas de fuego. Es así como con el auspicio del Instituto

1 "El coeficiente de Gini es una medida de concentración del ingreso, es decir, mide la desigualdad en la distribución del ingreso de la población. Describe qué porcentaje del ingreso está acumulado en qué porcentaje de población en una economía". (Coneval, 2020, p. 66).

Igarapé, realizó una comparación entre los porcentajes de homicidios de diferentes zonas y países de la región que presentan una presencia activa del crimen organizado en sus territorios.

En su análisis, Garzón-Vergara explora la situación de México, donde con el propósito de interrumpir los mercados ilegales y desmantelar los grupos del crimen organizado a través de su política antidrogas, se ha aumentado los niveles de violencia homicida. Esto sugiere un contexto institucional caracterizado por un Estado debilitado en distintos frentes. Para estudiar este fenómeno, Werb, Rowell, Guyatt, Ker, Montaner y Wood (2011) eva luaron 15 estudios especializados, concluyendo *que era poco probable que el incremento, aplicación y rigor de las leyes antidrogas reduzcan la violencia en el mercado ilegal.*

Según el argumento presentado por Werb et al. (2011), la implementación de legislaciones antidrogas propicia el vacío de actores clave en el mercado ilícito de sustancias adictivas, lo cual desencadena una escalada de violencia a medida que otros los reemplazan al competir por una posición. Por su parte, Farmer, Scheper-Hughes y Bourgois (como se citó en Werb et al., 2011) añaden que esta situación conlleva tres tipos de violencia: *estructural* (producto de la inequidad política y económica), *interpersonal* (como secuela de la normalización de la violencia cotidiana) y *simbólica* (por la opresión ideológica y cultural).

Además de la debilidad estatal referida líneas arriba, Morales (2011) menciona otro factor interesante, el "trastocamiento del orden local" (p. 25), referido a la presencia de elementos del Ejército, Marina y Guardia Nacional en aquellas demarcaciones territoriales con altos índices de violencia homicida. Esta permanencia, en lugar de reducir los homici dios dolosos los incrementa de forma alarmante. Morales concluye que hay "una correlación innegable entre aumento de homicidios dolosos y presencia del Ejército" (p. 25); no obstante, lo descarta como una línea causal del fenómeno.

Aquí cabría cuestionar si esta alteración precede o es efecto de la presencia de las fuerzas federales. Evidentemente, hay una problemática que motiva la intervención federal, sin embargo, esta situación se agudiza con su arribo, al hacer manifiesta también la debilidad de la policía, causada por la administración local y olvidada por el gobierno federal.

Factores estructurales

Un enfoque interesante fue el utilizado por Chávez (2018), quien adoptó una metodología basada en encuestas y entrevistas para recopilar datos cualitativos y cuantitativos, a partir de las experiencias de personas privadas de su libertad en Ciudad Juárez, Chihuahua.

Chávez (2018) no buscó criminalizar la pobreza, sino reconocer en ella su multidimensionalidad y el nivel de privación de aquellas personas recluidas por delitos vincula dos al crimen organizado (entre ellos el homicidio doloso).

Otra contribución más para este apartado es la que hacen Vilalta, Castillo y Torres (2016), quienes realizaron un estudio patrocinado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en tres ciudades latinoamericanas (Zapopan, México; GAM, Costa Rica; y Santiago de Chile).

Resulta interesante la aportación de Vilalta y Muggah (2014), quienes con base en una metodología que comprendió el análisis de datos demográficos y socioeconómicos del INEGI, así como información proveniente de la otrora Policía Federal sobre la violencia homicida en Ciudad Juárez - Chihuahua durante el periodo 2009-2010, muestran que, desde la teoría de la desorganización social, la problemática no sólo está agrupada espacialmente, sino que hay una correlación con factores sociales como el des empleo, el acceso a la seguridad social, los bajos niveles de educación y la migración.

Obberwittler (2019), en este sentido argumenta que buena parte de la evidencia refiere a sistemas económicos caracterizados por la pobreza, la desigualdad de ingresos, políticas públicas de bienestar social deficitarias, la desintegración social por heterogeneidad étnica, altas tasas de divorcio, así como la baja legitimidad de los sistemas de gobierno como factores causales del mismo.

En el mismo tenor que los factores antedichos, Baumer y Wolf (2014) encontraron, a través de un estudio sobre las tendencias de homicidio en 65 países durante el periodo de 1989 a 2008, que el 90% de la variación del fenómeno durante la década de 1990- 2000 depende principalmente de la pobreza, la composición etaria de la población, las tendencias de urbanización y la credibilidad política en cada área geográfica.

Es así como, para entender las variaciones de violencia letal en Asia y Latinoamérica,

según Cruz (2016), Huhn y Warnecke-Berger (2017), Rodríguez (2016) y el Banco Mun dial (2010), (como se citó en Obberwittler, 2019), es necesario considerar, además de los factores socioeconómicos, aquellas dimensiones históricas y culturales, por ejemplo, los estados deficitarios, guerras civiles, regímenes militares, crimen organizado, mercado de drogas y mentalidad machista.

Los hallazgos de Schargrodsky y Freira (2021, p. 2) confirman una relación robusta y positiva entre desigualdad y criminalidad, mayor que el vínculo tradicional con la pobreza. Para el caso del homicidio, el estudio establece que "las tasas de homicidio por sexo muestran no solo que los hombres sufren más homicidios, sino que la razón de homicidios hombre-mujer es mayor en sociedades desiguales, como los países de América Latina".

Para el caso de México, después de un análisis sistemático del tipo cuantitativo sobre los factores estructurales que mediaron en la intensificación de la violencia homicida derivada del crimen organizado en todo el país, Osorio (2012) concluyó que esta se ve influenciada por la creciente "desigualdad económica a nivel municipal, la falta de oportunidades de educación, la modificación de las estructuras familiares tradicionales y ocurre principalmente en territorios de alto valor estratégico y en estados con desarrollo económico medio superior" (p. 113). El autor destaca la necesidad de modelos teóricos que conjunten explicaciones dinámicas con otros factores.

A propósito de la falta de oportunidades para la educación, Osorio (2012) hace referencia en concreto a la población de 6 a 14 años. Esto demuestra la relevancia de implementar estrategias gubernamentales integrales que optimicen las circunstancias económicas de la sociedad. Con respecto al Estudio Mundial sobre el Homicidio (UNODC, 2019), sus conclusiones coinciden con el resto de los autores referidos.

Factores individuales e interpersonales

Sobre el tema se destacan los hallazgos de Acero, Escobar-Córdoba y Castellanos (2007) quienes, en su investigación sobre factores de riesgo para violencia y homicidio juvenil, identifican una serie de variables individuales e interpersonales. Del citado estudio se desprenden factores protectores cuya clasificación se establece en los dominios individual, familiar, escolar y grupos de pares.

En el estudio realizado por Acero et al., (2007) se identificaron una variedad de fac tores de riesgo que pueden inclinar a los jóvenes hacia la comisión de actos violentos, entre ellos el homicidio doloso. Acero et al. resaltan en el mismo estudio la variable *hombre* como un factor explicativo del fenómeno.

Por otro lado, Caballero-García y Pérez (2018) describen algunos factores característicos de la personalidad antisocial (predisponentes para la Criminología); según ellos, estos son "variantes individuales especialmente complejas y multidimensionales que pueden tener mayor o menor similitud entre sí" (p. 41).

De acuerdo con la «aproximación explicativa» aludida por Caballero-García y Pérez, se busca una comprensión integral de la violencia homicida. Por esta razón, se destacan las características del trastorno antisocial de la personalidad (TAP) y la personalidad psicopática, pues se advierte la presencia de una gran variedad de elementos diferenciales respecto a los rasgos estandarizados. Por tanto, para que los factores causales sean de utilidad predictiva, estos deben presentarse a manera de «constelación».

En suma, Caballero-García y Pérez refieren tres grandes grupos de factores de riesgo «coadyuvantes» al TAP con un importante valor predictivo-explicativo, siendo los que a continuación se enuncian, junto con algunas subvertientes: 1) *individuales* (minusvalías constitucionales, retraso en el desarrollo de habilidades, dificultades emocionales, entre otros); 2) *familiares* (estatus social, nivel educativo, paternidad temprana, hacinamiento, desorganización, conflictividad y/o violencia intrafamiliar, modelo educativo autoritario, entre otros); 3) *sociales* (problemas escolares, problemas interpersonales y contexto ecológico).

En otro orden de ideas, Douglas, Hart, Webster y Belfrage (2015), convencidos de que "la evaluación de personas con el propósito de entender y mitigar el riesgo de violencia interpersonal se considera una tarea importante, incluso central" (introducción, párrafo 1), elaboraron un conjunto de directrices profesionales para la evaluación y manejo del riesgo de violencia mediante la guía Valoración del Riesgo de Violencia (HCR-20 ^{V3}).

La valoración del riesgo de violencia, según Pueyo e Illescas (2007) ofrece una alternativa al término "peligrosidad", cuyo uso es frecuente en los ámbitos forense, clínico y penitenciario, pero de eficacia limitada. Este punto de vista es respaldado por otros auto res como Webster y Douglas (1997), Andrews y Bonta (2003), y Scott y Resnick (2006), todos citados por Pueyo e Illescas (2007).

En el contexto latinoamericano, Pérez y Pinzón (2009) realizaron un estu dio cualitativo con el uso de herramientas como la entrevista estructurada, la observación participante, el relato de vida y el *test* de la figura humana. Los hallazgos revelaron características de personalidad que incluyen agresividad, comportamiento impulsivo, problemas para adherirse a las normas, ausencia de culpa, tendencia a justificar acciones indebidas y una propensión a mentir con regularidad (Pérez y Pinzón, 2009).

A partir de lo expuesto, queda claro el papel crucial que desempeña la familia en el origen de la conducta homicida. Como señala Sampson (1987), la relación entre crimen violento y ruptura familiar puede ser recíproca, es decir, puede ser tanto causa como efecto.

Desde una línea similar a la de otros autores, pero con una perspectiva en la cual la víctima se convierte en victimario, se destaca el estudio de Busch (2018) realizado en Ciudad Juárez, Chihuahua, México. A través de la aplicación de instrumentos de diagnóstico a 25 reclusos condenados por homicidio doloso, Busch descubrió que muchos de ellos habían sido víctimas de circunstancias similares a las que luego cometieron o victi mizaron en su historia de vida.

MARCO CONCEPTUAL

Fundamento conceptual

El concepto de violencia homicida dolosa

Acorde a la Organización Mundial de la Salud (OMS, s.f.), la violencia es un problema de salud pública definida como el "uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho, o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones" (p. 3).

Respecto a la violencia homicida dolosa, esta "constituye una de las formas más graves de violencia en cuanto niega el derecho humano fundamental a la vida y suprime, en consecuencia, todos los demás derechos" (Franco, 2003, p. 18); los impactos de la conducta también son resentidos por la familia de la víctima y la comunidad en conjunto (Brookman, 2005). En términos generales, "el homicidio es el acto ilegal de dar muerte a otra persona con o sin intención de hacerlo" (Rodríguez, 2020, p. 215). Hoy en día, el homicidio doloso es una de las formas de violencia más frecuentes en el continente ame- ricano y de mayor visibilidad en los medios de comunicación.

La facilidad con la que se cuantifican los homicidios se debe, en gran medida, a su clasificación como delito grave según el Artículo 11, Fracción I del Código Penal del Estado de Guanajuato.

Es evidente la gravedad que rodea al tipo penal de homicidio doloso, así como la *inadecuada* justificación de su existencia como una forma de prevención general y especial. El uso del homicidio doloso como objeto de análisis en este trabajo se debe no solo al aumento de su magnitud, intensidad e impacto reciente, sino también a la escasez de estudios cualitativos o mixtos. Sin duda "es un fenómeno que afecta negativamente la reproducción y supervivencia de los sistemas funcionales de la sociedad, reduciendo la calidad de vida y limitando el pleno ejercicio de los derechos humanos" (Vargas, 2021, p. 188).

May (1999), citado por Brookman (2005), sostiene que no hay un único significado social vinculado al homicidio. En este contexto, Brookman plantea una interrogante: ¿por qué ciertos homicidios se perciben como menos atroces que otros? Según él, la respuesta radica en las concepciones de culpabilidad y victimización. La culpabilidad se refiere al grado en que se ve al victimario como responsable del acto y sus repercusiones. Por otro lado, la victimización concierne al vínculo y características entre el victimario y la víctima, así como con las connotaciones culturales, religiosas, históricas, sociodemográficas, socioeconómicas y la influencia de los medios de comunicación que giren alrededor (Brookman, 2015).

En suma, la percepción social del homicidio, más allá de su definición jurídica, se moldea por los factores señalados por Brookman y las circunstancias específicas del entorno donde ocurre. Estos elementos complican la tarea de definir el homicidio de manera uniforme basándose únicamente en la percepción social, alejada de la esencia fundamen tal del acto

de quitarle la vida a otro ser humano. Como Brookman (2005) destaca, el homicidio puede ser analizado desde diversas perspectivas, al considerar sus patrones, tendencias y causas, aspecto que le añade una cobertura adicional de complejidad al con cepto, lo que ha dado lugar a diversas teorías explicativas.

En última instancia, se tiene también la perspectiva sociológica a través de las teorías estructurales, culturales e interaccionistas. Para Brookman (2005), a pesar de las valiosas contribuciones de la sociología, ciertas teorías presentan debilidades. Las teorías sociológicas tempranas tienden a sobrepredecir la participación individual en el crimen, en especial al centrarse en características comunes de las clases bajas, mientras que el homicidio es un fenómeno raro. Las teorías estructurales y culturales no especifican las condiciones situacionales que canalizan las disposiciones violentas. Los enfoques interaccionistas que se desarrollaron en la década de 1960 llenaron este vacío, pero a menudo descuidaron las fuerzas estructurales y culturales.

MARCO TEÓRICO CRIMINOLÓGICO

Fundamento teórico criminológico

De acuerdo con lo precedente, cabe cuestionar la adaptación entre la *Teoría ecológica del desarrollo humano* y los constructos teóricos de la Criminología.

Criminología clínica contemporánea

De esta corriente se retoma el concepto factor criminógeno. Un factor criminógeno, para Mayorca (como se citó en Manzanera, 2014) "es un estímulo endógeno, exógeno o mixto que concurre a la formación del fenómeno criminal" (p. 280). Los factores endógenos y exógenos, clasificados según su ubicación, ejercen influencia sobre el individuo desde el exterior hacia el interior (exógeno) y desde el interior hacia el exterior, llevándolos consigo en todo momento (endógeno). Para Pámanes (2017), los factores endógenos y exógenos se alinean a los niveles micro y meso del modelo ecológico de desarrollo humano, y forman una relación multidireccional entre ellos.

Otra manera de identificar los factores criminógenos es con base en su clasificación de acuerdo a su proximidad o lejanía causal ante el resultado final, tal es el caso de los *factores predisponentes* (son endógenos, y podrían ser de índole biológica, psiquiátrica o psicológica), *factores preparantes* (son exógenos, de afuera hacia dentro, pueden ser sociales o bien de naturaleza mixta), y *factores desencadenantes* (es el que precipita los acontecimientos, suele ser exógeno, que sumado al resto de los factores precipita el hecho, por ejemplo la humillación, provocación o frustración) (Manzanera, 2014; Pámanes, 2017).

La suma de los factores descritos conforma la criminogénesis y criminodinámica de la conducta criminal. La criminogénesis (según Manzanera, 2014) "es la parte más ex tensa y delicada del estudio, pues busca la génesis, el origen de la conducta antisocial del sujeto" (p. 275). Para Herrero (2007), los estímulos externos juegan un papel importante dentro de la criminogénesis.

Por otro lado, la criminodinámica, "es la explicación de los procesos seguidos para llegar a la conducta antisocial" (Manzanera, 2014, p. 275). Cabe mencionar que ambos conceptos son elementos necesarios para el conocimiento del crimen, el criminal y la criminalidad.

Al igual que la *Teoría ecológica del desarrollo humano*, los factores criminógenos se relacionan recíprocamente entre sí, por ende, la criminología clínica contemporánea considera que el individuo afecta a la sociedad con su conducta, así como que la sociedad influye en el individuo. Por tanto, se asume un enfoque en donde la identificación de los factores criminógenos proviene tanto del sujeto como de su entorno (sea cercano o lejano) y de la compleja interacción entre ambos (sujeto-entorno) (Pámanes, 2017). En síntesis, la criminología clínica contemporánea no solo busca las causas del fenómeno en el sujeto aislado, sino también en su entorno (Pámanes, 2017).

Criminología del desarrollo y curso de vida e integracionismo

Dentro del ámbito integracionista, y como prueba indiscutible de la posibilidad de una explicación integral, se tiene a la *Teoría integradora del potencial antisocial cognitivo* de Farrington, resultado del Estudio de Cambridge sobre el desarrollo de la delincuencia para describir, de forma longitudinal, la génesis del comportamiento delictivo. Sobre esto, De la Peña (2005) señala que Farrington se basa en otras teorías como "la de las subculturas, la del aprendizaje social, la de la asociación diferencial, la de la desigualdad de oportunidades y la del control" (p. 64). Farrington (1992) sostiene que la delincuencia surge de la interacción entre el individuo y el ambiente.

De la interacción entre individuo y ambiente, según Farrington (como se citó en De la Peña, 2005), la impulsividad para delinquir puede estar motivada por deseos materiales, prestigio social o la búsqueda de nuevas sensaciones. Además, aquellas clases sociales más desprotegidas tienen mayor probabilidad de recurrir a medios ilegales para satisfacer sus deseos personales. Sin embargo, la impulsividad delictiva no es constante, sino que se modula de acuerdo con las creencias o actitudes interiorizadas sobre la ley. Finalmente, el delito estará determinado por una serie de factores inmediatos que influyen en la motivación.

Por último, la *Teoría del triple riesgo delictivo* de Illescas (2008) postula que la disposición al comportamiento delictivo surge de la interacción de tres factores: biológicos, de personalidad y sociales. Los factores biológicos se refieren a predisposiciones genéticas o alteraciones neurológicas. Los factores de personalidad abordan características individuales, como impulsividad o baja tolerancia a la frustración. Mientras que los factores sociales consideran el entorno en el cual se desarrolla cierta persona. La confluencia de estos tres factores determina el riesgo de que un individuo se involucre en actividades delictivas.

Criminología ambiental o ecológica

Desde otra perspectiva, además de la corriente clínica e interaccionista, se suma al fundamento teórico de este trabajo la corriente ambiental o ecológica, la cual, según Pámanes (2014), se fundamenta en la siguiente idea: "el crimen se produce por la confluencia de varios factores: infractor, víctima u objetivo del crimen, ley que tipifica la conducta como delito, dándole el significado de «prohibido», y el espacio-tiempo" (p. 212). Esta corriente se caracteriza por ignorar las causas remotas o estructurales del fenómeno; se ocupa más bien de estudiar las causas inmediatas, es decir, el lugar y el tiempo.

Respecto a la teoría de las actividades rutinarias, sus principales autores son Cohen y Felson (1979), quienes, según Vozmediano y San Juan (2010), ofrecen explicaciones tanto a nivel micro como macro. A nivel micro, el delito se produce cuando el delincuente encuentra un objetivo adecuado sin que existan elementos disuasorios. A nivel macro, la organización social y las rutinas cotidianas propician la convergencia de infractores y objetivos en lugares y momentos particulares. Como señalan Vozmediano y San Juan (2010): "cuando hay cambios en los patrones de comportamiento de una sociedad, las oportunidades para el delito también cambian" (p. 70). Por lo que se refiere a la *Teoría de la elección racional*, Cornish y Clarke señalaron que los infractores toman sus decisiones con base en una ponderación de las oportunidades de éxito, los posibles beneficios y el riesgo de ser detenidos (Vozmediano y San Juan, 2010).

Por otro lado, el enfoque de la *Teoría de las ventanas rotas* de Wilson y Kelling (1982), sostiene que los espacios públicos deteriorados y los signos evidentes de desorden o incivilidad, si no se abordan, conducirán a delitos más graves. Según Vilalta, López, Fondevila y Siordia (2020), esta teoría opera a través de un mecanismo causal socio-psicológico, sin embargo, sus fundamentos empíricos se derivan del deterioro físico y social de los barrios. Para estos autores, el desorden social se manifiesta en forma de incivilidades o comportamientos que violan las normas, mientras que el desorden físico está asociado con el abandono.

Otro constructo es la *Teoría de los patrones delictivos* de Paul y Patricia Brantingham (2008), quienes refieren que los delitos siguen patrones influenciados por las rutinas de las personas y la estructura del entorno urbano. Los delitos tienden a concentrarse en *nodos de actividad* (como hogares o trabajos), las rutas entre estos nodos y áreas de con vergencia llamadas áreas de borde. Los delincuentes suelen operar en zonas que conocen, cerca de sus rutinas habituales. Esta teoría destaca que la delincuencia no es aleatoria, sino está influenciada por la interacción entre las actividades cotidianas de las personas y el espacio urbano (Clarke y Felson, 2008).

Se tiene también a la *Teoría de la exposición de riesgos* de Hindelang, Gottfredson y Garofalo (1978), la cual refiere que la probabilidad de que una persona se convierta en víctima de un delito está influenciada por ciertos factores de estilo de vida y características personales que aumentan su exposición al riesgo.

Con la Escuela de Chicago suele asociarse el término ecología humana, obviamente no en un sentido estricto naturalista, ni único, es decir, como una metáfora del "estudio de las relaciones espaciales y temporales de los seres humanos en el entorno" (Pámanes, 2014, p. 217). Sobre esta escuela, Herrero (2007) destaca cuatro vertientes: "la orientación ecológica, orientación *socializacionista-conductista*, orientación subcultural y orientación anómica" [énfasis del autor] (p. 367). La tesis central de esta corriente reside en que las características

físicas y sociales de los espacios urbanos generan criminalidad y prescribe su distribución geográfica.

Con relación a la *Teoría de los círculos concéntricos*, Cajas (2009) refiere que el primer anillo coincide con el centro de la ciudad, donde prevalece el comercio formal y los altos índices de delincuencia económica. El segundo anillo es una zona de transición, caracterizada por la presión del primer círculo, en donde emergen barrios peligrosos, áreas de tolerancia, prostitución y zonas de tráfico de drogas. El tercer anillo alberga zonas de viviendas para trabajadores con presencia de inmigrantes. El cuarto anillo es el de las zonas residenciales vigiladas y restringidas; el quinto anillo se encuentra como una zona de tránsito.

Criminología crítica o radical

La Criminología crítica o radical se orienta "hacia los mecanismos de criminalización diferencial de conductas y de individuos" (Lima, 2015, p. 6). Así, esta perspectiva investiga las raíces del fenómeno criminal en factores estructurales, como el sistema económico, desafiando la totalidad del orden social y mostrando empatía hacia los grupos marginados al cuestionar la base moral del castigo. (García-Pablos de Molina, 2003; Pámanes, 2014). Esta corriente hace crítica cultural y se vincula de manera estrecha con los derechos humanos y las garantías.

Para la Criminología crítica, las verdaderas causas del fenómeno criminal están en la pobreza, la desigualdad y la exclusión social. Es importante mencionar que la corriente crítica "nace de la radicalización de las tesis principales de la Criminología interaccionista" (Pámanes, 2014, p. 48). Si bien esta corriente también ha sido objeto de críticas por su determinismo estructural, aspecto que la llevó a una suerte de crisis o estancamiento debido a su idealismo, cierto es también que sus cimientos se cimbraron ante la creciente popularidad de la Criminología ambiental o administrativa, aspecto que la hizo rectificar y preguntarse de nuevo por las causas del delito.

El cuestionamiento sobre la causalidad evidentemente no es en el mismo sentido que la corriente positivista, pues al final están en contra de las causas mecanicistas. Ante el surgimiento del neorrealismo de izquierda o nuevo realismo de izquierda con Jock Young, esta corriente vuelca su interés por hacer una Criminología distinta al idealismo de izquierda, ahora centrada a la distorsión del fenómeno a través de los medios de comunicación. Asimismo, busca tratar de cambiar los factores con impacto a largo plazo que hacen posible la criminalidad desde la privación relativa, marginación y subculturas, así como mejorar la relación policía-comunidad.

Con el objetivo de adoptar un enfoque interteorético se busca integrar las fortalezas de cada corriente criminológica. Y es que cada una ofrece valiosas perspectivas desde sus propios niveles explicativos, sin que ello implique adoptar posturas incompatibles o en conflicto. Para Pámanes (2014), la integración de varias teorías dentro de una misma investigación "*es la mejor forma de saltar las alambradas ideológicas que separan a las corrientes criminológicas*" [énfasis agregado] (p. 416). Evidentemente, el presente traba- jo es apenas una aproximación en ese sentido, no obstante, establece la pauta para futuras líneas de investigación bajo enfoques más complejos.

ANÁLISIS DE RESULTADOS

Una vez aplicados los instrumentos de recolección de información (expedientes técnico-jurídicos, entrevistas a las PPL, encuesta ciudadana, entrevistas a expertos, grupos focales y cuestionario a IA), se procedió a realizar el tratamiento correspondiente, con el propósito de lograr los objetivos propuestos al inicio. El análisis de los resultados se ha estructurado de acuerdo con las dimensiones y categorías de estudio, sin olvidar un panorama sociodemográfico previo sobre el universo de trabajo.

El propósito central de esta investigación lo conformaron las PPL, por lo que la información obtenida de los instrumentos restantes fue un complemento a la estructura analítica distribuida en las dimensiones y categorías previstas. Los datos proporcionados por las PPL fueron esenciales para identificar los factores criminógenos con mayor prevalencia en la génesis del homicidio doloso, y para precisar las principales motivaciones individuales del victimario que culminaron en el acto delictivo. En cuanto a la percepción de la población general, grupos sociales y expertos, ya sean académicos o del sector gubernamental, su percepción ofreció una visión sobre la causalidad del fenómeno desde distintas perspectivas.

El análisis de los resultados se fundamenta no sólo en la información recabada en esta investigación, sino también en otros estudios de naturaleza similar previamente discutidos

en el estado del arte. Además, se apoya en la base teórica existente en torno al fenómeno criminal. El objetivo principal fue desarrollar un estudio exploratorio criminológico que integrara la *Teoría ecológica del desarrollo humano* con el actual cuerpo de conocimientos, teorías criminológicas contemporáneas y la imperante necesidad de entender la complejidad del fenómeno a través de las preguntas de investigación establecidas en un inicio.

Es importante contextualizar el universo de trabajo de donde se obtuvo la muestra para la elaboración de la entrevista estructurada y semiestructurada de las PPL, el cual estuvo compuesto por 225 personas que purgan una pena por homicidio doloso, todas ellas con sentencia ejecutoriada. El objetivo de este criterio fue garantizar la certeza de la información que proporcionaba tanto la narrativa de los internos como sus expedientes jurídicos, al tratarse de una cosa juzgada que ya no admite recurso legal alguno.

Con relación a la encuesta de percepción ciudadana, cabe mencionar que esta se llevó a cabo (de acuerdo con el cálculo de la muestra), a un total de 1525 personas mayores de edad (801 mujeres y 724 hombres) provenientes de los 46 municipios del estado de Guanajuato.

A lo largo de las respuestas de las personas participantes se identificó un consenso general sobre la complejidad multifactorial del homicidio doloso. Los factores estructurales, como las políticas públicas y el sistema educativo, así como los factores interpersonales y culturales, como la familia y las creencias vigentes de la sociedad, fueron bastante mencionados como variables influyentes en la génesis y dinámica del homicidio doloso.

El homicidio doloso en Guanajuato es un fenómeno complejo que no puede atribuirse a una sola causa o factor, como bien se ha venido mencionando a lo largo de este trabajo. La diversidad de opiniones y percepciones refleja la necesidad de abordar el problema desde un enfoque integral, al considerar tanto los factores individuales como los estructurales y culturales. La convergencia en ciertos temas sugiere áreas clave de intervención, mientras que las divergencias resaltan la importancia de la adaptabilidad de las estrategias de prevención en todos sus niveles.

DISCUSIÓN

La violencia homicida es un fenómeno complejo que requiere una comprensión detallada. Durante esta investigación se ha optado por una aproximación multidimensional, combinando métodos cualitativos y cuantitativos, así como diversas fuentes de información, tanto documentales como de campo. La revisión del estado del arte evidenció una carencia de investigaciones que triangulen métodos y fuentes en torno a esta problemática. Por tanto, se aporta una perspectiva integral, complementada por las visiones de sus protagonistas, la sociedad en general y sus sectores, así como los expertos que la estudian.

A continuación, se presenta una síntesis de los 34 hallazgos, cifra que es enunciativa y no limitativa, ya que la información presentada en este trabajo ha permitido un mayor número de análisis. Se identificaron 12 hallazgos que contrastan con la literatura científica predominante, es decir, difieren de lo encontrado en otros estudios y análisis por profesionales en la materia. Asimismo, se identificaron 22 hallazgos que coinciden con la literatura existente. Este aspecto refuerza teorías, hipótesis y modelos explicativos ya establecidos.

Síntesis de hallazgos:

Id	Unidades de análisis	Literatura especializada	Hallazgo	Sentido
1	Edad	Según la literatura científica, la curva presenta una forma de campana asimétrica, alcanzando su punto máximo en la adolescencia tardía y comienza a descender a medida que se entra en la adultez.	Este trabajo académico señala que, con relación al delito de homicidio, el pico máximo de la curva se sitúa en la juventud tardía, y no en la adolescencia tardía, como se sostiene en la literatura existente.	Contrasta
2	Sexo	Los hombres, debido a las expectativas sociales relacionadas con la masculinidad tóxica, tienden más a la transgresión. Estos cánones culturales contribuyen a la búsqueda de conductas de riesgo.	La mayoría de las PPL analizadas son hombres, lo que corrobora que el factor hombre es el predictor más significativo de participación criminal, evidenciando que el fenómeno del homicidio no es una excepción.	Coincide

3	Escolaridad	La tendencia es a considerar la baja escolaridad como un factor contribuyente al fenómeno en cuestión, puesto que esta mejora capacidades técnicas, psicológicas y morales de la persona.	Más de la mitad de la PPL no logró superar la educación básica (educación primaria y secundaria), situación que, según los criterios establecidos por el Coneval (2022b), refleja un indicador de rezago educativo.	Coincide
4	Matrimonio y paternidad	Existe una amplia literatura que sugiere el matrimonio o la cohabitación en edades tempranas, así como la paternidad, actúan como factores que inhiben o disminuyen la criminalidad.	La mayoría de las PPL vivían en pareja y establecieron dicha relación entre los 15 y 19 años de edad, lo que resultó en la paternidad de su primer hijo entre los 20 y 24 años. Ambos aspectos no fueron inhibitorios.	Contrasta
5	Familia numerosa	Las fuentes asocian el factor familia numerosa con la delincuencia, siempre y cuando se tenga control sobre otras variables como ingreso, nivel socioeconómico, criminalidad de los padres y malas prácticas de crianza.	La mayor parte de la población objeto de estudio provenía de una estructura familiar numerosa que superaba los seis miembros, en donde había presencia de adicciones en sus miembros, violencia, entre otros.	Coincide
6	Bajo nivel socioeconómico	Algunas investigaciones establecen una correlación entre el bajo estatus socioeconómico y la criminalidad, sin embargo, otras sostienen que no es este fenómeno el causante, sino los problemas ocasionados.	Una porción de la muestra expuso cierto nivel de carencias (bajo D). Por otro lado, más de la mitad se ubicó por encima del nivel medio bajo. En ambos casos, no existen niveles de privación significativos.	Contrasta
7	Empleo	Al igual que el matrimonio y la paternidad, la literatura criminológica considera el empleo y las responsabilidades familiares como factores que contribuyen al desistimiento de criminalidad.	La mayoría de las PPL tenía empleo y responsabilidades familiares, y su salario superaba el umbral de la pobreza por ingresos. Esto indica que podrían existir otras variables de interés como la inestabilidad laboral.	Contrasta
8	Vivienda deficiente	Se identifica a la calidad y espacios de la vivienda como un factor de riesgo para la delincuencia masculina, dado que este tipo de infraestructura suele ubicarse en entornos criminógenos, en conjunto con otras variables.	Más de la mitad de las PPL no presentaron deficiencias en la calidad de su vivienda. Además, sus espacios (incluyendo dormitorios), eran adecuados y no se observaron condiciones de hacinamiento.	Contrasta
9	Inseguridad alimentaria	La inseguridad alimentaria y transitoria está asociada con el bajo autocontrol y delincuencia temprana. El factor autocontrol se considera uno de los predictores más robustos de criminalidad.	No se observaron indicios de inseguridad alimentaria, pero esta variable es predictiva desde edades tempranas, por lo que es necesario abordarla con mayor cantidad de variables.	Contrasta
10	Penas privativas de libertad	La literatura indica que un rango de penas considerado aceptable es aquel que no excede los 20 años. Esto se fundamenta por razones humanitarias, de infraestructura, gasto público y reinserción social.	El rango promedio de las penas privativas de libertad por el delito de homicidio doloso en esta muestra específica es de 18 años, lo que se encuentra dentro del umbral de lo que la literatura señala razonable. Ahora bien, en materia de percepción, los resultados indican que las penas de larga duración para las PPL no tienen necesariamente un efecto significativo en la prevención de conductas homicidas dolosas.	Coincide
11	Reincidencia específica	La mayoría de la literatura señala una asociación entre la reincidencia específica y el homicidio, atribuyéndolo a las severas penas que enfrentan los homicidas dolosos.	El análisis realizado muestra una baja prevalencia de reincidencia específica, situándose por debajo de la reincidencia genérica.	Coincide

12	Víctimas (hombres)	Similar al vínculo entre hombres y criminalidad que resalta la literatura, también se indica que los hombres tienen una mayor predisposición a ser víctimas de homicidio, atribuido en gran parte a la masculinidad tóxica.	La mayoría de las víctimas fueron hombres, lo cual está en línea con las fuentes que identifican al género masculino como un factor de riesgo para ser víctimas de homicidio, a manos de otro hombre.	Coincide
13	Probabilidad de Victimización (mujer)	La literatura señala que las mujeres tienen mayor probabilidad de ser victimizadas por un familiar, expareja o conocido íntimo durante sus actividades domésticas o al interior de su domicilio.	Los resultados de este trabajo corroboran esta premisa, ya que las mujeres analizadas fueron victimizadas por un familiar, expareja o alguien cercano a ellas.	Coincide
14	Probabilidad de victimización (hombre)	En términos de variables situacionales, se tiene que, según la naturaleza del lugar donde ocurre el hecho (espacio abierto) se reduce la probabilidad de ser privado de la vida por un conocido.	Más de la mitad de las víctimas masculinas fueron privadas de la vida en lugares públicos o zonas despobladas. De este universo, ligeramente arriba de la mitad se conocían entre sí.	Contrasta
15	Consumo problemático de sustancias	La literatura señala que el alcohol y otras drogas no solo actúan como factores desencadenantes, sino también es muy común su consumo entre los delincuentes, destacando el alcohol como el más prevalente.	La mayoría de las PPL estudiadas confirmó lo señalado por la literatura empírica, destacando un consumo frecuente de sustancias psicoactivas en su historia de vida, principalmente de alcohol y otras drogas.	Coincide
16	Consumo en edades tempranas	La conexión entre delincuencia y consumo temprano de sustancias adictivas lícitas e ilícitas cuenta con un amplio respaldo empírico.	Se acentúa que la mayoría de las PPL admitió haberse iniciado en sustancias a una edad que oscila entre los 12 y 20 años, es decir, en etapas tempranas de la vida.	Coincide
17	Sustancias de consumo más prevalente	El alcohol es identificado como la sustancia más consumida en todos los grupos etarios, lo que sugiere una mayor propensión a su consumo entre personas delincuentes.	El estudio revela que el alcohol lidera la lista de sustancias consumidas, seguido por el tabaco, marihuana, cocaína, cristal, inhalables, psicotrópicos, metanfetaminas, piedra, heroína y éxtasis.	Coincide
18	Socialización y consumo de sustancias	La socialización, refiriéndose tanto a las actividades como a las compañías, junto con el inicio temprano, se destacan como factores centrales en la relación entre la adicción y todas las formas de delincuencia.	Una parte importante de la PPL fue iniciada en el consumo de sustancias a través de amistades, esto pudiese confirmar la hipótesis referente al vínculo entre consumo problemático, delincuencia y edades tempranas.	Coincide
19	Experiencias traumáticas	Variables como el abuso o maltrato derivado de la violencia intrafamiliar, el estrés o inestabilidad familiar y el consumo problemático de sustancias adictivas se subrayan como factores de riesgo de violencia homicida dolosa.	Con relación a este trabajo se confirma la presencia de abuso psicológico durante la infancia, la presencia de inestabilidad familiar y el consumo de sustancias psicoactivas por parte de padres o hermanos.	Coincide
20	Pertenencia a pandillas	La literatura científica indica que la participación activa en pandillas o grupos delictivos predice con mayor fuerza comportamientos ilícitos (incluidos delitos graves).	Una proporción significativa de las PPL no perteneció a grupos pandilleriles, ni se involucró con personas asociadas a estos, a pesar de su presencia en el entorno.	Contrasta
21	Entorno criminógeno	Los vecindarios con una prevalente exposición a conductas antisociales y delictivas predisponen a patrones delictivos emergentes. Los jóvenes pasan tiempo fuera más tiempo y se exponen al entorno criminógeno.	Una proporción bastante significativa de las PPL reconoció que había presencia de grupos pandilleriles en su entorno comunitario, de las que no llegaron a asociarse o pertenecer.	Coincide

22	Victimización en el entorno escolar	El acoso escolar es un factor de riesgo distintivo que favorece la comisión de delitos violentos, incluyendo homicidios dolosos. Quienes acosan tienen el doble de probabilidad de delinquir en comparación con sus víctimas.	Las PPL objeto de estudio fueron tanto víctimas como testigos de violencia en el ámbito escolar. Este hallazgo respalda el vínculo identificado por la literatura científica entre el acoso y comportamientos violentos.	Coincide
23	Baja escolaridad de los padres	La literatura científica sugiere una correlación entre los años de educación alcanzados de los padres y la tendencia de sus hijos a involucrarse en actividades delictivas.	En el presente estudio, esta relación se evidencia, ya que la mayoría de las PPL señaló que sus padres no finalizaron la educación primaria, llegando inclusive a no tener estudios.	Coincide
24	Comunicación parental deficiente	Las fuentes especializadas indica que una comunicación parental deficiente se relaciona estrechamente con la comisión de delitos, siendo esta sólo superada por la insuficiente supervisión parental.	En este estudio, ligeramente más de la mitad de las PPL indicaron tener una mala comunicación con sus padres. Esta observación concuerda con lo señalado en la literatura especializada.	Coincide
25	Consumo problemático de sustancias en padres	Las investigaciones al respecto establecen una robusta conexión con la delincuencia de sus descendientes, así como con el consumo problemático de sustancias, tanto lícitas como ilícitas.	En una proporción significativa se presentan ambas condiciones: la inclinación hacia conductas delictivas y las adicciones a sustancias, tanto lícitas como ilícitas.	Coincide
26	Maltrato o abuso infantil	Existe una constante correlación positiva entre el abuso en todas sus formas (física, psicológica y sexual) y la alta probabilidad de involucramiento en actos delictivos, incluyendo aquellos de gravedad.	En la muestra esta relación es clara hasta los 12 años: la mayoría reportó haber sufrido abuso psicológico, seguido por el físico. El abuso sexual tuvo una representación mínima con poca significancia.	Coincide
27	Desigualdad social	La mayoría de la literatura tiende a relacionar la desigualdad con zonas de altas tasas de criminalidad, sin embargo, los estudios han demostrado correlaciones tanto positivas como poco significativas.	Aunque las PPL estudiadas no mostraron carencias o privaciones significativas, la desigualdad sigue estando presente en otras dimensiones, por ejemplo, a través del rezago educativo.	Coincide
28	Motivo instrumental o expresivo	Los homicidios dolosos se clasifican en expresivos e instrumentales. Los primeros surgen de impulsos emocionales, los segundos se cometen con un objetivo claro. Los homicidios tienden a ser expresivos.	En la muestra analizada en esta investigación, predominan los homicidios dolosos expresivos, lo cual coincide con la literatura especializada	Coincide
29	Homicidios instrumentales	Para los homicidios instrumentales la mayor parte de las víctimas eran desconocidas, fueron perpetrados por hombres de entre 20 y 29 años y se utilizaron armas de fuego.	Los victimarios tenían edades comprendidas entre los 17 y 28 años. Aunque predominaron los hombres, también se identificaron mujeres como autoras. La mayoría de las víctimas eran conocidas por sus agresores.	Contrasta
30	Espacios exteriores	La bibliografía presenta variaciones en cuanto a la prevalencia de espacios interiores y exteriores como escenarios de homicidios dolosos. Según los norteamericanos, los espacios exteriores son más significativos.	En el presente estudio se registró una mayor incidencia de homicidios dolosos en espacios interiores en comparación con los espacios exteriores; cabe mencionar que la diferencia es mínima.	Contrasta
31	Armas utilizadas	La literatura indica un uso similar entre armas de fuego y objetos punzocortantes en delitos con motivaciones tanto expresivas como instrumentales.	Se encontró que el uso de armas de fuego es predominantemente más común en los homicidios dolosos con motivos instrumentales.	Contrasta

32	Armas de fuego	Por otro lado, la literatura sugiere que el uso de armas es más frecuente entre individuos que no se conocen entre sí.	Se confirma que el uso de armas de fuego prevalece en situaciones donde las víctimas y los victimarios no se conocían entre sí.	Coincide
33	Horario nocturno	Se establece una relación entre las horas nocturnas y madrugadas con lugares públicos, resaltan la vulnerabilidad asociada a estos momentos y lugares debido al factor de oportunidad que presentan.	La tarde y noche son los horarios más prevalentes. Por lo que respecta a los espacios, los interiores, considerados parcialmente seguros, muestran una prevalencia ligeramente superior a los espacios exteriores.	Coincide parcialmente
34	Alcohol como factor precipitante	La literatura científica identifica el consumo de alcohol como un elemento precipitante clave en la dinámica de los homicidios.	El estado de sobriedad predominó en los casos analizados, mientras que la incidencia de estar "bajo el efecto de alguna sustancia" fue significativamente menor.	Contrasta

CONCLUSIONES

En conclusión, se proporcionarán respuestas a las interrogantes de investigación establecidas en el comienzo de este proyecto académico. Cabe destacar que se enfrentaron diversos desafíos, uno de los más destacados fue la minuciosidad requerida en cada etapa: desde la contextualización teórica y bibliográfica, pasando por la triangulación de técnicas mixtas de recolección de datos, la sistematización, hasta el análisis de los resultados con base en las dimensiones, categorías y unidades de análisis así establecidas. Cada variable analizada abrió un vasto compendio de información, se subraya la compleja, multimensional y multifactorial naturaleza del fenómeno estudiado.

Otro reto para destacar es el concerniente a la realización de entrevistas cara a cara a las PPL, sin duda, un esfuerzo académico en la historia del Sistema Estatal Penitenciario. La posibilidad de acceder a esta población recluida estuvo significativamente limitada por varias razones, entre ellas las medidas de seguridad, reglamentaciones de cada centro, logística penitenciaria y, muy especialmente, la desconfianza de las PPL ante la incertidumbre de las repercusiones del estudio. Esta última situación, en múltiples ocasiones llevó a que los entrevistados, ejerciendo su derecho a no participar, decidieran abstenerse o retirarse de este proyecto empírico y académico.

Ante un escenario como el descrito, habiendo comprendido lo que significan las barreras entre las PPL, las instituciones penitenciarias y la investigación científica disponible, y con base en la determinación e interés del autor de este trabajo en realizar un proyecto de tal magnitud, se estimó diseñar un instrumento de recolección de datos con enfoque mixto. Este instrumento, conformado por preguntas abiertas y cerradas, buscaba optimizar la obtención de información bajo situaciones donde no fuera posible acceder a un registro detallado. Con relación a este esfuerzo sólo queda reiterar la profunda gratitud hacia todas las PPL que lo hicieron realidad.

Por lo tanto, el valor agregado de lo aquí expuesto estriba en la narrativa que se logró recopilar de las PPL. Considerando los desafíos que este proceso implicó, es fundamental que los resultados sean retomados por investigadores científicos de diversas disciplinas, llevándolos a una profundidad mayor con análisis metodológicos interdisciplinarios e interteóricos. Los hallazgos de esta investigación ya sean en coincidencia o contraposición con la literatura existente, no representan una solución definitiva y, por supuesto, tienen sus propias limitaciones. Esto subraya la urgente necesidad de continuar profundizando en la investigación de cada una de las dimensiones, categorías y unidades de análisis, enriqueciendo de manera permanente el conocimiento, tan requerido en la problemática del homicidio doloso. La persona lo convierte en un reto investigativo de gran alcance. Esta complejidad se magnifica aún más cuando la investigación se da con las PPL, las cuales, inmersas en un entorno penitenciario, enfrentan desafíos adicionales que pueden influir en su disposición a participar en estudios científicos de este tipo, debido a las dinámicas de poder, la desconfianza hacia las instituciones o el deseo de proteger su propia imagen ante posibles consecuencias jurídicas o administrativas, entre otras.

La Criminología debe ser una ciencia dinámica y en con tinua transformación. A medida que las sociedades y contextos evolucionan, los factores

de riesgo criminógenos, correlacionados al comportamiento delictivo, se adaptan a dichos cambios. Este trabajo de grado no es simplemente un aporte más de conocimientos sobre el homicidio doloso, es también un exhaustivo recordatorio de la exigencia de investiga ciones empíricas bajo un enfoque "integral" acorde a su complejidad. Adoptar un enfoque simplista sobre el fenómeno en comento solo conduce, en palabras de Morin, a medidas simplistas y mutilantes; ejemplo de esto es la política criminal mexicana actual.

Las coincidencias o contrastes con la literatura científica especializada aludida son evidencia empírica de que no hay verdades absolutas en este fenómeno dinámico. Pese a ser ampliamente investigado, no se ha podido por lo menos establecer una aproximación integral y exploratoria del mismo. Mientras que algunos hallazgos pueden coincidir con estudios empíricos previos, otros desafían lo así establecido, al impulsar nuevas líneas de investigación que cuestionen, revisen y reevalúen la infinidad de teorías y conceptos existentes que, en ocasiones, obstaculizan una clara comprensión del fenómeno criminal. Este estudio, con sus obvias limitaciones, no sólo ha buscado aportar un análisis exploratorio de los factores de riesgo criminógenos ampliamente respaldados por teorías y literatura criminológica –en sí mismo una hazaña, dada la diversidad de marcos explicativos–, sino también pretende motivar a la comunidad científica a reformular su comprensión del fenómeno del homicidio doloso, e inclusive de otras conductas, desde un enfoque integral e intersistémico. Por otro lado, hace un llamado a los responsables de formular políticas criminales a entender que la complejidad de este problema trasciende el simple enfoque punitivo o reactivo, en tanto solución.

REFERENCIAS

Acero, A. R, Escobar - Córdoba, F. y Castellanos, G. (2007). Factores de riesgo para violencia y homicidio juvenil. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 36(1), 78-97. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80636107

Baumer, E. P., y Wolff, K. T. (2014). The breadth and causes of contemporary cross-national homicide trends. *Crime and justice*, 43(1), 231-287. https://doi.org/10.1086/677663

Bravo, H., R., Ruvalcaba, N. A., Orozco. M., G., González, Y., E., y Hernández, M., T. (2018). Introducción al modelo ecológico del desarrollo humano. *Salud mental: Investigación y reflexiones sobre el ejercicio profesional*, 3, 91-106.

Bronfenbrenner, U. (1987). *La ecología del desarrollo humano. Experimento en entornos naturales y diseñados*. Ediciones Paidós.

Brookman, F (2005). *Understanding Homicide*. Sage Publications.

Brookman, F. (2003). Confrontational and revenge homicides among men in England and Wales. *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, 36(1), 34-59. https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1375/acri.36.1.34

Busch, E. (2018) Factores de riesgo en la transformación de víctima a victimario. Estudio de victimarios penados por homicidios dolosos en el Centro de Reinserción

Caballero-García, P., y Pérez, F. (2018). Conformación de la personalidad antisocial. *Enfoques y perspectivas*, 39(107), 13-42. https://uexternado3.metarevistas.org/index. php/derpen/article/view/6318

Cajas, J. (2009). *Los desviados. Cartografía urbana y criminalización de la vida cotidiana*. Miguel Ángel Porrúa / Universidad Autónoma de Querétaro. www.scielo.sa.cr/pdf/reflexiones/v97n1/1659-2859-reflexiones-97-01-65.pdf

Chávez, C. (2018). Penalization and multidimensional poverty: improving our understanding of poverty amongst offenders in Ciudad Juarez, Mexico. *Crime, Law and Social Change*, 70(5), 621-645. https://doi.org/10.1007/s10611-018-9785-8

Cohen, L. E., y Felson, M. (1979). Social change and crime rate trends, a routine activity approach. *American Sociological Review*, *44*(4), 588-608. https://www.jstor.org/stable/2094589

Daly, M. y Wilson, M. (2017). *Homicide*. Routledge.

Dávila, C. A., Agudelo, M., y Gómez, H. (2021). Trends and differences in homicide mortality in Colombia and Mexico, 1990-2016: Two Realities, One Problem. *Journal of Interpersonal Violence, 36*(17-18), 7962-7977. https://doi.org/10.1177/0886260519847775

Douglas, K., Hart, S., D., Webster, C., D. y Belfrage, H. (2015). HCR-20 V3 Valoración del riesgo de violencia. Guía del evaluador. Universitat de Barcelona.

Enamorado, T., López, L. F., Rodríguez, C. y Winkler, H. (2016). Income inequality and violent crime: Evidence from Mexico's drug war. *Journal of Development Economics*, 120, 128-143. https://doi.org/10.1016/j.jdeveco.2015.12.004

Farrington, D.P. (2005). The integrated cognitive antisocial potential (ICAP) Theory.

Farrington, D. P. (1992). Explaining the Beginning, Progress, and Ending of Antisocial Behavior from Birth to Adulthood. En McCord, J. (Ed.). *Facts, Frameworks and Forecasts. Advances in Criminological Theory*, (vol. 3, pp. 215-241). Routledge.

Fondevila, G. y Meneses-Reyes, R. (2012). Procesos y estructuras de una muerte violenta: homicidios en la Ciudad de México. *Papeles de Población*, 18(74), 151-202. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11225471005

Franco, A. S. (2003). Momento y contexto de la violencia en Colombia. *Revista Cubana de Salud Pública, 29*(1), 18-36. http://scielo.sld.cu/pdf/rcsp/v29n1/spu04103.pdf

Galtung, J. (2016). La violencia: cultural, estructural y directa. *Cuadernos de estrategia*, (183), 147-168. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5832797.pdf

García-Pablos de Molina, A. (2003). *Tratado de criminología*. Tirant Lo Blanch.

Stangeland, P. Redondo, S. (2006). *Principios de criminología*. Tirant Lo Blanch.

Garzón-Vergara, J. C. (2016). *What is the relationship between organized crime and homicide in Latin America?* Igarape Institute. https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2016/06/Homicide-Dispatch_3_EN_23-05.pdf

Hernández, L., K. (2015). *Intervención psicosocial en los factores de riesgo asociados a las dinámicas familiares de los hogares del municipio de Pitalito que tienen mayorincidencia en las problemáticas del maltrato físico en niños, niñas y adolescentes, desde el marco del proceso administrativo de restablecimiento de derechos(PARD), llevado a cabo por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, centro zonal Pitalito*. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF. https://repository.unad.edu.co/bitstream/handle/10596/2809/1144139847.pdf?sequence=3&isAllowed=y

Herrero, C. (2007). *Criminología (Parte General y Especial)*. Dykinson.

Hindelang, M. J., Gottfredson, M. R., & Garofalo, J. (1978). *Victims of personal crime:an empirical foundation for a theory of personal victimization*. Ballinger.

Illescas, S. R. (2008). Individuos, sociedades y oportunidades en la explicación y prevención del delito: Modelo del Triple Riesgo Delictivo (TRD). *Revista española de investigación criminológica*, 6, 1-53. https://reic.criminologia.net/index.php/journal/article/view/34

INEGI. (2023). Glosario. https://www.inegi.org.mx/app/glosario/default.html?p=ENEU

Kanashiro, L., Dammert, L., y Hernández, W. (2018). Percepción de inseguridad: Determinantes y narrativas. *Proyectos de Investigación*. CIES. Universidad de Lima. https://www.researchgate.net/profile/Wilson-Hernandez-Brena/publication/351515818_Percepcion_de_inseguridad_Determinantes_y_narrativas/links/609bb801a6fdccc3ce6c8aaa/Percepcion-de-inseguridad-Determinantes-y-narrativas.pdf

Lemieux, A. M., y Felson, M. (2012). Risk of violent crime victimization during major daily activities. *Violence and victims, 27*(5), 635-655. https://connect.springerpub.com/content/sgrvv/27/5/635.abstract

Lima, M. de la L. (2015). *El control social en el México prehispánico y colonial*. INACIPE.

López, D. P., López-Nicolás, R., López-López, R., Puente-López, E., & Ruiz-Hernández,

J. A. (2022). Association between attitudes toward violence and violent behavior in the school context: a systematic review and correlational meta-analysis. *International journal of clinical and health psychology, 22*(1). https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1697260021000594

Manzanera, L. R. (2003). *Victimología*. Porrúa.

Manzanera, L. R. (2012). *Criminología clínica*. Porrúa.

Mebarak, M., R., Castro, G., Fontalvo, L., y Castillo, Quiroz, N. (2016). Análisis de las pauas de crianza y los tipos de autoridad, y su relación con el surgimiento de conductas criminales: una revisión teórica. *Criminalidad*, 58(3), 61-70. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5763563.pdf

Morales, C. (2011). La guerra contra el narcotráfico en México. Debilidad del Estado, orden local y fracaso de una estrategia. *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, (50), 1-35. https://www.redalyc.org/pdf/4959/495950246005.pdf

Organización Mundial de la Salud. (s.f.). Informe mundial sobre la violencia y la salud. https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/abstract_es.pdf

Osorio, J. (2012). Las causas estructurales de la violencia. Evaluación de algunas hipótesis.

Pámanes, G. S. P. (2014). *Criminología contemporánea. Introducción a sus fundamentos teóricos*. Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Pámanes, G. S. P. (2017). *Criminología clínica contemporánea. Práctica basada en evidencia*. Porrúa.

Pérez, L. T. y Pinzón, X. (2009). Factores psicosociales asociados a la conducta delictiva de los internos condenados por homicidio recluidos en la cárcel de máxima seguridad de Cómbita (Boyacá). *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, (26). https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=194215516008

Pueyo, A. A., e Illescas, S. R. (2007). Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia. *Papeles del psicólogo, 28*(3), 157-173. https://www.redalyc.org/pdf/778/77828303.pdf

Ríos, V. (2013a). Why did Mexico become so violent? A self-reinforcing violent equilibrium caused by competition and enforcement. *Trends Organ Crim, 16*(2), 138-155. https://mafiaandco.files.wordpress.com/2012/06/why-did-mexico-become-so-violent-a-self-reinforcing-violent-equilibrium-caused-by-competition-and-enforcement.pdf

Ríos, V. (2013b). *How Government Structure Encourages Criminal Violence: The causes of Mexico's Drug War*. [Doctoral dissertation, Harvard University]. Digital Access to Scholarship at Harvard DASH https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/11156675/RiosContreras_gsas.harvard_0084L_10752.pdf?sequence=3&isAllowed=y

Sampson, R. J. (1987). Urban black violence: The effect of male joblessness and family disruption. *American Journal of Sociology, 93*(2), 348-382. https://dash.harvard. edu/bitstream/handle/1/3226953/Sampson_UrbanBlackViolence.pdf;jsessionid=D44340DCC68297D2AE2C51BA55284F6F?sequence=7

Schargrodsky, E., y Freira, L. (2021). Inequality and Crime in Latin America and the Caribbean: New Data for and Old Question. Working Paper Series PNUD. https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/latinamerica/undp-rblac-PNUD_bckPapers13-OK.pdf

Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (2022), *Incidencia delictiva*. https://www.gob.mx/sesnsp/articulos/incidencia-delictiva?idiom=es

United Nations Office on Drugs and Crime (2013). *Global Study on Homicide. Trends, Context, Data*. https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/GSH2013/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf

United Nations Office on Drugs and Crime (2019). *Global Study on Homicide. Executive Summary*. https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/gsh/Booklet1.pdf

Vargas, B. A. (2021). Por qué se producen altos niveles de homicidio doloso en las alcaldías de la Ciudad de México. Una aproximación configuracional desde la teoría de la desorganización social. *Sociológica México, 36*(102). http://sociologicamexico.azc.uam.mx/index.php/Sociologica/article/view/1674

Vilalta, C., y Muggah, R. (2014). Violent disorder in Ciudad Juarez: a spatial analysis of homicide. *Trends in organized crime, 17*(3), 161-180. https://www.researchgate.net/profile/Carlos-Vilalta/publication/260146710_Violent_disorder_in_Ciudad_Juarez_A_spatial_analysis_of_Homicide/links/0c9605350c293b7b81000000/Violent-disorder-in-Ciudad-Juarez-A-spatial-analysis-of-Homicide.pdf

Vozmediano, L. y San Juan, C. (2010). *Criminología ambiental. Ecología del delito y de la seguridad*. Editorial UOC.

Werb, D., Rowell, G., Guyatt, G., Kerr, T., Montaner, J., y Wood, E. (2011). Effect of drug law enforcement on drug market violence: a systematic review. *International Journal of Drug Policy, 22*(2), 87-94. https://www.hri.global/files/2011/03/25/ ICSDP_Violence_and_Enforcement_Report_March_2011.pdf

Zepeda Gil, R. (2018). Siete tesis explicativas sobre el aumento de la violencia en México. *Política y gobierno, 25*(1), 185-211. https://www.researchgate.net/publication/321211888_Siete_tesis_explicativas_sobre_el_aumento_de_la_violencia_en_Mexico

BAJO VIGILANCIA: DESCIFRANDO LAS CLAVES DEL SISTEMA DE CRÉDITO SOCIAL COMO PROTOCOLO DE VIGILANCIA MASIVA DE LA POBLACIÓN EN LA REPÚBLICA POPULAR DE CHINA TRAS EL XIX CONGRESO NACIONAL DEL PARTIDO COMUNISTA DE CHINA

UNDER SURVEILLANCE: DECODING THE KEYS TO THE SOCIAL CREDIT SYSTEM AS A MASS SURVEILLANCE PROTOCOL IN THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA FOLLOWING THE 19TH NATIONAL CONGRESS OF THE COMMUNIST PARTY OF CHINA

Miguel Ángel Martínez Andreu
https://orcid.org/0009-0003-6064-1205
Universidad Católica San Antonio de Murcia (UCAM)
mamartinez9@alu.ucam.edu

César Augusto Giner Alegría,
https://orcid.org/0000-0002-9743-7414
Universidad Católica San Antonio de Murcia (UCAM)
caginer@ucam.edu
España

https://doi.org/10.24265/voxjuris.2025.v43n2.03

Recibido: 14 de junio del 2024 Aceptado: 15 de julio del 2024.

SUMARIO

- Introducción.
- Metodología.
- Hallazgos y resultados.
- Debate acerca de los balances del poder, descifrando el sistema de crédito social chino y el dilema de la vigilancia masiva.
- Marco teórico y conceptual.
- La *panopticon* de Foucault y su relación con el paradigma de la vigilancia masiva.
- El control social y la vigilancia masiva desde el punto de vista ético del PCCH.
- El sistema de crédito social como pilar de la infraestructura de vigilancia en la RP de China.
- Principios sobre los que se asienta el sistema de crédito social.
- ¿Cómo logra establecerse el vínculo entre la tecnología y el desarrollo socio-económico mediante la vigilancia masiva?
- Conclusiones.
- Referencias bibliográficas.

SUMARIO DE FIGURAS

- Ejemplos de acciones valoradas en el SCS.

RESUMEN

El sistema de crédito social (en adelante, SCS) se presenta como un completo protocolo de seguridad destinado a la vigilancia masiva, el cual, a través de la integración de macrodatos y demás medios tecnológicos, es capaz de supervisar y evaluar el comportamiento de la población. Propuesto como un método novedoso posterior a la crisis económica del año 2008, dicha estrategia pretende reforzar la confianza social en la red política centralizada bajo un régimen de partido único, puesto que además y debido principalmente a lo ambigua que resulte dicha estrategia, refleja un cambio en el paradigma de la gobernanza y seguridad global aprovechando el ámbito de las herramientas cíber con el objetivo de alcanzar un nivel sin precedentes en lo relativo al control social del país de China.

PALABRAS CLAVE

comportamiento, confianza, protocolo, régimen global, vigilancia.

ABSTRACT

The social credit system (hereinafter, SCS) is presented as a complete security protocol aimed at mass surveillance which, through the integration of big data and other technological means, is capable of monitoring and evaluating the behavior of the population. Proposed as

a novel method after the economic crisis of 2008, this strategy aims to strengthen social trust in the centralized political network under a single-party regime, since, mainly due to the ambiguity of this strategy, it reflects a change in the paradigm of global governance and security, taking advantage of the field of cyber tools with the aim of achieving an unprecedented level of social control in the country of China.

KEYWORDS

behaviour, protocol, regimen global. surveillance, trust.

INTRODUCCIÓN

El uso de la inteligencia artificial (en adelante, IA) ha permitido la creación de una nueva gama de herramientas de supervisión que los gobiernos pueden utilizar para vigilar a sus ciudadanos en una era en la que todo se vuelve digital. Desarrolladas con el objetivo de vigilar, evaluar y orientar las acciones emprendidas por personas y empresas, las puntuaciones de crédito social se asignan en función de estos comportamientos. De hecho, tienen implicaciones en muchos aspectos: desde la accesibilidad a los servicios financieros hasta decisiones importantes como la planificación de viajes y se calculan utilizando una gran cantidad de datos recopilados a través de esfuerzos de vigilancia masiva realizados a nivel nacional.

La comparación de estos dos modelos revela una combinación de enfoques tradicionales y nuevos utilizados por los gobiernos. Singapur, liderado por Lee Kuan Yew, estableció un hito en el control social que podría usarse para fomentar fines económicos y políticos, mientras que el sistema de crédito social de China llevó el concepto más allá de manera innovadora y lo reformuló de acuerdo con las demandas de la era de la información.

El objetivo de este artículo es profundizar en estas mismas dinámicas sin escatimar en sus implicaciones para que se pueda tener una visión más clara no sólo de cómo se desarrolla la vigilancia estatal global, sino también de lo que augura para nuestras comunidades actuales. No obstante, si bien, la revisión de estos dos modelos de control demográfico muestra que tanto Singapur bajo Lee Kuan Yew como el sistema de crédito social de China han adoptado algunos enfoques nuevos en las estrategias de supervisión gubernamental junto con la continuación de algunas prácticas pasadas, Lee Kuan Yew dio ejemplo del uso del control social para lograr fines económicos y políticos (lo que más tarde llegó a conocerse como el sistema de crédito social en China).

Este artículo tiene como objetivo profundizar en estos contornos en evolución y lo que presagian, para obtener una mejor imagen de los actores estatales de vigilancia global que nos impactan en este mundo del siglo XXI bañado por la tecnología: está destinado a extraer lecciones sobre los efectos en las sociedades contemporáneas.

Es más, en el caso concreto de Singapur, el gobierno mantuvo el control utilizando métodos como la censura de los medios, la vigilancia de la población y la promulgación de leyes de orden público muy estrictas. De hecho, aunque las técnicas utilizadas en Singapur durante la era de Lee Kuan Yew no eran tan avanzadas tecnológicamente como el sistema de crédito social chino, ambas tienen un propósito común: establecer un entorno social que promueva la alineación voluntaria del comportamiento individual con los valores sociales y los objetivos estatales. Por todo ello, se puede decir que el establecimiento de un sistema de crédito social que se inició en China bajo Xi Jinping a través de la innovación y la mejora para satisfacer las demandas de la era digital es un desarrollo y adaptación a los tiempos modernos del uso de la vigilancia durante la Singapur de Lee Kuan Yew.

METODOLOGÍA

El sistema de crédito social en China, implementado por el gobierno del propio país, representa uno de los experimentos más audaces y debatidos en el ámbito de la vigilancia masiva en lo que respecta a su uso para la gestión y el control social. Este sistema busca evaluar y dirigir el comportamiento de individuos y empresas mediante puntuaciones derivadas de diversos tipos de datos. En este análisis, se pretende abordar cuestiones esenciales, que incluyen, entre otras, preguntas de investigación, hipótesis y objetivos relevantes para el estudio de este modelo.

Por todo ello, en los años recientes, y debido principalmente al avance de la tecnología, el panorama de la gobernanza social se ha transformado en una mayor magnitud en lo relativo al ámbito de la vigilancia masiva. Por esta razón, una manifestación llamativa acerca de la actual evolución tecnológica ha resultado en la implementación del sistema de crédito social en la República Popular China. Con base en ello, el presente artículo pretende ahondar de forma

mamartinez9@alu.ucam.edu, caginer@ucam.edu

exhaustiva en las características principales de dicha herramienta propia de la seguridad moderna y en todas aquellas implicaciones bajo un contexto más amplio del ya conocido por la comunidad de expertos en la actualidad.

El sistema de crédito social, implementado por el gobierno chino durante el XIX Congreso Nacional del Partido Comunista, representa un enfoque innovador para el control de la población y la gestión del riesgo de disidencia, tanto interna como externa. Este sistema se integra con la gobernanza tradicional de un Estado con un régimen de partido único, a pesar de que su poder se alinea con ideologías que son radicalmente diferentes en relación con la gestión del entorno comercial internacional. Por lo tanto, para obtener resultados más precisos al analizar este tema, es fundamental considerar la naturaleza multifacética del sistema de crédito social, el cual se basa en diversos enfoques derivados de un marco teórico que, aunque se encuentra en consenso, es poco conocido por la mayoría, debido al predominio histórico del discurso global sobre la seguridad nacional. Además, es relevante señalar cómo este sistema también influye en el debate internacional sobre seguridad y libertad, que ha sido objeto de discusión en numerosos foros.

Preguntas de investigación

La investigación y comprensión del sistema de crédito social en China requiere la formulación de preguntas bien definidas que conduzcan a un análisis detallado. Algunas preguntas importantes incluyen:

- ¿Qué elementos y mecanismos constituyen el sistema de crédito social en China?
- ¿Cuál es el impacto del sistema de crédito social en la conducta de los ciudadanos?
- ¿Qué consecuencias sociales, políticas y éticas tiene el empleo de este sistema de vigilancia masiva?
- ¿Cuál es el papel que desempeñan las tecnologías emergentes en la creación y operación del sistema de crédito social?

Hipótesis

En el estudio del sistema de crédito social, las hipótesis deben ser específicas y verificables. Algunas hipótesis potenciales incluyen:

- El sistema de crédito social en China promueve la conformidad social y disminuye los comportamientos que el Estado considera indeseables.
- Las libertades individuales y los derechos humanos se ven afectados negativamente cuando se establece un sistema de crédito social.
- Los ciudadanos con puntajes altos o bajos en el sistema de crédito social reciben beneficios, así como sanciones claras, lo que afecta a la percepción de su imagen y acciones de cara a su entorno cercano.
- La implementación de nuevas herramientas y medios tecnológicos resulta esencial para el funcionamiento y eficacia del sistema de crédito social.

Perspectivas metodológicas

La exposición de los hechos concernientes a la temática del artículo con respecto al sistema de crédito social como herramienta de vigilancia masiva en el caso concreto de la RPC requerirá de un enfoque metodológico interdisciplinario, el cual integre el método cualitativo partiendo de la base del análisis documental. Esto implicará el estudio exhaustivo de publicaciones académicas, así como profesionales, acerca del contexto en el que se emplaza la vigilancia masiva, aun cuando esta a su vez comprometa la reversión hacia una polarización ideológica, la cual únicamente se encuentra presente en la actualidad en sistemas de ideología comunista y socialista, como es el caso respecto de la nación asiática.

HALLAZGOS Y RESULTADOS

El sistema de crédito social de China es una mezcla compleja de ética, comportamiento, tecnología y economía con implicaciones de largo alcance. Va más allá de regular el comportamiento individual para impactar a las empresas y entidades económicas. Asimismo, se ha verificado cómo dicho medio de vigilancia masiva hace uso de tecnología propia de la inteligencia artificial, así como del análisis de bases de datos para monitorear y controlar a los ciudadanos, lo que genera preocupaciones sobre la privacidad y la autonomía. Si bien todo ello apunta a la promoción de los principios reinantes en el ámbito de la armonía y la responsabilidad (Erin, 2024), a su vez, plantea desafíos como la discriminación oculta y las restricciones comerciales, como es el caso de la fabricación de microchips tras la pandemia del coronavirus (Wang, 2019).

mamartinez9@alu.ucam.edu, caginer@ucam.edu

Debate acerca de: *"Los balances del poder, descifrando el sistema de crédito social chino y el dilema de la vigilancia masiva"*

El debate existente en torno a la vigilancia masiva y el sistema de crédito social gira en torno al equilibrio entre la seguridad nacional, la privacidad individual, el abuso de poder y las implicaciones para la democracia y el respeto a los derechos humanos.

Como se ha reseñado, los defensores a su favor, es decir, los delegados ejecutivos y vocales del ejecutivo chino, argumentan que dichas medidas son realmente necesarias para mantener el orden social en pos de prevenir una delincuencia mayor y, por tanto, garantizar el bienestar de la sociedad en su conjunto. No obstante, la comunidad de expertos señala esta argumentación como un objetivo subrogado a la intencionalidad del partido por mantener y promocionar la ideología y hermandad, tal como se ha demostrado durante las recientes sesiones del Congreso Nacional del Partido Comunista Chino **(**Impiombato et al., 2021).

En cuanto al escenario global, la comunidad tanto de Estados como expertos se ha expresado con preocupación acerca de la implementación de herramientas y medios denotados como extremadamente invasivos en el contexto social chino. Esto, a su vez, plantea múltiples interrogantes sobre las consecuencias que esto mismo produjera en lo concerniente a la estabilidad internacional y más específicamente, al equilibrio entre la hegemonía y supremacía de las principales potencias en la región del mar de la China meridional, como se aventajará a lo largo de las siguientes líneas.

Como se ha mencionado anteriormente, y se detallará en esta crónica sobre el debate actual en torno a la cuestión objetivo, el Partido Comunista Chino toma decisiones y elabora estrategias de manera firme. Estas acciones están fundamentadas en su ideología y buscan establecer mecanismos que considere más "adecuados". Esta determinación se ha visto influenciada por el complejo contexto histórico en el que China ha pasado de ser un Estado sometido a convertirse en una superpotencia. Desde su fundación y durante I Congreso Nacional en julio de 1921, Pekín ha implementado una extensa red de sistemas de vigilancia para supervisar a la población. Esto incluye el control de sitios *web* y aplicaciones móviles. Así pues, este hecho lo confirmó el XIX Congreso Nacional del Partido Comunista Chino, donde Xi Jinping fue designado como presidente de la nación, consolidando así su mandato vitalicio.

En relación con esto último, el compromiso del partido con la vigilancia masiva y el sistema de crédito social puede entenderse en el contexto de su creencia arraigada con el control de pensamiento tras el que los delegados dedican un gran esfuerzo en la promoción de su mensaje ideológico y, por tanto, centrarse en el mantenimiento de la estabilidad y el control social, aun cuando este mismo vulnere los derechos civiles de sus propios ciudadanos **(**O'Brien, 2020). Aun así, y tras el éxito percibido durante la celebración de los Juegos Olímpicos de Pekín en el año 2008, el partido ha expuesto ciertas motivaciones, al igual que preocupaciones tras la implementación del sistema de crédito social y su puesta en práctica, contando con las primeras reacciones de la opinión pública china (Xu et al., 2022), como se puede apreciar a continuación:

- ***Intervención y equilibrio social.*** Si bien el partido siempre ha pretendido mantener el control y la estabilidad de la población y más específicamente tras la masacre de Tiananmén en 1989, se ha mantenido la perspectiva para prevenir el malestar social y mantener su control sobre el poder real acerca de la supervisión de las actitudes y comportamientos de la ciudadanía china en todos sus aspectos.
- ***Afianzamiento de la lealtad.*** La implementación del sistema de vigilancia y el relativo al patrón del crédito social constituyen los medios apropiados asignados por el partido a través de los cuales se puede supervisar el comportamiento alineado con la ideología central y las políticas del partido. De esta forma, cualquier consideración en relación con la actitud positiva de los ciudadanos será recompensada mediante la concesión de beneficios, mientras que los detractores puedan incluso enfrentarse a todo tipo de sanciones o restricciones, llegando a afectar a su propia libertad de movimiento (Minzner y Wang, 2015).
- ***Liderazgo estratégico.*** El partido percibe al sistema de crédito social como un medio para lograr en una mayor dimensión, su ambición de superar a otros Estados en lo que respecta al desarrollo económico y tecnológico y más aún en los sectores punteros del mercado tales como los recursos naturales y la influencia en

la toma de decisiones basándose en aspectos clave tales como la disuasión y distensión, variables herederas de la Guerra Fría (Burles y Shulsky, 2000).

- ***Control del discurso, prevención de la traición y lucha contra la disidencia y subversión*.** El partido, tras haber mantenido un monopolio político tras el final de la contienda civil que transcurrió poco antes de la Guerra de Corea, sirvió para consolidar su control sobre la sociedad y comenzar con las actividades de represión de la disidencia. Con base en ello, si se aprecia desde el punto de vista adecuado, se puede percibir cómo el sistema de crédito social está siendo utilizado como un medio de control de las opiniones críticas con el partido e incluso de aquellas que se hacen eco en actividades consideradas como "indeseables" por la secretaría general, garantizando, por tanto, el dominio continuado sobre el poder de decisión final (Merkley y Smith, 2022).

A pesar de lo expuesto, es importante señalar que la intencionalidad de dicho mecanismo de vigilancia (es decir, el SCS) subyace de la meta establecida por el propio partido como una cuestión compleja y polifacética, ya que, haciendo gala de una mayor necesidad de estabilidad y control social, todo ello denota cierta preocupación acerca de la limitación de los derechos y libertades de los ciudadanos chinos, considerándose el punto relativo a los principios de la privacidad e intimidad personal y familiar.

MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

El sistema de crédito social de China ha sido un tema de discusión y debate generalizados, tanto a nivel nacional como internacional. Este sistema, implementado por el gobierno chino, tiene como objetivo regular el comportamiento social y garantizar que los individuos mantengan un cierto nivel de confiabilidad a través de un complejo sistema de vigilancia y seguimiento. Por todo ello, al recopilar y analizar la bibliografía escogida para dicho artículo, se ha podido concluir de forma anticipada en que el SCS busca recompensar el buen comportamiento y castigar el mal comportamiento, dando forma así a las normas sociales y la conducta individual.

De hecho, desde un punto de vista abstracto, las implicaciones de un sistema de este tipo van más allá del simple seguimiento, ya que se ha de profundizar en los ámbitos de la privacidad, la autonomía personal y el tejido mismo de las interacciones sociales. Así pues, este artículo explorará la relación de causa y efecto del sistema de crédito social de China, arrojando luz sobre su impacto en el comportamiento individual, las normas sociales, la privacidad y la autonomía personal.

El *Panopticon* de Foucault y su relación con el paradigma de vigilancia masiva en el contexto de la RPC y del resto de modelos destinados al control social por parte de las estructuras de poder estatal

El concepto del *Panopticon* de Foucault sigue siendo una herramienta valiosa para entender las dinámicas del poder y la vigilancia en la sociedad moderna. En el contexto de China y otros Estados, la vigilancia masiva se convierte en un medio de control social eficaz, donde la tecnología permite una supervisión constante y una conformidad forzada. La metáfora del *Panopticon* se actualiza en la era digital, reflejando cómo las estructuras de poder estatal utilizan la vigilancia para mantener el control social y político (Reguyal, 2021).

Si bien la implementación del SCS en la RPC representa un cambio significativo en la forma en que se regula y gobierna el comportamiento social, en esencia, el sistema de crédito social está diseñado para aprovechar la vigilancia del fenómeno comprendido como *Big Data,* presentándose como medio para garantizar el cumplimiento de las normas y valores establecidos. Por ello, al monitorizar y evaluar las acciones de individuos y empresas, el gobierno chino busca crear un sistema donde se recompense la confiabilidad y se penalice el comportamiento indeseable. Este enfoque refleja la ambición de China de mostrar la eficacia de la vigilancia masiva y el análisis de datos para mantener el orden y la estabilidad social. La implementación del sistema de crédito social significa un alejamiento de los modos tradicionales de gobernanza, enfatizando el papel de la tecnología y los datos en la configuración de las interacciones y comportamientos sociales.

Es más, a medida que China continúa perfeccionando y ampliando su sistema de crédito social, las implicaciones para las libertades individuales y la dinámica social se vuelven cada vez más evidentes, lo que plantea interrogantes sobre el equilibrio entre seguridad y libertades personales. En este sentido, el

impacto del sistema de crédito social en la nación asiática se extiende más allá del ámbito del control gubernamental (Kuo, 2024), influyendo profundamente en el comportamiento individual y moldeando las normas sociales. Las normas sociales desempeñan un papel crucial a la hora de guiar el comportamiento humano y la toma de decisiones, influyendo en todo, desde las interacciones personales hasta las principales elecciones de vida.

La implementación de un sistema que premia la adherencia a normas específicas y castiga las desviaciones puede conducir a una homogeneización del comportamiento, a medida que los individuos se esfuerzan por cumplir con los criterios establecidos para las puntuaciones de crédito social. Esta presión para ajustarse a las expectativas sociales puede tener efectos tanto positivos como negativos en el comportamiento individual, influyendo en las elecciones y acciones de manera sutil pero significativa, pues a medida que la ciudadanía se encuentra inmersa en lo que respecta a las complejidades de ser gobernada, la influencia de las normas sociales y las presiones externas en la toma de decisiones se vuelve más pronunciada, destacando la naturaleza interconectada de la conducta individual y las expectativas sociales. Dicho de otra forma, el impacto del sistema de crédito social de China se extiende más allá del ámbito del control gubernamental, influyendo profundamente en el comportamiento individual y moldeando las normas sociales (Cheung y Chen, 2021).

Por todo ello, se puede observar cómo la puesta en práctica del sistema de crédito social de China ha generado preocupaciones sobre la erosión de la privacidad y la autonomía personal entre sus ciudadanos. La vigilancia generalizada inherente al sistema puede crear una sensación de seguimiento constante, lo que genera sentimientos de inquietud y estrés entre los individuos. La recopilación y el análisis de grandes cantidades de datos plantean importantes preocupaciones sobre la privacidad, ya que las personas pueden sentirse expuestas y vulnerables a la intrusión en sus vidas personales. Además, el potencial de abuso de poder y de ataques contra grupos minoritarios o disidentes políticos subraya las implicaciones más amplias de un sistema que prioriza el control social sobre las libertades individuales.

Un aspecto fundamental de la libertad individual puede tener consecuencias de gran alcance para la dinámica social y los principios democráticos, destacando el delicado equilibrio entre seguridad y derechos personales. En este punto, Liu (2022) destaca que el que el sistema de crédito social de la nación asiática ha contribuido a la exacerbación de la estratificación social y la desigualdad dentro del país tal como señalaron académicos como el sociólogo Berkeley. Al mismo tiempo, en el ámbito empresarial, el sistema de crédito social igualmente resulta evidente, ya que afecta tanto a las multinacionales que operan nacional como también internacionalmente, siendo éstas últimas objeto de investigación continuada por el hecho de tener que relacionarse con empresas de Estados considerados como agresores activos, como es el caso de Estados Unidos, lo que influye significativamente en su actividad diaria y en su reputación.

Por lo que, al igual que evalúa la ética del individuo, es decir, del ciudadano de a pie, los compendios empresariales y demás multinacionales son sujetos de ser investigados en función de una serie de factores: esto incluye, entre otros, obligaciones financieras y el cumplimiento de las regulaciones impuesto por el poder central del Estado en cuestión. En este sentido, el enfoque concerniente al modo de actuación del propio sistema en vigilar y garantizar que las entidades se comporten de manera correcta, ha dado como resultado una mayor supervisión y responsabilidad esperadas dentro del entorno empresarial. Es más, si bien busca promover un comportamiento empresarial ético, esta perspectiva también genera ciertas preocupaciones, puesto que mantiene una vigilancia relativamente estrecha debido al estricto entorno regulatorio. Por consiguiente, este modelo de vigilancia masiva afecta enormemente a este tipo de actores, los cuales operan tanto dentro como fuera de la República Popular.

Es más, reciben calificaciones crediticias corporativas que afectarán incluso a su actividad diaria y a su reputación. Al igual que la evaluación de individuos, las empresas también se evalúan mediante varios criterios como la credibilidad financiera y el cumplimiento de las regulaciones. De esta forma, destaca Suter (2021), que el control ejercido por el sistema sobre el comportamiento de las entidades ha hecho que las organizaciones sean más responsables de sus acciones en el ámbito empresarial. Si bien esto tiene como objetivo garantizar prácticas comerciales éticas, genera temor a limitar la creatividad y la innovación con un control regulatorio estricto, ya que impediría

un avance notable del espíritu empresarial de la forma en que este a su vez se entendiera como deslegitimizado por las acciones del ejecutivo, así como del PCCH.

La existencia de listas negras nacionales y regionales basadas en violaciones individuales, aunque no confirmadas ni reconocidas por las partes involucradas, subraya el carácter extraterritorial de este sistema, impactando en la capacidad de las personas para viajar y acceder a ciertos servicios. Además, la inversión de países con regímenes autoritarios en tecnologías de vigilancia impulsadas por inteligencia artificial destaca una tendencia global hacia un mayor control y monitoreo. La respuesta de la comunidad internacional al sistema de crédito social chino pone de manifiesto debates más amplios sobre la privacidad, las libertades individuales y el equilibrio entre seguridad y derechos civiles en un mundo cada vez más interconectado, lo que guarda similitudes con lo que se practica en China. Así mismo, la implementación de este sistema suscita importantes consideraciones éticas y preocupaciones sobre derechos humanos, especialmente en relación con la privacidad, la autonomía y la libertad de expresión. La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) establece los derechos y libertades fundamentales de todas las personas, subrayando la interconexión de estos derechos, que, a pesar de la ética artificial promovida por la inteligencia artificial, pueden influir en la afectación de otros derechos.

En este sentido, Patrick (2023) afirma que la orientación hacia un mejor uso de las herramientas y medios predestinados a la vigilancia masiva tales como la politización de la atención sanitaria, así como la erosión de los principios democráticos y la discriminación social resultan esenciales para la salvaguardia de los derechos individuales de la población y que estos al mismo tiempo bajo una percepción más crítica pero carente de realidad exponga una falta clara de perspectiva en lo que representa una preocupación del Estado por el mantenimiento del orden constitucional y más relacionándose con el hecho de todas aquellas amenazas y riesgos percibidos los cuales todos ellos requieren de un equilibrio proporcionado entre las medidas de seguridad y el respeto por las libertades fundamentales de los ciudadanos.

En conclusión, el sistema de crédito social de China representa una interacción compleja de vigilancia, gobernanza y control social, con implicaciones de largo alcance para el comportamiento individual, la privacidad, las actividades económicas y la dinámica social. La implementación y evolución del sistema han generado preocupaciones sobre la erosión de la privacidad, el refuerzo de las normas sociales y la exacerbación de las desigualdades sociales. Las consideraciones éticas y las preocupaciones de derechos humanos que rodean las prácticas de vigilancia masiva subrayan la necesidad de un delicado equilibrio entre las medidas de seguridad y las libertades individuales. A medida que el sistema de crédito social enfrenta desafíos e incertidumbres en el futuro, se vuelve imperativo abordar las implicaciones éticas, defender los estándares de derechos humanos y navegar por el panorama cambiante de la vigilancia y la gobernanza en un mundo que cambia rápidamente.

El control social y la vigilancia masiva desde el punto de vista ético del Partido Comunista Chino, PCCH

Según UCSUSA (2003), el nexo establecido entre los principios de la vigilancia masiva y el control estatal en lo que respecta al ámbito propuesto por el Partido Comunista Chino durante el XIX Congreso Nacional celebrado en octubre del año 2017 arraigó los principios propios del colectivismo y la autoridad centralizada ante la cual los Estados comunistas modernos.

Es más, para Wang (2019), dicho enfoque impulsado por la búsqueda de la conformidad ideológica y tomando en consideración la estabilidad social subraya la compleja relación entre los principios relativos al comunismo y la supervisión cautelosa de la sociedad objetiva. Resultado de ello, es que, desde el punto de vista del comunismo contemporáneo, aspectos tales como el control social y la vigilancia permanente fueron considerados como los medios apropiados para el mantenimiento y promoción del orden social, protegiendo la seguridad nacional y garantizando el bienestar de la población.

Por ello, y desde que tuvo lugar la entrada en vigor del sistema del crédito social, el ejecutivo chino ha considerado como prioritaria la supervisión de la sociedad como un medio de control y prevención de todo tipo de amenazas que tengan como objetivo atentar contra la unidad y autoridad del poder político. Más específicamente, Svenonius y Tarasova (2011)

afirman que los gobiernos comunistas a lo largo de la historia reciente se han caracterizado por su constitución en torno a un eje centralizador de partido único. Por lo que, con respecto a esto último, resulta considerable una tentativa hacia la consolidación del poder infinito, la persecución y supresión de la disidencia y la promoción de un sentimiento de unidad entre la ciudadanía y todos aquellos actores considerados afines a la ideología del Estado (Barnett, 1957). Es por ello por lo que, se ha tomado como punto de partida la perspectiva provista por los dictámenes del partido tras la celebración del XIX Congreso Nacional del Partido Comunista Chino, por medio del cual, los aspectos relativos al control social y la vigilancia masiva característicos del sistema de control social, son considerados como herramientas para mantener la estabilidad poblacional en todas sus características, incluidos el bienestar y la seguridad del Estado (Union of Concerned Scientists 2003). Ello puede apreciarse en los puntos clave enunciados a continuación (Kobie, 2019):

- ***Control social y estabilidad.*** En un sentido general, los regímenes comunistas suelen dar prioridad al control social para mantener la estabilidad y evitar la disidencia. Por ello, la vigilancia se considera una forma de controlar y regular el comportamiento de individuos y grupos para garantizar la conformidad con la ideología y las políticas del partido necesarias para mantener la armonía social y prevenir el malestar social.
- ***La seguridad nacional.*** A la vigilancia se la considera como un útil para salvaguardar la seguridad y soberanía nacional sosteniendo el argumento empleado por el partido en lo relativo a la vigilancia extensiva y, por tanto, siendo necesario identificar y contrarrestar posibles amenazas al ente estatal tanto de forma interior como exteriormente. Esto, a su vez, incluye la vigilancia en torno a actividades las cuales pueden llegar incluso a considerarse operativas desarrolladas por actores subversivos.
- ***Protección de la autoridad central del partido.*** Si bien todas aquellas tácticas y metodologías desarrolladas por los organismos competentes a la seguridad del Estado pretenden mantener el control sobre los aspectos de la sociedad, incluyéndose la esfera política, económica y social, la vigilancia masiva ayuda a identificar y suprimir cualquier riesgo o amenaza que atente contra la ideología central y, por tanto, garantizando su dominio continuado.

De esta forma, igualmente ha resultado pertinente considerar el trasfondo histórico de aquellos actores globales, los cuales en el pasado reciente ejercieron de referentes ideológicos en lo que respecta al paradigma de la seguridad global, como fue el caso de la Unión Soviética y de la República Democrática Alemana y, por tanto, revelando un patrón de implantación de una infraestructura de vigilancia omnipresente.

Así, pues, y resultando en un pragmatismo poco común, se puede percibir cómo la ideología concerniente al pensamiento comunista ha otorgado (a pesar de la falta de libertades personales y civiles, así como de la violación exponencial de los derechos humanos), una prioridad al bienestar colectivo, siendo la justificación mayormente empleada por las autoridades centrales del partido cuyo objetivo es garantizar el bien y la prosperidad comunes. Es más, en relación con esto último, los defensores argumentan su punto de vista en que éstas medidas de vigilancia contribuyen a la armonía social, la protección de los principios socialistas y la prevención de actividades consideradas como contrarrevolucionarias ante las cuales personajes públicos como privados y considerados como parte de la disidencia china en el exterior sostienen que esta supervisión generalizada reprime y autocensura cualquier opinión contraria a las virtudes y dictámenes del partido. Es más, y como se ha apuntado, el sistema de crédito social abarca múltiples aspectos relacionados con el control social y la vigilancia masiva bajo la perspectiva de la supervisión de tanto las actitudes, intenciones como comportamientos de la población en vista de posibles ademanes los cuales atenten contra la virtud y estabilidad tanto del partido como de la nación en su conjunto. Por ello, Kobie (2019), establece una serie de líneas preliminares:

- ***Vigilancia y control estatal.*** Kobie (2019) afirma que, el sistema de crédito social en China se presenta como una herramienta propuesta por el gobierno gracias a la cual se supervisan los aspectos más básicos, así como extremos relacionados con la vida de sus ciudadanos.
- ***Potencial abuso de poder.*** Si bien existe la posibilidad de determinar un autoritarismo acelerado según Kobie (2019), la comunidad de expertos dentro del sistema que comprende la vigilancia masiva; las regulaciones son utilizadas como estándares de control político y afianzamiento de la lealtad.

- ***Polarización del escenario y su implementación en agentes externos.*** Teniendo en cuenta que China desde la crisis económica del año 2008 se ha convertido en una de las potencias mundiales comercial y económicamente, los aspectos corporativos del sistema de crédito social parecen encontrarse en un estatus de progresión y evolución mayor en comparación con otros países, los cuales apliquen métodos de seguimiento y control similar, como es el caso del Reino Unido y su sistema conocido como *Snooper's Charter,* implementado en el año 2014 tras los atentados terroristas del 7 de julio de 2005 en Londres. No obstante, y con el fin de presentar un objetivo práctico, el sistema de crédito social comenzó su etapa de funcionamiento previo a mediados de enero del año 2020 tras que se declarara la emergencia global por la crisis del coronavirus. Su fin fue la estimulación de los comportamientos empresariales, centrándose en la contención, así como en la persecución y penalización de todos aquellos delitos considerados como de alto riesgo debidos a la crisis del COVID-19 (Reilly et al., 2021).
- ***Percepción pública e intencionalidad del poder gubernamental.*** A pesar de la existencia de múltiples críticas procedentes en su mayoría de tanto detractores como adversarios en el escenario geopolítico actual, éstos mismos argumentan cómo el sistema se ha convertido en un aparato intrusivo propio de las agencias de vigilancia estatal tales como el Ministerio de la Seguridad Pública. Esto supone a su vez que sea percibido por la sociedad china como un proyecto de comprensión nacional con el que se impulse la moral pública, la lucha contra el fraude y la corrupción y otros delitos, los cuales sean entendidos como amenazas a la estabilidad nacional y que, por tanto, se categoricen como obstáculos, los cuales además alteren el principio de confianza mutua existente en el país de forma especial tras la masacre de la plaza de Tiananmén en junio de 1989 (Wang, 2019).
- ***Implicaciones internacionales.*** De la forma en que comenzó su implementación en el contexto social tras la celebración de los Juegos Olímpicos de Pekín en el año 2008, se ha percibido una cierta preocupación a nivel global, puesto que, entendiéndose dicho sistema como una vulneración de los derechos fundamentales, ciertas naciones han mostrado un interés relativo, lo que expone el potencial extraordinario para la exportación de esta herramienta propia del autoritarismo digital (Sithigh y Siems, 2019).

El sistema de crédito social como pilar de la infraestructura de vigilancia en la República de China

Principios sobre los que se asienta el sistema de crédito social

Dado que este sistema de control representa un enfoque novedoso destinado a la supervisión de las actitudes, comportamientos y reacciones de la población ante las estrategias desarrolladas por el gobierno central, se ha estimado necesario desde su puesta en práctica (durante las Olimpiadas de Pekín en el año 2008), asignar puntuaciones a los ciudadanos en función de sus actividades sociales, económicas y cívicas, creando así un perfil completo, el cual a su vez influye en el acceso a diversos servicios y oportunidades, así como a beneficios básicos (Gao, 2020). No obstante, y como se podrá apreciar a través de estas líneas, el sistema de crédito social plantea profundas cuestiones acerca de la intersección de la hegemonía y supremacía estatal, la privacidad soberana individual y todas aquellas limitaciones consideradas como éticas bajo el prisma de la vigilancia en la era digital actual. Sin embargo, no es óbice exponer que la vigilancia masiva de la ciudadanía pueda obedecer a motivaciones diversas, las cuales subyacen a los esfuerzos por parte de los dictámenes del partido, debiéndose a complejos y polifacéticos argumentos, como se enunciará a continuación en lo que respecta a los fundamentos expresados de forma reiterada por la autoridad central del Partido Comunista Chino (Impiombato et al., 2023).

- ***Seguridad nacional y estrategias de contra terrorismo.*** Si bien los gobiernos y el resto de órganos pertenecientes a la gestión de la seguridad pública pueden argumentar que la vigilancia es necesaria para proteger la seguridad nacional y prevenir actos de terrorismo, el temor a posibles amenazas a la seguridad de un país puede impulsar la implantación de amplios y más eficaces programas de vigilancia.
- ***Prevención del delito y aplicación de la ley.*** La vigilancia se emplea a menudo como herramienta para disuadir e investigar actividades delictivas. Los organismos encargados de hacer cumplir la ley pueden utilizar la vigilancia para controlar y reunir pruebas contra individuos implicados en actividades ilegales.

- ***Seguridad pública y respuesta a catástrofes.*** El Estado persigue sus objetivos basándose en el interés nacional relativo a la preservación del orden público, sus competencias generales relativas a la gestión de catástrofes pueden implantar sistemas de vigilancia para mejorar la seguridad pública y la capacidad de respuesta ante emergencias. De este modo, la vigilancia puede ayudar a controlar los espacios públicos en busca de peligros potenciales y a coordinar las respuestas a todos aquellos contratiempos inesperados y, dependiendo del contexto de la situación, inalcanzables.
- ***Control social y estabilidad política.*** En un sentido genérico, la vigilancia desde sus inicios se ha utilizado para supervisar y controlar las actividades de la población, especialmente en regímenes autoritarios. Esto, a su vez y dependiendo de la funcionalidad del escenario, así como de lo atípico de la tiranía, puede resultar en un factor clave para reprimir la disidencia y mantener la estabilidad política.

En resumen, debe considerarse que a pesar de ser considerado como amoral, la justificación de dicha puesta en práctica implica un equilibrio entre las preocupaciones por la seguridad y los derechos y libertades individuales. Por ello, en lo relativo a su debate, esto mismo se considera como crucial a la hora de determinar los límites y las salvaguardias adecuadas para que dichas estrategias destinadas a la vigilancia masiva de los ciudadanos fomenten la cooperación y protección de la soberanía y seguridad nacional.

¿Cómo logra establecerse el vínculo entre la tecnología y el desarrollo socioeconómico mediante la vigilancia masiva?

Como se ha ido adelantando a lo largo del artículo, el sistema de crédito social implementado en China es considerado como parte de un pragmatismo masivo en lo que se refiere a la vigilancia y control de la población en favor del mantenimiento del orden y estabilidad social, la cual pueda, llegado el caso, atentar contra la unidad nacional. De esta forma y debiéndose principalmente a su lanzamiento tras la celebración del XIX Congreso Nacional del Partido Comunista Chino, este método ha demostrado encarnarse en una red compleja de monitoreo, evaluación y regulación del comportamiento, el cual impregna cada una de las facetas de forma individualizada de la vida diaria de los ciudadanos chinos en el interior del continente (Ching y Lin, 2019). Es más, y debiéndose principalmente a la incorporación de un sistema de cualificación sectorial basándose en patrones de comportamiento y actitud, esta herramienta propia de la vigilancia masiva de la sexta generación, ostenta además la vinculación del poder político complementándose con el desarrollo social y económico, integrando la vigilancia y actividad digital mediante un patrón de puntaje predictivo y prescriptivo de acuerdo con las acciones y/o comportamientos realizados por los ciudadanos, como se podrá apreciar a continuación (Bartsch y Gottske, 2024).

No obstante, y anterior a la exposición de cada uno de los puntos, se contestará a tres cuestiones clave tales como: ¿cuál es el objetivo primordial?; ¿cómo funciona?; ¿se establecen recompensas y castigos?

Primeramente, como se ha expuesto, el sistema de crédito social pretende supervisar, calificar y regular el comportamiento financiero, social, moral y posiblemente político de los ciudadanos chinos, así como de las empresas del país mediante un sistema trazado de castigos y recompensas. Su finalidad es declarar de forma favorablemente a aquellos ciudadanos considerados como dignos de confianza mediante la concesión de beneficios múltiples, mientras que, a aquellos contrarios a esta actitud, disciplinarlos. De hecho, ya sea tanto los órganos gubernamentales como desde el propio partido consideran a dicha herramienta como la óptima para dirigir la economía y direccionar el país de la forma más apropiada de acuerdo con los intereses nacionales. Pese a ello, resulta igualmente notable destacar la existencia de múltiples especulaciones en forma de verdades no fehacientes aprovechando el fenómeno propio de la desinformación y de las *fake news* por lo que los detalles y demás características expuestas a continuación se han basado en planes piloto y acordados por expertos múltiples, tal como es el caso del *think tank*[1] alemán *Bertelsmann Stiftung*.

En segundo lugar, en cuanto al funcionamiento de dicho mecanismo de vigilancia masiva, éste se basa en la recopilación, almacenamiento y análisis de ingentes cantidades de metadatos sobre cada ciudadano en particular, procedentes de fuentes tradicionales de información tales como registros financieros y gubernamentales, aunque últimamente y debido principalmente

1 Think tank: tanque de pensamiento, laboratorio de ideas.

a la implementación del aspecto cíber, se ha optado por el filtrado de fuentes digitales.

En este sentido, las preferencias del ejecutivo y de los órganos de mantenimiento y control del orden público, tales como el Ministerio de la Seguridad Pública y los diferentes departamentos que componen el aparato de inteligencia del Ejército Popular de Liberación, han optado recientemente y más específicamente tras el periodo postpandémico del coronavirus por la inclusión de datos y demás informaciones recogidas en la intranet, al igual que lo referido a la trazabilidad de las *cookies*, refiriéndose en dicho aspecto a las preferencias de compra en sitios de comercio electrónico e incluyéndose además todas aquellas interacciones en las redes sociales permitidas nacionalmente. Prueba de todo ello, es la consideración de los poderes de Pekín en lo relativo a este aspecto, ya que, si bien el manejo de todos estos datos e informaciones provocan una elevada inversión en capital humano, se ha terminado por añadir una nueva herramienta, la cual funciona a través de múltiples sistemas de videovigilancia mediante el uso de la tecnología de reconocimiento facial.

En tercer lugar, de cara al sistema de obtención de recompensas y de sanciones disciplinarias, éste se encuentra trazado mediante el inicio con un mínimo de 600 puntos hasta un máximo de 1300. De este modo caben destacar dos vías con las que obtener un mayor número de puntos mediante la realización de actividades y acciones consideradas como positivas, la cual supone un beneficio y, al contrario, la penalización en lo que corresponde a comportamientos considerados como antipatrióticos, los cuales se pueden analizar mediante la Tabla 1:

Tabla 1. *Ejemplos de acciones valoradas en el SCS*[2]

PUNTAJE (DE MENOR A MAYOR)	COMPENDIO DE ACCIONES POSITIVAS (+)	COMPENDIO DE ACCIONES NEGATIVAS (-)
600 PUNTOS	Comisión de un acto heroico.	Hacer trampas en juegos *online*.
	Buen historial financiero.	Participación en cultos contrarios a los valores tradicionales de la nación.
	Ayuda y participación en programas de asistencia ciudadana.	Falta de sinceridad y confianza en testimonios criminales.
	Promoción de la identidad, valores, compromiso y cultura del partido.	Creación y difusión de *fake news* y desinformación en la red.
	Donación de sangre y caridad con los más necesitados.	Infracciones que atenten contra la libertad y seguridad de los ciudadanos (conducción temeraria).
1000 PUNTOS	Ser un buen vecino.	Falta de preocupación por los padres y/o familiares cercanos en estado de vejez o necesidad por enfermedad grave.
	Cuidado de los mayores.	Protestas y actitudes ilegales que atenten contra el espíritu de pertenencia y unidad nacional.
	Participación en obras de caridad.	Infracciones leves aunque penalizables tales como trapicheo de drogas o tráfico con productos prohibidos.

Fuente: Adaptado de Bartsch y Gottske (2024).

En cuarto y último lugar, relacionándose con la Tabla 1, desde su implementación se ha creado un sistema de recompensas y castigos, el cual beneficia, al igual que aplica una sanción disciplinaria, a aquellos ciudadanos con actividades contrarias a lo considerado como cívico por las autoridades y la dirección del partido. En este sentido, los ciudadanos

2 SCS: Sistema de Crédito Social

con puntuaciones altas podrán disfrutar de los siguientes privilegios:

- Prioridad en la admisión en centros escolares, universitarios y profesionales.
- Acceso a una oferta ampliada de préstamos y otros productos financieros.
- Acceso gratuito a instalaciones consideradas de primera necesidad.
- Descuentos para viajes.
- Reducción del tiempo de espera en centros médicos.
- Estabilidad profesional.
- Desgravaciones fiscales.

En cambio, aquellos ciudadanos con puntuaciones bajas y que acumulen además varias penalizaciones por actitudes y/o acciones reiterativas, pueden dar lugar a las siguientes penalizaciones:

- Denegación de licencias, permisos y acceso a servicios sociales considerados como básicos.
- Exclusión en la reserva de vuelos, alojamiento y transportes.
- Acceso restringido e inelegibilidad para procesos de selección de empleo público.
- Imposibilidad de escolarizarse en centros públicos y privados nacional e internacionalmente.
- Exposición pública de sus identidades e inclusión en "archivos oscuros" con la intención de proceder a su marginalización.
- Mayor dificultad de acceso a la solicitud de un microcrédito o financiación de un bien de consumo.

Tal como se ha observado, es importante señalar que el sistema de crédito social instaurado en China hace algunos años aún atraviesa un proceso de involución. Este fenómeno se relaciona con los continuos cambios en los paradigmas éticos y en los criterios que determinan tanto su efectividad como el potencial abuso por parte de las autoridades encargadas del orden público. Por lo tanto, el grado en que se aplican los sistemas de recompensas y sanciones, así como su efecto sobre los ciudadanos y la sociedad en general, puede fluctuar constantemente, dependiendo de diversos factores y variables. Entre ellos se encuentran la implementación de la legislación local y regional, las prácticas de ejecución y la selección de información de fuentes abiertas, así como las modificaciones en la política gubernamental. Esta última se articula en torno a estrategias que buscan la contención, la supremacía y la hegemonía en el contexto geopolítico regional actual.

CONCLUSIONES

China está en el centro de la atención mundial con su recientemente introducido tras el XIX Congreso Nacional del Partido Comunista Chino, refiriéndose al sistema de crédito social como herramienta de vigilancia masiva para la población de la cual se han percibido múltiples consecuencias de gran alcance no sólo para los ciudadanos, sino para también las empresas y los funcionarios del ejecutivo asiático. Si bien el SCS fue creado por el gobierno chino para evaluar y asignar calificaciones crediticias en función de la confiabilidad de su gente e instituciones, observando el comportamiento a través de un sistema de vigilancia de recompensas y castigos, este acto no es de naturaleza ética y estas cuestiones extremas relacionadas con la privacidad, la libertad y el control social son el tema de este artículo que analiza una introducción sobre el sistema de crédito social chino junto con los impactos psicológicos en el comportamiento individual y las influencias para las empresas (Hu, 2024).

Es más, las preocupaciones éticas que rodean el sistema de crédito social chino se analizan desde una perspectiva que profundiza en lo que significa para las libertades, los derechos y la supervisión gubernamental individuales. La propia naturaleza del sistema para calificar a los individuos en función de sus acciones es un claro retrato de por qué muchos estarían preocupados por el acto de tales calificaciones (Creemers, 2018). Si bien fomentan comportamientos deseables por parte de la sociedad, como el cumplimiento tributario o el consumo ético, ¿qué acciones inherentemente positivas privarían a los ciudadanos de libertades básicas? Asimismo, y llegado el momento, podrían introducirse normas gubernamentales a través de dicho canal, pues a medida que el sistema hace más esfuerzos para hacer del crédito social un programa obligatorio sin considerar las preferencias individuales, la balanza se inclina más hacia socavar los intereses personales y favorecer los beneficios sociales. Sin embargo, la cuestión no termina ahí, sino que ejerce un poder significativo que, llegado el caso, podría hacer un mal uso de él debido a la falta de la ética referida a la responsabilidad de las autoridades y cuerpos promotores de la seguridad estatal y, por tanto, concentrados en el control e interpretación de las rutinas de la ciudadanía,

así como de cualquier otro actor, el cual sea entendido como un factor desestabilizante de la seguridad y estabilidad nacional.

En otras palabras, la propagación de dicha vigilancia puede alcanzar niveles sin precedentes dentro de las fronteras de un país, pero ¿qué impide que se extienda a territorios vecinos si no se contiene mediante limitaciones éticas? Las prioridades fuera de lugar en la etapa de implementación por sí solas marcan sólo el comienzo de una serie de dilemas éticos en cascada que seguramente seguirán su ejemplo; casos vinculados surgen en cada intersección que involucra violaciones de derechos humanos. Por todo ello, las discusiones éticas sobre el sistema de crédito social chino se centran en lo que significa para las libertades y derechos individuales y el control gubernamental, pues un sistema de este tipo comprendido como un medio de evaluación de las rutinas de los ciudadanos debe ser considerado como una limitación de las elecciones personales y la autonomía de quienes son evaluados. A pesar de todo ello, y en un sentido positivista, esta política a su vez incentiva comportamientos que son socialmente deseables, como el cumplimiento tributario o el consumismo ético. Pese a ello, coloca a los individuos en riesgo de sufrir reglas gubernamentales que podrían restringir sus libertades, pues con cada paso que se da hacia la aplicación universal, la inminente pérdida de algunos beneficios individuales básicos a cambio de necesidades del bien común plantea interrogantes sobre la equidad. El posible abuso de poder y las inexactitudes en la recopilación de información que llevan a que personas inocentes se vean afectadas por la vigilancia estatal (Creemers, 2018).

Por todo ello, y desde un punto de vista de mayor pragmatismo, el sistema de crédito social debe ser entendido como un enfoque de control en mosaico que afecta a todas las esferas de la sociedad, llegando a calar hasta el comportamiento de la gente. A través de la instauración de este sistema, el país desvela la esencia de su marco legal y su estructura de gobernanza, obligándonos a hacernos preguntas profundas en relación a la confianza, al control o a la ética del mismo. Además, no hay que olvidar que las repercusiones de la iniciativa de crédito social de China no se detienen en sus fronteras, puesto que han desencadenado múltiples debates globales en foros nacionales e internacionales, independientemente del desarrollo del contexto situacional del orden internacional actual (Jakob, 2021).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Barnett, A. D. (1957). El poder político en la china comunista. *Revista de Asuntos Internacionales*, *11*(2), 102-110. http://www.jstor.org/stable/24355733

Bartsch, B. y Gottske, M. (2024). China's social credit system. *Bertelsmann-Stiftung*. https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/aam/Asia-Book_A_03_China_Social_Credit_System.pdf

Burles, M., y Shulsky, A. N. (2000). Patterns in China's Use of Force: Evidence from History and Doctrinal Writings. RAND. org. https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monograph_reports/2007/MR1160.pdf

Cheung, A. S. Y. y Chen, Y. (2021). From Datafication to Data State: Making Sense of China's Social Credit System and Its Implications. *Law & Social Inquiry*, *47*(4), 1137-1171. https://doi.org/10.1017/lsi.2021.56

Ching, J. y Lin, Z. (2019). Surveillance State. Inside China's Quest to Launch a New Era of Social. *Prensa de San*.

Creemers, R. (2018). El Sistema de Crédito Social de China: Una Práctica de Control en Evolución. *AARN: Estudios de Ciencia y Tecnología (Sub-Tema)*. https://www.iberchina.org/index.php/polca-contenidos-34/1533-el-sistema-de-credito-social-en-china

Erin, Z. Ç. (2024). The Concept of "Harmony" in Chinese Foreign Policy. *Ankasam*. https://www.ankasam.org/the-concept-of-harmony-in-chinese-foreign-policy/?lang=en

Gao, W. (2020). Innovative society: a social credit system in China. *Educational Discourse: collection of scientific papers*. https://www.researchgate.net/publication/339823808_INNOVATIVE_SOCIETY_A_SOCIAL_CREDIT_SYSTEM_IN_CHINA

Hu, W. Z. (2024). Entendiendo el Poder del Sistema Nacional de Crédito Social de China: Una Explicación Estructural/Mecanicista. *Filosofía de las Ciencias Sociales, 54*(3), 203-225. https://doi.org/10.1177/00483931241229445

Impiombato, D., Lau, Y., y Gyhn, L. (2023). Surveillance, privacy and agency. Insights from China. *Aspy org*. https://www.aspi.org.au/report/surveillance-privacy-and-agency-0

mamartinez9@alu.ucam.edu, caginer@ucam.edu

Jakob, S. (2021). The corporate social credit system in China and its transnational impact. *Transnational Legal Theory, 12*(2), 294-314. https://www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1080/20414005.2021.1977019?needAccess=true

Kobie, N. (2019). The complicated truth about China's social credit system. *Wired*. https://www.wired.co.uk/article/china-social-credit-system-explained

Kuo, M.A. (2024). "The Sentinel State": China's Pervasive Surveillance Apparatus. Insights from Minxin Pei. *The Diplomat*, 20 de mayo. https://thediplomat.com/2024/05/the-sentinel-state-chinas-pervasive-surveillance-apparatus/

Liu, C. (2022). Who supports expanding surveillance? Exploring public opinion of Chinese social credit systems. *International Sociology, 37*(3), 391-492. https://journals.sagepub.com/doi/epub/10.1177/02685809221084446

O'Brien, P.K. (2020). *The Economies of Imperial China and Western Europe: Debating the Great Divergence*. Springer Nature.

Patrick, S. (2023). The Universal Declaration of Human Rights at 75: An Unfinished Revolution. *Carnegie China*. https://carnegieendowment.org/posts/2023/12/the-universal-declaration-of-human-rights-at-75-an-unfinished-revolution?lang=en&center=china

Reguyal, S. (2021). Philosophy of Surveillance: Foucault's Panopticon. *Interface*. https://interface.cs.princeton.edu/archive/2021-09-13_Philosophy-of-Surveillance-Foucault-Panopticon.pdf

Reilly, J., Lyu, M. y Robertson, M. (2021). China's Social Credit System: Specualtion vs. Reality. Politics. East Asia. *The Diplomat*. https://thediplomat.com/2021/03/chinas-social-credit-system-speculation-vs-reality/

Sithigh, D. y Siems, M. (2019). The Chinese Social Credit System: A Model for Other Countries? *Modern Law Review, 82*(6), 1034-1071. https://pureadmin.qub.ac.uk/ws/portalfiles/portal/167731395/Mac_Sithigh_Siems_SCS_April_2019.pdf

Suter, V. (2021). Algorithmic Panopticon: State Surveillance and Transparency in China's Social Credit System. En *Electronic Governance and Open Society: Challenges in Eurasia*. (42–59). https://www.researchgate.net/publication/348286871_Algorithmic_Panopticon_State_Surveillance_and_Transparency_in_China's_Social_Credit_System

Svenonius, O. y Tarasova, E. (2011). "Now We Are at Least". Change & Continuity of Surveillance in Post-Communist Societies from the Perspective of Data Protection Authorities. *Surveillance & Society, 19* (1), 53-68. https://ojs.library.queensu.ca/index.php/surveillance-and-society/article/download/13477/9530/32939

UCSUSA (2003). *Chinese perspectives on transparency and security.* https://www.ucsusa.org/resources/chinese-perspectives-transparency-and-security

United States Department of State (2024). *Guiding Principles on Government Use of Surveillance Technologies.* United States Department Of State. https://www.state.gov/wp-content/uploads/2024/02/Guiding-Principles-on-Government-Use-of-Surveillance-Technologies.pdf

Wang, M. (2019). Human Rights Watch, China's Algorithms of Repression. Reverse Engineering at Xinjiang Police Mass Surveillance App. *HRW*. https://www.hrw.org/report/2019/05/01/chinas-algorithms-repression/reverse-engineering-xinjiang-police-mass

Wang, Y. (2019). China's social credit system: The Chinese citizen's perspective. *Anthropolocy of Smartphones and Smart Ageing Blog*. https://blogs.ucl.ac.uk/assa/2019/12/09/chinas-social-credit-system-the-chinese-citizens-perspective/.

Wang, Y. y Minzner, C. (2015). The rise of the Chinese security state. *The China Quarterly*, *222(1)*, 339-359. https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1590&context=faculty_scholarship

Xu, X., Kostka, G., y Cao, X. (2022). Information control and public support for social credit systems in China. *The Journal of Politics*, *84*(4), 2230-2245. https://www.journals.uchicago.edu/doi/pdf/10.1086/718358

ARTÍCULOS DE REVISIÓN

LA NECESIDAD DE REFORMAR LA LEGISLACIÓN DE PATRIMONIO FAMILIAR EN PERÚ: HACIA UNA INCLUSIÓN DE LOS HOGARES UNIPERSONALES

THE NEED TO REFORM FAMILY PROPERTY LEGISLATION IN PERU: TOWARD THE INCLUSION OF SINGLE-PERSON HOUSEHOLDS

Enrique Mendoza Vásquez
https://orcid.org/0000-0001-6686-2701
Universidad Ricardo Palma
enrique.mendoza@urp.edu.pe
Perú

https://doi.org/10.24265/voxjuris.2025.v43n2.04

Recibido: 17 de agosto del 2024 Aceptado: 2 de setiembre de 2024

SUMARIO

- Introducción
- Estado de la cuestión
- Desarrollo de la investigación
- Discusión de los resultados
- Conclusiones
- Recomendaciones
- Fuentes de información
- Anexo: Proyecto de ley

Figuras y cuadros

- Figura 1: Tipología de las familias peruanas
- Cuadro 1: Áreas críticas de vulnerabilidad social y económica de los hogares unipersonales
- Cuadro 2: Análisis de resoluciones del Tribunal Registral sobre la inscripción de patrimonios familiares solicitados por propios constituyentes

RESUMEN

El artículo analiza cómo las estructuras familiares en Perú han evolucionado y cómo el artículo 495 del Código Civil no refleja adecuadamente esta diversidad. Actualmente, solo el 21.8% de las unidades familiares en Perú corresponde a la familia tradicional, amientras que el 61.4% adopta otras formas, como monoparentales, homoparentales y reconstituidas, y el 16.8% son hogares unipersonales. Sin embargo, la legislación vigente sigue enfocada en proteger únicamente a las unidades familiares tradicionales, excluyendo a quienes no encajan en este modelo.

El análisis de las resoluciones del Tribunal Registral muestra que la legislación peruana mantiene una interpretación estricta, excluyendo a los constituyentes sin cónyuge o hijos dependientes de la protección patrimonial. Aunque ha habido cierta flexibilización desde 2013, estas decisiones no han resuelto de manera efectiva la falta de protección para los hogares unipersonales, lo que genera inseguridad jurídica.

El artículo compara la legislación peruana con la de México, Colombia, Argentina y Brasil, donde se han adoptado enfoques más inclusivos para proteger a individuos sin lazos familiares tradicionales. Estas legislaciones reflejan una mejor adaptación a las realidades sociales contemporáneas.

La conclusión destaca la necesidad urgente de reformar el Código Civil peruano para incluir y proteger adecuadamente todas las configuraciones familiares, asegurando un acceso equitativo a la protección patrimonial y alineándose con los principios de igualdad y no discriminación consagrados en los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE

hogar unipersonal, patrimonio familiar, reforma legislativa

ABSTRACT

The article analyzes how family structures in Peru have evolved and how Article 495 of the Civil Code does not adequately reflect this diversity. Currently, only 21.8% of family units in Peru correspond to the traditional family, while 61.4% adopt other forms, such as single-parent, same-sex, and blended families, and

16.8% are single-person households. However, the current legislation remains focused on protecting only traditional family units, excluding those who do not fit this model.

The analysis of the Registry Court's resolutions shows that Peruvian legislation maintains a strict interpretation, excluding those without a spouse or dependent children from patrimonial protection. Although there has been some flexibility since 2013, these decisions have not effectively addressed the lack of protection for single-person households, leading to legal uncertainty.

The article compares Peruvian legislation with that of Mexico, Colombia, Argentina, and Brazil, where more inclusive approaches have been adopted to protect individuals without traditional family ties. These legislations reflect better adaptation to contemporary social realities.

The conclusion highlights the urgent need to reform the Peruvian Civil Code to include and adequately protect all family configurations, ensuring equitable access to patrimonial protection and aligning with the principles of equality and non-discrimination enshrined in human rights.

KEYWORDS

family assets, legislative reform, single-person household.

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, las estructuras familiares en Perú han cambiado significativamente debido a transformaciones sociales, culturales y económicas. Aunque el modelo tradicional de familia, compuesto por padre, madre e hijos biológicos, ha sido el estándar en la legislación y la sociedad, actualmente solo el 21.8% de las familias peruanas corresponde a este modelo. El 61.4% adopta otras formas, como familias monoparentales, homoparentales, reconstituidas y extensas, mientras que el 16.8% son hogares unipersonales, es decir, personas que viven solas.

Este cambio evidencia una mayor apertura hacia diversos estilos de vida y nuevas formas de convivencia, impulsado también por factores económicos y demográficos. No obstante, la legislación peruana sobre patrimonio familiar, en particular el artículo 495 del Código Civil, no ha seguido este ritmo de evolución. La norma sigue protegiendo únicamente a cónyuges, hijos y otros familiares directos, dejando fuera a quienes viven solos por decisión o circunstancias. Esta exclusión es problemática, ya que no considera a un creciente grupo de la población que no encaja en el modelo familiar tradicional.

Este artículo analiza cómo la legislación actual excluye a los hogares unipersonales de la protección patrimonial y examina si este trato desigual está justificado. A través de este análisis, se busca contribuir al debate sobre la necesidad de una reforma legislativa más inclusiva, que refleje la diversidad familiar contemporánea y garantice la protección de todas las personas, independientemente de su estructura familiar.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO Y CONTEXTO LEGAL: PROTECCIÓN DEL HOGAR Y PATRIMONIO FAMILIAR

CONCEPTO Y SIGNIFICACIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR

El patrimonio familiar, según Varsi (2011), es un bien que adquiere la calidad de inembargable, inalienable y transmisible por herencia a través de un proceso judicial o notarial. En la legislación peruana, este patrimonio puede incluir la vivienda familiar o un predio destinado a la agricultura, artesanía, industria o comercio (Código Civil, artículo 489). Tedeshi, citado por Llanos (2002), señala que este concepto no implica que la familia sea propietaria del patrimonio, ya que no tiene personalidad jurídica. En lugar de una copropiedad entre cónyuges e hijos, el patrimonio familiar es un conjunto de bienes protegidos por la ley debido a su función.

El concepto de patrimonio familiar tiene sus raíces en el derecho anglosajón, específicamente en la figura del *homestead* en Estados Unidos. *La homestead law*, que surgió en Texas en 1839 y se convirtió en ley federal en 1862, permitía a los propietarios que cultivaban tierras tener derechos preferenciales sobre ellas, con el objetivo de combatir el latifundismo.

Aunque inicialmente esta ley no protegía totalmente contra desposesiones por deudas, la *homestead exception* fue introducida

enrique.mendoza@urp.edu.pe

posteriormente para proteger al propietario de embargos civiles (Arias y Arias, 2008). En Perú, este concepto fue incorporado en el Código Civil de 1936 bajo el término "hogar de familia", que protege el inmueble contra embargos y limita su venta, hipoteca o arrendamiento.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y SOCIALES DE LA PROTECCIÓN DEL HOGAR DE FAMILIA

El objetivo principal del patrimonio familiar es brindar estabilidad y seguridad al hogar, protegiéndolo de riesgos futuros mediante la inembargabilidad y la inalienabilidad. Este concepto se ha fortalecido con el reconocimiento del derecho fundamental a una vivienda digna, asegurando que las viviendas cumplan con estándares de habitabilidad y dignidad. El Tribunal Constitucional peruano ha afirmado que el derecho a una vivienda adecuada es fundamental y está vinculado a la dignidad humana y a los derechos establecidos en la Constitución (Tribunal Constitucional, 2020).

Según Warde y García (2004), el Estado garantiza constitucionalmente una vivienda digna para el núcleo familiar, y la protección del interés familiar es central en las normas que buscan preservar un inmueble frente a acreedores. Este interés familiar, que prevalece sobre el interés individual, debe ser protegido por normas de orden público. La voluntad familiar, vinculada a la satisfacción del interés común, se prioriza sobre conveniencias particulares, equilibrando intereses y manteniendo la cohesión familiar.

Wallace (2004) señala que el sistema legal se enfoca en proteger las necesidades de la familia, aunque no la considere un sujeto de derecho, sino a sus miembros individuales. La protección familiar tiene efectos positivos en la estabilidad emocional, la convivencia y la economía. La ley protege tanto el hogar familiar como el inmueble que proporciona sustento, destacando la importancia de proteger ambos aspectos.

En resumen, proteger a la familia como unidad es esencial para garantizar la seguridad de sus miembros. Esta protección debe extenderse también a quienes eligen vivir solos, adaptando el derecho a una vivienda digna a los cambios en la estructura familiar para proporcionar una protección adecuada a todas las personas.

Legislación peruana sobre el patrimonio familiar

El patrimonio familiar está regulado en el Código Civil, específicamente en el Título III del Libro de Familia, con las siguientes características:

- ***Bienes objeto del patrimonio familiar*:** El patrimonio familiar puede incluir el inmueble destinado a la vivienda de la familia, así como bienes necesarios para su subsistencia, como los relacionados con la agricultura, artesanía o comercio (Código Civil, 1984, artículo 489). También comprende los bienes muebles dentro del inmueble. La normativa busca garantizar la estabilidad económica del hogar sin exceder lo necesario para su morada y sustento.
- ***Inembargabilidad e inalienabilidad*:** Una vez inscrito en los registros públicos, el patrimonio familiar está protegido contra el embargo y la enajenación, excepto en circunstancias excepcionales previstas por la ley, como el embargo de frutos para el pago de alimentos, tributos y otros (Código Civil, 1984, artículos 488 y 492).
- ***Formalidades legales*:** Para constituir un patrimonio familiar, es necesario formalizarlo mediante escritura pública ante un notario y registrarlo en el Registro de Predios correspondiente, siguiendo un procedimiento no contencioso ante un juez o notario (Código Civil, 1984, artículo 496; Ley 26662).
- ***Legitimidad para constituir patrimonio familiar*:** Pueden constituir un patrimonio familiar quienes no tengan deudas que puedan verse afectadas por su constitución. Los posibles constituyentes incluyen cónyuges, padres o madres viudos o divorciados, padres o madres solteros, y cualquier persona con capacidad para donar o disponer en testamento. La administración del patrimonio corresponde al constituyente o a la persona que este designe (Código Civil, 1984, artículos 493, 494 y 497).
- ***Beneficiarios*:** El Código Civil (artículo 495) señala como beneficiarios solo a los cónyuges, hijos y otros descendientes menores de edad o incapaces, padres y ascendientes y hermanos menores de edad o incapaces del constituyente.

enrique.mendoza@urp.edu.pe

Según Revoredo (1988), el patrimonio familiar está diseñado principalmente para beneficiar a los miembros de la familia que dependen del constituyente, como su cónyuge e hijos menores de edad, no a convivientes, hijastros u otros familiares. La palabra "solo" limita estrictamente a los beneficiarios enumerados.

- ***Extinción del patrimonio familiar*:** El patrimonio familiar se extingue si todos los beneficiarios dejan de serlo, cuando los beneficiarios dejan de habitar la vivienda o de trabajar el predio durante un año sin autorización judicial, si el juez lo declara extinguido por causa grave a solicitud de los beneficiarios, o si el bien es expropiado (Código Civil, 1984, artículo 499).

El patrimonio familiar en las legislaciones de otros países

El concepto de "patrimonio familiar" es un instituto jurídico presente en diversas legislaciones a nivel mundial, con denominaciones y características particulares según el contexto socioeconómico y legal de cada país. A continuación, se examina cómo este instituto ha sido abordado en diferentes países, con un enfoque en su evolución cronológica y las variantes terminológicas que ha adoptado:

Europa

- *Alemania (1933 y 1940):* En Alemania, el concepto de *heimstätte*, que significa "refugio del hogar," fue formalizado en 1933, destacando la protección del hogar familiar. Posteriormente, en 1940, se introdujeron dos tipos específicos de bienes familiares: uno destinado a la vivienda y otro a la explotación familiar. Estos bienes podían ser concedidos por el Estado, y si no se utilizaban adecuadamente, el Estado tenía la facultad de expulsar al beneficiario, aunque con una compensación.
- *Italia*: Italia introdujo el "fondo patrimonial," una figura que permite a los cónyuges destinar bienes muebles, inmuebles o títulos de crédito para cubrir las necesidades familiares. Este fondo es inalienable y está protegido contra ejecuciones que no estén relacionadas con las necesidades de la familia, requiriendo además autorización judicial para su disposición.
- *Francia (1909):* Francia fue pionera en 1909 al crear una ley que permitía constituir un bien inembargable para proteger a la familia de deudas anteriores. Esta legislación influyó en otros países, como Argentina, que adoptaron el término "bien de familia" para designar este tipo de protección patrimonial.
- *Suiza (1907):* El Código Civil suizo de 1907 incorporó el concepto de patrimonio familiar, aunque en la práctica no se ha desarrollado ampliamente. Este hecho resalta la diversidad en la implementación de esta figura incluso dentro de Europa.
- *España (1931):* En la Constitución Republicana de 1931, España limitó el concepto de patrimonio familiar a favor de campesinos y pescadores, protegiendo sus bienes como inembargables y exentos de impuestos, siempre que se destinaran a la subsistencia de la familia.

América Latina

- *Brasil (Código Civil):* Brasil legisló sobre el "Bien de Familia" en su Código Civil, protegiendo inmuebles de valor limitado y destinados a la vivienda familiar. Estos bienes están exentos de ejecución por deudas contraídas después de su afectación y por impuestos.
- *Cuba:* La Constitución cubana también regula el patrimonio familiar, aplicable a fincas rústicas esenciales para la vivienda y subsistencia de la familia. Este patrimonio es inembargable, inalienable y exento de impuestos, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones.
- *México:* En México, el Código Civil establece que los acreedores alimentistas incapaces pueden exigir judicialmente la constitución del patrimonio familiar cuando el alimentante corre el riesgo de perder sus bienes debido a una mala administración. Esto demuestra un enfoque de protección proactiva hacia los miembros vulnerables de la familia.
- *Uruguay, Paraguay y Venezuela:* Estos países han adoptado la terminología "hogar de familia" o simplemente "hogar", influenciados por la tradición jurídica francesa que habla de "bien de familia". La legislación de estos países se centra en la protección del inmueble destinado a la vivienda familiar.

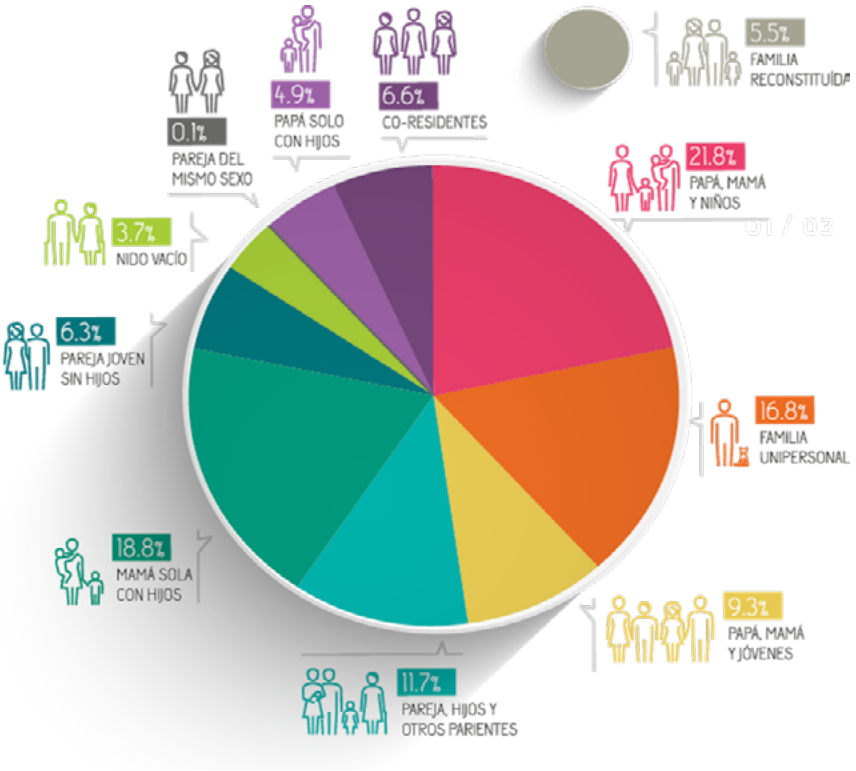
REVISIÓN DE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA FAMILIA EN EL PERÚ Y LOS HOGARES UNIPERSONALES

Composición familiar en el Perú: Estadísticas reveladoras

En las últimas décadas, la familia tradicional en Perú ha disminuido significativamente. En 2019, las familias nucleares representaban solo el 21.8% de las unidades familiares, frente al 25.8% en 2007. El 61.4% de las familias adopta otras configuraciones, como monoparentales, homoparentales, reconstituidas y extensas, mientras que el 16.8% corresponde a hogares unipersonales, es decir, personas que viven solas (Torrado y Pennano, 2020). Esto refleja una diversificación en las formas familiares, alejándose del modelo tradicional. Los datos de censos recientes muestran lo siguiente:

- ***Familias nucleares:*** Representan el 21.8% de las unidades familiares, una disminución respecto al 25.8% de 2007.
- ***Otras configuraciones familiares:*** El 61.4% de las familias en Perú adoptan configuraciones como monoparentales, reconstituidas y extensas.
- ***Hogares unipersonales:*** En 2019, estos hogares representaban el 16.8% de las unidades familiares, un aumento respecto al 11.8% en 2007.

Figura 1: Tipología de las familias peruanas



Fuente: INEI (2007,2017,2018) en Datum Internacional (2019).

Mahecha y Dussan (2020) destacan que esta situación refleja una visión más diversa de la familia. Aunque el término "familia" puede ser ambiguo, desde la perspectiva del Tribunal Constitucional colombiano, se entiende como un grupo social formado por personas que, de manera libre y voluntaria, establecen vínculos emocionales y de parentesco, generando obligaciones jurídicas y morales como protección y apoyo mutuo.

Lares y Rodríguez (2021) resaltan que la familia es una institución en constante cambio, adaptándose a las transformaciones sociales. En la modernidad y posmodernidad, la familia ha experimentado cambios como la desinstitucionalización, la legalización del divorcio, la fertilización asistida y avances tecnológicos. También se han modificado las representaciones sociales sobre diversidad sexual, género y paternidad, reflejando una

adaptación a las nuevas realidades sociales y visibilizando aspectos antes ignorados, como los derechos de las mujeres y la ruptura del dualismo hombre-mujer.

Estos cambios en la composición familiar reflejan transformaciones culturales y económicas que han diversificado las formas de organización familiar en Perú. Esta diversificación resalta la necesidad de que el derecho se adapte para garantizar la protección de la vivienda, sin importar la configuración familiar. Los principios constitucionales exigen asegurar el derecho a una vivienda digna para todos, independientemente de su situación familiar (Juanes y Plovanich, 2004).

Definición y características de los hogares unipersonales

Los hogares unipersonales, donde vive una sola persona, han emergido como una forma importante de organización familiar. Estos hogares incluyen a jóvenes adultos, personas mayores y otros individuos que eligen vivir solos por diversas razones.

Lares y Rodríguez (2021) proponen considerar a los hogares unipersonales como un nuevo tipo de familia, denominada "familia individual". Argumentan que, aunque cada familia individual es única y está en constante cambio, comparte una estructura simbólica que se redefine continuamente. En este tipo de familia, conceptos como matrimonio y procreación son secundarios. Los autores subrayan la importancia de adaptar la definición de "familia individual" al contexto específico, reconociendo que refleja la diversidad y evolución de las formas familiares actuales.

Mahecha y Dussan (2020) explican que en Colombia se ha reconocido a los hogares unipersonales como una nueva forma de familia. Estas familias, compuestas por personas solteras, viudas o separadas, han sido reconocidas por la Corte Constitucional, que les otorgó los mismos derechos que a otros tipos de familia, incluyendo la posibilidad de constituir un patrimonio familiar y acceder al *leasing* habitacional. Este reconocimiento refuerza la obligación del Estado de garantizar el derecho a una vivienda digna, independientemente de la configuración del hogar.

Varsi (2011) destaca que la felicidad no depende de estar en pareja; es posible encontrar satisfacción en la vida solitaria, disfrutando de la propia compañía. Estos hogares, conocidos como "familia unipersonal" o *single*, están formados por individuos que prefieren vivir solos, ya sea por elección, celibato, viudez, divorcio o separación. Sin embargo, Varsi reconoce que existe debate sobre si la familia unipersonal debe considerarse como una familia en sentido pleno. Rodrigo da Cunha Pereira (2001), citado por Varsi, subraya que la principal característica de los *singles* no es vivir solos, sino no estar atados por el matrimonio.

Los hogares unipersonales desde una perspectiva social y económica

Un estudio de López y Pujadas (2018) sobre los hogares unipersonales en España revela que tanto hombres como mujeres mayores tienen una propensión similar a vivir solos, aunque las mujeres suelen mantener su independencia hasta edades más avanzadas. Los hombres separados y divorciados muestran una mayor tendencia a vivir solos, pero esta diferencia disminuye con la edad. Además, las mujeres mayores que viven solas predominan en áreas urbanas, mientras que los hombres solitarios están más presentes en zonas rurales. Las personas mayores que viven solas tienden a tener un nivel educativo más bajo y a residir en viviendas antiguas, lo que puede aumentar su vulnerabilidad.

Según Torrado y Pennano (2020), en Perú, los hogares unipersonales se caracterizan por lo siguiente:

1. *Prevalencia:* Se ubican en el tercer lugar entre las formas de familia en el país.
2. *Edad promedio:* Las personas en estos hogares tienen una edad promedio de 61 años, siete años más que en otras familias.
3. *Nivel educativo:* El 50% ha completado solo estudios primarios o menos, y solo 1 de cada 10 ha terminado una carrera profesional o un posgrado.
4. *Ingresos:* Sus ingresos promedio son bajos, entre S/ 1,519.10 y S/ 1,834.40 mensuales, lo que representa el 48% del promedio general, debido a la dependencia de una única fuente de ingresos.
5. *Propiedades y bienes:*
   - La mayoría vive en casas adecuadas, pero con pocas comodidades: solo 1 de cada 20 posee un automóvil.
   - 3 de cada 10 tienen refrigerador y otros electrodomésticos pequeños.
   - El 59% cuenta con televisión.
   - 6 de cada 10 residen en una casa propia totalmente pagada.

Estos hogares destacan por su baja movilidad económica y la importancia de la propiedad de vivienda, junto con un nivel educativo generalmente bajo.

Estos datos revelan áreas críticas de vulnerabilidad social y económica, donde la protección legal del patrimonio familiar podría tener un impacto positivo.

Cuadro 1: Áreas críticas de vulnerabilidad social y económica de los hogares unipersonales

Áreas de vulnerabilidad	Descripción
Vulnerabilidad económica	Los hogares unipersonales tienen ingresos que representan solo el 48% del promedio general, debido a que dependen de una única fuente de ingresos.
Baja calidad de vida	Aunque muchos viven en viviendas propias, solo una minoría cuenta con automóviles, refrigeradores y otros electrodomésticos, lo que refleja una calidad de vida inferior y acceso limitado a comodidades básicas.
Falta de protección legal	La ausencia de reconocimiento y protección en la legislación actual deja a los hogares unipersonales en una situación precaria. Sin salvaguardias legales comparables a las de otras formas familiares, carecen de la seguridad jurídica necesaria para enfrentar problemas financieros y legales.

Fuente: Elaboración propia

Urge la protección de los hogares unipersonales

La falta de inclusión de los hogares unipersonales en las protecciones patrimoniales del Código Civil peruano ha generado serios problemas prácticos y legales, especialmente para los adultos mayores que viven solos. Casos como los de Angélica Pacheco y Víctor Fernández, narrados en un reportaje reciente de Andina (Mendoza, 2021), ilustran las vulnerabilidades extremas que enfrentan estas personas en ausencia de una red de apoyo familiar.

Angélica, a sus 79 años, ha logrado mantener una vida activa y autónoma, pero su situación es la excepción y no la norma. Como bien señala la especialista Raquel Cuentas Ramírez de la PUCP, los adultos mayores que viven solos son particularmente vulnerables, no solo por la falta de un soporte emocional y familiar, sino también por la ausencia de protecciones legales adecuadas que garanticen su seguridad económica y habitacional. En Perú, el 40% de los hogares encabezados por adultos mayores son unipersonales, una cifra que subraya la urgencia de adaptar la legislación a estas nuevas realidades.

El caso de Víctor, quien ha vivido solo desde los 61 años tras perder a su madre, muestra cómo la soledad puede convertirse en una trampa de vulnerabilidad. Víctor pasó años viviendo en cuartos alquilados, enfrentando la inseguridad y la falta de estabilidad que viene con no tener un hogar protegido. Esta situación podría haberse mitigado si la legislación actual reconociera su derecho a constituir un patrimonio familiar a pesar de no tener cónyuge ni hijos.

El marco legal actual, al excluir a los hogares unipersonales de las protecciones patrimoniales, agrava su inseguridad jurídica y económica y viola los principios de igualdad y no discriminaciones constitucionales. Reformar el artículo 495 del Código Civil es crucial para brindar a estos ciudadanos las mismas protecciones que a las familias tradicionales. Esta reforma es una necesidad urgente, no solo por justicia social, sino para evitar que personas como Angélica y Víctor enfrenten una vejez solitaria y desprotegida.

¿SE JUSTIFICA EL TRATO DIFERENCIADO ENTRE EL HOGAR DE FAMILIA Y EL HOGAR UNIPERSONAL?

Principios de igualdad y no discriminación en derechos humanos

La Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 2, inciso 2, dispone que todas las personas tienen derecho a la igualdad ante la ley y no deben ser discriminadas por razones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o cualquier otro motivo. Novak y Namihas (2004) destacan que los derechos humanos se basan en la dignidad inherente de toda persona, un pilar esencial para una vida plena que incluye valores como libertad, igualdad, seguridad y solidaridad.

La discriminación puede ser directa o indirecta. La discriminación directa ocurre cuando alguien es tratado de manera menos favorable que otros en circunstancias similares debido a características protegidas como raza o género. La discriminación indirecta surge cuando una norma, política o práctica aparentemente

neutral afecta negativamente y de manera desproporcionada a un grupo protegido, resultando menos evidente pero igualmente perjudicial (Salomé, 2017).

Definición y contexto legal de la discriminación indirecta

La discriminación indirecta ocurre cuando una norma, aunque aparentemente neutral, tiene un impacto desproporcionado y adverso sobre un grupo protegido. Aunque no haya una intención explícita de discriminar, los efectos de estas normas pueden resultar en un trato desigual con consecuencias tan perjudiciales como la discriminación directa.

Este principio está consagrado en instrumentos internacionales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ratificados por Perú. Además, la Constitución Política del Perú, en su artículo 2, inciso 2, garantiza la igualdad ante la ley y prohíbe cualquier forma de discriminación basada en origen, raza, sexo, religión, condición económica, entre otros.

Aplicación de la discriminación indirecta en el contexto de los hogares unipersonales

La exclusión de los hogares unipersonales de las protecciones patrimoniales establecidas en el artículo 495 del Código Civil peruano es un ejemplo de cómo una norma aparentemente neutral puede resultar en discriminación indirecta. Aunque la ley no menciona explícitamente a los hogares unipersonales, su estructura y aplicación los excluyen de las protecciones legales disponibles para otros tipos de familias.

Impacto desproporcionado en los hogares unipersonales

Al excluir a los hogares unipersonales, el artículo 495 del Código Civil coloca a un sector significativo de la población en desventaja, especialmente a quienes, por elección o circunstancias, viven solos.

En Perú, los hogares unipersonales han crecido considerablemente, representando el 16.8% de las unidades familiares en 2019. Sin embargo, este grupo no puede beneficiarse de protecciones como la inembargabilidad del hogar, lo que los deja en una situación de vulnerabilidad económica y jurídica en comparación con otras familias que sí cumplen con los requisitos legales.

Contradicción con los principios de igualdad y no discriminación

Desde una perspectiva de derechos humanos, la falta de protección para los hogares unipersonales constituye discriminación indirecta. Aunque la ley no excluye explícitamente a estos hogares, les niega las mismas protecciones que a otros tipos de familias, creando un impacto desigual.

El principio de igualdad ante la ley exige que todas las personas reciban un trato igual en circunstancias similares, salvo que existan razones objetivas y justificadas para un trato diferenciado. En el caso de los hogares unipersonales, no existe justificación válida para excluirlos de la protección del patrimonio familiar, especialmente cuando la realidad social muestra una creciente diversidad en las estructuras familiares.

La doctrina internacional sobre discriminación indirecta

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su Observación General No. 20, establece que tanto la discriminación directa como la indirecta están prohibidas por el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Según esta observación, la discriminación indirecta ocurre cuando una norma, política o práctica aparentemente neutral, sin una justificación objetiva y razonable, afecta desproporcionadamente a ciertos grupos, como las personas que viven solas, privándolas de las mismas oportunidades de acceso a protecciones jurídicas que se otorgan a otros.

Implicaciones de la discriminación indirecta en la protección patrimonial

Excluir a los hogares unipersonales bajo el marco legal actual perpetúa la desigualdad y contraviene los principios de igualdad y no discriminación. Esta exclusión constituye discriminación indirecta y vulnera derechos fundamentales, lo que resalta la necesidad de corregir esta situación para asegurar que todos los ciudadanos, independientemente de su situación familiar, reciban un trato justo y equitativo bajo la ley. Incluir a los hogares unipersonales en la protección patrimonial es un

paso esencial hacia la justicia social y el respeto pleno de los derechos humanos en el Perú.

Fundamentos constitucionales de la discriminación indirecta y su aplicación a los hogares unipersonales en Perú

La discriminación indirecta se basa en la interpretación del artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política del Perú, que garantiza la igualdad ante la ley y prohíbe cualquier forma de discriminación por origen, raza, sexo, religión, opinión, condición económica o cualquier otra índole. La discriminación indirecta ocurre cuando una norma o política aparentemente neutral afecta de manera desproporcionada a un grupo protegido, sin una justificación objetiva y razonable. Aunque no haya una intención explícita de discriminar, los efectos de estas normas pueden generar desigualdades tan perjudiciales como la discriminación directa.

En el contexto peruano, los hogares unipersonales son un ejemplo de cómo la discriminación indirecta puede manifestarse en la legislación. El artículo 495 del Código Civil, que regula las protecciones patrimoniales, excluye de facto a los hogares unipersonales al no reconocerlos como beneficiarios del patrimonio familiar. Esta exclusión coloca a un grupo significativo de la población en desventaja, ya que no pueden acceder a protecciones como la inembargabilidad de la vivienda, dejándolos más vulnerables ante problemas económicos y jurídicos.

Este trato diferenciado no está justificado por razones objetivas y, por lo tanto, viola el principio de igualdad consagrado en la Constitución. La falta de protección para los hogares unipersonales no solo perpetúa la desigualdad, sino que también contraviene los derechos humanos fundamentales, resaltando la necesidad de una reforma legislativa que garantice la inclusión de estos hogares en las protecciones patrimoniales, en línea con los principios de igualdad y no discriminación.Principio del formulario

IMPLICANCIAS CONSTITUCIONALES A LARGO PLAZO DE NO ADAPTAR LA LEGISLACIÓN A LAS NUEVAS FORMAS DE FAMILIA EN PERÚ

Marco constitucional y derechos fundamentales

El artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política del Perú garantiza la igualdad ante la ley y prohíbe cualquier forma de discriminación por motivos de origen, raza, sexo, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Este precepto es clave para entender las implicancias de mantener una legislación que no reconoce la diversidad de las estructuras familiares contemporáneas, como los hogares unipersonales.

La Constitución también protege el derecho a una vivienda digna y adecuada como parte del derecho a la vida digna, lo cual está consagrado en el artículo 1 y en el capítulo sobre derechos sociales y económicos. Estas garantías constitucionales no solo aseguran que cada ciudadano tenga acceso a una vivienda, sino que también deben interpretarse de manera que reflejen y se adapten a la evolución de las formas familiares en la sociedad.

Implicancias constitucionales a largo plazo

Violación continua de los principios de igualdad y no discriminación

Si la legislación peruana no se adapta para incluir a los hogares unipersonales y otras configuraciones familiares no tradicionales, esto perpetuaría una situación de discriminación indirecta. La falta de reconocimiento y protección de estas nuevas formas de familia podría ser considerada una violación constante de los principios de igualdad y no discriminación. Esto no solo podría dar lugar a múltiples demandas constitucionales, sino que también podría erosionar la confianza pública en el sistema legal, al demostrar una desconexión entre la ley y las realidades sociales.

Incremento en la inseguridad jurídica

La negativa a reconocer a los hogares unipersonales bajo la protección patrimonial genera una inseguridad jurídica considerable. Las personas que viven solas, que constituyen un sector significativo y creciente de la población, se encontrarán en una situación de vulnerabilidad económica y jurídica. La inseguridad jurídica a largo plazo puede desincentivar la inversión personal en la propiedad y el ahorro, afectando negativamente la estabilidad económica de este grupo, lo que podría tener repercusiones más amplias en la economía nacional.

Desconexión entre la normativa y la realidad social

Mantener una legislación que no se ajusta a las realidades sociales actuales crea una

desconexión cada vez mayor entre la norma y la práctica social. Este desfase podría contribuir a un aumento en la desconfianza hacia las instituciones del Estado, lo que, a largo plazo, puede debilitar el tejido social y la cohesión comunitaria. La falta de adaptación legal también puede aumentar el riesgo de conflicto social, al marginar a un sector importante de la población que no se siente representado ni protegido por el marco normativo vigente.

Impacto negativo en la estabilidad económica

La exclusión de los hogares unipersonales de la protección patrimonial afecta directamente su seguridad económica, ya que no pueden proteger sus bienes de embargos o demandas que podrían comprometer su estabilidad financiera. A largo plazo, esto podría generar un aumento en la pobreza y la exclusión social de individuos que, al no contar con una red de apoyo familiar tradicional, dependen exclusivamente de su capacidad para gestionar y proteger sus activos. La falta de protección también podría incrementar la carga sobre el Estado para proporcionar apoyo social a estos individuos, afectando las finanzas públicas.

Posibles conflictos constitucionales y demandas ante organismos internacionales

La persistencia de una legislación que discrimina indirectamente contra los hogares unipersonales podría llevar a un aumento en los litigios constitucionales. A largo plazo, es probable que estos conflictos lleguen a instancias internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que podría condenar al Estado peruano por violaciones a los derechos humanos. Un fallo adverso no solo dañaría la reputación internacional del Perú, sino que también podría obligar al Estado a realizar cambios legislativos de manera apresurada, sin el beneficio de un debate y un proceso legislativo ordenado.

Erosión de los derechos humanos y la dignidad individual

El no reconocimiento de las diversas formas de familia, incluido el hogar unipersonal, puede ser visto como una negación del derecho fundamental a la dignidad humana, que es el núcleo de todos los derechos humanos. La falta de protección adecuada para estos grupos debilita el compromiso del Estado con los derechos humanos y puede tener un efecto desmoralizador en las personas afectadas, quienes pueden sentir que sus vidas y elecciones no son valoradas ni respetadas por el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, la falta de una reforma legislativa que refleje estas realidades puede resultar en una erosión de los principios de igualdad y no discriminación, incrementar la inseguridad jurídica, crear conflictos sociales y económicos, y llevar a posibles condenas internacionales.

En este aspecto, es esencial que el Estado peruano adopte una postura proactiva para reformar el artículo 495 del Código Civil y otras normativas relacionadas, asegurando que todas las personas, independientemente de su estructura familiar, puedan acceder a las mismas protecciones legales.

CAPÍTULO II: RESULTADOS DEL ESTUDIO DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL REGISTRAL Y DE LAS LEGISLACIONES DE LOS PAÍSES QUE HAN AMPLIADO LA PROTECCIÓN HACIA LOS HOGARES UNIPERSONALES

RESULTADOS DEL ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL REGISTRAL

La Ley N.º 26366, modificada por la Ley 30065, dispone que el Tribunal Registral se encarga de resolver en apelación las impugnaciones presentadas contra las resoluciones de los Registradores en primera instancia. Además, el tribunal puede aprobar precedentes de observancia obligatoria durante los Plenos Registrales. Las resoluciones del Tribunal Registral son fundamentales, ya que sus decisiones impactan directamente en la inscripción del patrimonio familiar, un acto que solo tiene efecto legal una vez inscrito.

Selección de resoluciones del Tribunal Registral sobre inscripción de patrimonio familiar a favor del propio constituyente

Para analizar las resoluciones relacionadas con la inscripción del patrimonio familiar a favor del propio constituyente, se seleccionaron casos relevantes utilizando la plataforma VLex, conocida por su extensa base de datos de jurisprudencia y documentos legales.

Resultados obtenidos de las resoluciones del Tribunal Registral

A continuación, se presentan los resultados del análisis de las resoluciones del Tribunal Registral, considerando variables como la solicitud, el motivo del rechazo inicial, los argumentos de apelación, los fundamentos del Tribunal y la resolución final.

Cuadro 2: Análisis de resoluciones del Tribunal Registral sobre la inscripción de patrimonios familiares solicitados por propios constituyentes

Resolución	Solicitud	Razón jurídica del rechazo en 1ra instancia	Argumentos de la apelación	Argumentos del Tribunal Registral	Resolución final
Nº 1123-2022-SUNARP-TR	Inscripción de patrimonio familiar a favor de la propia constituyente	Rechazo por incumplir con el Art. 495 del Código Civil, que especifica los beneficiarios.	El patrimonio familiar está destinado a proteger la vivienda de los miembros de una familia, incluso si se trata de una persona soltera.	El tribunal argumentó que la evaluación de beneficiarios es competencia del notario, no del registro.	Se revocó la observación y se dispuso la inscripción.
Nº 111-2018-SUNARP-TR-L	Inscripción de patrimonio familiar en beneficio del solicitante.	Rechazo por problemas de acreditación en el Sistema Notario y falta de declaración expresa del notario.	Argumentos sobre la subsanación y la retroacción de efectos de la escritura aclaratoria.	El tribunal considera que los requisitos fueron cumplidos y la subsanación es válida.	Se revocaron las observaciones y se ordenó la inscripción.
Nº 2427-2017-SUNARP-TR-L	Inscripción de patrimonio familiar en beneficio del propio solicitante.	Rechazo basado en la exclusión del constituyente como beneficiario según el Art. 495 del Código Civil.	Argumentos sobre la interpretación del concepto de familia y la intervención indebida del registrador.	El tribunal considera que la norma es clara, pero reconoce un posible error material al incluir la partida de nacimiento de la hija menor de edad.	Se revocó la tacha y se solicitó una aclaración para proceder con la inscripción.
Nº 136-2014-SUNARP-TR-T	Inscripción de patrimonio familiar a favor del propio constituyente	Rechazo basado en el Art. 495 del Código Civil, que limita beneficiarios a miembros de la familia del constituyente.	El apelante argumentó que los notarios tienen autoridad en asuntos no contenciosos y la calificación registral no debería cuestionar la validez del acto notarial.	El tribunal confirmó que las instancias registrales no deben cuestionar actos notariales en procedimientos no contenciosos, a menos que sean anulados judicialmente.	Se revocó la tacha y se permitió la inscripción.
Nº 2432-2014-SUNARP-TR-L	Inscripción de patrimonio familiar en favor de la sociedad conyugal.	Rechazo por no considerar la "sociedad conyugal" como beneficiaria según el Art. 495 del Código Civil.	Argumentos sobre la identificación clara de los cónyuges como beneficiarios.	El tribunal sostiene que "sociedad conyugal" equivale a los cónyuges, quienes son beneficiarios legítimos.	Se revocó la observación y se permitió la inscripción.
Nº 314-2013-SUNARP-TR-L	Inscripción de patrimonio familiar a favor de la constituyente misma.	Rechazo por considerar que el constituyente no puede ser beneficiario según el Art. 495 del Código Civil.	Argumentos sobre un vacío normativo entre los Arts. 493 y 495 del Código Civil.	El tribunal confirma que el Art. 495 es claro en la exclusión del constituyente como beneficiario.	Confirmación de la tacha sustantiva y denegación de la inscripción.

Nº 2014-2011-SUNARP-TR-L	Inscripción de patrimonio familiar en favor de constituyente y su hijo menor de edad.	Rechazo por excluir al cónyuge como beneficiario.	Argumentos sobre la libertad del constituyente para designar beneficiarios entre los permitidos por la norma.	El tribunal considera válida la designación del constituyente a favor de sí mismo y su hijo sin incluir al cónyuge.	Se revocó la observación y se permitió la inscripción.
Nº 029-2009-SUNARP-TR	Inscripción de patrimonio familiar a favor de la propia constituyente	Rechazo por considerar que una persona no puede constituir patrimonio familiar a su favor según el objetivo de proteger a la familia.	Argumentos sobre la falta de motivación de la tacha y la interpretación amplia del Art. 493 del Código Civil.	El tribunal sostiene que el Art. 495 es restrictivo y no incluye a individuos solteros sin descendientes como beneficiarios.	Confirmación de la tacha sustantiva y denegación de la inscripción.
Nº 113-2006-SUNARP-TR-L	Inscripción de patrimonio familiar a favor de madre divorciada y su hijo menor de edad.	Rechazo basado en que la madre no puede ser simultáneamente constituyente y beneficiaria.	Argumentos sobre la inclusión de la madre como beneficiaria junto con su hijo para evitar desnaturalizar la institución.	El tribunal subraya que el Art. 495 establece claramente los beneficiarios y no incluye a la madre constituyente.	Confirmación de la denegatoria para la madre, permitiendo solo al hijo como beneficiario.

Fuente: Resoluciones del Tribunal Registral – Elaboración propia

Hallazgos y tendencias en las resoluciones del Tribunal Registral

El análisis de las resoluciones del Tribunal Registral muestra varios patrones y tendencias clave sobre la inscripción del patrimonio familiar a favor del propio constituyente. Aunque el Tribunal ha mostrado cierta flexibilidad en sus resoluciones, sus decisiones no abordan el problema de fondo relacionado con la protección de los hogares unipersonales.

1. ***Solicitudes de solteros:*** Se ha observado un patrón recurrente de solicitudes de inscripción de patrimonio familiar por parte de personas solteras o sin familiares dependientes. Estos solicitantes buscan proteger su patrimonio personal mediante una figura jurídica tradicionalmente destinada a grupos familiares.

2. ***Rechazo por interpretación estricta*:** La mayoría de las solicitudes fueron rechazadas por los registradores públicos, quienes aplicaron una interpretación estricta del artículo 495 del Código Civil, que limita los beneficiarios del patrimonio familiar a ciertos miembros de la familia. Esta interpretación excluye a los constituyentes solteros, perpetuando la falta de protección para los hogares unipersonales.

3. ***Argumentos en apelación:*** Los apelantes han argumentado que el artículo 495 del Código Civil debería interpretarse de manera más inclusiva, permitiendo la inscripción de patrimonios familiares a favor del constituyente, especialmente cuando no hay familiares dependientes. Se ha señalado la existencia de un posible vacío normativo entre los artículos 493 y 495, lo que justificaría una interpretación más amplia de los beneficiarios del patrimonio familiar.

4. ***Evolución del Tribunal Registral:*** Aunque el Tribunal Registral inicialmente confirmaba las decisiones de los registradores, desde el CXV Pleno Registral de 2013 ha adoptado una postura más flexible. En algunas resoluciones, permitió la inscripción de patrimonio familiar a favor del propio constituyente, argumentando que la calificación registral no debe cuestionar los actos notariales en procedimientos no contenciosos. Sin embargo, estas decisiones se han centrado en aspectos procedimentales y no en el problema de fondo: la aplicación del patrimonio familiar en beneficio de los hogares unipersonales.

5. ***Tensión entre normativa y realidad social:*** La jurisprudencia refleja una tensión entre la normativa civil, basada en conceptos tradicionales de familia, y la realidad social actual, donde los hogares unipersonales son cada vez más comunes. Esta tensión evidencia la necesidad de adaptar la normativa a las realidades sociales contemporáneas.

6. ***Implicaciones futuras:*** La negativa del Tribunal Registral a pronunciarse sobre la aplicación sustancial del patrimonio familiar en favor de los hogares unipersonales perpetúa la exclusión de este sector en las protecciones patrimoniales. Esta situación podría motivar una revisión legislativa que aborde efectivamente la necesidad de protección para los hogares unipersonales en el contexto actual.

RESULTADOS DEL ANÁLISIS DE LAS LEGISLACIONES DE PAÍSES QUE PROTEGEN LOS HOGARES UNIPERSONALES

El análisis sobre la expansión del patrimonio familiar hacia los hogares unipersonales se realizó utilizando Google Académico como fuente principal. Se examinaron legislaciones de países de América Latina que han avanzado en este ámbito, enfocándose en México (Estado de Coahuila), Colombia, Argentina y Brasil.

Legislación en el Estado de Coahuila, México

Principales características:

- ***Constitución del patrimonio familiar:*** La Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza permite a personas sin lazos familiares tradicionales constituir su propio patrimonio familiar (Artículo 599).
- ***Definición y alcance*:** La legislación incluye bienes inmuebles y muebles esenciales, garantizando protección para la subsistencia y desarrollo personal.
- ***Protección:*** Los bienes del patrimonio familiar están protegidos contra embargo y enajenación, ofreciendo salvaguardas robustas para los hogares unipersonales.

Legislación colombiana sobre el patrimonio de familia

Principales características:

- ***Constitución del patrimonio familiar:*** La Sentencia C-107/2017 amplía la protección del patrimonio familiar para incluir a los hogares unipersonales.
- ***Inembargabilidad:*** La legislación protege los bienes del hogar familiar de acreedores, asegurando estabilidad económica.
- ***Diversidad familiar:*** Se reconoce la diversidad de estructuras familiares, incluyendo hogares unipersonales, familias de crianza y familias extensas.
- ***Dominio pleno:*** La constitución del patrimonio solo es posible sobre inmuebles libres de gravámenes.

Legislación argentina sobre la protección de la vivienda

Principales características:

- ***Afectación del inmueble:*** El Código Civil y Comercial permite que un propietario único proteja su vivienda contra embargos, asegurando su función como hogar.
- ***Legitimados y beneficiarios:*** La ley permite que el propietario único sea el beneficiario exclusivo de esta protección, incluyendo hogares unipersonales.
- ***Habitación efectiva:*** La protección requiere que el beneficiario habite efectivamente el inmueble, lo que es aplicable a los hogares unipersonales.
- ***Protección:*** La ley ofrece inmunidad contra embargos posteriores a su inscripción, garantizando la seguridad del hogar.

Legislación brasileña sobre la protección de la vivienda

Principales características:

- ***Protección del patrimonio familiar:*** La Ley N.º 8.009/90 protege la vivienda familiar contra embargos, sin limitar esta protección al tamaño o estructura de la familia.
- ***Inembargabilidad:*** El artículo 1.715 del Código Civil de Brasil garantiza que los bienes del hogar familiar no pueden ser embargados.
- ***Legitimados:*** La legislación permite que cualquier entidad familiar destine parte de su patrimonio a la protección familiar mediante escritura pública o testamento.
- ***Afectación del inmueble:*** El patrimonio familiar puede incluir una edificación destinada a vivienda, ya sea urbana o rural, junto con sus enseres y accesorios.

Análisis de las legislaciones comparadas

Las legislaciones de Coahuila, Colombia, Argentina y Brasil representan avances

significativos en la protección de los hogares unipersonales. Estas normativas se adaptan a las realidades sociales contemporáneas, reconociendo la diversidad de configuraciones familiares y extendiendo la protección patrimonial más allá del modelo tradicional de familia. La inclusión de hogares unipersonales en estas leyes refleja un compromiso con la equidad y la seguridad jurídica, protegiendo los derechos de propiedad y vivienda de individuos que viven solos. Este enfoque inclusivo es esencial para garantizar que todas las personas, independientemente de su situación familiar, tengan acceso a la protección patrimonial, lo que constituye un paso importante hacia una sociedad más justa y equitativa.

CAPÍTULO III: DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

LIMITACIONES Y FORTALEZAS EN LA APLICACIÓN POR LAS INSTANCIAS REGISTRALES DEL PATRIMONIO FAMILIAR EN LA ACTUALIDAD.

El análisis de las resoluciones del Tribunal Registral muestra que la normativa actual en Perú, especialmente el artículo 495 del Código Civil, es restrictiva respecto a quiénes pueden ser beneficiarios del patrimonio familiar. La ley no reconoce explícitamente a las personas que constituyen el patrimonio, generando incertidumbre sobre su aplicación a hogares unipersonales que no encajan en la definición tradicional de "familia".

Actualmente, la normativa excluye a hogares unipersonales y otras formas de familia no tradicionales, como parejas sin hijos o familias reconstituidas. Los registradores, aplicando una interpretación estricta de la ley, han rechazado sistemáticamente las solicitudes de inscripción de patrimonio familiar para personas solteras, lo que refleja una falta de flexibilidad en la legislación.

A pesar de la evolución de las estructuras familiares hacia formas más diversas, la ley no ha seguido este cambio, creando una desconexión entre la normativa y la realidad social. Esto deja desprotegidas a las personas que no encajan en las categorías familiares tradicionales.

Aunque el Tribunal Registral ha mostrado cierta flexibilidad desde el CXV Pleno Registral de 2013, permitiendo en algunos casos la inscripción de patrimonios familiares para constituyentes solteros, sus decisiones se han limitado a aspectos procedimentales. No han abordado el problema principal: la protección efectiva del patrimonio familiar para hogares unipersonales. Esto subraya la necesidad urgente de reformar la legislación para incluir a personas sin familiares dependientes, acorde con los cambios en la estructura familiar peruana actual.

RELEVANCIA LEGAL DE LOS CAMBIOS EN LA COMPOSICIÓN FAMILIAR

Los cambios en la estructura familiar en Perú tienen importantes implicaciones legales, especialmente en la protección patrimonial bajo el artículo 495 del Código Civil, que actualmente excluye a los hogares unipersonales.

- ***Desconexión entre la ley y la realidad social:*** La disminución de familias nucleares y el aumento de configuraciones familiares alternativas, como los hogares unipersonales, evidencian una brecha entre la legislación peruana y las realidades sociales actuales. La normativa vigente, centrada en la familia tradicional, no refleja la diversidad de la sociedad peruana moderna.
- ***Necesidad de reforma legislativa:*** Una parte significativa de la población, representada por hogares unipersonales y otras formas de familia no tradicionales, está excluida de las protecciones legales del patrimonio familiar. Esto genera trato desigual y no reconoce la importancia económica y social de estas configuraciones. La legislación debe adaptarse para incluir estas nuevas realidades, garantizando igualdad de protección para todos los individuos, independientemente de su situación familiar.
- ***Implicaciones para el derecho a la vivienda:*** El derecho a una vivienda adecuada, fundamental para una vida digna, debe estar protegido para todos. Excluir a los hogares unipersonales de las protecciones patrimoniales pone en riesgo la seguridad habitacional de un sector creciente de la población. Dado que la propiedad de la vivienda es clave para la estabilidad económica y social, es esencial que la ley se adapte para proteger a todos los ciudadanos.

PROTECCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO HACIA LAS NUEVAS FORMAS DE FAMILIA, INCLUYENDO HOGARES UNIPERSONALES

El análisis comparativo de las legislaciones en México (Estado de Coahuila), Colombia, Argentina y Brasil muestra una diversidad

significativa en la inclusión de hogares unipersonales y nuevas configuraciones familiares en las leyes patrimoniales.

- **México (Estado de Coahuila):** La legislación en Coahuila es ejemplar en su enfoque inclusivo, permitiendo explícitamente que personas solteras constituyan su propio patrimonio familiar. Este avance adapta la ley a las nuevas realidades sociales, reconociendo la necesidad de protección patrimonial para todos los ciudadanos, sin importar su situación familiar.
- **Colombia:** La jurisprudencia colombiana ha ampliado la protección del patrimonio familiar a diversas estructuras familiares, incluyendo hogares unipersonales. La Corte Constitucional ha interpretado las leyes patrimoniales de manera flexible, adaptándolas a la diversidad familiar actual y asegurando que los hogares unipersonales también puedan beneficiarse de protecciones legales para una vivienda segura y estable.
- **Argentina:** El Código Civil y Comercial argentino permite que individuos que viven solos constituyan un patrimonio familiar. La ley protege la vivienda como bien de familia, extendiendo esta protección a personas fuera del núcleo familiar tradicional. Este enfoque reconoce la creciente diversidad en las estructuras familiares y garantiza que todos los individuos tengan acceso a una vivienda protegida.
- **Brasil:** La legislación brasileña es inclusiva y flexible, permitiendo que cualquier persona, sin importar su situación familiar, proteja su vivienda contra embargos. Este enfoque se alinea con los principios constitucionales y de derechos humanos, asegurando una protección equitativa y no discriminatoria para todos los ciudadanos.

CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES

1. Esta investigación subraya la necesidad urgente de reformar el artículo 495 del Código Civil peruano. La normativa actual, que protege únicamente a las familias tradicionales, no refleja la diversidad de estructuras familiares en el Perú, como los hogares unipersonales. Esta falta de adecuación genera inseguridad jurídica y deja sin protección a un sector significativo de la población que no encaja en la definición clásica de familia.

2. La interpretación estricta de la ley ha resultado en la denegación sistemática de solicitudes de constitución de patrimonio familiar por parte de personas sin cónyuge ni hijos dependientes. Aunque ha habido avances jurisprudenciales desde el CXV Pleno Registral de 2013, estos no han abordado de manera efectiva los problemas fundamentales de la legislación actual.

3. A diferencia de la legislación peruana, países como México, Colombia, Argentina y Brasil han adoptado enfoques más inclusivos para la protección patrimonial, reconociendo la necesidad de proteger a quienes viven solos o no forman parte de una familia tradicional. Estos ejemplos evidencian la desconexión entre la normativa peruana y las realidades sociales actuales, subrayando la importancia de que Perú siga el ejemplo de estas jurisdicciones para garantizar un acceso equitativo a la protección patrimonial.

4. Desde una perspectiva de derechos humanos, la exclusión de los hogares unipersonales del marco legal peruano constituye una forma de discriminación indirecta, lo que contraviene los principios de igualdad y no discriminación establecidos en la Constitución y en tratados internacionales. Esta discriminación indirecta se manifiesta cuando una norma aparentemente neutral, como el artículo 495 del Código Civil, afecta de manera desproporcionada a un grupo protegido, como los hogares unipersonales, sin una justificación objetiva y razonable. Esta exclusión perpetúa la desigualdad y viola derechos fundamentales.

5. Por lo tanto, es esencial adaptar la legislación para asegurar que todos los ciudadanos, independientemente de su estructura familiar, reciban un trato justo y tengan acceso a una vivienda digna. Esta reforma es crucial para alinear la normativa con los principios constitucionales y los derechos humanos, garantizando una protección equitativa para todos.

6. Se recomienda realizar investigaciones adicionales que profundicen en las implicaciones jurídicas y sociales de incluir a los hogares unipersonales en la protección del patrimonio familiar. También es fundamental desarrollar políticas públicas y propuestas legislativas que amplíen la definición de beneficiarios del patrimonio familiar, alineándose con los principios de equidad y justicia social, y promoviendo una mayor conciencia sobre la diversidad familiar en la sociedad peruana.

enrique.mendoza@urp.edu.pe

CAPÍTULO V: RECOMENDACIONES

Para adaptar el artículo 495 del Código Civil peruano a las realidades actuales, se proponen las siguientes modificaciones:

1. **Ampliación de beneficiarios:** Incluir a los hogares unipersonales como beneficiarios del patrimonio familiar, permitiendo que individuos sin cónyuge o hijos dependientes puedan constituir y proteger su patrimonio familiar.

2. **Reconocimiento de nuevas formas de familia:** Redefinir el concepto de "familia" en el artículo 495 para abarcar configuraciones no tradicionales, como parejas sin hijos, familias reconstituidas y otras formas de convivencia estable que reflejen la diversidad social actual.

3. **Protección equitativa del patrimonio familiar:** Asegurar que la protección del patrimonio familiar no dependa del número de miembros o del tipo de vínculo entre ellos, sino de la necesidad de protección patrimonial de cualquier ciudadano, independientemente de su estructura familiar.

4. **Adaptación a principios de derechos humanos:** Alinear el artículo 495 con los principios de equidad y dignidad establecidos en los Convenios Internacionales de Derechos Humanos, garantizando un acceso no discriminatorio a la protección del patrimonio familiar para todas las personas.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Argentina, H. C. (08 de octubre de 2014). Código Civil y Comercial De La Nación Ley 26.994. Obtenido de https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26994-235975/texto

Arias, Max y Arias, Angela. (2008). Exegesis del Código Civil de 1984 Tomo IX Derecho de Familia. Gaceta Juridica.

Besso, B. A., Ferrari, M. B., & Frank, N. Y. (2009). Bien de familia:¿ es necesaria una reforma a la ley? UNL Pam, 81.

Caso del Tercero de Buena Fe, EXP. N.° 00018-2015-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 05 de Marzo de 2020).

Congreso Del Estado Independiente, L. Y. (01 de julio de 2016). Gobierno de Coahuila. Obtenido de Gobierno de Coahuila: https://coahuila.gob.mx/archivos/pdf/Ley%20para%20la%20Familia%20de%20Coahuila%20de%20Zaragoza.pdf

Dworkin, R. (1999). Los Derechos en Serio. Ariel.

Fuster, G. A. (2014). El bien de familia como límite al dominio especial. Repositorio Digital. Universidad Nacional de Córdova.

Instituto Nacional de Estadistica e Informatica, I. (2007-2017). Capítulo 10 Ingreso Promedio Proveniente del Trabajo.

Juanes, Norma y Plovanich, María. (2004). Vivienda protegida. Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Sociales (U.N.A.), 251-253.

Juliá, J. M. (2008). Reflexiones previas y necesarias para un análisis jurídico de la discriminación positiva 1 affirmative action). ACTUALIDAD JURIDICA(17), 49.

Lares Gutiérrez, Ramón Eduardo y Rodríguez, Lizeth. (2021). Hacia un nuevo concepto de familia: la familia individual. Revista digital FILHA. Enero-julio. Número 24. Publicación semestral. Zacatecas, México: Universidad Autónoma de Zacatecas, 1-15.

Llanos, B. (2002). Patrimonio Familiar. Foro Jurídico(01), 133-141.

López, Cristina y Pujadas, Isabel. (2018). Vivir solo en España.Evolución y características de los hogares unipersonales en la vejez. Panorama Social N° 28.

Mahecha, Daniel y Dussan, Santiago. (2020). Las Nuevas Formas De Familia En Colombia, Los Aportes Desde El Derecho Constitucional. Facultad De Derecho Universidad Santo Tomás Sede Bogotá D.C., 62.

Mendoza, S. (26 de Agosto de 2021). Día del Adulto Mayor: cómo lo viven quienes no tienen hijos. Obtenido de https://andina.pe/agencia/noticia-dia-del-adulto-mayor-como-viven-quienes-no-tienen-hijos-858907.aspx#:~:text=A%20pesar%20de%20que%20ese%20es%20el%20denominador,D%C3%ADa%20Nacional%20del%20Adulto%20Mayor%2C%20la%20pasar%C3%A1n%20tranquilos.

Naciones Unidas. (16 de Diciembre de 1966). Obtenido de Naciones Unidas: https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights

Norma Que Autoriza Constitucion De Patrimonio De Familia No Embargable, Sentencia C-107/17 (Corte Constitucional de Colombia 22 de febrero de 2017). Obtenido de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-107-17.htm

Novak, Fabián y Namihas, Sandra. (2004). Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Academia de la Magisratura.

Resurrección, L. (2017). La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural. Pensamiento Constitucional (22), 36.

Revoredo, D. (1988). Código Civil IV Exposición de Motivos y Comentarios. Lima.

Reynaldo Armando Shols Pérez , EXP. N° 09332-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 30 de Noviembre de 2007).

Torrado, Urpi y Pennano, Carla. (2020). Familias Peruanas. Más familias de las que imaginas. Fondo Editorial Universidad del Pacífico.

Varsi, E. (2011). TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA T.I. Gaceta Jurídica.

Velasco Arroyo, J. (2007). DISCRIMINACIÓN POSITIVA, DIVERSIDAD CULTURAL Y JUSTICIA. Daimon Revista Internacional de Filosofia(41), 16.

Wallace, N. M. (2004). Bien De Familia En El Inmueble Que Genera El Sustento Del Constituyente Y Su Familia. Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Sociales (U.N.A.), 299-311.

Warde, Adriana y Garcia, Alicia. (2004). Bien De Familia En Argentina. Sujetos Beneficiados. El Interes Superior Familiar. Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Sociales (U.N.A.), 239-249.

ANEXO

Este proyecto de ley se adjunta a la investigación titulada *"La Necesidad de Reformar la Legislación de Patrimonio Familiar en Perú: Hacia una Inclusión de los Hogares Unipersonales"*, la cual fundamenta y respalda la propuesta de reforma del artículo 495 del Código Civil. La investigación incluye un análisis detallado de las actuales limitaciones legales, comparaciones con legislaciones de otros países, y las implicancias constitucionales de no adaptar la legislación a las nuevas realidades familiares.

PROYECTO DE LEY: "Ley de Reforma del Artículo 495 del Código Civil para la Inclusión de Hogares Unipersonales y Otras Formas de Familia No Tradicionales como Beneficiarios del Patrimonio Familiar"

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Introducción

En las últimas décadas, la composición familiar en el Perú ha sufrido transformaciones importantes. El modelo tradicional de familia nuclear, compuesto por padres e hijos, ya no representa la única forma de organización familiar en el país. De acuerdo con datos del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), solo el 21.8% de las unidades familiares en 2019 eran familias nucleares, mientras que el 16.8% correspondían a hogares unipersonales, es decir, personas que viven solas. Este cambio refleja una mayor diversidad en las formas de convivencia y organización familiar, que incluye hogares unipersonales, parejas sin hijos, familias reconstituidas y otras configuraciones no tradicionales.

2. Necesidad de modernizar la legislación:

El artículo 495 del Código Civil peruano, que regula el patrimonio familiar, actualmente limita la protección patrimonial a las unidades familiares tradicionales, excluyendo de facto a los hogares unipersonales y otras configuraciones familiares no tradicionales. Esta exclusión crea una inseguridad jurídica y económica significativa para un sector creciente de la población que no se ajusta a la definición clásica de familia.

Este proyecto de ley propone reformar el artículo 495 del Código Civil para reflejar la realidad social contemporánea y garantizar que todos los ciudadanos, independientemente de su estructura familiar, tengan acceso a las mismas protecciones legales. Esta reforma es coherente con los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, establecidos en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política del Perú, y es necesaria para evitar formas de discriminación indirecta que vulneren los derechos fundamentales de las personas.

3. Fundamentación jurídica y social:

El derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a una vivienda digna son pilares fundamentales de la justicia social. La exclusión de los hogares unipersonales del patrimonio familiar es una forma de discriminación indirecta que perpetúa la desigualdad y contraviene tanto la Constitución como los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú.

Diversos países de América Latina, como México (Estado de Coahuila), Colombia, Argentina y Brasil, han adoptado enfoques inclusivos en sus legislaciones, permitiendo que individuos sin lazos familiares tradicionales puedan proteger su patrimonio personal bajo el régimen de patrimonio familiar. El Perú no debe quedarse atrás en este proceso de modernización legislativa que responde a las necesidades y realidades de su sociedad.

II. TEXTO DE LA REFORMA

Artículo 1. Modificación del artículo 495 del Código Civil

Modifíquese el artículo 495 del Código Civil, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

"Artículo 495.- Beneficiarios del Patrimonio Familiar

Son beneficiarios del patrimonio familiar:

1. *El constituyente, su cónyuge y los hijos que formen parte del hogar.*
2. *Los padres y abuelos del constituyente, cuando se encuentren en situación de dependencia económica.*
3. *Los hermanos del constituyente, menores de edad o incapaces.*
4. *El conviviente del constituyente, en una relación de hecho reconocida por el ordenamiento jurídico.*
5. *Los individuos que vivan solos (hogares unipersonales), cuando sean propietarios del bien afectado como patrimonio familiar.*
6. *Cualquier otra persona que dependa económicamente del constituyente y cuya protección se considere necesaria para garantizar una vivienda digna y estable.*

La constitución del patrimonio familiar a favor de cualquiera de los beneficiarios mencionados en este artículo, incluido el propio constituyente, deberá formalizarse mediante escritura pública e inscribirse en el Registro de Predios correspondiente.

Artículo 2. Cláusulas de protección

Establézcase que la protección patrimonial otorgada bajo el régimen de patrimonio familiar no dependerá del número de miembros del hogar o del tipo de vínculo familiar entre ellos, sino de la necesidad de protección patrimonial de cualquier ciudadano, asegurando así que todos los individuos puedan acceder a una vivienda segura y protegida contra embargos y ejecuciones forzosas, salvo en los casos legalmente previstos.

III. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Disposición Complementaria Primera: Directrices para los Registros Públicos:

La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) deberá adecuar sus sistemas y procedimientos para la inscripción de patrimonios familiares que incluyan a hogares unipersonales y otras formas de familia no tradicionales. Se deberá realizar una capacitación especial a registradores públicos para asegurar la correcta aplicación de la nueva normativa.

Disposición Complementaria Segunda: Capacitación de Notarios y Jueces:

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en coordinación con los Colegios de Notarios y la Academia de la Magistratura, organizará programas de capacitación para notarios y jueces sobre la aplicación de la nueva ley. Estos programas se centrarán en la interpretación inclusiva y no discriminatoria del artículo 495 del Código Civil reformado.

Disposición Complementaria Tercera: Mecanismos de Monitoreo y Evaluación

Establézcase un sistema de monitoreo a cargo de una comisión integrada por el Ministerio de Justicia, el Colegio de Notarios de Lima y organizaciones de la sociedad civil. La comisión realizará evaluaciones semestrales durante los primeros tres años, publicando informes con recomendaciones. Además, se creará un observatorio legal para recopilar datos sobre la inscripción de patrimonios familiares, con enfoque en hogares unipersonales y otras formas de familia no tradicionales.

CASOS DE PERFORACIÓN DE LOS LÍMITES MÍNIMOS PENALES POR DESPROPORCIÓN CON LA CULPABILIDAD Y CON LA LESIVIDAD

CASES OF BREACHING MINIMUM PENAL LIMITS DUE TO DISPROPORTIONALITY WITH CULPABILITY AND HARMFULNESS

Manuel Serrano
https://orcid.org/0000-0002-1515-2395
Instituto de Investigaciones en Ciencias Humanas y Sociales (IICHS-UNSL) - CONICET
mserrano@unsl.edu.ar
Argentina

https://doi.org/10.24265/voxjuris.2025.v43n2.05

Recibido: 2 de mayo del 2024 Aceptado: 14 de octubre del 2024.

SUMARIO

- Introducción
- La desproporcionalidad entre el mínimo penal y la culpabilidad del agente
- La desproporcionalidad entre el mínimo penal y la lesividad de la conducta del agente
- Valor normativo de los principios en la perforación de los mínimos penales
- Conclusiones
- Referencias bibliográficas

RESUMEN

Una de las estrategias legislativas más extendidas en el ámbito penal es la de establecer límites mínimos y límites máximos para cada delito. De esta manera, al momento de determinar la pena para el caso en concreto, los jueces utilizan estos límites como guías de menor o mayor reproche por la conducta cometida. Entre los elementos en los que se apoyan los jueces para esta determinación se encuentran la culpabilidad del agente al momento de cometer el hecho y la lesividad de su conducta delictiva. Sin embargo, existen ciertos casos en los cuales la pena mínima se muestra desproporcionada con el reproche que merece el agente. En particular, en este trabajo abordaré estas situaciones a fin de reconstruir algunas discusiones existentes en la filosofía jurídica y política.

PALABRAS CLAVE

compasión, culpabilidad, lesividad, límites mínimos, proporcionalidad.

ABSTRACT

One of the most widespread legislative strategies in the criminal field involves establishing minimum and maximum limits for each offense. In this way, when determining the sentence for a specific case, judges use these limits as guides for the level of censure to be applied to the committed conduct. Among the elements judges rely upon for this determination are the culpability of the agent at the time of committing the act and the harmfulness of their criminal behavior. However, there are certain cases in which the minimum penalty appears disproportionate to the censure deserved by the agent. In particular, this paper will address these situations to reconstruct some existing legal and political philosophy discussions.

KEYSWORDS

culpability, harmfulness, mercy, minimum punishment, proportionality.

INTRODUCCIÓN

En la doctrina penal existe un acuerdo compartido en que la determinación de la pena para los casos concretos depende, principalmente, de dos elementos:[1] la culpabilidad del agente al momento de cometer el hecho y la lesividad de su conducta delictiva. Esto, a su vez, se relaciona con las reglas penales que establecen límites máximos y mínimos de punición.

En nuestros sistemas jurídicos liberales, este límite máximo se presenta como una barrera infranqueable que los jueces no pueden superar. Sin embargo, otra cuestión sucede con los límites mínimos. Existen diversos casos en los cuales los jueces se enfrentan con situaciones que convierten

1 Esto no significa circunscribir la determinación de la pena a estos dos únicos elementos. Por el contrario, con esta afirmación únicamente pretendo destacar que la culpabilidad y la lesividad suelen ser aspectos que los jueces toman en cuenta para condenar a un sujeto. Cada ordenamiento jurídico puede modificar estos aspectos y brindarle mayor importancia a otros elementos, como la necesidad de resocialización. Agradezco al evaluador anónimo por los comentarios en este sentido.

la pena establecida por la legislación en injusta para el caso particular. En particular, en el presente trabajo me interesan dos fenómenos que se observan en la práctica jurídica: la desproporción entre la pena mínima y la culpabilidad del agente, y la desproporción entre la lesión al bien jurídico y el monto mínimo de la pena. El primer fenómeno se refiere a aquellos casos en los cuales si bien no hay una culpabilidad disminuida, la culpabilidad del agente no es proporcional a la pena mínima. En otras palabras, el agente no tiene disminuidos sus frenos inhibitorios para actuar ni se encuentra sufriendo una emoción violenta; sin embargo, su ámbito de autodeterminación se encuentra obstaculizado por ciertas experiencias en su vida o el contexto en el que vive o vivió, lo que facilita la comisión del crimen. La segunda situación, por su parte, se refiere a aquellos casos en los cuales sin que se esté frente a una lesión insignificante, la misma es mucho menor que el monto de la pena mínima establecida en la legislación penal. Estamos ante situaciones que escapan a las previsiones establecidas en la legislación penal, de aquí que el foco del análisis se centre en la justificación judicial de la determinación de la pena para estos casos particulares.

Mi objetivo aquí será proponer algunos elementos que permitan distinguir los casos justificados de perforación de mínimos por desproporción con la culpabilidad y la lesividad. Para ello, abordaré estas dos situaciones a fin de reconstruir algunas discusiones existentes en la filosofía jurídica y política. En particular, para ilustrar las discusiones y las conclusiones, me apoyaré en la jurisprudencia argentina. Con esto, defenderé que la decisión judicial de perforar los mínimos se debe sustentar en ciertos principios jurídicos que son obligatorios para los jueces.

LA DESPROPORCIONALIDAD ENTRE EL MÍNIMO PENAL Y LA CULPABILIDAD DEL AGENTE

La culpabilidad constituye uno de los elementos que permiten determinar la pena para el caso concreto. Esta afirmación es ampliamente compartida tanto por la doctrina jurídica, la jurisprudencia y los teóricos del castigo. Como afirma Patricia Ziffer (2013, p. 61), la culpabilidad es el reproche social al autor que no ha realizado aquello que se le exigía como ciudadano responsable en esa situación. Se recrimina el fracaso del autor frente a ciertas exigencias de comportamiento.

En particular, me interesa abordar aquellos casos en los cuales la culpabilidad del sujeto es desproporcionada en relación con la pena mínima establecida por la ley penal. Esto ocurre cuando existen circunstancias que limitan considerablemente el ámbito de autodeterminación del sujeto, sin que por ello la conducta deje ser culpable y, por lo tanto, punible. En otras palabras, estamos frente a situaciones en las cuales el sujeto que comete un delito se encontraba inmerso en un contexto que limitaba su libertad de acción –como la pobreza-, sin suprimirla totalmente. Específicamente, no se incluyen en este análisis los casos relacionados con la culpabilidad disminuida, la emoción violenta y la imputabilidad disminuida, es decir, aquellos relacionados con el estado mental del agente.

La compasión y su relación con la culpabilidad

Los casos que escapan a las previsiones establecidas en la legislación penal no son novedosos en la literatura especializada. Menos aún aquellos que, sin dejar de ser reconocidos como delitos –por estar presentes todos sus elementos característicos- entran en conflicto con las penas mínimas establecidas en la legislación. En particular, en la filosofía del castigo suele ser abordada como un ejemplo paradigmático de la compasión judicial. Esta puede ser caracterizada como una emoción que, frente al sufrimiento de otro (que no es del todo culpable de su situación), busca mitigar o no empeorar su situación porque el agente compasivo reconoce que puede ser vulnerable de manera similar (Serrano 2021, p. 329). En efecto, el problema radica en si es legítimo ser compasivo con algunos casos particulares o si esta compasión implica una violación a la igualdad en tanto implicaría otorgar privilegios a algunos agentes[2]. En este punto, sin desconocer la prolífica discusión que existe en el ámbito filosófico, es posible reconstruir el debate existente entre dos filósofos: Claudia Card y John Tasioulas, toda vez que permite ilustrar claramente los problemas que se hacen presentes al momento de pensar en la justificación de la perforación de las penas mínimas para los casos particulares[3].

Claudia Card (2002, p. 190) comienza afirmando que la compasión es la mitigación de la pena que

2 De ninguna manera pretendo afirmar que este sea el único problema aquí. Por el contrario, la compasión en el castigo presenta múltiples aristas, tales como sus condiciones de aplicación, su vínculo con las víctimas, si es razonable o no su aplicación, si corresponde a una emoción de los jueces o forma parte del derecho, etc.

3 Este debate no se ha dado de manera explícita en conferencias o intercambios académicos, sino que obedece a las posturas contradictorias de ambos académicos. Apelo al término "debate" a fin de proponer un diálogo entre ideas que me permita evaluar cuáles son los elementos que permiten justificar la perforación de mínimos por desproporción de culpabilidad.

se tiene la autoridad o el poder de infligir a otro. La compasión para reducir o cancelar el castigo es una manifestación del perdón, aunque no todos los demás elementos del perdón estén presentes, más aún, puede haber compasión sin perdón. Es por ello que quien ha cometido un mal ve a la compasión como algo deseable. Sin embargo, esto puede constituirse en una especie de sacrificio para las víctimas en tanto existen daños tan profundos que dificulten la posibilidad de sentir esta emoción (Tirrell 2018, pp. 128-129). Citando a Peter Twambley (1976), Card afirma que la compasión en el ámbito penal es controvertida porque presenta el desafío de establecer una base que permita justificar cuáles son los casos pasibles de ser beneficiados con la compasión y cuáles no, de tal forma que se elimine la arbitrariedad de la decisión.

La base que permite justificar la compasión se encuentra –para Card– en lo que el agente ha sufrido, no por lo que ha hecho. Más precisamente, en las desgracias que ha vivido quien comete un delito. Estas desgracias deben ser inmerecidas y, además, extraordinariamente graves. En otras palabras, lo determinante radica en el sufrimiento del agente, aunque no se vincule con el delito por el cual se lo acusa. Sin embargo, este sufrimiento del agente que delinque se debe sopesar con el sufrimiento de las víctimas de su delito (Card 2002, p. 192). De aquí que en ciertos delitos atroces, como los genocidios, sea difícil pensar que el genocida haya sufrido más que las víctimas o el colectivo atacado[4].

Por su parte, Tasioulas (2003, pp. 101-115) también reconoce que la compasión debe encontrarse justificada para no caer en privilegios que violenten la igualdad ante la ley. Sin embargo, luego de reconstruir una serie de desacuerdos sobre este punto, afirma que en ellos se plantea una simplificación: se parte de la idea de que la justicia y la compasión son dos valores irreductibles, diferentes y, por lo tanto, propensos al conflicto. Apoyándose en la concepción comunicativa formal del castigo[5], defiende que la compasión escapa de la noción de injusticia, al menos en los casos en que la pena establecida, para ser justa, requiera disminuirse. En concreto, para Tasioulas la compasión se vincula con la equidad, pero esta vinculación no se encuentra en los presupuestos fácticos del delito, la benevolencia judicial o el principio de legalidad, sino en el carácter del sujeto juzgado y ciertas vicisitudes de su vida, siempre que adquieran relevancia en la perspectiva comunicativa del castigo[6].

Como se observa, Tasioulas (2003, pp. 115–117) entiende que la determinación de la pena no se debe limitar a observar el delito, dejando de lado al sujeto. Por el contrario, aspectos como la gravedad del hecho deben entrar en consideración junto con el carácter e historia de vida del delincuente, en tanto que permiten reconocer la posibilidad que tuvo para adecuar su conducta a las previsiones normativas. Los ejemplos en los cuales se apoya están dirigidos a situaciones de violencia y privaciones que afectan la formación de un agente moral autónomo, y aquellos obstáculos que le impiden al agente actuar conforme a la ley. Aquí, la compasión no implica negar o disminuir la responsabilidad penal. No se trata de una pérdida de responsabilidad o un error; no hay justificación o excusa que permita afirmar que el agente no es culpable del delito reprochado. Más bien, existen razones que indican que merece una pena menor a la establecida en la ley penal.

Esta discusión entre Card y Tasioulas permite reconocer algunos puntos de acercamiento. En primer lugar, ambos autores parten de una caracterización similar de la compasión, en cuanto emoción que permite disminuir el castigo y que debe estar justificada para no violentar el principio de igualdad. Además, los dos teóricos se enfocan en la compasión que merece quien es responsable de la comisión de un delito. A su vez, el punto nodal de la compasión se encuentra en vicisitudes de la vida, en circunstancias pasadas que impactan negativamente en la vida del agente. Sin embargo, mientras Card limita la compasión a lo que el agente ha sufrido, no lo que ha hecho; Tasioulas vincula este sufrimiento con la equidad en la perspectiva comunicativa del castigo. Para este autor, no es solo el sufrimiento pasado lo que interesa, sino cómo ese sufrimiento impacta en la pena a aplicar en el caso concreto.

4 Posteriormente, en *Confronting Evils. Terrorism, torture, genocide*, Card va a afirmar que tampoco es posible utilizar la compasión como una causa de justificación para la tortura, como tampoco que estos sujetos sean pasibles de compasión (Card 2010).

5 La concepción comunicativa formal del castigo entiende que el castigo penal debe comunicar al ofensor la censura que merece por su crimen. Con la pena se busca persuadirlo para que se arrepienta de su accionar delictivo, que trate de reformar su carácter y que se reconcilie con la víctima. Esto constituye el piso mínimo sobre el cual se asienta la concepción normativa del castigo, toda vez que es posible que en determinadas situaciones se castigue a alguien apelando –además de comunicar la reprobación– a fines preventivos o de compasión (Tasioulas 2006; y Serrano 2023, p. 119).

6 Es interesante observar que para Tasioulas la compasión es una especie de "obligación imperfecta" en tanto que si bien los jueces pueden tener la obligación de ser compasivos, de esto no se sigue que los criminales tengan derecho a un trato compasivo (Tasioulas y Tasioulas 2013; y Tasioulas 2015).

Es cierto que la compasión lejos se encuentra de ser el fundamento normativo de la perforación de penas mínimas, toda vez que los jueces deben apelar a normas o principios jurídicos para justificar sus decisiones[7]. Sin embargo, la discusión entre estos teóricos anglosajones brinda luz para pensar qué características debe tener un caso para aplicar una pena por debajo del límite mínimo. En efecto, los acuerdos que presentan ambos filósofos del castigo son plenamente reconocidos en los casos en que se perforan las penas mínimas: estamos frente a agentes responsables de la comisión de un delito cuya culpabilidad –entendiéndola como el nivel de autodeterminación para adecuar su comportamiento a la exigencia normativa– se ve afectada por circunstancias que impactan en el agente, como ciertas vicisitudes en su vida.

Estas circunstancias ingresan al razonamiento judicial porque afectan la proporcionalidad que existe entre la pena establecida en el marco penal y el nivel de culpabilidad del agente. El principio de proporcionalidad ocupa un lugar fundamental en toda teoría normativa del castigo porque tiene un contenido altamente intuitivo que se observa en las reacciones negativas de las personas ante una condena excesiva o insuficiente. Esto es así porque funciona como un principio categórico de justicia en cuanto requisito para que el castigo sea justo (Duff 2001, p. 140 y Serrano 2022, p. 870).

Aunque haya una aceptación general de la importancia de este principio, esto no significa que haya un acuerdo sobre cuál es el contenido de este principio. En particular, en este trabajo me voy a apoyar en que la proporcionalidad no busca que los jueces impongan *el* castigo proporcional; sino que identifica el *rango* de castigos posibles que serían satisfactorios. En otras palabras, el respeto de este principio no exige que los delitos similares tenga una pena idéntica, sino que es suficiente con que sean razonablemente similares. Dado que no es posible determinar todas las penas de todos los delitos de manera estricta, tampoco es posible especificar todas las circunstancias que admiten una disminución de la pena (Duff 2001, pp. 139–140). Por esto es que, precisamente, existen marcos penales y no una única pena para cada delito. Dentro de estos marcos penales, es posible que algunos casos admitan penas diferentes aunque constituyan el mismo delito (Serrano 2022, p. 870).

Ejemplos jurisprudenciales

Teniendo presente esta delimitación, un claro ejemplo de perforación de los mínimos basada en la desproporcionalidad con el nivel de culpabilidad es la causa "Caballero Flores y otras", en la cual se juzgó la comisión del delito de transporte de estupefacientes agravado por el número de personas. Durante el juicio se comprobó que dos de las acusadas actuaron bajo la modalidad de "mulas" para trasladar clorhidrato de cocaína desde Bolivia hacia la ciudad de Mendoza, Argentina. Esta tarea sería abonada con seiscientos dólares estadounidenses a cada una. La tarea de la tercera acusada era vigilar que las dos primeras realizaran el transporte. Ya en territorio argentino fueron detenidas en un control policial y llevadas a un hospital donde se constató que las mismas transportaban estupefacientes.

Los jueces concluyeron que las tres mujeres habían cometido el delito que se les atribuía y eran responsables penalmente por ello; sin embargo, para determinar la pena que les correspondía, debían tenerse en cuenta algunas circunstancias particulares. En palabras de los jueces:

> […] teniendo en cuenta que si bien se encuentra plenamente acreditado la comisión del ilícito que se le acusa a las encartadas y su participación penalmente responsable – transporte de estupefacientes, agravado por el número de personas – que importa el peligro abstracto o potencial del bien jurídico tutelado: la salud pública. Este cuerpo colegiado estima que a los fines de determinar la sanción penal que corresponde a las imputadas Placida Caballero Flores y Angélica Durán Martínez, se debe tener presente, las particulares circunstancias que emanan de las constancias obrantes en autos y situaciones personales de las encartadas y el móvil que las llevo a participar en la comisión del ilícito que se le adjudica – estado de vulnerabilidad -, ello en aras de imponer la medida justa de la sanción punitiva, so pena de evitar sanciones excesivas e irracionales en base a los principios de proporcionalidad, racionalidad, culpabilidad y humanidad que vedan la posibilidad de imponer pena crueles e inhumanas[8].

En efecto, las historias de vida de estas acusadas ilustran claramente las vicisitudes a las que se refieren Card y Tasioulas. En su declaración,

7 Una postura diferente es la de Guillermo Lariguet y Luciana Samamé (2017), quienes defienden la existencia de un principio de compasión que sirve de justificación para los casos de pena natural. Por otro lado, Lawrence Solum (2003) propone pensar la compasión como una virtud judicial para lograr sentencias justas.

8 Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca "Caballero Flores, Placida; Duran Martínez Angelica y Guzmán Contreras Juana S/ Infracción a la Ley 23.737", 30 de noviembre de 2015, p. 39.

una de las acusadas explicó que aceptó cometer el delito por necesidad, ya que su padre debía afrontar una cirugía que no podían pagar, dado que su único ingreso provenía del trabajo de ella en un taller de costura donde ganaba seiscientos pesos bolivianos al mes. A esto se sumaba que no había podido estudiar y se encontraba ejerciendo su responsabilidad parental en soledad. Durante la tramitación del juicio, su hija quedó a cargo de su hermana. La otra acusada, por su parte, declaró que cometió el delito por debilidad, para poder mantener a sus cinco hijos (dos de los cuales eran personas con discapacidad) y su hermano (que también era una persona con discapacidad) cuyo cuidado afrontaba en soledad. Ella se desempeñaba como ama de casa y vendía comidas y refrescos para subsistir. No había podido finalizar su formación escolar. A su vez, es necesario destacar que ambas acusadas efectuaron una confesión espontánea, reconociendo que cometieron una conducta delictiva.

El contexto en el que se desenvuelve la vida de estas mujeres lejos se encuentra de ser propenso para lograr sujetos autónomos, tan es así que ambas reconocieron haber delinquido por necesidad. Más aún, las situaciones personales de cada una dan cuenta de vivir en situaciones de pobreza ya que sus ingresos mensuales eran menos de la mitad del salario mínimo en Bolivia[9], ello sumado a su rol de madres que maternan en soledad, responsables de familias numerosas y con problemas de salud (una con hijos con discapacidad y otra con un padre que debía enfrentar una cirugía). Estas circunstancias permiten reconocer que existen ciertos obstáculos que dificultaban a las acusadas elegir un camino diferente. La medición del nivel de culpabilidad depende de la dificultad que tuvo el agente para adecuar su conducta a la norma. En este caso, es fácil observar que el contexto de necesidad en que se encontraban las acusadas, sumado a la recompensa monetaria prometida –que excedía con crecer sus ingresos mensuales– parece determinante para la comisión del delito. Tan es así que una de ellas declaró durante el juicio que si hubiera tenido un trabajo fijo, no hubiera aceptado cometer el ilícito[10].

Otra cuestión a tener en cuenta se relaciona con las conductas en sí que tuvieron que desplegar las acusadas para cometer el delito. Viajaron desde Bolivia hacia Argentina por diferentes medios de transporte con el temor constante de que descubrieran su delito. Además, todo ese recorrido lo hicieron transportando en su interior ciento sesenta y nueve cápsulas que, en total, contenían más de dos kilos de clorhidrato de cocaína, con todo el peligro y malestar que conlleva. Más aún, durante el juicio las acusadas contaron que, al momento de injerir las capsulas, comenzaron a vomitar y la respuesta de sus "jefes" fue darles antieméticos para poder continuar.

Con todas estas circunstancias, el tribunal entendió que,

> […] en este caso en particular esta magistratura considera que al haberse valorado la confesión espontánea de la comisión del ilícito que realizaron, también corresponde proveer y valorar las circunstancias que las rodeaban en aquel momento, que sin duda alguna las determinaron a delinquir, y que al mismo tiempo, pese a haberse comprobado la comisión de un grave delito, razones elementales de justicia también nos lleva a considerarlas en parte como víctimas del perverso sistema y fenómeno delictual del narcotráfico ya que resultan ser el último eslabón de la cadena del tráfico, que según la experiencia - y que a nadie escapa y pueden pretender ignorar – el estado de vulnerabilidad que se vislumbra en las procesadas, resultan ser aprovechados por los verdaderos responsables de este tipo de crímenes organizados para extender y facilitar la concreción del tráfico ilícito de estupefacientes y que casi siempre permanecen impunes percibiendo importantes beneficios económicos a costa de las condenadas que utilizan como "mulas o camellos", aprovechándose de su desinformación, de su situación familiar, socio-económica, y de que ponen en peligro su propia salud y vida personal, propendiendo en definitiva tal estado de vulnerabilidad que se observa en las acusadas de referencia, a una reducción del reproche por el injusto penal cometido[11].

Teniendo presente estas circunstancias y el marco punitivo existente para este delito (seis a veinte años de prisión), los jueces fueron enfáticos en afirmar que el límite mínimo existente era excesivo en relación al nivel de culpabilidad de las dos acusadas que actuaron bajo la modalidad de "mulas", toda vez que la vulnerabilidad social en que se encontraban ambas mujeres expresaba una clara desproporción con dicha pena. Por ello, la

9 Según Decreto Supremo Nº 1988, 2 de mayo de 2014 el salario mínimo en Bolivia en el año 2014 (fecha en que es cometido el hecho) era de mil cuatrocientos cuarenta pesos bolivianos.

10 Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca "Sra. a y Otras S/ Infracción a la Ley 23.737", 30 de noviembre de 2015, p. 15.

11 Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca "Sra. a y Otras S/ Infracción a la Ley 23.737", 30 de noviembre de 2015, pp. 38 – 39.

conclusión de los jueces fue la de condenar a las acusadas a cuatro años de prisión.

Este caso, además de dar cuenta de los acuerdos existentes entre Card y Tasioulas para caracterizar la compasión en el castigo penal, permite darle la razón a este último con respecto a las circunstancias que lo habilitan. Los hechos que impactan decisivamente en la decisión del tribunal no son ajenos a la comisión del delito. Por el contrario, están íntimamente vinculados con él a tal punto de que si las acusadas no hubieran tenido dichas necesidades económicas, no hubieran cometido el delito. Además, estas vicisitudes de la vida y del carácter de las acusadas adquieren relevancia desde la perspectiva comunicativa del castigo. En primer lugar, ambas mujeres reconocen que actuaron incorrectamente y se arrepienten por ello, situación que impacta en el nivel de reproche merecido[12]. En segundo lugar, la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las acusadas impacta negativamente en su posibilidad de autodeterminación y, por lo tanto, en su nivel de libertad para verse influenciadas por la norma. Estas dos cuestiones son las que habilitan una disminución de la pena[13]. Además, la sentencia establece que las acusadas son responsables de la comisión del delito, a tal punto que son condenadas a cuatro años de prisión. Las circunstancias que impactan negativamente en la culpabilidad no implican una eliminación del reproche o un perdón por el delito, sino un reproche menor.

Es importante remarcar que las vicisitudes se deben vincular indefectiblemente con el delito. Si un sujeto ha sufrido la muerte de su pareja y, al pasar el tiempo decide asesinar a una persona por motivos religiosos sin que tenga relación con este sufrimiento previo, la viudez no impactaría en el reproche penal. A lo sumo se podría pensar como un dato anecdótico, al menos que se pueda probar que el fallecimiento de su pareja violentó sus frenos inhibitorios para matar. Harina de otro costal es ver cómo este hecho ingresa en la evaluación de la pena: puede significar una disminución mínima, significativa o no tener importancia alguna, tal como se verá más adelante.

Estos dos elementos adquieren importancia en este apartado toda vez que en la doctrina penal el reproche se encuentra íntimamente vinculado con la culpabilidad. Como afirma Zaffaroni (1999):

> Lo que se le reprocha al autor es que haya realizado un injusto cuando podía exigírsele que no lo realizara … En la posibilidad exigible que el autor tuvo de actuar conforme a derecho es, en lo que finca el reproche, porque es lo que evidencia la disposición interna que el autor tuvo para el hecho" (p. 27).

Teniendo en cuenta el arrepentimiento inmediato de ambas mujeres y las circunstancias personales que las motivaron a delinquir, se evidencia una menor reprochabilidad que impacta en una pena menor.

Por otro lado, en este caso también se puede hablar de la equidad en tanto corrección de la justicia legal para abarcar a aquellos casos excepcionales (caracterizados por estar atravesados por circunstancias que dificultan la adecuación al tipo penal y su reproche) (Aristóteles 2015, pp. 120-121). Los jueces reconocen que se ha cometido un delito que merece ser castigado, pero el castigo establecido es desproporcionado en atención a las particularidades del caso. No reniegan de la ley, sino de la pena para el caso particular, de aquí que su solución sea la perforación de la pena mínima.

Ahora bien, debe quedar claro que la perforación de los mínimos por desproporción de la culpabilidad obedece a un nivel de culpabilidad menor al mínimo establecido en el tipo penal. Esta menor culpabilidad no necesariamente se debe encontrar en un contexto de pobreza o necesidades materiales. Lo determinante aquí es que el autor, sin estar constreñido en la posibilidad de elegir un curso de acción compatible con la exigencia normativa, sí se enfrenta con algunos obstáculos que dificultan considerablemente su voluntad para actuar. Estos obstáculos constituyen vicisitudes en la vida del agente y ciertas características de su carácter que impactan en la comisión del delito por el cual se lo juzga.

Teniendo presente estos elementos habilitantes de la perforación de los mínimos por desproporción

12 Soy consciente que el rol del arrepentimiento en la determinación del castigo no es un aspecto exento de problemas. Para una profundización del mismo ver Serrano 2023.

13 Un punto adicional a tener en cuenta es el concepto de peligrosidad propuesto por Zaffaroni (1988, p. 326), caracterizado como "la calidad que presenta todo autor de delito, demostrada por las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del mismo y valorada en el momento de imponer la pena, que expresa el mayor o menor grado de probabilidad de que cometa otro delito que guarde cierta relación de especificidad con el cometido". En este punto, el arrepentimiento de las acusadas puede ser pensado como un indicio que permite concluir que no volverán a cometer otro delito similar. Sin embargo, poder afirmar esto requiere de un análisis mucho más profundo que excede con creces al presente trabajo.

de la culpabilidad, inmediatamente surge la pregunta por cómo se relacionan con la víctima. Más precisamente, cuál es el rol de la víctima en la determinación de la pena. El principio de proporcionalidad adquiere relevancia al entender que el castigo penal debe ser proporcional al reproche o la culpabilidad, los cuales abarcan tanto al acusado como a la víctima. Algunos delitos, como el homicidio o la agresión, se definen, al menos en parte, por su impacto real en otras personas, independientemente de cómo lo perciba el autor (Gardner 2007, pp. 245-250). Este impacto en las víctimas se relaciona con la gravedad de la conducta delictiva. De hecho, la reprochabilidad no solo se basa en la culpabilidad del individuo, sino también en la lesividad de su conducta y en cómo afectó a la víctima.

El caso "Guffanti" es un claro ejemplo de este problema. En un primer momento nos encontramos con el juicio que condena al acusado a una pena de cinco de años de prisión por el delito de homicidio simple (que tiene una pena mínima de ocho años de prisión). La decisión de los jueces para establecer esta condena estuvo marcada por el contexto particular en que se produce el delito y las vicisitudes de la vida del acusado. El delito fue cometido en un basural, donde tanto la víctima como el acusado trabajaban clasificando y vendiendo basura. La paga por kilo de plástico era ínfima, por lo que debían juntar cerca de quinientos kilos para obtener una suma de dinero mínima para una subsistencia muy precaria. En este basural trabajaban niños de siete años en adelante y el lugar estaba marcado por la violencia y la presencia generalizada de armas, alcohol y estupefacientes. Con respecto al acusado, se trataba de un joven que presentaba serios problemas de adicciones a tal punto que en el momento del hecho delictivo había consumido vino con clonazepam y aspirado combustible.

Frente a esta situación, los jueces entendieron que estaban frente a un caso de desproporción de la culpabilidad y, por lo tanto, la pena mínima de ocho años de prisión resultaba inconstitucional para el caso específico. De aquí que decidieron perforarla y condenarlo a la pena de cinco años de prisión efectiva. Pero el problema de esta solución se encontraba en que, precisamente, los jueces reconocieron que el daño que había causado Guffanti era sumamente significativo: se había asesinado a una persona inocente, un joven en las mismas condiciones que él. Tan es así que los mismos jueces reconocieron:

> No debemos perder el norte porque pese a lo dicho, Guffanti aun con su conciencia disminuida, sesgó la vida de Martín Fichera, un joven de apenas 19 años de edad, con toda una vida por delante, con una familia que lo quería y amaba, era un joven solidario, sano que no anda[b]a en nada raro, era una persona pacífica y querido por todos los que lo conocían … y a su madre se la ha visto durante el juicio clamando justicia también[14].

Esta circunstancia no fue pasada por alto por el tribunal superior en jerarquía que, a partir de una apelación por parte del órgano acusador, decidió revocar la sentencia y proponer la pena mínima de ocho años de prisión para el acusado[15].

Tensión con el derecho penal liberal

Ahora bien, puede surgir un problema al evaluar la corrección de la perforación por desproporción con la culpabilidad del agente: la existencia de ciertas vicisitudes en la vida y el carácter del acusado que han obstaculizado su adecuación a la norma es un elemento altamente dependiente de la historia de vida. De esta manera, parecería que se pone el foco argumentativo en el sujeto y no en el delito, lo que puede generar una tensión con el derecho penal liberal. Sin embargo, la solución de este problema se encuentra en la vinculación que genera Tasioulas entre estas vicisitudes y el delito. En efecto, las circunstancias personales del acusado solo entran en consideración cuando se vinculan con la comisión del delito. Más aun, es una constante en los códigos penales determinar ciertos parámetros o elementos que los jueces deben tener en cuenta al momento de determinar la pena. En este punto, con diferentes términos, se suele apelar al reconocimiento de las circunstancias personales del autor del delito como así también a las circunstancias fácticas del hecho en sí. De esta manera, "la pena debe adecuarse a la personalidad del autor, pero sólo en la medida en que continúe reflejando la gravedad del ilícito concreto" (Ziffer 2013, p. 116).

Por otro lado, estas circunstancias son constitutivas de la culpabilidad del agente por lo cual, para tener relevancia en el análisis que efectúa el juez, deben tener relación con el nivel de autodeterminación del sujeto al momento de cometer el delito. De lo contrario, estas historias de vida tendrían una función meramente anecdótica y, como tales, sí ingresarían en la prohibición del derecho penal de autor.

14 Tribunal en lo Criminal Nº 1 de Mar del Plata "Guffanti, Marcelo Daniel s/ Homicidio", 30 de septiembre de 2013, p. 27.

15 Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires - Sala IV "Guffanti, Marcelo Daniel s/ Recurso de Casación interpuesto por Fiscal General", 9 de septiembre de 2014.

Además, las circunstancias personales del acusado son relevantes en la evaluación, ya que constituyen su culpabilidad y son, por lo tanto, uno de los elementos fundamentales para determinar la pena. De esta manera, lejos de tensionarse la noción de derecho penal de acto, se respeta la autonomía de los sujetos, en cuanto se reconoce las diferentes realidades y posibilidades de adecuarse a la norma. En los casos aquí analizados, la falta de adecuación se debe a circunstancias de su vida que les llevan a cometer el delito por el cual se los juzga.

Elementos de la desproporción de la culpabilidad con la pena mínima

En concreto, la perforación de la pena mínima por la desproporción con la culpabilidad del agente requiere de un responsable por la comisión de un delito. Sin embargo, el nivel de culpabilidad de este agente no se condice con el límite mínimo establecido en la legislación penal, ya que existen ciertas vicisitudes en su vida y en su carácter que han funcionado como obstáculos que dificultaron su adecuación a la norma. Estos obstáculos no obedecen a una causa psíquica (como una culpabilidad disminuida), sino a circunstancias diferentes que limitan considerablemente el ámbito de autodeterminación del sujeto. Las vicisitudes de la vida del agente que tienen importancia al momento de determinar la pena son aquellas que afectan considerablemente su ámbito de autodeterminación para cometer el delito por el cual se lo está juzgando. Los fundamentos normativos que habilita esta perforación son los principios de culpabilidad, de proporcionalidad y de prohibición de condenas crueles, inhumanas o degradantes. Por último, la pena, al ser proporcional al reproche del sujeto, debe contemplar su culpabilidad y la lesividad de su conducta.

LA DESPROPORCIONALIDAD ENTRE EL MÍNIMO PENAL Y LA LESIVIDAD DE LA CONDUCTA DEL AGENTE

Teniendo presente los elementos que permiten perforar el límite mínimo por desproporcionalidad con la culpabilidad del agente, corresponde ahora elucidar cuáles son las circunstancias que lo habilitan por desproporción de la lesividad de la conducta del agente. Si bien es posible realizar una distinción analítica de estos dos casos, en la realidad ambos se encuentran íntimamente vinculados, ya que la determinación de la pena depende de la conjunción de ambos elementos: la culpabilidad del agente y la lesividad de su conducta.

Al igual que en los casos de desproporcionalidad con la culpabilidad, aquí también estamos frente a un sujeto que ha cometido un delito y es responsable. Sin embargo, al momento de determinar la pena, el cálculo del reproche demuestra que la lesividad de su conducta es menor en relación al monto establecido en la pena mínima.

El principio de lesividad

Entre los presupuestos fundamentales del sistema penal moderno de corte liberal se encuentra el principio de lesividad que, entre otras cuestiones, establece que una conducta, para ser punible, debe lesionar derechos de terceros. Uno de los principales formuladores de este principio fue John Stuart Mill en *On liberty*. El objetivo de este ensayo era defender el principio de que la única razón legítima para usar la fuerza contra un miembro de una comunidad es impedirle perjudicar a otros. A su vez, el único motivo que autoriza a las personas, ya sea de forma individual o colectiva, a limitar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa (Mill 2015, pp. 12-13).

De esta manera, para tipificar una conducta como delito se debe probar que la misma ataca a algún bien jurídico particular que debe ser protegido mediante la amenaza penal[16]. Con respecto a la determinación de la pena existe un acuerdo generalizado en que la lesividad de la conducta ocupa un lugar preponderante. Además de evaluar la libertad del sujeto para adecuar su conducta a la norma, también se considera qué tan lesiva fue la conducta delictiva que cometió. A mayor lesividad, mayor reprochabilidad. Esto se observa claramente

16 Con esta afirmación no pretendo desconocer las prolíficas discusiones en torno al principio de lesividad o de daño. Tal como afirmaron Antony Duff y Sandra Marshall (2015), en principio, de la caracterización propuesta por Mill es posible reconocer dos formulaciones: a) tenemos buenas razones para criminalizar cierto tipo de conductas si (y sólo si) esto es eficiente para prevenir el daño a terceros. b) Tenemos buenas razones para criminalizar cierto tipo de conductas si (y sólo sí) son lesivas para terceros. Asimismo, existen diferentes interpretaciones de este principio que conllevan a aplicaciones diferentes a la pensada por Mill, por ejemplo ver Vargas 2018.
Por otro lado, Santiago Truccone Borgogno (2017) ha explicado detalladamente los diferentes problemas prácticos que se derivan del concepto de daño en el derecho. Teniendo en cuenta que esto abre un marco de discusión que excede por demás los límites de este trabajo, aquí me restringiré al problema de la lesividad en cuanto elemento que permite la determinación de la pena en sede judicial.

cuando comparamos el hurto de una golosina en un gran supermercado con el hurto de todo el dinero recaudado al final de la jornada en un pequeño local. Evidentemente, aunque los dos se tipifican de la misma manera, nos parece mucho más reprochable el segundo delito que el primero.

Otro acuerdo compartido entre los teóricos del castigo es que no toda conducta que cause un daño debe ser penalizada. Únicamente se deben castigar penalmente aquellas que impliquen una mayor lesividad efectiva a los derechos legítimos de terceros. Según Duff (2001, pp. 59-64), los delitos se caracterizan por ser conductas categóricamente incorrectas. Son consideradas incorrectas dentro de la comunidad y, por lo tanto, públicamente inaceptables para todos los ciudadanos, no solo para las víctimas. Sin embargo, para que adquieran el carácter de delito, deben causar o amenazar con provocar daño a terceros (Duff 2015, p. 125).

Desde una perspectiva consecuencialista, Carlos Nino (1980, pp. 314–315) entiende que la función de la pena es disuadir a las personas de cometer delitos. Sin embargo, el teórico argentino es claro al afirmar que su propuesta "no es que se castigue toda acción que cause el daño o peligro que el derecho está destinado a prevenir, sino que ninguna acción que esté prevista por la ley penal sea reprimida si no genera ese daño o peligro".

De esta manera, autores como Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002, p. 128) definen el principio de lesividad como aquel que impide "legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo".

Con esto, es posible hablar de una especie de consenso superpuesto entre diferentes teorías del castigo que acuerdan en torno al contenido del principio de lesividad[17].

Ejemplos jurisprudenciales

Existen diversos ejemplos jurisprudenciales en los cuales el agente es responsable por la comisión de un delito, pero la lesividad de su conducta se presenta desproporcionada con respecto a la pena mínima. Uno de los casos más ilustrativos lo constituye el caso "Ríos", en el cual se encontró que el acusado era responsable de la comisión del delito de comercialización de estupefacientes y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (delitos cuyas penas van de cuatro a quince años de prisión). Si bien el tribunal de juicio condenó al acusado a la pena mínima, un tribunal superior revocó esta pena y propuso una de tres años de prisión en suspenso. En particular, el acusado tenía en su poder aproximadamente siete gramos y medio de *cannabis sativa* distribuidos en diferentes envoltorios para su comercialización.

Entre las circunstancias que los jueces destacaron para disminuir la condena se encontraban las siguientes:

> En efecto, en lo atinente a los datos objetivos, como ser la gravedad del ilícito y el daño causado al bien jurídico tutelado, cabe resaltar por un lado que, en el caso, el imputado no pertenece una organización dedicada al tráfico de narcóticos con amplia capacidad operativa, técnica y/o económica. Por el contrario, se trata de un individuo que operaba en forma solitaria que vendía droga al menudeo, en su domicilio y en pequeñas cantidades; además ese estupefaciente era marihuana y no otros de mayor poder adictivo y lesivo para la salud; la cantidad de droga secuestrada no sólo es extremadamente escasa (7,5 gramos de marihuana) sino que, su concentración de THC no superaba el 3%. En consecuencia, entiendo que la magnitud del ilícito no afectó de manera considerable el bien jurídico tutelado que, vale recordar, es la salud pública en general (delitos de peligro) y no la integridad corporal individual[18].

Lo determinante para tomar esta decisión fue que el acusado no solo tenía una cantidad ínfima de *cannabis sativa* para comercializar, sino que, además, la concentración de tetrahidrocannabinol (THC), el principal elemento psicoactivo, no superaba el 3%[19].

Otro caso similar es "Sartori y otros", en el cual se juzgó la comisión del delito de abigeato agravado por la cantidad de ganado y de personas. A los acusados se les juzgaba por haber sustraído siete porcinos. Al momento de los alegatos, tanto los abogados defensores

17 La idea de consenso superpuesto (*overlapping consensus*) propuesta por Rawls (2005) entraña consideraciones de teoría política que permiten comprender cómo diferentes personas aceptan la idea de justicia como imparcialidad (Seleme 2003).
De esta manera, es posible realizar un paralelismo que abarque ciertos acuerdos entre diferentes concepciones del principio de lesividad.

18 Fiscalía General N° 4 - Cámara Nacional de Casación Penal – Sala II "Dictamen N° 7285 en 'Ríos, Mauricio David s/ recurso de casación'".

19 Generalmente, el promedio de THC de cannabis sativa para consumo se encuentra entre el 14% y el 28%.

como el órgano acusador acordaron que el caso presentaba ciertas particularidades que habilitarían la perforación de la pena mínima. En primer lugar, porque las agravantes de esta norma estaban destinadas a bandas delictivas que contaran con división de tareas y cierta profesionalización en su funcionamiento. Esta situación no se daba en el presente caso, donde los sujetos actuaron torpemente iniciando el desposte a la vista de las personas que transitaban en sus vehículos y sin orquestar un plan para asegurarse el botín. En segundo lugar, la detención se produjo rápidamente, lo cual permitió recuperar los animales mientras se encontraban aptos para consumo humano; además, los acusados no causaron daños como romper tranqueras o candados[20].

Al igual que en los casos anteriores, aquí no cabía duda de que se había cometido un delito. El conflicto se presentaba al momento de determinar la pena que debía imponerse a cada uno de los acusados. Por un lado, la legislación penal argentina establecía un marco punitivo de cuatro a diez años de prisión; pero, por otro lado, tanto el órgano acusador como los abogados defensores solicitaron una condena de tres años de prisión, efectiva por el primero, en suspenso por los segundos. El juez, reconociendo el conflicto que se le presentaba, decidió:

> Tres años es un monto punitivo bisagra que guarda una significación particular en toda la sistemática del Código, pues habilita tanto la imposición de una pena en suspenso, como la obtención de la libertad condicional con ocho meses en caso de cumplimiento efectivo. Es además la pena mínima prevista por el art.167 ter, segundo párrafo, C.P., que tipifica el primer supuesto agravado de abigeato. Pero no es tal supuesto, pues el legislador agravó la figura no solo por el número de cabezas y la utilización de un medio motorizado, sino por la pluralidad de intervinientes. Por lo tanto, respetando la sistemática de un legislador coherente no puedo equiparar ambas conductas, cosa que ocurriría de imponer una pena de tres años de prisión en suspenso, que no sería otra cosa que el mínimo del 167 ter, segundo supuesto.
>
> En consecuencia, la modalidad de prisión efectiva es la que más se ajusta, a mi criterio, a una solución equitativa del caso, donde se tenga en cuenta la intención del legislador, que previó una sanción importante, la proporcionalidad de la pena con el hecho -de modo tal que no resulte una iniquidad manifiesta-, o un apartamiento írrito del principio de igualdad conforme a precedentes análogos[21].

Como se observa, en ambos casos los jueces se interesan por la intención o propósito de los tipos penales, en cuanto puente entre la idea de que estos tipos protegen ciertos bienes jurídicos y los casos cuyo problema radica en torno a los bienes jurídicos lesionados. A la vez, entra en juego la noción de principio jurídico, en cuanto puente entre la justificación política de que los casos similares deben ser decididos de manera semejante y aquellos casos difíciles en los que no está claro cómo debe funcionar dicha justificación (Dworkin 1978, p. 105). Esta idea da cuenta de la importancia del principio de lesividad al juzgar y, sobre todo, calcular la condena que le corresponde a quien ha cometido un delito.

En los casos analizados, los tribunales plantean que aunque las conductas se ajustan a un tipo penal específico, no son aquellas que se buscaba prevenir mediante la imposición de una pena. Los jueces afirman enfáticamente que se ha cometido un delito y que el acusado es responsable de su comisión; sin embargo, consideran que la pena establecida es desproporcionada en relación con la gravedad de su conducta. El marco penal para cada tipo delictivo se enfoca en conductas que lesionan un bien jurídico específico. Los casos abordados en este apartado, si bien son lesivos, no alcanzan el nivel de reproche necesario para imponer la pena mínima.

En sus argumentaciones, los jueces sostienen que el objetivo del tipo penal es castigar ciertas conductas lesivas a fin de proteger determinados bienes jurídicos y explican el porqué del monto punitivo; pero luego se concentran en demostrar que el caso que les toca decidir no ingresa en dichas consideraciones. Esto se ve claramente cuando, en el caso "Ríos", los jueces reconocen que el delito da cuenta de una escasa lesión al bien jurídico tutelado (la salud pública). En sus palabras:

> Si de proporción se trata entre la conducta que se reprocha y la respuesta penal correspondiente, se debe tener especialmente en consideración al momento de decidir, insisto en esto, que el Sr. Fiscal General, Dr. De Luca, destacó que el encartado Ríos no pertenece a una organización dedicada al tráfico de narcóticos con gran capacidad operativa, sino que comercializaba estupefacientes en forma solitaria y en pequeñas cantidades, que se trataba de

20 Juez Unipersonal de la segunda circunscripción judicial de La Pampa "Ministerio Público Fiscal c/Sartori, Sandro Alfredo; Jofré, Walter Darío; Juárez, Ángel Francisco; Juárez, Ángel Fabián (m) s/Abigeato Agravado", 8 de julio de 2015.

21 Juez Unipersonal de la segunda circunscripción judicial de La Pampa "Ministerio Público Fiscal c/Sartori, Sandro Alfredo; Jofré, Walter Darío; Juárez, Ángel Francisco; Juárez, Ángel Fabián (m) s/Abigeato Agravado", 8 de julio de 2015, pp. 25–26.

> marihuana y no de otra substancia de mayor poder adictivo y lesivo para la salud, y que la cantidad de droga secuestrada no sólo es extremadamente escasa, sino que su concentración de THC no superaba el 3%; por tales razones, consideró que la sanción a imponer, no debe superar los tres años de prisión[22].

Por otro lado, en la causa de abigeato, los jueces explican que este delito busca proteger un bien jurídico valioso –el ganado porcino– de conductas que implican el funcionamiento de bandas delictivas con división y profesionalización de tareas:

> Las graves penalidades por abigeato tuvieron en miras proteger bienes de valía para la economía de nuestro país, que por lo general se encuentran desprotegidos, desalentando la acción orquestada de bandas rurales, donde no solo existe un concierto de voluntades, sino una división de tareas específicas y la utilización de medios motorizados que permiten un rápido desapoderamiento. El catálogo de agravantes, que prevé la norma, tienen que ver con un mayor refinamiento en la comisión de tareas específicas –vg: falsificar marcas y señales, adulterar guías de transporte, conocer el rubro como criador, faenador, comercializador o transportista, cumplir funciones públicas relacionas a la actividad pecuaria-. En el caso, los acusados mostraron destreza en el faenamiento de ganado menor, pero resulta muy forzado suponer que el vehículo utilizado sea el transporte motorizado que pensó el legislador, o que la participación activa de más de tres sujetos pueda equipararse a una banda dedicada a atracos rurales[23].

En estos dos casos se observa que los acusados son responsables de la comisión de un delito y han lesionado el bien jurídico protegido por la norma penal, pero el nivel de lesividad es menor que el establecido en la pena mínima. Para poder concluir de esta manera, el punto al que apelan los jueces es la finalidad de la norma; más precisamente, qué conductas se busca desalentar a través de la persecución y el castigo penal. Esta interpretación se muestra plenamente coherente con la concepción generalizada en torno al principio de lesividad: solo las conductas que implican una mayor lesividad deben ser perseguidas penalmente. Este principio, que ilumina la finalidad política al momento de crear tipos penales, permite comprender qué características debe tener una conducta para ingresar dentro de la pena pensada para desalentar su comisión.

Relación con el principio de insignificancia y de oportunidad

Es importante remarcar que los agentes cometieron un delito y su conducta fue lesiva, a tal punto que no se puede obviar la necesidad de una condena –sea de cumplimiento efectivo o no. Este aspecto permite distinguir estos casos de aquellos que quedan amparados en el llamado principio de insignificancia o son abrazados por el principio de oportunidad procesal. En ambas situaciones nos encontramos ante previsiones de índole pragmática que generalmente se encuentran establecidas en los códigos procesales, los cuales permiten que el órgano acusador desista de la persecución penal en orden a la insignificancia del daño cometido o el monto efímero de la pena que le pudiera corresponder. Asimismo, algunos jueces suelen apelar al principio de insignificancia para no continuar algunos procesos debido a que el delito cometido no implica una lesión significativa a bienes jurídicos, como por ejemplo, el sujeto que hurta un paquete de arroz en un supermercado.

La necesidad de esta distinción radica en poder diferenciar los casos subsumidos por el principio de insignificancia y los casos que implican una desproporcionalidad con el principio de lesividad. Si bien ambos se encuentran relacionados, el segundo da cuenta de una mayor dificultad para descubrirlos en el caso particular. En efecto, en los casos analizados, únicamente luego de un juicio en el que se pudieron probar todos los extremos, los jueces se hallaron en condiciones de reconocer las circunstancias particulares que llevaban a la conclusión de que la lesividad era desproporcionada respecto al mínimo penal. Esto es así porque en estos casos nos encontramos ante la comisión de delitos por parte de agentes imputables que lesionaron un bien jurídico; sin embargo, esta lesión es inferior a la que se buscaba prevenir.

Al igual que el caso de desproporción con la culpabilidad, la determinación de la pena, al depender del nivel de reprochabilidad que merece el sujeto, no se puede limitar a su lesividad. Este elemento debe ser analizado en conjunto con la culpabilidad del agente, toda vez que un análisis completo de ambos elementos podrá establecer un nivel apropiado

22 Cámara Federal de Casación Penal - Sala II Ríos, Mauricio David s/recurso de casación, 16 de abril de 2013, voto de la jueza Ángela Ester Ledesma, p. 12.

23 Juez Unipersonal de la segunda circunscripción judicial de La Pampa "Ministerio Público Fiscal c/Sartori, Sandro Alfredo; Jofré, Walter Darío; Juárez, Ángel Francisco; Juárez, Ángel Fabián (m) s/Abigeato Agravado", 8 de julio de 2015, pp. 22–23.

de proporcionalidad. Esta cuestión permite reconocer que, aunque se puedan distinguir los casos de desproporcionalidad de la culpabilidad y desproporcionalidad de la lesividad, ambos están estrechamente vinculados, a tal punto de que no se puede determinar la pena de manera totalmente independiente de estos dos elementos.

Elementos de la perforación de los mínimos por desproporción con la lesividad

De esta manera, para la perforación de los mínimos por desproporción con la lesividad es necesario que exista un delito por el cual los acusados son responsables. Aquí no hay dudas que la acción cometida es típica, antijurídica y culpable. El problema se encuentra en que la lesividad de la conducta es inferior a la que se buscó prevenir. Por esta razón, a fin de no violentar los principios de lesividad, de proporcionalidad ni de prohibición de condenas crueles, inhumanas o degradantes, los jueces deben aplicar una pena por debajo del límite mínimo.

VALOR NORMATIVO DE LOS PRINCIPIOS EN LA PERFORACIÓN DE LOS MÍNIMOS PENALES

Una vez justificados los elementos constitutivos de la perforación del mínimo por desproporción de la lesividad de la conducta del agente y la perforación del mínimo por desproporción con la culpabilidad del agente, corresponde ahora justificar el fundamento normativo de la perforación. En otras palabras, una vez acreditada la existencia de estos elementos, los jueces, además de reconocerlos y explicar su importancia en la decisión que tomarán, deben encuadrarlos en las normas jurídicas correspondientes. En estos dos casos se da una situación *prima facie* problemática: los hechos juzgados no encajan en las reglas que se deberían aplicar. Por esta razón, los jueces apelan a los principios jurídicos para poder dictar una sentencia válida.

Ahora bien, incluso si aceptamos esto, aún queda por resolver si los jueces están obligados a perforar los límites mínimos cuando se presentan los elementos que justifican tal decisión. Esta cuestión no es trivial, ya que los jueces solo pueden apartarse de las reglas establecidas en circunstancias excepcionales. Además, dicho apartamiento debe estar debidamente fundamentado y sustentado. En los casos analizados aquí, a menudo se recurre a la declaración de inconstitucionalidad del límite mínimo, lo cual requiere un esfuerzo argumentativo considerable. Sin embargo, es posible que, incluso reconociendo la existencia de los elementos constitutivos que justifican la perforación de los límites mínimos, algunos jueces se nieguen a tomar tal decisión. En este punto, defenderé la obligación de los jueces de apartarse de los mínimos cuando las circunstancias que lo justifiquen estén debidamente acreditadas.

Es claro que los principios jurídicos se diferencian de las reglas jurídicas en varios sentidos. Mientras estas últimas se aplican de manera disyuntiva, esto es, se aplican o no a los hechos particulares; los principios funcionan como estándares que deben ser observados. De aquí que la formulación de los dos sea diferente. Los principios son amplios, en el sentido de que establecen derechos que pueden cumplirse de diferentes maneras. Las reglas, por su parte, sí lo hacen (Dworkin 1978, pp. 22–28). Aunque estas dos características son aceptadas y compartidas, existen un sinnúmero de discusiones abiertas en torno a una clara conceptualización de los principios y qué es lo que los diferencia de las normas jurídicas.

En particular, el problema principal radica en lo siguiente: los principios, al no funcionar como normas, tampoco pueden sustituirlas. Por lo tanto, sería un exceso de atribuciones exigir a los jueces que determinen cuándo estos principios permiten condenar por debajo de las reglas establecidas. No obstante, esto no significa que sea imposible. Hay una serie de elementos (vicisitudes en la vida y el carácter del agente que han afectado su culpabilidad o una lesividad menor de la que se buscaba prevenir) que permiten elucidar que se está ante un caso de desproporción entre la culpabilidad o la lesividad y la pena mínima. Para lograr esto, es necesario que el juez reconozca y justifique los rasgos destacados que respalden dicha conclusión. Esto no es una opción, sino una exigencia que suele estar establecida en los códigos penales, al obligar a los jueces a tomar en cuenta el hecho juzgado y las circunstancias personales del acusado al determinar la pena. Más aún, estas exigencias se refieren a la determinación de la pena, razón por la cual se deben interpretar bajo la luz de los principios de humanidad, de lesividad, de culpabilidad y de proporcionalidad (Serrano 2021).

Por otro lado, si la perforación de los límites mínimos fuera una decisión facultativa y no obligatoria, podría suceder que hechos similares tuvieran condenas diferentes ya que algunos jueces perforarían el límite mínimo, mientras que otros no. Esto sería una abierta violación al principio de igualdad ante la ley (Serrano 2021).

Por estas razones es que no se puede negar la obligatoriedad de los jueces de perforar los límites mínimos, una vez acreditada la existencia de las circunstancias que lo justifican.

CONCLUSIONES EN TORNO A LA PERFORACIÓN DE MÍNIMOS

El objetivo de este trabajo fue proponer algunos elementos que permitan distinguir los casos justificados de perforación de mínimos por desproporción en relación con la culpabilidad y la lesividad. En particular, estos elementos se refieren a ciertas circunstancias en la vida de los acusados y a la lesividad que se buscó prevenir al legislar el delito por el cual se les acusa.

En los casos legítimos de perforación de la pena mínima por desproporción con la culpabilidad del agente, nos encontramos ante sujetos que han atravesado ciertas vicisitudes en su vida y en su carácter, las cuales han funcionado como obstáculos que dificultaron su adecuación a la norma. En otras palabras, son circunstancias que afectaron considerablemente su capacidad de autodeterminación al cometer el delito por el cual están siendo juzgados. Se trata de personas responsables del delito imputado, pero cuya culpabilidad es menor a la contemplada en el límite mínimo del marco punitivo. Por ello, para no vulnerar el principio de culpabilidad los jueces deben perforar estos mínimos para adecuar la condena a la culpabilidad del agente.

En los casos legítimos de perforación de mínimos por desproporción con la lesividad, el problema radica en que la lesividad de la conducta es inferior a la que se buscó prevenir. Nuevamente, nos encontramos ante sujetos que han cometido un delito que ha causado daño a terceros. En otras palabras, el delincuente debe ser castigado; sin embargo, el grado de lesividad de su conducta entra en conflicto con el límite mínimo establecido por la legislación penal. Por esta razón, los jueces deben perforar dicho límite mínimo a fin de respetar el principio de lesividad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aristóteles (2015). Ética *nicomáquea*. Gredos.

Card, C. (2002). *The atrocity paradigm. A theory of evil*. Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/0195145089.001.0001

Card, C. (2010). *Confronting Evils. Terrorism, torture, genocide*. Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9780511782114

Duff, A. (2001). *Punishment, communication, and community*. Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/oso/9780195104295.001.0001

Duff, A. (2015). *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Siglo Veintiuno Editores.

Duff, A. y Marshall, S. E. (2015) "Abstract Endangerment", Two Harm Principles, and Two Routes to Criminalisation. *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 3(2), 131-161. https://doi.org/10.15845/bjclcj.v3i2.905

Dworkin, R. (1978). *Taking right seriously*. Harvard University Press.

Gardner, J. (2007). *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*. Marcial Pons.

Lariguet, G. y Samamé, L. (2017). El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial. En A. Amaya y otros. *Emociones y virtudes en la argumentación jurídica*. Tirant lo Blanch, 81–103.

Mill, J. S. (2015). *On Liberty, Utilitarianism, and otheressays*. Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/owc/9780199670802.001.0001

Nino, C. (1980). *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Editorial Astrea.

Rawls, J. (2002). *Political liberalism*. Columbia University Press.

Seleme, H. (2003). Equilibrio reflexivo y consenso superpuesto. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (18), 189-200. https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i18.504

Serrano, M. (2021). La discusión en torno al estatus jurídico conceptual o naturaleza jurídica de la pena natural (*poena naturalis*). *Cadernos de Dereito Actual* (16), 322-344.

Serrano, M. (2023). *El concepto de pena natural en la doctrina y la jurisprudencia penal*. Universidad Nacional de Quilmes.

Serrano, M. (2023). ¿Cuándo el arrepentimiento puede disminuir el castigo penal?. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 50, 165-188. https://doi.org/10.7203/CEFD.50.26456

Solum, L. (2003). Virtue Jurisprudence A Virtue–Centred Theory of Judging. *Metaphilosophy* 34(1/2), 178–213. https://doi.org/10.1111/1467-9973.00268

mserrano@unsl.edu.ar

Tasioulas, J. y Tasioulas, J. (2013). "Lawful Mercy" in Measure for Measure. En J. Keown y R. P. George (edit.) *Reason, Morality, and Law. The Philosophy of John Finnis*. Oxford University Press, 219-235. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199675500.003.0015

Tasioulas, J. (2003). Mercy. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 103, 101-132. https://doi.org/10.1111/j.0066-7372.2003.00066.x

Tasioulas, J. (2006). Punishment and Repentance. *Philosophy*, 81(2), 279–322. https://doi.org/10.1017/S0031819106316063

Tasioulas, J. (2015). On the Foundations of Human Rights. En R. Cruft, S. Liao y M. Renzo (edit.), *Philosophical Foundations of Human Rights*. Oxford University Press, 45-70. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199688623.003.0002

Tirrell, L. (2018). Perpetrators and Social Death: A Cautionary Tale. En R. S. Dillon y A. T. Marsoobian (edit.), *Criticism and Compassion. The Ethics and Politics of Claudia Card*. Wiley, 113-132. https://doi.org/10.1002/9781119463030.ch8

Truccone Borgogno, S. (2017). Un concepto de daño y sus consecuencias para la parte general del derecho penal. *Política criminal*, 12(24), 1184-1210. https://doi.org/10.4067/S0718-33992017000201184

Twambley, P. (1976). Mercy and forgiveness. *Analysis*, 36(2), 84–90. https://doi.org/10.1093/analys/36.2.84

Vargas, M. (2018). El principio del daño. Una posible interpretación a partir de Gardner/Shute. *En Letra: Derecho Penal*, V(8), 154-177.

Zaffaroni, E. (1988). *Tratado de derecho penal. Parte general. Tomo V*. Editorial Ediar.

Zaffaroni, E. (1999). *Tratado de derecho penal. Parte general. Tomo IV*. Editorial Ediar.

Zaffaroni, E.; Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho penal. Parte general*. Editorial Ediar.

Ziffer, P. (2013). *Lineamientos de la determinación de la pena*. Ad Hoc.

Jurisprudencia citada

Fiscalía General N° 4 - Cámara Nacional de Casación Penal – Sala II "Dictamen N° 7285 en 'Ríos, Mauricio David s/recurso de casación'", s/f.

Cámara Federal de Casación Penal - Sala II "Ríos, Mauricio David s/recurso de casación, 16 de abril de 2013.

Tribunal en lo Criminal Nº 1 de Mar del Plata "Guffanti, Marcelo Daniel s/ Homicidio", 30 de septiembre de 2013.

Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires - Sala IV "Guffanti, Marcelo Daniel s/ Recurso de Casación interpuesto por Fiscal General", 9 de septiembre de 2014.

Juez Unipersonal de la segunda circunscripción judicial de La Pampa "Ministerio Público Fiscal c/Sartori, Sandro Alfredo; Jofré, Walter Darío; Juárez, Ángel Francisco; Juárez, Ángel Fabián (m) s/Abigeato Agravado", 8 de julio de 2015.

Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca "Sra. a y Otras S/ Infracción a la Ley 23.737", 30 de noviembre de 2015.

CONDICIONES LABORALES DEL SERVICIO DOMÉSTICO EN EL DERECHO COMPARADO COLOMBIANO Y MEXICANO DURANTE EL PERIODO DE 2022 AL 2024

WORKING CONDITIONS OF DOMESTIC SERVICE IN COLOMBIAN AND MEXICAN COMPARATIVE LAW DURING THE PERIOD OF 2022 TO 2024

Manuel Mauricio Moreno Villamizar
https://orcid.org/0000-0002-5259-6120
Universidad Santo Tomás
manuelmoreno@ustavillavicencio.edu.co
Colombia

Sandra Luz Navarrete Mendoza
https://orcid.org/0009-0007-0654-3523
Universidad Vizcaya de las Américas
sandranavarrete5022@gmail.com
México

https://doi.org/10.24265/voxjuris.2025.v43n2.06

Recibido: 2 de mayo del 2024 Aceptado: 8 de noviembre del 2024

SUMARIO

- Introducción
- Realidad socio jurídica del servicio doméstico
- Derecho comparado en el marco jurídico colombiano y mexicano
- El trabajo del servicio doméstico en condiciones dignas
- Conclusiones
- Referencias

RESUMEN

Las condiciones laborales de las personas dedicadas al servicio doméstico evidencia situaciones asimétricas de injusticia e inequidad en las relaciones de trabajo, por la forma como se infravalora y menosprecia dicha actividad humana, que induce a contextos de exclusión, desregularización, injusticia e informalidad laboral. Los referentes legales de los trabajadores de servicio doméstico en Colombia y México están garantizados en el ordenamiento jurídico interno de cada país, en coherencia con las normas internacionales del trabajo, pero al confrontarse con la realidad desvela una condición de desamparo y desprotección de los derechos mínimos e irrenunciables que gozan los trabajadores sin discriminación.

La comparación de los contextos socio jurídicos que afrontan los trabajadores de servicio doméstico en el ámbito colombiano y mexicano, desvelan situaciones de injusticia social por las condiciones de precariedad laboral expresas en salarios indignos, jornadas laborales extensas, sobrecarga laboral, descanso no remunerado y el desconocimiento en el pago de las prestaciones sociales y cobertura de los aportes al sistema de seguridad social, generando condiciones de injusticia e inequidad en las relaciones de trabajo sin desconocer la marcada discriminación social que están sujetos esta parte de la población por su nivel socioeconómico, académico y de género, subvalorando y discriminando la actividad del servicio doméstico. En estos términos, se plantea como problema de investigación en el presente artículo ¿Cuáles son las condiciones de trabajo de las personas dedicadas al servicio doméstico en el derecho comparado colombiano y mexicano durante el periodo de 2022 al 2024?

PALABRAS CLAVES

Condiciones laborales, derecho comparado, informalidad, servicio doméstico, seguridad social.

ABSTRACT

The working conditions of people engaged in domestic service reveal asymmetric situations of injustice and inequity in work relations, due to the way in which this human activity is undervalued and undervalued, which leads to contexts of exclusion, deregulation, injustice and informality in the workplace. The legal references for domestic service workers in Colombia and Mexico are guaranteed in

the internal legal system of each country, in accordance with international labour standards, but when confronted with reality, it reveals a condition of helplessness and lack of protection of the minimum and inalienable rights that workers enjoy without discrimination. The comparison of the socio-legal contexts faced by domestic service workers in Colombia and Mexico reveals situations of social injustice due to precarious working conditions expressed in unworthy wages, long working hours, work overload, unpaid rest and lack of knowledge in the payment of social benefits and coverage of contributions to the social security system, generating conditions of injustice and inequity in labor relations without ignoring the marked social discrimination to which this part of the population is subject due to their socioeconomic, academic and gender level, undervaluing and discriminating against the activity of domestic service. In these terms, the research problem raised in this article is: What are the working conditions of people dedicated to domestic service in Colombian and Mexican comparative law during the period of 2022 to 2024?

KEYWORDS

Working conditions, comparative law, informality, domestic service, social security.

INTRODUCCIÓN

El contexto del mundo del trabajo en el ordenamiento jurídico internacional está direccionado por las políticas públicas de gobernanza global de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, que han sido demarcadas en relación a los Objetivos de Desarrollo Sostenible, con el fin de lograr una transformación razonable del orden económico, social y ambiental, particularmente el objetivo octavo denominado "trabajo decente y crecimiento económico", cuyo lineamiento tiende a "promover el crecimiento económico inclusivo y sostenible, el empleo y el trabajo decente" a través de una serie de metas como estrategias en la lucha contra la pobreza, la desigualdad y la reivindicación del trabajo en condiciones dignas y decentes (Naciones Unidas, 2015a).

El papel predominante de la Organización Internacional del Trabajo -OIT- es la defensa y promoción de los derechos laborales que han sido pactados en consenso por las naciones a través de los convenios y recomendaciones, estableciendo Normas Internacionales del Trabajo -NIT-, para que los Estados miembros incorporen en el ordenamiento interno estas garantías laborales, y de forma categórica rechace el trabajo infantil, el trabajo forzado y la trata de personas que son vinculadas a la cadena de suministro a través de la violencia o aprovechándose del estado de necesidad o vulnerabilidad de los trabajadores (Organización Internacional del Trabajo, 2019).

En estos términos, siguiendo la estructura kantiana del deber ser que ha sido determinado en su imperativo categórico normativo (Kant M. , 2003, pág. 40), en relación a los derechos y principios que protegen el trabajo humano, implicando acatar y cumplir con lo previamente establecido en el ordenamiento jurídico, para lograr la reivindicación de la labor humana, donde las autoridades públicas y sociedad en general, están llamadas a una deconstrucción hermenéutica e interpretativa del valor del trabajo en condiciones decentes, dignas y justas. Es el llamado global de promover condiciones laborales justas, para lograr una verdadera reivindicación de los derechos de los trabajadores, particularmente de las personas dedicadas al servicio doméstico, quienes reclaman un trato en igualdad de condición y un trato preferente o diferencial, frente a las acciones discriminatorias que han sido sujetos estos trabajadores en el contexto colombiano y mexicano por la marcada desigualdad asimétrica y de marginalidad.

El trabajo doméstico es un oficio que en gran parte la ejercen las mujeres, y sufren una discriminación laboral por género, en la forma como se infravalora su labor, la remuneración paupérrima, violencia de género, sobre carga laboral y jornadas extensas de trabajo entre otros aspectos, que en últimas confluyen en situaciones de vulnerabilidad y afectación en sus condiciones de una vida digna y decente (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2024).

El articulo tiene como objetivo desvelar las condiciones socio jurídicas de trabajo de las personas dedicadas al servicio doméstico en el derecho comparado colombiano y mexicano, reivindicando derechos laborales de orden público durante el periodo de 2022 al 2024; en este sentido, se estructura el análisis del presente artículo en tres momentos: en **primer lugar**, la realidad socio jurídica del servicio doméstico, planteando una descripción de marginalidad y discriminación de este oficio en el mundo del trabajo; en **segundo lugar**, el derecho comparado en el marco jurídico

manuelmoreno@ustavillavicencio.edu.co, sandranavarrete5022@gmail.com

colombiano y mexicano, estableciendo una relación y contraste normativo de las garantías previamente establecidas; y en **tercer lugar**, el trabajo del servicio doméstico en condiciones dignas, argumentando razonablemente la reivindicación efectiva de los derechos laborales del servicio doméstico.

El diseño metodológico de investigación es de carácter aplicada y comparativa, entendida la primera como el análisis razonable de las fuentes del derecho en su integración, interpretación y aplicación del marco jurídico, especialmente de las normas y principios del derecho laboral, y, en segundo lugar, el método comparativo, al establecer una relación del derecho colombiano que reconoce el derecho del trabajo como un derecho humano y fundamental con el derecho mexicano, primer referente constitucional del mundo laboral que determina la función social del trabajo (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos , 1917, art. 123), situando de esta forma, analogías y diferencias entre cada uno de los ordenamientos jurídicos de estudio (Pegoraro & Rinella, 2016, pág. 322ss), para determinar un contraste entre la facticidad y validez, es decir, entre lo establecido en la norma y la realidad de las condiciones laborales de aquellas personas dedicadas al servicio doméstico; y determinando un enfoque de investigación de carácter socio jurídico, cuando se analiza el fenómeno de las condiciones laborales de una parte del sector productivo laboral en el contexto colombiano y mexicano.

REALIDAD SOCIO JURÍDICA DEL SERVICIO DOMÉSTICO

El contexto socio jurídico del trabajo de aquellas personas dedicadas al servicio doméstico en el ámbito colombiano y mexicano, desvela situaciones asimétricas de vulneración de los derechos laborales que han sido reconocidos en la era de la globalización como cartas de triunfo por los logros históricos, sociales y garantías de protección, pero al confrontarse la realidad con lo previamente establecido en el marco jurídico, se determina una transgresión sistemática de la dignidad humana, evidenciado en tratos degradantes, jornadas extensas, sobrecarga laboral, salarios por debajo del mínimo, inestabilidad en el trabajo, desconocimiento efectivo del descanso remunerado, omisión en la entrega de dotación, elementos de protección personal o auxilio de transporte, y que no decir, el reconocimiento de las prestaciones sociales, afiliación y aportes al sistema de seguridad social, entre otros derechos.

Así pues, según los vínculos de trabajo que viven inmersas esta parte de la población, se analiza en un primer momento el carácter normativo del servicio doméstico en gran parte de los países de Latinoamérica, para luego centrarnos en el ámbito colombiano y mexicano, detallando una regulación similar del marco legal, que de acuerdo a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el Convenio 189 de 2011, define el oficio doméstico como "aquellas labores que tienen una relación estrecha y directa en el hogar". Es así, que el marco jurídico de los países de América Latina sobre el trabajo doméstico lo describe de la siguiente forma:

- *En Argentina*, la Ley 26.844 del Régimen especial de contrato de trabajo para el personal de casas particulares de 2013, en su artículo 2, señala que "toda prestación de servicios o ejecución de tareas de limpieza, de mantenimiento u otras actividades típicas del hogar".
- *En Brasil*, la Ley 5859 que regula lo relativo al empleo domestico de 1972, en el artículo 1, determina "aquel que presta servicios de carácter continuo y con fines no lucrativos a la persona o familia dentro de su ámbito residencial".
- *En Bolivia*, la Ley 2450 sobre la regulación del trabajo asalariado del hogar de 2003, en el artículo 1, prescribe:

  > Trabajo asalariado del hogar, es aquel que se presta en menesteres propios del hogar, en forma continua, a un empleador o familia que habita bajo un mismo techo. Están considerados en este sector, los que realizan trabajos de cocina, limpieza, lavandería, aseo, cuidado de niños, asistencia y otros que se encuentren comprendidos en la definición, y sean inherentes al servicio del hogar. No se considera trabajo asalariado del hogar, el desempeñado en locales de servicio y comercio, aunque se realicen en casas particulares.

- *En Chile*, el Código de Trabajo, Ley 18.620, en el capítulo IV sobre el contrato de trabajadores de casa particular de 1986, en el artículo 142, define que,

  > […] son trabajadores de casa particular las personas naturales que se dediquen en forma continua, a jornada completa o parcial, al servicio de una o más personas naturales o de una familia, en trabajos de aseo y asistencia propios o inherentes al hogar.

- *En Colombia*, la Ley 1595 sobre el trabajo decente de las trabajadoras y trabajadores domésticos de 2012, en el artículo 1 señala como "la expresión trabajador doméstico designa a toda persona, de género femenino o género

masculino, que realiza un trabajo doméstico en el marco de una relación de trabajo".

- *En Costa Rica*, la Ley 8726 sobre el trabajo doméstico remunerado de 2009, en el artículo 1, indica que,

  > […] son las que brindan asistencia y bienestar a una familia o persona, en forma remunerada; se dedican, en forma habitual y sistemática, a labores de limpieza, cocina, lavado, planchado y demás labores propias de un hogar, residencia o habitación particular, que no generan lucro para las personas empleadoras; también pueden asumir labores relativas al cuidado de personas, cuando así se acuerde entre las partes y estas se desarrollen en la casa de la persona atendida.

- *En México*, el Código de Trabajo en el capítulo XIII sobre los trabajadores domésticos de 1986, en el artículo 331, identifican aquellas personas "que prestan los servicios de aseo, asistencia y demás propios o inherentes al hogar de una persona o familia".

- *En Panamá*, el Código de Trabajo, en el capítulo sobre trabajadores domésticos de 1971, en el artículo 230, prescribe a este grupo como "los que prestan, en forma habitual y continua, servicios de aseo, asistencia u otros propios del hogar de una persona o de miembros de una familia".

- *En Uruguay*, la Ley 18065 sobre la regulación del trabajo doméstico de 2006, en el artículo 1, señala que,

  > Trabajo doméstico es el que presta, en relación de dependencia, una persona a otra u otras, o a una o más familias, con el objeto de consagrarles su cuidado y su trabajo en el hogar, en tareas vinculadas a éste, sin que dichas tareas puedan representar para el empleador una ganancia económica directa.

- *En Venezuela*, la Ley Orgánica del Trabajo de 2012, en el artículo 207 define a,

  > Los trabajadores y trabajadoras que prestan sus servicios en un hogar o casa de habitación o a una persona determinada para su servicio personal o el de su familia, tales como choferes particulares, camareros, camareras, cocineros, cocineras, jardineros, jardineras, niñeros, niñeras, lavanderos, lavanderas, planchadoras, planchadores y otros oficios de esta misma índole, se regirán por lo contenido en esta Ley a todos sus efectos.

Gran parte de las definiciones legislativas sobre el trabajo doméstico no se relacionan en simples quehaceres del hogar, sino que, del mismo modo, implican actividades de cuidado de personas, trabajo en jardinería, portería y vigilancia entre otras diligencias, siempre y cuando guarden una relación estrecha en el ámbito del hogar (Organización Internacional del Trabajo, 2021a). Ahora bien, el trabajo doméstico en el contexto global tiene un grado discriminatorio, al considerarlo como un trabajo no calificado, infravalorado y marginal, labor propia del género femenino (Ministerio de Trabajo, 2020), donde acceden personas que no tienen un cierto nivel de escolaridad y representando en gran parte aquella población más pobre y desprotegida de la sociedad, con retribuciones salariales paupérrimas y en condiciones precarias (Anderson, 2002).

La OIT al expedir el Convenio 189 describe la realidad socio jurídica de injusticia social que viven inmersos los trabajadores de servicio doméstico, que han sido determinadas en el preámbulo de la Norma Internacional del Trabajo, señalando acciones concretas para la reivindicación de los derechos, frente al menosprecio y desprotección de las garantías mínimas laborales, donde afectan principalmente a "las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas, y son particularmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo y de trabajo, así como a otros abusos de los derechos humanos" (Organización Internacional del Trabajo, 2011).

Por este motivo, el menosprecio de la actividad laboral del hogar con expresiones semánticas denigrantes como "*chacha, muchacha de servicio, criada, sirvienta, manteca, guisa, negra e india*", son entre otras palabras disonantes y arbitrarias que insultan la condición humana, reflejando discriminación social que no solamente se evidencia en apelativos ofensivos, sino también, en la forma como se les excluyen de sus derechos inherentes e irrenunciables, exigiendo a los Estado miembros de la OIT, la implementación de políticas públicas igualitarias que promuevan los derechos de todos sus asociados, comenzando por el reconocimiento de la labor del servicio doméstico como un trabajo que tiene el mismo amparo constitucional y legal en igualdad de condiciones, justicia y equidad.

Ahora bien, el reporte periódico del Consejo para prevenir y eliminar la discriminación en la ciudad de México cuyo objetivo principal radica en defender los derechos del trabajo de las personas dedicadas al servicio doméstico y denuncian todas aquellas situaciones de precariedad laboral que les imponen, desconociendo condiciones dignas y justas en las relaciones de trabajo. Los reportes del

mencionado consejo determinan tres causales relevantes que inciden en la discriminación socio jurídica del trabajo doméstico, como lo son las condiciones socio económica, la apariencia física y el nivel de escolaridad (Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación, 2021). Igualmente, reitera en sus denuncias las diversas formas de discriminación, trato degradante y segregacionista que se les impone a esta parte de la población, marcada principalmente por la tonalidad de piel y grupo étnico de procedencia (Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación, 2022).

En el ámbito colombiano, la realidad de la informalidad es elevada, que de acuerdo al reporte trimestral del DANE, entre los meses de marzo a mayo de 2024, la informalidad representó el 55,9% de la población laboral, es decir, que de cada 100 trabajadores se encuentran 55 ajenos de las garantías mínimas laborales y sin cobertura en seguridad social integral (Departamento Administrativo Nacional de Estadística, 2024), y según reporte de formalización laboral del trabajo doméstico de la Universidad de los Andes, el 80% de las personas dedicadas a esta actividad laboral se encuentran en la informalidad, representando casi 700.000 personas, donde la mayoría de ellas son mujeres que viven desprotegidas de los derechos (Uniandes, 2022).

El Ministerio de Trabajo señala el elevado índice de informalidad que se encuentran los trabajadores de servicio doméstico y merecen un trato digno y decente a partir del efectivo y real cumplimiento del marco jurídico laboral para lograr la justicia social, y de manera particular, que los empleadores cumplan con el deber legal de proteger a las personas que se dedican al trabajo doméstico a través de las garantías laborales y cobertura integral del sistema de seguridad social (Ministerio del Trabajo, 2023), contrastado con la realidad por las cifras que miden la informalidad del sector, evidenciando una vulnerabilidad de la actividad humana del oficio doméstico (Departamento Administrativo Nacional de Estadística, 2020), y por ende, exige políticas públicas de inclusión y justicia para el fomento de un trabajo doméstico en la formalidad (El Espectador, 2022).

Al igual que las condiciones laborales de las trabajadores de servicio doméstico en Colombia, la realidad socio jurídico de México son similares, porque de acuerdo al máximo tribunal mexicano, la Suprema Corte de Justicia, reconoce cómo la seguridad social de esta parte de la población laboral objeto de estudio, son y seguirán siendo un tema pendiente, que se les deben garantizar la reivindicación de sus derechos (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018a) y la sociedad en general está en deuda por el elevado número de trabajadores que se encuentran desprotegidos del sistema, y lo más crítico radica en que no se tienen respuestas concretas y efectivas para la resolución del problema (Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022). Qué no decir, el auge de organizaciones sin ánimo de lucro en el Estado mexicano en defensa de los derechos laborales de las trabajadoras de servicio, que elevan constantemente la voz de protesta y una lucha por la reivindicación de los derechos que están reconocidos en la misma Carta Política del artículo 123, al garantizar el trabajo en condiciones dignas y sociales (Ciudad Defensora, 2020a).

Se deduce por consiguiente, la precarización y marginación de esta parte de la población en el ámbito colombiano y mexicano, radicado en la vulneración de derechos y garantías de los trabajadores de hogar, que no solamente refiere a una situación problémica interna de cierto Estados, sino tiene una afectación de orden global, porque según los estudios realizados por la OIT, en Latinoamérica para el año 2019, habían 14,8 millones de trabajadoras domésticas en la región, donde solamente un número de 4,1 millones de trabajadores del hogar pueden acceder efectivamente a sus derechos, representando un porcentaje sobre el valor total del 27,7% con garantías mínimas que deben tener todos los trabajador, mientras que el saldo restante del 72,3% viven excluidos y en ambientes de precarización. Las estadísticas del mercado global, indica el significativo número de 73 millones de personas dedicadas a dicha labor, sin derechos laborales y con la gravedad de que dichas cifras pueden ser mayores, y con el atenuante de afectar aún más el desamparo en las mujeres que pondera el 93% de la población total (Organización Internacional del Trabajo, 2021b).

La discriminación social del oficio doméstico detalla de igual forma, la manera de concebir este trabajo como una labor insignificante y no cualificada de la mano de obra, que realmente es fruto del lastre histórico del colonialismo y periodo del esclavismo que vivieron los pueblos ancestrales y siguen permeando la sociedad actual con conductas de algunos empleadores que

denigran la condición humana y menosprecian el valor de ciertas labores u oficios (Comisión Económica Para América Latina y el Caribe, 2020), como ocurre con la labor del hogar, actividad despreciada, con tratos injustos que no merecen el reconocimiento en igualdad frente a los demás trabajos y oficios, constituyéndose una paradoja entre el fenómeno del mercantilismo y la deshumanización de las relaciones sociales contemporánea, reduciendo al ser humano a un simple objeto, cosificado e instrumentalizado, tal como lo denuncia y critica el máximo tribunal colombiano, al afirmar:

> 4.8… Los seres humanos no son objetos o instrumentos, que solo sean valiosos en la medida de su utilidad a los fines individuales o económicos de los demás. Las personas tienen un valor en sí mismas, y al experimentar una afectación de salud no pueden ser tratadas como las mercancías o las cosas, que se desechan ante la presentación de un 'desperfecto' o 'problema funcional. (Corte Constitucional, 2017).

Persiste en la actualidad una continua y descarada asimetría en las relaciones de trabajo frente a la labor doméstica, determinando una desproporción entre las partes, que por un lado, inicia con la preponderancia del señor y dueño sobre la actividad laboral de sus dependientes, y por otro lado, reduciendo a los trabajadores como súbditos o siervos que están sujetos a la anarquía o poder dictatorial de sus patrones, quienes desconocen de manera unilateral la efectividad de los derechos laborales prescritas en el ordenamiento jurídico. Una forma discriminatoria del oficio doméstico parte en expresiones degradantes como "sirvienta" que hacía parte del marco jurídico colombiano, expresión que fue demanda por inconstitucional frente a su connotación peyorativa, ofensiva y degradante de la dignidad humana, donde la Corte Constitucional en su control abstracto a través de la sentencia C-001 del 2018, declaró inexequible la expresión del artículo 2267 del Código Civil, por el simple hecho de ser contrarios a los pilares fundamentales del modelo de Estado Social de Derecho, que están claramente determinados en la dignidad, trabajo y solidaridad.

El ámbito socio jurídico actual la inequidad de los trabajadores dedicados al hogar, surgen de igual forma, cuando los empleadores abusan del poder de subordinación que termina precarizando esta parte de la población por el incumplimiento de las normas del trabajo, al imponer condiciones contrarias a la ley, que en sí son ineficaces, pero para ser garantizadas se debe acudir a la jurisdicción ordinaria a través de una demanda laboral, proceso que en la mayoría de los casos desconocen o no lo asumen por el aparente costos que les pueda generar la asesoría de un profesional del derecho, ignorando que pueden ser representadas por entidades e instituciones de educación superior en defensa de sus derechos, evidenciando el contexto de especial protección constitucional frente al grado de vulneración que están sujetas las trabajadoras del servicio doméstico:

> 39. El trabajo doméstico remunerado es, en su mayor parte, asumido por mujeres, motivo suficiente para que el Estado deba desplegar esfuerzos adicionales en la dirección de superar las desigualdades y garantizar la existencia de condiciones de trabajo decentes para ellas. Además, entre las mujeres, muchas trabajadoras del servicio doméstico pertenecen a grupos étnicos minoritarios, y otras tantas no han cumplido los dieciocho años de edad, lo que significa que, dentro del grupo, en sí mismo compuesto por personas de especial protección constitucional, se encuentran también mujeres en las que concurren otras circunstancias de vulnerabilidad, cuyas condiciones son entonces relevantes para la Constitución Política. (Corte Constitucional, 2014).

La economía informal en relación al fenómeno de la globalización exige una deconstrucción del derecho, porque de acuerdo al análisis estadístico de la OIT para el año 2022, es absolutamente vergonzoso el grado de informalidad que se encuentran las personas dedicadas a la labor doméstica, donde la mitad de esta parte de la población a nivel mundial, solamente el 49,9% están cubiertos por lo menos de alguna prestación del sistema de seguridad social, mientras que el otro porcentaje, es decir, el 50,1% se encuentran ajenos de las garantías mínimas que se evidencia en la desregularización del mundo laboral (Organización Internacional del Trabajo, 2022). La informalidad es una realidad muy marcada en el contexto latinoamericano que prima de garantías mínimas laborales e irrenunciables denotando una injusticia social (Moreno, 2021), particularmente en esta parte de la población laboral de servicio doméstico.

DERECHO COMPARADO EN EL MARCO JURÍDICO COLOMBIANO Y MEXICANO

El oficio del trabajo doméstico representa uno de los sectores laborales con mayor grado de vulnerabilidad en el ámbito latinoamericano, demandando una serie de acciones concretas que articule políticas públicas de formalización y cumplimiento efectivo de la normatividad vigente; de ahí que, el objeto central del presente

manuelmoreno@ustavillavicencio.edu.co, sandranavarrete5022@gmail.com

acápite radica en contrastar la labor del servicio doméstico en el derecho comparado frente a las garantías establecidas del ordenamiento jurídico colombiano y mexicano, detallando como las personas dedicadas a este oficio se les violenta sus derechos laborales.

Es importante aclarar la connotación del derecho al trabajo en el ámbito actual como un resultado del devenir histórico y social, que fue reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el contexto del ordenamiento jurídico internacional y como un derecho fundamental, desde el momento en que fue incorporado y establecido de esa forma en la normatividad interna de cada Estado, exigiendo la garantía y protección de los mismos frente a las políticas públicas de ordenanza global que antepone la *lex mercatoria* o modelo económico imperante, para lograr la reivindicación del trabajo y de la seguridad social, como un derecho y no como un simple privilegio o dadiva contractual; en otras palabras, la relevancia del derecho laboral parte en el efectivo cumplimiento de lo establecido en la norma, involucrando el acatamiento de los lineamientos que han sido previamente regladas y han sido vinculadas con la dignidad humana, por consiguiente, no pueden ser desconocidas por un acuerdo entre partes o de manera unilateral, omitiendo el carácter de orden público e irrenunciable del derecho laboral.

En estos términos, el contraste entre la realidad y la formalidad del trabajo de las personas dedicadas al servicio doméstico surge desde el momento cuando se analiza y aplica la norma laboral en el ámbito de estos trabajadores, verificando que en la práctica, mantienen jornadas y horarios de trabajo extensas, remuneraciones salariales paupérrima, desamparados de las garantías de protección social y seguridad social, entre otros derechos que han sido transgredidos de manera sistemática, de conocimiento público y bajo la aquiescencia de las autoridades competentes, donde por ejemplo en el contexto mexicano para el año 2019, ponderaba la cifra del 63,5% de los trabajadores devengaban sobre el salario mínimo legal y el otro 36,5% percibían menos del mínimo, mientras que la remuneración en Colombia de los trabajadores domésticos era mayor el nivel de inequidad, porque el 51% de los trabajadores del servicio doméstico ganaban el mínimo, es decir, la mitad de los trabajadores lograron obtener un salario mínimo legal mensual vigente, mientras que el otro 49% devengaron menos del mínimo (Organización Internacional del Trabajo, 2021c, pág. 42).

La política pública de gobernanza global y el ordenamiento jurídico interno de cada Estado está llamado a proteger la labor del servicio doméstico a través del acatamiento de los derechos laborales inmersos en el Convenio No. 189 de la OIT, pero evidenciando un tenue compromiso social de los gobiernos al constatarse como de los 187 Estados miembros, solamente 35 Estados lo han ratificado y de ese reducido número, solo 18 Estados pertenecen a la región de América Latina y el Caribe; Colombia por ejemplo lo ha ratificado a través de la Ley 1595 de 2012 y depositado ante la Organización Internacional del Trabajo el día 9 de mayo de 2014; México en cambio, lo ratifico por medio del Decreto 02/07/2021 y depositado ante la OIT el día siguiente, es decir, el día 3 de julio de 2021, determinando el compromiso social de mejorar las condiciones laborales del servicio doméstico, como también, la igualdad y justicia social de todos los sectores productivos, sin discriminación. Se entiende por deposito la forma cómo se registran los Convenios de la OIT ante la oficina titular de la Dirección General de la Organización para que empiece a correr el término de vigencia. De igual manera, mantiene una coherencia con las políticas públicas que fueron pactadas en el orden internacional a través de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, particularmente con el objetivo octavo sobre el trabajo decente y crecimiento económico (Naciones Unidas, 2015b), con el fin central de erradicar la pobreza y asegurar la prosperidad de todos sus asociados.

El trabajo como condición propia e inherente del ser humano no puede caer en una simple instrumentalización de la labor en contextos mercantilistas, que enajenan y desconocen la dignidad humana, fin teleológico último del derecho, que de acuerdo al planteamiento kantiano, la persona es la máxima del derecho, convertido en ley universal o imperativo categórico, que se subsume en el respeto de cada persona como fin en sí mismo (Kant E. , 2001, pág. 335); en estas palabras, es concluyente determinar el carácter prevalente del ser humano, que en el presente artículo se analiza desde la hermenéutica y comparación del marco jurídico colombiano y mexicano, que requiere un reconocimiento del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, por ende, implica proteger el trabajo del oficio doméstico, por lo menos en los siguientes derechos:

- Formalización laboral por medio de un contrato de trabajo.
- Reconocimiento de una jornada laboral ordinaria máxima de trabajo.

- Remuneración salarial.
- Trabajo en condiciones digna, justa y decente.
- Reconocimiento de prestaciones sociales.
- Reconocimiento del descanso remunerado.
- Reconocimiento de la seguridad social en salud, riesgos laborales y pensiones.
- Reconocimiento de dotación, elementos de protección personal y auxilio de transporte

Se analiza a continuación cada uno de los ítems detallados con antelación aplicando e interpretando el método comparativo, previamente establecido el marco jurídico colombiano y mexicano.

Formalización laboral por medio de contrato de trabajo

La normatividad colombiana determina que el contrato de trabajo de acuerdo con su forma puede ser verbal o escrito, donde ambas modalidades tienen los mismos derechos, es decir, que para su validez no requieren de una solemnidad jurídica; y de acuerdo a la duración, puede ser fijo, indefinido, obra labor o un contrato de trabajo ocasional, tal como lo refiere el Código Sustantivo de Trabajo en el artículo 37 sobre las formas de contratar y en el artículo 46 sobre la duración del contrato. Los trabajadores de servicio doméstico tienen las mismas garantías laborales que cualquier trabajador, técnico o profesional, porque es reconocido el trabajo en el orden interno como un derecho fundamental, que, frente a los abusos de poder, el Ministerio de Trabajo puede sancionar administrativamente o acudir a la jurisdicción laboral para garantizar los derechos vulnerados. Cabe aclarar que las sanciones que impone el Ministerio de Trabajo son de carácter administrativo, porque no está facultado en reconocer los vínculos de trabajo entre las partes, situación que solamente procede ante la jurisdicción ordinaria laboral, es decir, interponiendo una demanda laboral, ante los jueces de competencia laboral y de manera excepcional ante la jurisdicción constitucional por medio de la acción de tutela, cuando se vulnera un derecho fundamental como ocurre en el caso de ser despedida en estado de embarazo o encontrarse enferma, incapacitada o con alguna pérdida de capacidad laboral, garantizándole de esta manera una especial protección constitucional por su debilidad manifiesta como ocurre con la figura jurídica de la estabilidad laboral reforzada o estabilidad ocupacional reforzada (Corte Constitucional, 2019).

La normatividad laboral mexicana referente al contrato de trabajo señala que el contrato puede ser de igual forma verbal o escrita, donde ambas modalidades gozan de las mismas garantías y validez del contrato, e instituye una duración del contrato que puede ser determinado, indeterminado, obra labor o temporal, según lo expreso en la Ley Federal del Trabajo de México, artículo 26 sobre la validez del contrato escrito como el no escrito y el artículo 35 donde determina la duración. El servicio doméstico tiene las mismas garantías laborales de cualquier empleo, que es reconocido y protegido por el Estado de México como un derecho humano, al ser incorporado esta categoría en el ordenamiento jurídico interno a partir del año 2012, brindando por consiguiente una protección constitucional y legal que esta expresa en la Ley Federal del Trabajo. Importante comprender que la entidad pública encargada de investigar y sancionar los abusos contra los trabajadores era la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, pero a partir del año 2022, desaparece esta entidad para ser trasladada a los tribunales laborales, como aquella instancia jurisdiccional de justicia que dirimirá los conflictos laborales entre las partes, es decir, entre los patrones y trabajadores. De igual manera, la categoría jurídica de estabilidad laboral es reconocida por el máximo tribunal de justicia de México (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021).

Reconocimiento de una jornada laboral ordinaria máxima de trabajo

La jornada de trabajo para el año 2024 en Colombia es de 46 horas semanales que se distribuyen a lo largo de la semana, implementando las políticas públicas de orden internacional en el orden interno, que fueron expresos en el Convenio 047 de 1935 y Recomendación 116 de 1962 de la OIT, al invitar a los Estados miembros a reducir la jornada laboral a 40 horas (Organización Internacional del Trabajo, 2018), política pública que fue acogida en la Ley 2101 de 2021, al reducir la jornada laboral de manera gradual, pasando de 48 horas a 42 horas semanales, entrando en vigencia la norma a partir de la segunda quincena del mes de julio de 2023 y de manera progresiva llegará a la mínima a partir del año 2026, comprendiendo que esta reducción solamente aplica para aquellos trabajadores que tienen una jornada laboral de 48 horas, que en el caso concreto de las trabajadoras de servicio doméstico interna,

la jornada es de 60 horas y se va a reducir hasta 54 horas, constituyendo una desproporción contra este sector productivo de trabajo.

Las razones jurídicas que excluyen la jornada ordinaria laboral en los trabajadores de servicio doméstico internas se fundamenta en el Código Sustantivo de Trabajo, artículo 162, numeral primero del literal b, que permite una jornada laboral mayor de la ordinaria y declarado exequible por la Corte Constitucional (Corte Constitucional, 1998), al diferenciar entre servicio doméstico interna y externa, comprendiendo la primera como aquellos trabajadores que viven en el sitio de trabajo y las externas, como aquellos que llegan al sitio de trabajo y cumplen su jornada laboral máxima de 8 horas diarias, pero en el caso de las trabajadoras internas, laboran una jornada máxima de 10 horas diarias y una jornada de 54 horas semanales para el año 2026, sin que estas horas que exceden de la jornada ordinaria sean consideradas como un trabajo suplementario.

La jornada laboral por regla general en México es de 48 horas a la semana, según lo expreso en la Ley Federal de Trabajo, artículos 60 y 61, pero varía de acuerdo a la jornada, porque si el trabajo es diurno, la jornada es de 8 horas y 48 horas a la semana; si es nocturno es de 7 horas y 42 horas a la semana, y si es una jornada mixta, el número de horas comprende una intensidad de 7 horas y media diarias y 45 horas a la semana, siendo determinado legalmente como diurno la jornada que va de las seis de la mañana hasta las ocho de la noche y la nocturna de las ocho de la noche hasta las seis de la mañana. En el caso concreto, para los trabajadores de servicio doméstico que son internas la jornada de trabajo es extensa al determinar la ley que pueden trabajar hasta doce horas diarias, donde deberá descansar como mínimo nueve horas consecutivas diarias nocturnas y tendrá el derecho a descansar como mínimo tres horas diarias entre las actividades de la mañana y la tarde, de acuerdo a la Ley Federal de Trabajo, en el artículo 333, contrastando condiciones justas por las jornadas extensas que contrarían la igualdad y justicia social (Ciudad defensora, 2020b).

Remuneración salarial

El salario es una garantía de orden constitucional y legal que gozan todos los trabajadores para subvenir las necesidades congruas y la instauración de un orden justo, asegurando de esta forma el mínimo vital acorde al nivel de vida, que para el año 2024, representa el valor de $1.300.000 de pesos. El orden jurídico colombiano establece un salario mínimo para solventar las necesidades básicas de los trabajadores y nadie podrá obtener una remuneración inferior a lo previamente establecido como salario mínimo (Corte Constitucional, 2021), remuneración fijada anualmente por decreto, de acuerdo al consenso pactado entre el grupos de los empleadores agrupados en el gremio empresarial y los trabajadores agrupados en las principales organizaciones sindicales y un tercero que lo compone el Ministerio de Trabajo, tratando de concertar y llegar acuerdos referente al incremento salarial anual.

Toda actividad humana que implique una relación de trabajo debe ser remunerado, independientemente de la modalidad de contrato, acatando los tratados internacionales que están expresos en los Convenios No. 26 de 1928 y No. 99 de 1948, con el fin de garantizar a todos los trabajadores condiciones dignas, justas y decentes, sin omitir la Recomendación No. 89 de 1951 de la OIT que establece los mecanismos para la fijación del salario mínimo.

No obstante, el salario mínimo para el año 2024 en México, tiene un valor diario de $249 pesos mexicanos, es decir, equivalente a $7.470 mensuales, un incremento del 20% a comparación del salario mínimo del año 2023 (Secretaria del Trabajo y Previsión Social, 2023), buscando recuperar el poder adquisitivo del salario, según lo prescrito en la Carta Política mexicana, en el artículo 123, al señalar que “toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil” y facultando a la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, establecer las políticas públicas que fija anualmente el incremento del salario mínimo, y determinado en la Ley Federal del Trabajo, artículo 85.

El ámbito de los trabajadores domésticos en México evidencia para el año 2023, una población de 2,5 millones de personas dedicadas en dicha actividad, donde un 90,2% de esta población son mujeres y 9,8 son hombres, con una remuneración salarial inferior al mínimo (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2023), desconociendo el marco jurídico de políticas públicas dignas e igualitarias que permitan acceder a una cobertura en seguridad social y reconocimiento de los derechos laborales que están expresos en la Ley Federal del Trabajo (Organización Internacional del Trabajo, 2019, pág. 3).

TRABAJO EN CONDICIONES DIGNA, JUSTA Y DECENTE

Los pilares del modelo de Estado Social de Derecho claramente reconocido en el artículo primero de la Carta Magna, determinado en la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad, constituye un referente directo con el carácter teleológico del código laboral colombiano, artículo primero, cuando señala que el fin último de las relaciones de trabajo propende la búsqueda de la justicia entre las partes (Congreso de la República de Colombia, 1951, art. 1). Se colige entonces, el carácter teleológico del Estado que busca proteger los vínculos de trabajo en condiciones dignas, justas y decentes constituyéndose un elemento real para todos los sectores productivos del trabajo y no simplemente en un carácter aspiracional o idealista en las diferentes modalidades de trabajo, validando de esta forma el respeto a la dignidad humana y reivindicación de la labor en el servicio doméstico sin discriminación.

En relación a la Ley Federal del Trabajo, en el artículo segundo determina el carácter finalista del código, cuando afirma la búsqueda de la justicia social y la promoción del trabajo digno y decente en todas las relaciones laborales, en el entendido al reconocimiento pleno de la dignidad humana de los trabajadores sin discriminación ni tolerar la vulneración mínima de los derechos laborales individuales y colectivos, y de la seguridad social (Congreso de los Estados Unidos de México, 1970, art. 2). En estos términos, las labores de oficio doméstico en el Estado mexicano gozan de las mismas garantías legales como la de cualquier otra actividad de trabajo sin excluir algún derecho de las normas previamente establecida por su carácter de orden público.

Reconocimiento de las prestaciones sociales

Las prestaciones sociales en Colombia son derechos irrenunciables que no pueden ser desconocidos por las partes a través de un acuerdo de voluntades, por el hecho de ser disposiciones mínimas e irrenunciables de orden constitucional y legal, reglamentado en el código laboral, en los artículos 13, 14 y 43. Son prestaciones sociales en el marco jurídico colombiano el auxilio de cesantías, los intereses de cesantías y la prima de servicios, determinados como beneficios legales adicionales que tienen los trabajadores sin exclusión alguna. El auxilio de cesantías es el derecho que tienen los trabajadores de consignarle en un fondo de cesantías a más tardar el 14 de febrero del año siguiente, por un concepto de un salario mensual por cada año de trabajo o ser pagadas directamente a los trabajadores cuando laboran menos del año, derecho que tienen de igual forma los trabajadores de servicio doméstico.

Los intereses de cesantías es el derecho que tienen los trabajadores de recibir por tardar al 31 de enero de cada año los intereses generados del auxilio de cesantías y son pagados directamente al trabajador, y si laboran menos del año se les cancela proporcionalmente al tiempo trabajado. La prima de servicios es la garantía que tienen los trabajadores de recibir en dos momentos del año, un valor quincenal del salario o proporcional en el caso de haber laborado menos del año o del semestre, que han sido determinadas en la fecha del 30 de junio y el 20 de diciembre de cada año. Estas prestaciones sociales están reguladas por el Código Sustantivo de Trabajo en los artículos 249 y siguientes sobre el auxilio de cesantías y los artículos 306 referente a la prima de servicios, mientras que los interese de cesantías son reconocidos en la Ley 52 de 1975. El derecho de las prestaciones sociales en la actualidad lo gozan los trabajadores de servicio doméstico con la salvedad que hasta el año 2016, se les excluía de la prima de servicios, pero fue incorporado esta prestación social en el marco legislativo a través de la Ley 1788 de 2016, previa exhortación del máximo tribunal constitucional de garantizarse este derecho a los trabajadores de servicio doméstico (Corte Constitucional, 2014).

La Carta Política mexicana establece en el artículo 123 los derechos del trabajo y previsión social, y de forma particular en el literal A, señala los derechos que tienen los trabajadores de servicio domésticos, como también en la Ley Federal del Trabajo, cuando señala las diversas prestaciones o provisiones sociales mínimas de los trabajadores que son los aguinaldos, pagados anualmente antes del 20 de diciembre de cada año en el equivalente a quince días de salario y en caso de haber laborado menos del año tiene derecho de manera proporcional a esta prestación. De igual forma, tienen derecho a la participación de utilidades de la empresa, pero aclarando que esta prestación social no la tienen los trabajadores domésticos, al ser excluido taxativamente por la norma en el reparto de utilidades. La Ley Federal de Trabajo establece cuales son las previsiones sociales y

de manera particular en el artículo 87 determina el aguinaldo y en los artículos 117 y siguientes establecen la participación de las utilidades de las empresas y de manera particular se establece que las trabajadoras domésticas quedan excluidas de esta prestación social, según lo expreso en el artículo 127, numeral VI. "Los trabajadores domésticos no participarán en el reparto de utilidades".

La Ley del Impuesto Sobre la Renta de 2023, en el artículo 7, define como previsión social aquellos "beneficios a favor de los trabajadores o de los socios o miembros de las sociedades cooperativas, tendientes a su superación física, social, económica o cultural, que les permita el mejoramiento en su calidad de vida y en la de su familia". De igual forma, establece entre otras como previsiones sociales el aguinaldo, prima vacacional, prima de antigüedad, vacaciones, participación de utilidades, vivienda, días de descanso, indemnizaciones por riesgos de trabajo o enfermedad, jubilaciones, pensiones de vejez e invalidez, reembolso de gastos médicos, becas educativas para los trabajadores y los hijos de los trabajadores, guardería infantil, entre otros derechos que pueden ser reconocidos por parte del empleador y consideradas como beneficios contractuales (Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, 2013).

Reconocimiento del descanso remunerado

El descanso remunerado en el orden interno colombiano se garantiza en dos aspectos, uno frente a la labor semanal y el otro frente a la actividad laboral del año. En el primer caso, el descanso remunerado lo tienen todos los trabajadores por el hecho de prestar sus servicios en los días hábiles de la semana y no falte al sitio de trabajo injustificadamente, *conditio sine qua non* que lo hará acreedor del derecho a un día de descanso, que, por regla general, el empleador está obligado a dar el dominical como día de descanso y de forma remunerada. En el segundo caso, todo trabajador tiene derecho al reconocimiento remunerado de un descanso de quince días hábiles continuos de vacaciones por cada año laborado o el pago proporcional en el caso de trabajar menos del año y el contrato de trabajo finaliza. El Código Sustantivo del Trabajo prescribe en los artículos 172 y 173 el descanso de un día cuando labora toda la semana y en los artículos 186 y siguientes sobre el descanso remunerado de vacaciones. En ambos casos, los trabajadores de servicios domésticos tienen derecho al reconocimiento del descanso remunerado.

Por su parte, la Ley Federal de Trabajo en los artículos 69 y siguientes establece un día de descanso durante la semana y en los artículos 76 y siguientes las vacaciones anuales que se determina de manera progresiva de acuerdo con los años trabajados con el empleador, reconociendo un día de descanso remunerado semanal y varios días de descanso hábiles por cada año de trabajo que aumentara de manera progresiva por los servicios prestados. En el primer caso, por cada seis días de trabajo tienen derecho todos los trabajadores a un día de descanso, mientras que, en el segundo caso, aquellos trabajadores que tengan más de un año de trabajo tendrán derecho a "seis días hábiles, y que aumentará de dos en dos días por cada año de servicio, hasta llegar a doce días". Después del cuarto año, las vacaciones aumentarán en dos días por cada cinco años de servicios. Ahora bien, la Ley Federal de Trabajo en el artículo 336, determina puntualmente el descanso remunerado de las personas dedicadas al oficio domésticos, al señalar que "los trabajadores domésticos tienen derecho a un descanso semanal de día y medio ininterrumpido, preferiblemente en sábado y domingo" y referente al descanso remunerado anual, se aplica la regla general para todos los trabajadores.

Reconocimiento de la seguridad social en salud, riesgos laborales y pensiones

A partir de la Constitución Política de Colombia se garantiza la seguridad social como un servicio público, irrenunciable y de rango ius fundamental por su relación estrecha e inherente a la dignidad humana. Este derecho es regulado por la Ley 100 de 1993 que determina el sistema en cuatro elementos, salud, pensión, riesgos laborales y servicios sociales complementarios, regido por tres principios rectores constitucionales como son la universalidad, eficiencia y solidaridad, con el fin de garantizar una efectiva y material cobertura a toda la población laboral sin exclusión ni discriminación. Un gran logro jurídico se dio con la Ley 1450 de 2011, en el artículo 172 y reglamentado por el Decreto 2616 de 2013, permitiendo cotizar en seguridad social para aquellos trabajadores dependientes que laboren periodos inferiores a un mes, favoreciendo a los trabajadores de servicio doméstico que laboran en jornadas inferiores al mes, jornales o periodos ocasionales.

Las EPS brindan prestaciones asistenciales y económicas, donde las primeras garantizan la cobertura de atención médica, hospitalaria, farmacéutica, diagnósticos, imágenes, tratamientos, rehabilitación, prótesis, ortesis, quirúrgico, odontológico, laboratorios, gastos de traslado, hospedaje y alimentación (Decreto 770, 1975). El marco normativo establece como prestaciones económicas las incapacidades médicas, licencia de maternidad, licencia de paternidad y licencia de aborto (Decreto 760, 2015, art. 2.2.3.1.1.). El empleador tiene el deber de afiliar al trabajador al Sistema General de Riesgos Laborales -ARL- para cubrir las contingencias de accidente o enfermedad laboral a través de las prestaciones asistenciales y económicas. Las prestaciones asistenciales son las mismas de la EPS (Decreto 1295, 1994) y las prestaciones económicas son las incapacidades temporales, indemnización por incapacidad permanente parcial, pensión de invalidez, pensión de sobreviviente o sustitución pensional y auxilio funerario (Ley 776, 2002). De igual manera, constituye un deber legal la afiliación al Sistema General de Pensiones con el fin de amparar al cotizante frente a las contingencias de vejez, invalidez o muerte del afiliado o pensionado mediante las prestaciones económicas que tengan derecho a través del régimen de Prima Media o el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Las prestaciones económicas son la pensión de vejez, pensión de invalidez, pensión de sobreviviente o sustitución pensional, devolución de saldos o indemnización sustitutiva, auxilio funerario y la incapacidad médica (Decreto 1833, 2016).

En el contexto mexicano, la Carta Política establece la seguridad social como un derecho de orden público de acuerdo con el artículo 123, numeral XXIX, que cubre a los trabajadores frente a las contingencias propias del ser humano. El legislador a través de la Ley Federal del Trabajo, artículo 132, establece como obligación general del empleador brindar protección a sus trabajadores a través de la seguridad social, sin desconocer la Ley del Seguro Social expedida en el año 1943 que tiene la finalidad de garantizar cobertura de derechos mínimos y bienestar de las personas a través de la salud, pensión de vejez e invalidez, licencia de maternidad y accidentes de trabajo. Este derecho lo tienen todos los trabajadores, y, por ende, quienes se dedican a la labor del servicio doméstico que no pueden ser excluidas del sistema, dentro de un contexto de solidaridad o amparo especial para aquella parte de la población que se ubican en situaciones de vulnerabilidad (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017).

México cuenta con varios sistemas de seguridad social, de los cuales destacan dos instituciones públicas que proveen seguridad social como lo son el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) para las personas que se encuentran vinculadas a otras por una relación de trabajo, socios de cooperativas, y las personas que determine el poder ejecutivo Federal a través del Decreto respectivo, y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) para aquellas personas que laboral con el estado mexicano (Procuraduria Federal de la Defensa del Trabajo, 2018). En el caso particular, las trabajadoras domésticas, se afilian al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), una deuda histórica que lo reconoce el máximo tribunal mexicano en su precedente (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018), y garantizando una cobertura integral de acuerdo al marco jurídico en "**a.** Riesgos de trabajo (accidente o enfermedad de trabajo); **b.** Enfermedades y maternidad; (atención médica y pago de incapacidades); **c.** Invalidez (enfermedad general que le impida laboral); **d.** Vida (muerte del asegurado); **e.** Retiro, cesantía en edad avanzada y vejez (pensión por edad y años cotizados); **f.** Guarderías y prestaciones sociales" (Cámara de Diputados, 2020).

Reconocimiento de dotación, elementos de protección personal y auxilio de transporte

La dotación implica el deber legal por parte del empleador en suministrar el vestido de trabajo y calzado apropiado al empleado con el fin de cubrir la indumentaria que se causa en la misma relación de trabajo y se entrega en el término de tres (3) veces al año, pero una vez que haya cumplido tres (3) meses de servicio con el empleador, según lo prescrito en el Código Sustantivo de Trabajo establece el suministro de vestido y calzado de los artículos 230 al 233. Este derecho lo tienen todos los trabajadores siempre y cuando devenguen hasta dos salarios mínimos legales. Pero si es el caso en que devenga más de dos salarios mínimos, y con relación a la actividad que desempeña, el empleador está obligado en brindar al trabajador Elementos de Protección Personal -EPP-, con el fin de protegerlo contra accidentes o enfermedades laborales. Los EPP no tienen ningún límite de cuantía y

tampoco está limitado a una fecha de entrega anual, porque depende de la ficha técnica que establece el tiempo de entrega o reemplazo, según el Código Sustantivo de Trabajo en el art. 57,2. Los EPP hace parte de los lineamientos del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST) expresas en el decreto 1072 de 2015.

Ahora bien, el auxilio de transporte es un derecho que tienen los trabajadores colombianos para ayudar económicamente en los gastos de movilidad de su residencia al sitio de trabajo siempre y cuando devenguen hasta dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Hay que aclarar que no hay lugar cuando el trabajador reside en el mismo sitio de trabajo o cuando el traslado a este no le implique ningún costo. La Ley 15 de 1959, es el marco jurídico que establece el auxilio de transporte.

La Ley Federal del Trabajo mexicano establece las pautas de Elemento de Protección Personal que tiene la finalidad de brindar seguridad y salud en el trabajo de todos los trabajadores sin excepción, como también los instrumentos necesarios para laborar como la dotación requerida (Camara de Diputados del Honorable Congreso, 1970, art. 132, III, IV y XVI). Ahora bien, sobre el auxilio de transporte constituye un beneficio que el empleador anticipa al trabajador para uso efectivo en gastos de desplazamiento entre el lugar de residencia y el trabajo y viceversa, pero es importante aclarar que no existe en el marco jurídico mexicano una norma que determine la obligatoriedad en el suministro del auxilio de transporte, siendo facultativo este derecho.

El trabajo del servicio doméstico en condiciones dignas

La reivindicación de la labor del servicio doméstico implica una revaloración hermenéutica del ordenamiento jurídico colombiano y mexicano, rescatando el significado de la dignidad humana y el valor del trabajo en el contexto actual, reconociendo estas dos categorías, como estándares que ayudan a direccionar e interpretar los fines del Estado, para obtener una efectiva materialización de la justicia y equilibrio en las realidades sociales. De ahí que el objetivo principal de esta última parte del artículo busca deconstruir el derecho al trabajo del servicio doméstico en condiciones dignas, desde la argumentación jurídica razonable que reivindica la efectividad de las garantías laborales del servicio doméstico y reconocido como un derecho humano, fundamental y de orden público.

La deconstrucción del derecho laboral de los trabajadores de servicio doméstico implica una reivindicación de las garantías y principios del derecho, comprendiendo que dicho término fue propuesto por el argelino Jacques Derrida, quien indujo una relativización de conceptos dominante a través de una posición nihilista, con el fin de dar por no cierto lo establecido y desjerarquizando lo reglado, volviendo a retomar la esencia misma del derecho a través de un nuevo enfoque diferencial y concreto de la realidad en casos particulares. De igual manera, lo desarrolló el filósofo alemán Martín Heidegger, quien propuso transformar las categorías establecidas para volver a los fundamentos del pensamiento antiguo, depurando posiciones dogmáticas y estáticas que no permiten ver la realidad desde otra óptica.

Deconstruir implica retomar la esencia misma del derecho que se materializa en el continuo reconocimiento del ser humano, superando el formalismo estático, impávido e ineficaz de normas vigentes en materia laboral que protegen los derechos de los trabajadores, pero que han sido desconocidas con prácticas contractuales amañadas o disfrazadas por una incorrecta aplicación del marco jurídico, que en últimas, excluyen el verdadero espíritu teleológico del derecho, exigiendo por ende, una revaloración del ordenamiento jurídico del mundo trabajo a través del análisis creativo, una interpretación abierta, aplicada y actualizada de las nuevas modalidades contractuales frente a la normatividad vigente, con el fin de garantizar la efectividad de los derechos, principios y deberes que deben regular los vínculos de trabajo, y de esta forma, lograr la justicia en las relaciones entre las partes.

En otras palabras, deconstrucción implica una interpretación y aplicación correcta y holística de la realidad, que articula los lineamientos de políticas públicas internacionales que han sido expresos en los Objetivos del Desarrollo Sostenible, directrices lideradas por Naciones Unidas, cuando agrupa las dimensiones de sostenibilidad económica, social y ambiental en el contexto global, clasificadas en 17 objetivos, y estas a su vez, subdivididas en 160 metas que han sido determinadas como rutas de acción para mitigar la pobreza, fomentar el trabajo decente y mejorar las condiciones de calidad de vida de sus asociados, y de manera particular, el

objetivo octavo, cuando refiere el "trabajo decente y crecimiento económico", cuyo objetivo busca "promover el crecimiento económico inclusivo y sostenible, el empleo y el trabajo decente para todos", lineamientos que han sido reiteradas por la Organización Internacional del Trabajo, en la promoción de condiciones dignas, justas y decentes en cualquier modalidad contractual de trabajo.

Ahora bien, relacionando cada una de las partes del presente artículo, la primera parte describe el fenómeno socio jurídico del oficio de los trabajadores domésticos en el mundo del trabajo; la segunda, contrasta la labor del servicio doméstico en el derecho comparado frente a las garantías mínimas establecidas en el ordenamiento jurídico colombiano y mexicano; y en esta última, pretende deconstruir el derecho al trabajo del servicio doméstico en condiciones dignas, argumentando razonablemente la reivindicación efectiva de las garantías laborales del servicio doméstico como derecho humano, fundamental y de orden público que no deben quedar en una simple enunciación de derechos sino materialización del mismo para lograr la justicia social en las relaciones de trabajo.

La reivindicación del trabajo inicia cuando tiende la dignificación de la labor, es decir, reconoce el valor de la dignidad humana y el trabajo como derechos y principios humanos previamente garantizados en el marco jurídico interno y por las políticas públicas de gobernanza global de la Agenda 2030, con el objeto de buscar una simetría en las relaciones contractuales de justicia y equidad, protegiendo la actividad del servicio doméstico en condiciones dignas y decentes sin vulnerar derechos mínimos e irrenunciables, previamente establecidas en la normatividad vigente, derrumbando o desmontando -deconstrucción- una serie de concepciones jurídicas o económicas dominantes que desplazan la labor a una simple instrumentalización de la actividad humana (Moreno Villamizar, Deconstrucción de las garantías constitucionales de la seguridad social de los informales desde los principios en Colombia, 2020).

Se colige entonces, la dignificación de la actividad humana, que dentro de la estructura del modelo colombiano como Estado Social de Derecho, reconoce el carácter prevalente e inalienable de la persona, y en relación al ámbito constitucional del derecho mexicano, fue determinado por el constituyente primario como un Estado de derecho, llamado a garantizar los derechos humanos de todos sus asociados como un logro y progreso moral universal, donde ambos modelos constitucionales no se limitaron simplemente en asegurar la propiedad privada y libertad individual sino en amparar de forma real y efectiva los derechos mínimos e inherentes de la condición humana. En estos términos, deconstruir el ordenamiento jurídico exige garantizar los derechos propios e inalienables de la persona como un primer paso de protección de los derechos laborales y seguridad social de los trabajadores dedicadas al oficio doméstico, determinados como sujetos de especial protección constitucional, por parte del máximo tribunal en las sentencias T-185 de 2016 y la T-343 de 2016, por la precariedad y vulnerabilidad que han sido sometidos en el devenir histórico, y reiterado por la Corte Constitucional en la sentencia C-028 de 2019, al describir:

> 5.3. Aun cuando en la actualidad el trabajo doméstico se sigue reproduciendo en condiciones inadecuadas, bajos salarios, extensas jornadas, trabajo forzoso, informalidad y una limitada protección social, que les impide una movilidad ascendente, pese a su papel esencial en el cuidado y sostenimiento de la vida, lo cierto es que su protección ha venido discutiéndose paulatinamente y, de ese modo, presionando la transformación de viejas estructuras inequitativas.
>
> ……..
>
> 5.6. También el eco, desde múltiples espacios, de que el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado e invisible, realizado principalmente por mujeres y niñas, todas de escasos recursos y particularmente vulnerables a la discriminación, en los países que carecen de empleo formal ha permitido amplificar la realidad de que las condiciones particulares en las que se lleva a cabo se requieren normas específicas y protectoras que garanticen sus derechos. Pero esto también ha evidenciado la necesidad de proscribir de los ordenamientos jurídicos tratamientos odiosos que dispensen un trato inequitativo, o supongan un régimen jurídico distinto, justificado en la naturaleza de la actividad doméstica.
>
> ……..
>
> 5.10. De acuerdo con lo descrito, el trabajo doméstico es realizado fundamentalmente por mujeres, de escasos recursos económicos, con baja instrucción académica y en condiciones precarias de protección social. Sus vinculaciones son en un alto porcentaje verbales y aun cuando el desempleo no es alto, si lo es la ausencia de cobertura del sistema general de seguridad social como trabajadoras dependientes, lo que da cuenta de su alta informalidad. (Corte Constitucional, 2019).

Qué no decir, la situación de vulnerabilidad que vive las personas dedicadas al servicio doméstico en el ámbito mexicano, cuando

el máximo tribunal analiza el amparo de constitucionalidad de una norma demandada y determinando como problema jurídico de la litis ¿están obligados los empleadores a inscribir a los trabajadores de servicio doméstico en el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS)? La pregunta surge en el ámbito de cómo la misma norma sobre Seguridad Social, en el artículo 13, prevé la exclusión de inscripción en el régimen obligatorio de la seguridad social, constituyendo a primera vista un acto discriminatorio contra una parte de la población laboral y una concreta vulneración del derecho humano a la seguridad social.

Se valora la manera como el alto tribunal deconstruye el marco jurídico al conceder el amparo constitucional analizando el espíritu de la Ley del Seguro Social de manera integral, señalando como el artículo anterior de la norma demandada, prescribe un número de trabajadores que se encuentran sujetos a los regímenes especiales, entre ellos, el trabajo doméstico, exigiendo, por ende, la obligación de los empleadores a inscribirlos en el IMSS, porque no pueden estar desamparados de las garantías mínimas que tienen los demás trabajadores y en consonancia con el artículo primero de la Carta Política del Estado mexicano que protege y reconoce los derechos humanos.

Llama la atención de igual forma, como el máximo tribunal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce las condiciones precarias que sufren las trabajadoras de servicio doméstico, determinando que esa labor es realizada en la mayoría de los casos por mujeres que viven situaciones de injusticia, pobreza y marginación, exigiendo al Estado mexicano una política pública incluyente, igualitaria y de formalización del trabajo, para lograr como fin último la promoción de condiciones de vida digna y decente en todas las labores. De ahí, que se ordena la inaplicación del artículo de la norma demandada, declarándola inconstitucional por su carácter discriminatorio y amparando el acceso a la seguridad social como derecho humano para todas las trabajadoras del servicio doméstico (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018b).

Por consiguiente, los máximos tribunales del ordenamiento jurídico colombiano y mexicano, buscan promover el valor del trabajo y su relación directa con la dignidad humana, como fin último del derecho, amparando derechos individuales, sociales, económicos y colectivos de sus asociados que no pueden ser ignorados o menospreciado con acciones u omisiones contractuales discriminatorias, y acatando los lineamientos de políticas públicas de gobernanza global referente al reconocimiento del trabajo en condiciones dignas, justas y decentes, implicando de esta forma, una trascendencia de la interpretación y aplicación del derecho desde una visión holística del ser humano, que no puede reducirse a una utopía jurídica nominativa de contar con el derecho pero sin garantías o eficacia.

Por lo tanto, se entiende por utopía jurídica nominal el simple reconocimiento de la existencia de la norma pero sin el alcance efectivo de la misma, por el limitado grado de aplicación normativa en determinadas circunstancias o labores, es decir, se encuentra la norma vigente pero sin el debido campo de acción, desconociendo el orden público e irrenunciable de las normas laborales, convirtiendo la ley en letra muerta para aquellos trabajadores sujetos a condiciones de precariedad y vulnerabilidad como es el caso de las personas dedicadas al servicio doméstico, sometidas en gran parte a ámbitos de explotación y alienación de las relaciones de trabajo con la aquiescencia de las autoridades públicas.

De esta forma, la dignidad humana y el trabajo tiene una relevancia inherentes de la persona que no pueden cosificarse, instrumentalizarse o reducirse a un ámbito mercantil y utilitarista de producción de capital, porque ambos elementos confluyen entre sí y determinan al ser humano como un "resultado de las relaciones de producción", de acuerdo al planteamiento de Marx, quien describe el valor del trabajo en estrecha relación con la dignidad, rechazando cualquier clase de situación enajenante que desconecta el trabajo con la esencia misma de la persona (Marx, Manuscritos económicos y filofóficos de 1844, 1844, pág. 35).

Por esta razón, deconstruir el derecho laboral y seguridad social, implica una desmitificación exegética de la norma para comenzar a interpretar y aplicar el derecho desde la óptica transformadora, dinámica y dúctil del derecho, asumiendo las realidades jurídicas y sociales de la actualidad, con un espíritu de coherencia y justificación razonable en las decisiones que se adopten en el marco jurídico interno e internacional, prevaleciendo la condición humana como garantía efectividad de todos los derechos y demarcando un trato igualitario, diferencial y preferente entre sus asociados, comenzando de esta manera, ser reconocidos los trabajadores del servicio doméstico como un grupo de especial protección.

Deconstruir significa una revaloración de las realidades históricas y sociales del ser humano, retomando la esencia misma del ser que conecta la dignidad humana y el trabajo como valores y principios inherentes, exigiendo una reivindicación de los derechos en igualdad y simetría jurídica, especialmente de los más desvalidos a través de la promoción y materialización eficaz de las normas que se encuentran positivizadas y conectadas con el derecho al trabajo, y que han sido reconocidas como cartas de triunfo histórico en el devenir contemporáneo, desde el momento en que fue determinado como un derecho humano, reconocido para todos los trabajadores, particularmente, las personas dedicadas a la labor del servicio doméstico, quienes están llamadas a disfrutar de las garantías constitucionales y legales del ordenamiento jurídico colombiano y mexicano, partiendo de relaciones laborales justas que superen las brechas de marginación, pobreza y precarización laboral y rechazando cualquier tipo de aquiescencia de acción u omisión del Estado que permita la vulneración de derechos mínimos, irrenunciables e inherentes a la condición humana a través de conductas que desmejoren la actividad humana del trabajo doméstico.

CONCLUSIONES

El oficio del trabajo doméstico es una actividad reglada por el ordenamiento jurídico interno de cada Estado y protegido internacionalmente por las Naciones Unidas a través de la Agenda 2030, cuyos lineamientos establecen los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la OIT como máximo organismo que defiende la reivindicación de la labor humana a través de las normas internacionales del trabajo -NIT- y que han sido recopiladas en los Convenios y Recomendaciones, con el fin de buscar la promoción de relaciones laborales en un contexto de justicia y equidad.

La paradoja surge desde el momento en que se contrasta la realidad contractual de esta parte de la población que se encuentran dedicados al servicio doméstico y lo previamente establecido en la norma, denotando un desamparo y desprotección de la labor, bajo el agravante de contar con la aquiescencia de las autoridades públicas, quienes conocen de las situaciones que son sometidos los trabajadores domésticos y arrojados a situaciones de discriminación e informalidad, induciendo por ende, a ámbitos de exclusión de las garantías mínimas del derecho laboral.

Un gran número de trabajadores dedicados al oficio domésticos viven condiciones laborales asimétricas de desigualdad e injustica que se evidencia en tratos degradantes, jornadas extensas, sobrecarga laboral, salarios por debajo del mínimo, inestabilidad en el trabajo, desconocimiento efectivo del descanso remunerado, omisión en la entrega de dotación, elementos de protección personal o auxilio de transporte, y que no decir, sobre el incumplimiento en el pago de las prestaciones sociales, afiliación y aportes al sistema de seguridad social, entre otros derechos.

Limitar las garantías inherentes de los trabajadores a una simple enunciación de derechos sin efectividad de los mismos, implica una reduciendo del ordenamiento jurídico a una utopía nominal, es decir, reconocen las normas que están previamente establecidas y vigentes pero sin lograr la materialización de los derechos laborales, imponiendo situaciones de desprotección laboral a los trabajadores domésticos, que a pesar de la validez y legitimidad de la norma no logran obtener la eficacia y aplicación del marco legal, induciendo a situaciones de trabajo informal y desregularizado, y desconociendo el marco jurídico que reconoce el trabajo como un derecho humano, fundamental e irrenunciable, que debe brindarse en condiciones dignas y justas sin discriminación.

El marco jurídico laboral colombiano y mexicano tiene como fin último la justicia social de las relaciones de trabajo en un contexto de promoción y reconocimiento de la dignidad humana, exigiendo retomar la esencia misma del derecho en el ámbito laboral, reivindicando el trabajo en condiciones decentes en todas sus modalidades, superando criterios que cosifican la persona a través del modelo neoliberal que antepone el capital con mañosas modalidades de contratación actual, induciendo una instrumentalización del ser humano; de ahí, que la reivindicación del trabajo parte desde el momento que conecta la labor con la dignidad humana.

Deconstruir envuelve una relativización de los modelos económicos imperantes para volver a la esencia misma del derecho y lograr de esta forma, la justicia en las relaciones de trabajo, que, en el caso de los trabajadores de servicio doméstico, refiere una formalización laboral a través de un contrato de trabajo a término fijo o indefinido, reconocimiento de una jornada laboral ordinaria máxima de trabajo, remuneración salarial que no puede ser inferior al mínimo, conceder un

trabajo en condiciones digna, justa y decente, reconocer las prestaciones sociales establecidas por la ley, garantizar el descanso remunerado de un día a la semana y el derecho a descansar por año trabajado, brindar un reconocimiento integral de la seguridad social en salud, riesgos laborales y pensiones, y el reconocimiento de dotación, elementos de protección personal y auxilio de transporte.

Deconstrucción del derecho laboral implica un vuelco de posiciones jurídicas dominantes desde una interpretación teleológica que busca el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de todos sus asociados, reinterpretando la realidad transformadora y cambiante de las personas y la sociedad, determinando la preponderancia del derecho al trabajo en el orden social y jurídico que impone mecanismos para el reconocimiento de los derechos y garantías a favor de los trabajadores y lograr una materialización efectividad de los derechos laborales ante las autoridades competentes, con el fin de garantizar un trato igualitario, diferencial y preferente entre sus asociados, sin desconocer el alcance de la persona como fin último del derecho, y de manera particular, el reconociendo de los trabajadores de servicio doméstico como sujetos de especial protección, por las circunstancias históricas y sociales de vulnerabilidad y precarización laboral que han sido inmersos.

REFERENCIAS

Anderson, B. (2002). Just Another Job? The Commodi-fication of Domestic Labor. En B. E. Hochschild, *Global Woman. Nannies, Maids and Sex Workers in the New Economy* (pág. 104.115). New York: Henry Holt. Obtenido de https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4118689/mod_resource/content/1/Hochschild%20 2003%20.Love%20and%20Gold%20pdf.pdf

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2009, art. 1). *Ley 8726.* San José: Diario Oficial. Obtenido de https://oig.cepal.org/sites/default/files/2009_ley8726_cri.pdf

Cámara de Diputados. (2020). *Ley General de Salud.* México: Gaceta Parlamentaria. Obtenido de https://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/64/2020/abr/20200407-III.pdf

Camara de Diputados del Honorable Congreso. (1970, art. 132, III, IV y XVI). *Ley Federal del Trabajo.* México: Gaceta. Obtenido de https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/156203/1044_Ley_Federal_del_Trabajo.pdf

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (30 de Marzo de 2022). *Seguridad social para personas trabajadoras del hogar: un tema pendiente.* México: SCJM. Obtenido de https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/seguridad-social-para-personas-trabajadoras-del-hogar-un-tema-pendiente

Ciudad Defensora. (2020a). *Derechos laborales de las trabajadoras del hogar.* Mexico: Revista de Derechos Humanos. Obtenido de https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2020/03/Ciudad_Defensora_05_DD_laborales_trabajadoras_del_hogar.pdf

Ciudad defensora. (2020b). *Derechos laborales de las trabajadoras del hogar.* México: cdhcm. Obtenido de https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2020/03/Ciudad_Defensora_05_DD_laborales_trabajadoras_del_hogar.pdf

Comisión Económica Para América Latina y el Caribe. (2020). *Trabajadoras remuneradas del hogar en América Latina y el Caribe.* Washintong: CEPAL. Obtenido de https://oig.cepal.org/sites/default/files/trabajadoras_remuneradas_del_hogar_v11.06.20_1.pdf

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2017). *Derecho humano a la seguridad social.* Mexico: CNDH. Obtenido de https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/Cartilla-DH_Seguridad_social.pdf

Congreso de la Nación Argentina. (2013, art. 2). *Ley 26.844. Regimen especial de contrato de trabajo para el personal de casas particulares.* Buenos Aires: Gaceta. Obtenido de https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26844-210489/texto

Congreso de la República de Colombia. (1951, art. 1). *Código Sustantivo de Trabajo.* Bogotá: La Gaceta. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html

Congreso de la República de Colombia. (2012, art. 1). *Ley 1595. Trabajo doméstico.* Bogotá: Diario oficial. Obtenido de https://oig.cepal.org/sites/default/files/2006_ley18065_ury.pdf

Congreso de la República de Venezuela. (7 de Mayo de 2012). *Ley Organica del Trabajo.* Caracas: La Gaceta. Obtenido de https://www.inces.gob.ve/wp-content/uploads/2017/10/lot.pdf

Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. (1970, art. 331). *Ley Federal del Trabajo.* Mexico D.C.: Diario oficial de la Federación. Obtenido de https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/156203/1044_Ley_Federal_del_Trabajo.pdf

Congreso de los Estados Unidos de México. (1970, art. 2). *Ley Federal del Trabajo*. México: Diario Oficial. Obtenido de https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/156203/1044_Ley_Federal_del_Trabajo.pdf

Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. (2013). *Ley del impueto sobre la renta*. México: Diario Oficial. Obtenido de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISR.pdf

Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. (2013, art 7). *Ley del impuesto sobre la renta*. México: Diario Oficial. Obtenido de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISR.pdf

Congreso Nacional. (9 de Abril de 2003). *Ley 2450*. La Paz: La Gaceta. Obtenido de https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1445/Ley%20No.2450.pdf

Congreso Nacional de Brasil. (1972, art. 1). *Ley 5859*. San Paulo: Gaceta. Obtenido de https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/88661/101477/F1902352933/BRA88661.pdf

Congreso Nacional de Chile. (1987, art. 142). *Ley 18620. Código de Trabajo*. Santiago de Chile: Diario oficial. Obtenido de https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/43532/1/HL18620.pdf

Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación. (2021). *Informe sobre la situación de los derechos de las personas trabajadoras del hogar en la Ciudad de México*. Obtenido de https://www.facebook.com/COPREDCDMX/videos/207619547824621/

Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación. (9 de Agosto de 2022). *Informe del contexto laboral del servicio doméstico*. Mexico: Oficio. Obtenido de https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/05557f9cd0290e2ca571bca1bf05569cd67375f0.pdf#:~:text=Como%20es%20de%20su%20conocimiento%2C%20de%20conformidad%20con,con%20el%20derecho%20fundamental%20a%20la%20no%20discriminaci%C3%B3n.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos . (5 de Febrero de 1917, art. 123). *Constitución de Querétaro*. Querétaro: Diario oficial. Obtenido de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf#:~:text=CONSTITUCION%20POLITICA%20DE%20LOS%20ESTADOS%20UNIDOS%20MEXICANOS%20QUE,todas%20las%20personas%20gozar%C3%A1n%20de%20los%20derechos%20humano

Corte Constitucional. (21 de Julio de 1998). *C-372*. Bogotá. Obtenido de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-372-98.htm

Corte Constitucional. (13 de Noviembre de 2014). *C-871*. Bogotá. Obtenido de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-871-14.htm

Corte Constitucional. (13 de Noviembre de 2014). *C-871*. Bogotá. Obtenido de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-871-14.htm

Corte Constitucional. (2 de Febrero de 2017). *SU 049*. Bogotá. Obtenido de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU049-17.htm

Corte Constitucional. (30 de Enero de 2019). *C-028*. Bogotá. Obtenido de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-028-19.htm

Corte Constitucional. (15 de Mayo de 2019). *C-200*. Bogotá. Obtenido de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-200-19.htm

Corte Constitucional. (24 de Noviembre de 2021). *C-408*. Bogotá. Obtenido de https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/C-408-21.htm

(1994). *Decreto 1295*. Bogotá: Gaceta. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1295_1994.html

(2016). *Decreto 1833*. Bogotá: Gaceta. Obtenido de https://www.fopep.gov.co/wp-content/uploads/2019/03/Decreto-1833-de-2016.pdf

(2015, art. 2.2.3.1.1.). *Decreto 760*. Bogotá: Gaceta. Obtenido de https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=65994&dt=S

(1975). *Decreto 770*. Bogotá: Gaceta. Obtenido de https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1162682

Decreto de Gabinete. (1971, art. 230). *Código del Trabajo*. Panamá: Gaceta oficial. Obtenido de https://www.mitradel.gob.pa/trabajadores/codigo-detrabajo/

Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (Abril de 2020). *Participación de las mujeres colombianas en el mercado laboral. Comisión legal para la equidad de la mujer*. Bogotá: DANE. Obtenido de https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/genero/informes/Informe-participacion-mujer-mercado-laboral.pdf

Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (11 de Julio de 2024). *Ocupación Informal. Trimestre de abril a junio*. Bogotá: Dane. Obtenido de https://www.dane.gov.co/files/operaciones/GEIH/bol-GEIHEISS-mar-may2024.pdf

El Espectador. (2022). *Por un trabajo doméstico formal*. Bogotá: El Espectador. Obtenido de https://www.elespectador.com/economia/por-un-trabajo-domestico-formal/

Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (28 de Marzo de 2023). *Estadistica sobre el Trabajo Doméstico*. Mexico: INEGI. Obtenido de https://inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2023/EAP_TrabHogar23.pdf

Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (2024). *Estadísticas a proposito del día internacional de las trabajadoras del hogar*. México: Diario Oficial INEGI. Obtenido de https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2024/EAP_tdom.pdf

Kant, E. (2001). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos. Obtenido de https://losapuntesdefilosofia.files.wordpress.com/2017/09/kant-la-metafisica-de-las-costumbres-editorial-tecnos.pdf

Kant, M. (2003). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. @: Biblioteca virtual universal . Obtenido de https://biblioteca.org.ar/libros/89648.pdf

(2002). *Ley 776*. Bogotá: Gaceta. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0776_2002.html

Marx, K. (1844). *Manuscritos económicos y filofóficos de 1844*. Biblioteca Virtual Universal. Obtenido de https://www.biblioteca.org.ar/libros/157836.pdf

Marx, K. (1867). *El Capital*. Hamburgo: Biblioteca Virtual. Obtenido de http://biblio3.url.edu.gt/Libros/CAPTOM1.pdf

Ministerio de Trabajo. (2020). *Trabajo domestico remunerado en Colombia*. Bogotá: Diario Oficial. Obtenido de https://colombia.unwomen.org/sites/default/files/Field%20Office%20Colombia/Documentos/Publicaciones/2020/01/trabajo%20domestico%20colombia.pdf

Ministerio del Trabajo. (29 de Marzo de 2023). *Formalización del servicio doméstico*. Bogotá: Ministerio del Trabajo. Obtenido de https://www.mintrabajo.gov.co/web/guest/comunicados/2023/marzo/cerca-de-600-mil-trabajadoras-y-trabajadores-del-servicio-domestico-se-beneficiaran-con-reforma-laboral?inheritRedirect=true

Moreno Villamizar, M. (2020). Deconstrucción de las garantías constitucionales de la seguridad social de los informales desde los principios en Colombia. *DIXI*, 1.32. Obtenido de https://doi.org/10.16925/2357-5891.2020.02.05

Moreno Villamizar, M. (2020). Deconstrucción de las garantías constitucionales de la seguridad social de los informales, desde los principios, en Colombia. *DIXI*, 1-32. Obtenido de file:///C:/Users/moren/Downloads/andradec,+05_Seguridad_Social.pdf

Moreno Villamizar, M. (2021). Bogotá: Universidad Libre. Obtenido de https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/20632/Manuel%20Mauricio%20Moreno%20Villamizar%20-%20TESIS%20DOCTORAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Moreno Villamizar, M. (2021). Deconstrucción de las garantías constitucionales de la seguridad social de los informales en Colombia, utopía o realidad. *Criterios*, 77-118. Obtenido de https://revistas.usb.edu.co/index.php/criterios/article/view/5352/3868

Moreno, M. M. (2021). *Inequidad en la cobertura del Sistema de Seguridad Social de los trabajadores que se encuentran en la economía informal en Colombia: propuesta de interpretación para la garantía de sus derechos a partir de los postulados del derecho como integridad*. Bogotá: Repositorio Universidad Libre. Obtenido de https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/20632

Naciones Unidas. (Septiembre de 2015a). *Objetivo 8: Promover el crecimiento económico inclusivo y sostenible, el empleo y el trabajo decente para todos*. New York: Naciones Unidas. Obtenido de https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/economic-growth/

Naciones Unidas. (2015b). *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. New York: Naciones Unidas. Obtenido de https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-development-goals/

OIT. (2019). *Informalidad y falta de cumplimiento de las leyes afectan a millones de trabajadoras de servicio doméstico*. Ginebra: OIT. Obtenido de https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_828585/lang--es/index.htm

Organización Internacional del Trabajo. (2011). *C 189. Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domesticos*. Ginebra: OIT. Obtenido de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189

Organización Internacional del Trabajo. (2011). *C189 - Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos*. Ginebra: OIT. Obtenido de https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:2551460

Organización Internacional del Trabajo. (2018). *Tiempo de trabajo*. Ginebra: OIT. Obtenido de https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/working-time/lang--es/index.htm#:~:text=En%20estos%20dos%20Convenios%20se,de%208%20horas%20al%20d%C3%ADa.&text=Estos%20instrumentos%20establecen%20el%20principio,de%20

Organización Internacional del Trabajo. (2019). *ERRADICAR EL TRABAJO INFANTIL, EL TRABAJO FORZOSO Y LA TRATA DE PERSONAS EN LAS CADENAS MUNDIALES DE SUMINISTRO*. Ginebra: OIT. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipec/documents/publication/wcms_716932.pdf

Organización Internacional del Trabajo. (2019). *Perfil del trabajo doméstico remunerado en México*. México: OIT. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_697144.pdf

Organización Internacional del Trabajo. (2021a). *Hacer del trabajo doméstico un trabajo decente*. Ginebra: OIT. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_802556.pdf

Organización Internacional del Trabajo. (2021b). *El trabajo doméstico remunerado en América Latina y el Caribe, a diez años del Convenio núm. 189*. Ginebra: OIT. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_828455.pdf

Organización Internacional del Trabajo. (2021c). *El trabajo doméstico remunerado en América Latina y el Caribe*. Ginebra: OIT. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_828455.pdf

Organización Internacional del Trabajo. (2022). *Making the right to social security a reality for domestic workers*. Ginebra: OIT. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/publication/wcms_848280.pdf

Parlamento del Uruguay. (5 de Diciembre de 2006). *Ley 18065*. Montevideo: Diario Oficial. Obtenido de https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18065-2006

Pegoraro, L., & Rinella, A. (2016). *Derecho Constitucional Comparado 1. La ciencia y el método*. Mexico: Astrea. Obtenido de https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4276/1.pdf

Procuraduria Federal de la Defensa del Trabajo. (13 de Junio de 2018). *La seguridad social y sus beneficios*. México: Gobierno de México. Obtenido de https://www.gob.mx/profedet/es/articulos/seguridad-social?idiom=es

Secretaria de Trabajo y Previsión Social. (2008). *Normas sobre el trabajo en condiciones seguras*. México: Secretaria de Trabajo y Previsión Social. Obtenido de https://www.dof.gob.mx/normasOficiales/3540/stps/stps.htm

Secretaria del Trabajo y Previsión Social. (1 de Enero de 2023). *Salario Mínimo 2023*. Mexico: Gobierno de México. Obtenido de https://www.gob.mx/stps/prensa/entran-en-vigor-salarios-minimos-2023-en-todo-el-pais?idiom=es

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2018). *Amparo Directo 9*. México: CSJN. Obtenido de https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/resumen/2020-12/Resumen%20AD9-2018%20DGDH.pdf

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (5 de Diciembre de 2018a). *Trabajadoras del Hogar*. México: SCJN. Obtenido de https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-01/Sentencia%20AD%209-2018%20PDF.pdf

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (5 de Diciembre de 2018b). *Trabajadoras del hogar*. México: Sentencia amparo directo. Obtenido de https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-01/Sentencia%20AD%209-2018%20PDF.pdf

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2021). *Estabilidad Laboral en el Embarazo*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Obtenido de https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2021-10/ESTABILIDAD_LABORAL_EN_EL_EMBARAZO.pdf

Uniandes. (13 de Octubre de 2022). *Foro: Impulsando la formalización laboral del trabajo doméstico*. Bogotá: Uniandes. Obtenido de https://www.facebook.com/watch/live/?ref=watch_permalink&v=3035136616630380

POTESTAD DE REFORMA LIMITADA DE LA CONSTITUCIÓN: UN ANÁLISIS CRÍTICO A LA LUZ DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

LIMITED POWER TO AMEND THE CONSTITUTION: A CRITICAL ANALYSIS IN LIGHT OF DEMOCRATIC LEGITIMACY

Juan Camilo Restrepo Restrepo
https://orcid.org/0009-0008-0891-1454
International Human Rights Law, Lund University
restrepo.juanc2105@gmail.com
Suecia

Allan Rodríguez-Aristizábal
https://orcid.org/0000-0001-9155-6810
Universidad de Medellín
adrodriguez@udemedellin.edu.co
Colombia

"Lo que se encierra en el quedarse, ya es lo rígido;
¿se cree seguro bajo la protección del gris inaparente?
Espera, a lo duro advierte desde la lejanía algo más duro.
Ay -: ¡un martillo ausente toma vuelo!"
Rilke, Sonetos a Orfeo. Soneto XII, Parte 2.

https://doi.org/10.24265/voxjuris.2025.v43n2.07

Recibido: 28 de agosto de 2024 Aceptado: 18 de noviembre de 2024

SUMARIO

- Introducción
- Método de análisis
- Límites formales y materiales
- La legitimidad democrática ¿fundamento limitado de la constitución?
- Kelsen y Schmitt: Legalidad y Legitimidad
- Discursos contemporáneos sobre la Legitimidad Democrática
- Más allá de la democracia deliberativa, el pluralismo agonista
- Legitimidad democrática y neoliberalismo
- Límites a la potestad de reforma de la Constitución y Legitimidad democrática
- Constituciones atrincheradas y teorías de la Legitimidad Democrática
- Conclusiones
- Referencias

RESUMEN

El presente artículo hace un análisis del concepto de límites a la potestad de reforma de la Constitución a la luz del concepto de "legitimidad democrática", para proponer un diseño alternativo de la Constitución desde una óptica realista y crítica. El primer concepto es analizado a partir de una clasificación de cada uno de los límites que existen y así mismo el concepto en general. El concepto de legitimidad democrática es analizado desde una perspectiva de la historia conceptual para llegar al entendimiento de que la legitimidad es garantizada por el consenso del pueblo. El artículo propone ver las Constituciones como textos políticos negociados entre seres humanos, y por lo tanto sujeto a cualquier crítica y cambio; en vez del análisis que mitifica tanto el poder constituyente primario como la Constitución en sí misma, el cual va en contravía de la legitimidad democrática.

PALABRAS CLAVE

constitucionalismo, democracia, legitimidad, poder constituyente, poder de reforma.

ABSTRACT

This article analyzes the concept of Limits on the Power to Amend the Constitution in light of the concept of Democratic Legitimacy, proposing an alternative constitutional design from a realistic and critical perspective. The first

concept is examined through a classification of each of the existing limits, as well as the general concept. The concept of democratic legitimacy is analyzed from the conceptual history perspective on the development of the concept of legitimacy, concluding that legitimacy is guaranteed by the consensus of the people. The article suggests viewing Constitutions as political texts negotiated among human beings and therefore subject to any criticism and change, rather than the analysis that mythicizes both the primary Constituent Power and the Constitution itself, which runs counter to democratic legitimacy.

KEYWORDS

constitutionalism, democracy, amendment powers, legitimacy, constituent powers.

INTRODUCCIÓN

La Constitución es la norma de mayor jerarquía para los ordenamientos jurídicos. Son las normas más fundamentales que organizan el gobierno de un Estado. Aristóteles definía a la Constitución (traducido del término πολιτεία) en su obra *La política* como el orden de *la polis*, "la organización de las magistraturas en el Estado, especialmente de la más alta de todas" (Aristóteles, *La política* III, 6, 1278b). Las Constituciones son creadas por quien es titular del poder constituyente, quien es dueño de la autoridad política y como su nombre lo indica constituye el ordenamiento jurídico a priori. Schmitt (1982) define el poder constituyente en su obra *Teoría de la Constitución* como "La voluntad política, cuyo poder y autoridad es capaz de tomar la decisión concreta y comprensible sobre el tipo y la forma de su propia existencia política" (p. 93). El poder constituyente no tiene límites, pues tiene el poder de crear la Constitución y es el fundamento del poder constituido, quien es el que ejerce la autoridad política y legal de manera derivada. El poder constituido se encuentra limitado por normas constitucionales para su ejercicio, establecidas por el poder constituyente. En la teoría constitucional liberal clásica, una vez establecidas las 'reglas de juego' el poder constituyente que creó la Constitución desaparece y da paso al poder constituido.

La palabra reformar, tiene dos significados que vale la pena mencionar para el propósito de esta investigación: 1. Volver a formar, rehacer. 2. Modificar algo, por lo general con la intención de mejorarlo (Real Academia Española, s.f., definición 1y 2). Su etimología, además, es *rĕformo* que significa volver a dar forma a algo, transformar, metamorfosear, remoldear (Harper and Brothers, 1879). Las constituciones deben reformarse para que puedan atender a las necesidades de la sociedad. Bien sea reformarse de volver a formarse y otras veces para introducir simples modificaciones. Para reformar la Constitución, se establecen límites que son, o formas que debe seguir el poder constituyente o "diques" materiales que no se deben sobrepasar. Estos límites pueden inventariarse en, 1. Materiales y formales; 2. explícitos o implícitos; y, 3. supraconstitucionales, preconstitucionales e intraconstitucionales (Pardo Álvarez, 2023). Que una Constitución pueda permanecer en el tiempo o no es la función de estos límites a la potestad de reforma de la Constitución, como también cuán rígida o flexible sea la Constitución dependerá de cuán gravosos sean estos límites. Por límites gravosos se deben entender aquellos límites que imponen barreras que no puedan ser alcanzadas o difícilmente alcanzadas por el poder constituyente para lograr reformar el texto Constitucional. Muchos autores han sugerido que las Constituciones rígidas y generales, que establecen límites gravosos para sus reformas, son menos democráticas; y que, por el contrario, las Constituciones flexibles y específicas son garantía de mayor democracia.

La legitimidad entendida en términos políticos se refiere a una cualidad que pueden tener las instituciones y sus decisiones. Para diversos autores, la legitimidad está vinculada al concepto de autoridad política, o poder de coerción, siendo la legitimidad el fundamento de estos. De las Instituciones y sus decisiones también se puede presumir legitimidad cuando se sigue un procedimiento o se realizan determinados valores. El concepto de legitimidad también ha tenido distintas maneras de entenderse a través de la historia, pues se ha dicho que el fundamento de la autoridad proviene de Dios, la ley o el pueblo. Vale la pena agregar que, en la tradición filosófica desde la baja edad media, el concepto de legitimidad de por sí ya se encuentra unido a la idea de consentimiento del pueblo o de los súbditos, y que en la modernidad la legitimidad estaría fuertemente vinculada a las teorías contractualistas y a la idea de soberanía popular. Contemporáneamente, el concepto de legitimidad democrática es, en principio, la legitimidad de un determinado régimen con referencia a su carácter democrático (Chiocchetti, 2017). El objetivo de este artículo es exponer la contradicción que

restrepo.juanc2105@gmail.com, adrodriguez@udemedellin.edu.co

tienen estos límites, pues muestra una tensión importante entre legitimidad democrática y liberalismo. Por un lado, democracia como sinónimo de soberanía popular, legitimidad conseguida a través de la participación en la toma de decisiones, y por el otro liberalismo, que desconfía de la participación directa de las personas en tanto que se conviertan en tiranía de las mayorías, pues representan una amenaza para los derechos liberales. Proponer y conceptualizar una respuesta a esta contradicción no es el propósito de esta investigación, pero sí se propone al lector la posibilidad de repensar el diseño Constitucional de manera tal que se garantice la legitimidad democrática, donde sea posible participar, revisar, deliberar y modificar constantemente la norma más fundamental de todas para ajustarla al modelo de sociedad que los ciudadanos desean.

MÉTODO DE ANÁLISIS

Esta investigación es de naturaleza cualitativa, centrada principalmente en el estudio de textos que atañen a los conceptos de legitimidad y a los límites de reforma a la constitución, y en esta medida el método que se aplica es el de la historia conceptual de Reinhart Koselleck, cuyas características fundamentales se explican a continuación, y que representan una opción que permite revisar la historia de los conceptos a la par que la historia de la sociedad, para así comprender las dinámicas que entre estos se tejen.

La historia conceptual como método de investigación jurídico-política

Frases como "quien no recuerda su pasado, está condenado a repetirlo" (traducción propia) de George Santayana (2014), e "*Historia, magistra vitae [est]*" de Marco Tulio Cicerón (2002), parten de un supuesto fundamental: los estudios históricos implican enseñanzas, no solamente fácticas (es decir, centradas en describir qué ocurrió), sino también éticas, toda vez que a partir de ellos se adquieren las condiciones para juzgar, el pasado y el presente en torno a lo que es bueno o malo para una sociedad, proyectando así mismo una imagen o idea del futuro que se desea, por lo que existiría una suerte de *espíritu* o *razón* que, tras bambalinas y por medio de la historia, puede llevar al ser humano por un proceso de aprendizaje permanente y a un progreso casi constante hacia el "bien", en la medida que se preste suficiente atención a eso que la historia nos pretende contar. Esta postura es común entre las personas, tanto académicas (Edwards, 2008) como en medios no especializados (Olaya, 2023), constituyendo pues una de las principales maneras de comprender nuestra historia colectiva e individual. Esto, sin embargo, es revisado por Reinhart Koselleck (1923–2006), no porque la historia no tenga nada qué enseñarnos, todo lo contrario, el pasado es parte fundamental de la existencia humana, mas los juicios que se hacen sobre la historia y las conclusiones que de ella se extraen no son necesariamente "evidentes" u objetivos (en un sentido de "verdad absoluta") y, por el contrario, bien pueden ser el resultado de preconcepciones que retrospectiva y anacrónicamente se quiere añadir al pasado, para así justificar una posición ideológica concreta de unos intereses presentes o futuros, motivo por el cual la historia debe revisarse no como un estudio al estilo positivista de "sujeto-objeto", en donde el primero descubre la verdad sobre el segundo, sino que es una relación de construcción constante, donde las narraciones, descripciones, ideologías y demás factores humanos que interviene en la definición del "pasado" entran en una relación de continuidad (tradición), reconstrucción (revisión) y nueva significación (neologismos) de los conceptos que se utilizan para nombrar y narrar dicha historia.

Esta es la razón por la cual este autor propone la revisión de la historia a través de tales conceptos (por ejemplo, democracia, justicia, derecho, etc.), por ser estos los que encapsulan las experiencias pasadas, a la vez que constituyen horizontes de expectativas de las sociedades, puesto que al leer las fuentes originarias podemos comprender sus ideas sobre dichos conceptos, tanto en su descripción de lo que eran en su momento histórico (experiencia), como lo que se esperaría que fueran en un futuro (expectativa), y a partir de ello hacer una conexión de cómo dichos conceptos han mutado con el paso del tiempo. Por lo anterior, la historia no sería una verdad objetiva, sino que es una construcción constante, sin por ello ser subjetiva, en tanto que la misma sigue estando conectada a los textos y hechos que le sirven de referente y que no se pueden desconocer. Esta propuesta de revisar la historia a partir de los conceptos es denominada *historia conceptual* y constituye una de las principales aportaciones que Reinhart Koselleck dejó a los estudios historiográficos y que hoy en día se aplican a otras ramas del conocimiento como el derecho.

En este artículo se parte entonces del método propuesto por el citado autor, toda vez que

se contrastan dos conceptos[1] que han sido fundamentales en el desarrollo del derecho y del Estado en occidente: la legitimidad democrática y los límites a la reforma constitucional; el primero, proveniente desde la Antigua Grecia, y el segundo, presente sobre todo desde la modernidad europea, traen consigo unas experiencias y unas expectativas de cómo funcionan (o deben funcionar) los ordenamientos jurídicos contemporáneos, pero que se amerita una revisión de conformidad con las circunstancias recientes, en tanto que se observa que la significación de dichos conceptos se toma de una manera casi inamovible y atada a un pasado que, sin dejar de ser importante, tuvo razones especiales para otorgar determinadas características a los mismos en sus respectivas épocas, pero que hoy no se evidencian de la misma manera. En consecuencia, y con la intención de plantear de manera general las características fundamentales del método de la historia conceptual, a continuación, se hace un recuento no exhaustivo de la propuesta koselleckiana[2]:

- *Centralidad de los conceptos y su relación con la historia social*: como ya se indicó, Koselleck enfoca su propuesta en los conceptos, los cuales define en diferentes puntos de su obra, pero que se pueden resumir en esta cita: "… un concepto reúne la pluralidad de la experiencia histórica y una suma de relaciones teóricas y prácticas de relaciones objetivas en un contexto que, como tal, sólo está dado y se hace experimentable por el concepto" (*Futuro pasado*, 1993, p. 117). En consecuencia, las experiencias pasadas y las expectativas futuras cobran sentido y se unen a las lógicas discursivas e históricas en la medida en que son establecidos como conceptos, es decir, son catalogados y determinados de conformidad con las condiciones particulares del momento, al tiempo que una vez constituidos como conceptos, encausan u orientan las percepciones y expectativas futuras. Esto es precisamente lo que ocurre con los conceptos de legitimidad democrática y de límites a la reforma constitucional, en tanto que encapsulan y aglutinan las experiencias históricas de diferentes épocas, y es menester hacer una revisión de conformidad a la relación entre estos.
- El *Sattelzeit*: Para Reinhart Koselleck (1993), la modernidad no surge en el periodo que por tradición se ha establecido, es decir, entre finales del siglo XV y comienzos del XVI, sino que se presenta a partir de 1750 y finaliza en 1850 debido a que las condiciones sociales, políticas, filosóficas y económicas que marcan un cambio fundamental en la manera de comprender la historia y la concepción del ser humano y que la diferencian de la Edad Media, solo se vienen a dar con las ideas ilustradas que llevaron a las revoluciones americana y francesa, con los avances derivados de la Revolución Científica y con el surgimiento de la Revolución Industrial, todas las cuales motivaron la resignificación y revisión de muchas de las ideas que durante las épocas anteriores habían servido de sustento a las sociedades europeas, en la medida en que el horizonte de expectativas de los tiempos venideros abrió la puerta a nuevas oportunidades para redefinir tales ideas. Este periodo al que Koselleck denominó *Sattelzeit*, que puede traducirse al español como "periodo bisagra" (Blanco Rivero, 2012) o "periodo montura" (de Nordenflycht B, 2009)[3], representó importantísimos cambios fácticos que se reflejaron en los conceptos y en su significación, como fue el caso de la *legitimidad democrática*, cuya importancia se resignificó y consolidó en Estados Unidos y Europa luego de varios siglos de monarquías (que eran vistas como la mejor forma de gobierno) y de la idea de *constitución* -y sus formas de modificación- pues el concepto contemporáneo de constitución como máxima norma que orienta todo el ordenamiento jurídico surge en dicha época. Para el caso particular de este artículo, se parte entonces del supuesto de que los límites a la reforma constitucional y su relación con la legitimidad democrática han sido resultado de concepciones que, arraigadas en épocas pasadas, terminan por determinar nuestro concepto actual, situación que debe revisarse en tanto que el mero hecho de la historia no debe constituir la razón fundamental para defender unos ciertos tipos de límites a la reforma constitucional.

1 Nótese que, al ser conceptos, van más allá que la definición de cada una de las palabras individualmente consideradas.

2 Para una revisión más detallada, se recomienda el texto *Historia y conceptos políticos* (2021) del autor Alfonso Galindo Hervás.

3 Se aclara en todo caso que, para no perder el hilo conductor, para evitar entrar en demasiado detalle en las ideas de Reinhart Koselleck, y teniendo en cuenta la extensión del texto, no se incluyeron todos los aspectos de la obra de este autor, como lo son, a modo de ejemplo, la aceleración del tiempo y la relación con la crisis, la semántica trascendental (como presupuesto metahistórico), la unificación entre historia (en tanto hechos y aprendizajes morales) e Historia (en tanto disciplina), pero que pueden observarse en trabajos como *historia/Historia* (2004), *Crítica y Crisis* (2007), *Histórica y Hermenéutica* (1997).

Desde esta perspectiva se procederá contrastar cómo la legitimidad democrática y los límites a la potestad de reforma a la constitución terminan por entrar en cierta oposición, en especial debido a consideraciones particulares sobre cómo dichos límites constituyen una especie de "espíritu" que desde el pasado pretende determinar el futuro, aun cuando las condiciones sociales y políticas particulares disten bastante de las condiciones en que se emitieron dichas constituciones.

Límites a la potestad de reforma de la Constitución

Un límite es establecer un punto en el que termina algo, un punto último al que puede llegar algo (Real Academia Española, s.f., definición 2 y 3). Así bien, los límites son aquellas disposiciones del derecho de un ordenamiento jurídico que trata de impedir o prohíbe que cierta norma constitucional sea reformada, estableciendo un límite entre lo que puede ser reformado y lo que no.

LÍMITES FORMALES Y MATERIALES

Límites formales

Los límites formales son aquellos límites que como su nombre lo dice establecen las formas que se deben seguir para reformar la constitución. De acuerdo con Roznai (2020) los límites formales pueden ser procedimientos especiales como la exigencia de un quorum, una mayoría especial, o la exigencia de que sea conformada una Asamblea Constituyente. También están como límites formales los límites temporales y circunstanciales.

Los límites de tiempo algunas veces han sido categorizados a la par que los formales y materiales, sin embargo, siguiendo al autor estos son subcategorías de los límites formales. Los límites temporales son descritos por Albert (2016), quien los divide en dos: Requisitos deliberativos y Zonas seguras (o puertos seguros, del inglés *safe harbors*). El primero establece que como límite al poder de reforma hay tiempos a los que debe ceñirse la potestad de reforma, bien sea un mínimo de tiempo para que sea deliberado un asunto o un tope máximo de tiempo. Por otra parte, los *safe harbors* crean prohibiciones para reformar la Constitución durante al menos cinco momentos que el autor identifica: Estados de Emergencia, en las monarquías durante períodos de sucesión o regencia, luego de un intento de reforma fallido, tras una reforma exitosa y, tras la adopción de una nueva constitución.

Algunos autores como Albert y Gözler diferencian las condiciones de forma y los límites de forma. Por ejemplo, Albert (2016) dice que hay que diferenciar los verdaderos límites, entendidos como barreras o prohibiciones a la potestad de reforma de aquellos límites que establecen un procedimiento que la reforma debe seguir para su existencia. Por ejemplo, el establecimiento de una mayoría especial para el trámite de las reformas constitucionales sería una verdadera barrera y, por el contrario, el establecimiento de un procedimiento que estipule los tiempos que debe seguir la deliberación de una reforma sería una condición de forma. Cuán dificultoso y gravoso es el límite hace que lo que aparentemente es una condición se torne en un límite.

Límites materiales

Lo contrario de los límites formales son los límites materiales, también llamados sustantivos o disposiciones intangibles. Son límites al poder de reforma de la Constitución para que no se vulneren derechos fundamentales o principios básicos de una Constitución, de acuerdo con Gözler (1997) el fundamento de los límites materiales es proteger los principios que los regímenes políticos consideran esenciales para su existencia, y su fin es proteger las bases fundamentales del Estado. Los límites materiales no necesariamente tienen que estar establecidos en la Constitución expresamente, sino que también puedes estar implícitos en ella. Dentro de esta tipología de límites se encuentras las "cláusulas pétreas" o intangibles cuando son escritas en la Constitución. Al respecto de estas, dice Loewenstein (1979) que hay que distinguir dos tipologías de límites: las cláusulas pétreas de intangibilidad articuladas, que son aquellas que se encuentran taxativamente prohibidas en el texto de la Constitución (también conocidas como cláusulas pétreas); y, por otro lado, aquellas prohibiciones que no son taxativas, sino que son "implícitas", y que se entienden "inherentes" a la constitución. Para Loewenstein (1979). Respecto a estos últimos límites inherentes a la Constitución, la prohibición opera a través de la interpretación del "espíritu" de la constitución, y trascienden la norma positiva.

Límites explícitos e implícitos

Como su nombre lo indica, los límites explícitos e implícitos se refieren a aquellos límites a la

potestad de reforma de la Constitución que, o bien se encuentran señalados textualmente en la Constitución, siendo estos los límites explícitos; o bien, que pueden interpretarse de la Constitución de manera lógica inductiva o deductiva, o que se remiten a los fundamentos axiológicos de la Constitución, y a ese 'espíritu' constitucional que subyace en la Constitución. Muchas veces, se clasifican a los límites a la potestad de reforma de este modo, subcategorizando a los límites materiales y temporales como parte de los límites explícitos. Sin embargo, una manera mucho más correcta de pensar las distintas subdivisiones sería entendiendo que las distintas tipologías están interrelacionadas. Un límite puede ser material explícito o implícito, y a su vez ser intraconstitucional o supraconstitucional; o ser formal explícito intraconstitucional. Es decir, una combinación de varias categorías de límites al mismo tiempo.

Los límites explícitos son aquellos límites que se encuentran taxativos en la Constitución, y de acuerdo con Balbuena Cisneros (2007) puede subclasificarse en temporales y materiales. Ambas subclasificaciones las hemos ya visto en los dos apartados anteriores. Una subclasificación distinta ofrece en su texto *Reformas constitucionales inconstitucionales*, Roznai (2020) dice que las cláusulas explícitas pueden ser de tres tipos: las que protegen explícitamente ciertas materias constitucionales, aquellas cláusulas que señalan cuales de las disposiciones del texto constitucional no pueden ser reformadas y otras tratan de incorporar ambos tipos de prohibiciones. Siguiendo al autor, los contenidos que protegen este tipo de cláusulas son, o bien, universales o particulares. Son universales cuando buscan proteger principios que se consideran universalmente comunes a todas las sociedades democráticas (en un sentido liberal), como los derechos fundamentales. Y, son particulares, cuando buscan proteger valores o formas de gobierno que son propios de un sistema político en particular, como el federalismo.

Por otro lado, los límites implícitos han suscitado mucha controversia, pues son límites que no se encuentran escritos en la Constitución y en ese sentido es problemático para aquellas concepciones del positivismo jurídico excluyen la moral como criterio al interior del derecho, que entiende esta tipología de límites como una intrusión del derecho natural o de asuntos metajurídicos. Los límites implícitos a la potestad de reforma son prohibiciones a las reformas que se consideran inconsistentes con la Constitución, y que entraran en directa contradicción con los principios subyacentes a la Constitución o suponen un cambio radical de ella. Las limitaciones implícitas presuponen que la potestad de reforma no puede modificar de tal manera una Constitución que la reforma se convierta en una sustitución de la Constitución, pues este tipo de cambios solo pueden darse por la misma autoridad que otorga la Constitución, es decir, el poder constituyente y no el constituido. De acuerdo Roznai (2020) con esta tipología de límites, hay una "estructura básica de la Constitución" la reforma no puede modificar las características esenciales de la Constitución y el ordenamiento jurídico, pues de acuerdo con esta doctrina hay un núcleo fundamental en las Constituciones, los cuales son principios que constituyen la identidad de la Constitución.

Límites supraconstitucionales, intraconstitucionales y preconstitucionales

Límites supraconstitucionales

Los límites al poder de reforma de la Constitución denominados supraconstitucionales, se refieren a aquellos límites en forma de principios o valores que son externos a la constitución y que son de superior categoría al orden constitucional de los Estados. Favoreu (1993) diferencia la supraconstitucionalidad interna de la externa, siendo la interna aquellos límites a la potestad de reforma de la Constitución impuestos, taxativamente o implícitamente, al poder constituyente derivado, para impedir que se alteren determinados valores o principios de la Constitución; por otro lado, la supraconstitucionalidad externa muchas veces se identifica con el derecho internacional. Respecto de la interna, se dice que hay determinados valores y principios de derecho natural que son ubicados sobre la Constitución y que no pueden ser alterados por las reformas constitucionales o la elaboración de una nueva Constitución, como, por ejemplo, la dignidad humana, la no discriminación y la solidaridad, el pluralismo, el principio de la soberanía nacional, la separación de poderes o los derechos fundamentales consagrados en la Declaración de 1789 (Gözler, 1997). Sin embargo, es imposible enlistar todos los principios que pueden ser identificados como supraconstitucionales, pues cada doctrinario

del iusnaturalismo puede identificar ciertos principios mientras que otro autor puede identificar otros principios. Vale la pena mencionar a (Darbelley (1963, pp. 735-736), quien dice al respecto que la potestad de reforma de la Constitución no puede crear o modificar normas que vayan contra las inclinaciones naturales fundamentales del ser humano, como por ejemplo sería impensable establecer normas que vayan contra las exigencias de justicia de la sociedad, pues no es posible establecer relaciones civiles entre los seres humanos sobre otra base que no sea la justicia. Vale la pena anotar, que para la supraconstitucionalidad interna, aunque estos derechos puedan ser interpretados de la Constitución se ubican en un rango superior a la Constitución.

Los límites supraconstitucionales externos de derecho internacional, pueden ser limitaciones al poder de reforma respecto a tratados internacionales o, por ejemplo, en la Unión Europea los Estados se encuentran sujetos a respetar la supremacía de las normas de la comunidad europea, o la Convención Europea de Derechos Humanos. Al reconocer a las normas de derecho internacional como superiores a las Constitución, se reconoce a su vez que la potestad de reforma se encuentra limitada por el derecho internacional. Por ejemplo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, dice en su artículo 27 que los tratados no pueden incumplirse al invocarse una norma de derecho interno. Del mismo modo, es reconocida la supremacía del *ius cogens*, o normas de carácter imperativo, sobre las normas Nacionales y Tratados Internacionales. Esta supremacía la encontramos en los artículos 53 y 64 de la misma Convención de Viena, donde se reconoce que es nula toda norma o tratado que entre en contradicción con una norma imperativa de derecho internacional. Esta tipología de límites es controversial, pues pone en entredicho la tradición doctrinaria de la supremacía de la Constitución, y la manera de reconciliar derecho internacional con soberanía constitucional sería a través del reconocimiento de un bloque de constitucionalidad que incorpora el derecho internacional (Zeballos Cuathin, 2018).

Límites preconstitucionales

Hablar de límites preconstitucionales implica hablar del concepto de poder constituyente. Como ya se mencionó anteriormente, el poder constituyente se diferencia del poder constituido, pues el primero es el fundamento del segundo. Böckenförde (2000) dice que el fundamento de validez de las Constituciones es la magnitud política del poder constituyente, que no es un fundamento jurídico, sino que rebasa el derecho positivo. Schmitt (1982) critica del liberalismo que este ignora al soberano, que puede ser el monarca o el pueblo, y quien es quien detenta el poder constituyente. Para el autor, toda Constitución se basa en la decisión del poder constituyente, que en el caso de la democracia es del pueblo, de crear una Constitución. Esta es una voluntad extrajurídica, trasciende el poder constituido y la norma constitucional. En este mismo sentido, en el texto *La dictadura,* Schmitt (1985) habla del concepto de dictadura soberana, la cual se fundamenta no en la protección de un ordenamiento constitucional sino en el ejercicio del poder constituyente para la creación de uno nuevo, que considera verdadero. Esta es la razón por la cual, existiendo un estado de excepción y donde la supervivencia misma del Estado está en riesgo, el soberano puede suspender todo el ordenamiento jurídico, incluida la constitución (Schmitt, 2009), sin que por ello deje de existir un orden o una orientación a la cual acudir, pues el soberano debe mantenerse fiel a esos límites preconstitucionales derivados de la existencia misma del pueblo que lo constituye.

Desde Sieyès al poder constituyente se le ha identificado con el sujeto político del pueblo. Regresando a Schmitt (1982) en su obra *Teoría de la Constitución*, el poder constituyente es voluntad política de una nación. Schmitt diferencia el pueblo de la nación, siendo esta última la unidad política del pueblo con capacidad de obrar y con la consciencia de su singularidad política y voluntad de existencia política. El concepto de pueblo en Schmitt es un poder es determinado históricamente; el pueblo es, tanto el resultado y como a su vez es conducido, por el desarrollo histórico (Herrero, 2023). El poder constituyente en Schmitt, existe por fuera del derecho y es indivisible, y no da una constitución al poder constituido y desaparece, sino que siempre está allí "al lado y por encima de la Constitución". Para Schmitt la identidad y continuidad es importante, por lo cual el orden constitucional debe observar esta identidad y garantizar su continuidad en el tiempo, sirviendo como límite preconstitucional. La norma constitucional y su reforma por parte del poder constituido deben siempre observar que su fundamento es la voluntad de la Nación, y por lo tanto no deben contrariar esta voluntad originaria y para solucionar cualquier tipo de conflicto constitucional que pueda afectar las

bases fundamentales de la Constitución (fruto de la voluntad política de una Nación), deben acudir a la voluntad del Poder Constituyente mismo, porque "La decisión política implicada en la Constitución no puede reobrar contra su sujeto, ni destruir su existencia política" (Schmitt, 1982, pp. 94). Para el autor el pueblo manifiesta su poder constituyente de cualquier manera reconocible su voluntad política sobre una determinada cuestión, es decir, no sucede de manera organizada, ni siguiendo un procedimiento regulado, sino que aclama de una u otra manera su aprobación o rechazo sobre una determinada cuestión.

Sobre los límites preconstitucionales a la potestad de reforma también valdría la pena analizar la teoría de Yaniv Roznai de la delegación. El poder constituyente primario (que no tiene límites constitucionales) le cede para siempre la potestad de reforma a un poder constituyente secundario, que debe actuar dentro de los límites fijados por la Constitución dada por el poder constituyente primario y está sometido a las limitaciones implícitas o explicitas derivadas de la Constitución. De acuerdo con Roznai (2020), el poder constituyente primario toma forma legal en el poder constituyente secundario o derivado, y por ello la potestad de no solo reformar parcialmente sino también totalmente (*reemplazar*, para el autor) puede ser limitada. El poder constituyente siempre estará dentro de los límites constitucionales establecidos por el poder constituyente primario.

Límites intraconstitucionales

Los límites intraconstitucionales son aquellos límites a la potestad de reforma de la Constitución que no son ni superiores ni preceden a la potestad de reforma, sino que se encuentran en igual categoría que la Constitución; son internos en el ordenamiento constitucional. Los límites intraconstitucionales pueden ser implícitos o explícitos, siendo estos últimos aquellos límites que establece el texto constitucional a la potestad de reforma de la Constitución, como las cláusulas intangibles o pétreas. Por límites implícitos intraconstitucionales se entiende como aquellos límites que son de igual categoría que la Constitución y que pueden deducirse del texto constitucional. La teoría de la estructura básica de la Corte Constitucional de la India es un gran ejemplo de límites intraconstitucionales, de acuerdo con la cual hay una estructura básica en la Constitución que no debe alterarse, para proteger determinados valores y principios implícitos en la Constitución. De acuerdo con Roznai (2020) el poder de reforma puede actualizar a las necesidades de su tiempo la Constitución, pero no puede destruir los principios básicos de la Constitución, pues la Constitución no se reduce a un documento formal, sino que tiene una dimensión axiológica y aspectos que forman una esencia de la Constitución.

LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA ¿FUNDAMENTO LIMITADO DE LA CONSTITUCIÓN?

Los Estados contemporáneos y en particular, los occidentales, han dado gran relevancia a este concepto de constitución -entendida esta como constructo normativo que describe la forma en que se regulará el poder al interior de una sociedad, es decir, en una acepción normativa del concepto de *Constitución*-, el cual consolida las formas, instituciones, historia, creencias y expectativas de una agrupación humana mediante un conjunto de reglas que, escritas en un solo texto o consolidadas en diferentes cuerpos normativos, constituye el pilar fundamental sobre el que descansan los ordenamientos jurídicos y sirve de fuente máxima de validez legal. Este concepto de constitución surge en la modernidad, siendo la Constitución de Estados Unidos (que entró en vigor en 1789) y la de Francia de 1791 (Grimm, 2016), los ejemplo para las constituciones nacionales que se expedirían en adelante en el resto del mundo. Nótese que, desde la Constitución de los Estados Unidos de América, se comienza a dar un creciente peso al concepto de legitimidad democrática como fundamento de la organización política, no en vano la misma comienza así:

> NOSOTROS, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, asegurar la tranquilidad interior, proveer para la defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros y para nuestra prosperidad los beneficios de la Libertad, establecemos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América. (National Constitution Center, s/f)

Esto evidencia que es el pueblo, a través de sus representantes, quien emite y expide las normas que habrán de regular su estructura, organización, derechos y obligaciones, no proviniendo entonces de una autoridad divina ni de la voluntad de uno solo. Ante esta circunstancia parecería entonces que el pueblo, sea a través de sus representantes o de manera

directa, estaría en la misma potestad de modificar esas reglas de juego según sus condiciones particulares, sin embargo, al establecer una norma como máxima fuente de regulación legal y además establecer límites a la manera en que dicha norma es modificada o reemplazada, termina entonces por ponerse en cuestión ¿qué tan democráticos son estos límites a la reforma constitucional? Esta misma pregunta se la hizo Thomas Jefferson en una carta dirigida a James Madison en 1789 al cuestionarse "… si una generación de hombres tiene derecho a obligar a otra, parece que nunca se ha planteado ni a este ni a nuestro lado del charco" (traducción propia) (Jefferson, T., 1979); así las cosas, la pregunta por los límites a la reforma constitucional (en sentido amplio, es decir, incluyendo también los cambios completos de constitución) deviene en una pregunta de qué tan legítima es, en términos democráticos, una constitución si esta restringe o no permite cambios o si no está en la capacidad de ofrecer modificaciones de conformidad con las necesidades de las nuevas generaciones.

Es entonces menester abordar ahora la cuestión de la legitimidad democrática en su visión contemporánea (es decir, basada en la modernidad) para poder así contrastarla con esa afirmación de legitimidad democrática de las constituciones y los límites a su modificación.

La legitimidad democrática y las libertades, una cuestión occidental

En su texto *Choque de civilizaciones*, Samuel Huntington (2011) detalla las características fundamentales de cada una de las que él considera las civilizaciones contemporáneas, y en el caso de la civilización occidental, los cuerpos representativos son un pilar esencial de la misma, toda vez que desde Grecia y Roma -teniendo como exponente a Cicerón (Atkins, 2013) (Zhao, 2021)-, pasando por la Edad Media -en donde incluso la visión cristiana asumía una representación del pueblo (Halphen, 1992)- y llegando a la modernidad, Occidente ha otorgado gran importancia a la existencia de cuerpos que representen de un modo u otro los intereses de una comunidad en particular, por lo que gozarían de una legitimidad en cuanto representación; y si bien es cierto que durante la Edad Media y parte de la modernidad tuvo mayor relevancia la monarquía y la teología como fundamentos de la legitimidad, incluso en dichos periodos se presentaron instituciones u organizaciones, como los concilios, los consejos, la dieta imperial, etc., que buscaban representar grupos sociales en la toma decisiones políticas. Fue desde la modernidad que una idea de legitimidad democrática, por lo menos en sentido más cercano al que tenemos en la actualidad, se consolida por medio de las teorías contractualistas como las de Thomas Hobbes, John Locke y Jean-Jacques Rousseau, caracterizadas por partir del supuesto de que la unidad político-estatal surge del consentimiento de las personas en participar y construir una organización que representara sus intereses. Es claro que hay grandes diferencias en las ideas de estos pensadores, y, sin embargo, el punto en común en ellos es que la existencia del Estado surge de la voluntad y consentimiento de las personas, por lo que no es de extrañar que estas ideas terminarían por justificar el surgimiento de las constituciones contemporáneas, al agrupar en ellas esa voluntad del pueblo a través de una norma central (usualmente codificada) que sustenta el resto del ordenamiento jurídico.

Ahora, partiendo de la base de que la modernidad introdujo importantes cambios a los conceptos que tradicionalmente guiaban a las discusiones históricas, la legitimidad democrática no sería el único punto sobre el cual se construirían los Estados modernos occidentales, pues volviendo al citado preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de América, las libertades (por lo menos para un grupo particular de personas) eran una parte de esta nueva forma de construir una sociedad, en donde ni siquiera la democracia tendría absoluta capacidad de disponer de ciertos aspectos, como lo son las libertades individuales, tanto políticas como económicas, si no mediaban las suficientes razones o autorizaciones que justificaran un incursión en ellas. Esta concepción de unión entre legitimidad democrática y liberalismo -como teoría de los límites al poder y como protección del individuo- se encuentra descrita de una manera detallada en el texto *Liberalismo y democracia* de Norberto Bobbio (1989) y ello evidencia que a través de estos límites al poder de las democracias, se pretende pues evitar que incluso el pueblo goce de demasiado poder, situación que deriva en la necesidad de establecer límites a la posibilidad de modificar la constitución al buscarse controlar o frenar los impulsos que pudieran aquejar a las democracias, que eran susceptibles a la demagogia y a la tiranía de las mayorías, y con ello de modificar de manera caprichosa la máxima norma de un ordenamiento jurídico. Esta situación, sin embargo, termina entonces por poner en entredicho la misma legitimidad

restrepo.juanc2105@gmail.com, adrodriguez@udemedellin.edu.co

democrática de una constitución, en especial cuando el tiempo ha transcurrido lo suficiente como para identificar que la misma carece de las mejores condiciones para regular las nuevas circunstancias sociales, cada vez más caracterizadas por el frenesí y las crisis y la necesidad de soluciones rápidas a problemas novedosos que no existían en el época en que una constitución entregó en vigor (Rodríguez-Aristizábal, 2019).

Esta situación es la que amerita revisar la cuestión de los límites a la reforma constitucional, en tanto que estos pese a tener unos intereses justificados, terminan por limitar o dificultar profundamente la posibilidad de cambios institucionales fundamentales. Esto, paradójicamente, se evidencia en la misma constitución americana que, pese a la discusión entre sus padres fundadores sobre si esta podía obligar a futuras generaciones, fue una de las primeras constituciones modernas y sigue siendo hoy la norma que rige al país más poderoso del planeta, y que la dificultad para modificar la constitución en los últimos años ha llevado a complejos debates sobre la igualdad, el aborto, la posesión de armas, el rol del presidente y la Corte Suprema. Pasemos ahora a revisar la cuestión de la legitimidad democrática durante el siglo XX, en la que se pone de presente, una vez más, esa relación entre la legitimidad democrática y los límites a la reforma constitucional establecidos a partir de la concepción liberal del derecho y el Estado.

KELSEN Y SCHMITT: LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD

El liberalismo entre los siglos XIX y XX, promulgaba que su modelo de Estado, derecho e instituciones eran neutrales, por lo cual todos los ciudadanos son libres en sus proyectos de vida privados y convicciones personales. El ordenamiento jurídico que planteaba el liberalismo era uno por encima de las inclinaciones y pasiones humanas, era uno fundado meramente en la razón, entendida esta en términos cientificistas. Es por este motivo que la empresa de Kelsen era convertir al derecho en una ciencia, pues la ciencia positivista no tiene nada de moral, filosofía, y es apolítica. La legalidad de las leyes no necesitaba ningún fundamento más que la lógica interna del derecho, y se desdeñaba de cualquier intento de introducir pasiones e inclinaciones humanas como fundamento de las leyes, pues el lugar de tales cosas solo era la esfera privada de cada persona. En cambio, donde gobernaba el liberalismo, la ciencia neutral última, era la esfera pública. El ordenamiento jurídico era neutral, y el liberalismo era lo objetivo, que no solo tenía un brazo ideológico en el liberalismo político clásico, sino que además tenía un brazo que probaba que la teoría era correcta a través de la economía, esta última vuelta también una ciencia positiva. No era necesario hablar más de justicia, Dios o moral en las leyes, pues el liberalismo se había vuelto una ciencia, una ley universal.

Decía Kelsen (1982) que la "(…) legitimación a través de un orden moral diferente del orden jurídico es irrelevante, dado que la ciencia jurídica no tiene que aprobar o desaprobar su objeto, sino conocerlo y describirlo" (p.81). Si el derecho no necesitaba ningún fundamento para justificarse, la única manera posible de pensar en la legitimidad era diciendo que la legalidad era lo mismo que la legitimidad, y que toda norma era legitima en tanto siguiera la lógica interna del derecho, esto es: un procedimiento y si se ajustan a una norma de mayor jerarquía.

Dicha concepción del Estado y el derecho fueron criticados, una primera crítica anterior a la segunda guerra mundial fue la de Carl Schmitt, quien criticó la supuesta neutralidad del ordenamiento jurídico pregonado por el liberalismo, para él el Estado no podía estar desprovisto de lo político, la moral y la espiritualidad. El Estado liberal, habiendo alcanzado la supuesta neutralidad, llevaba al sinsentido. Lo político en Schmitt tiene una suerte de sentido vitalista, donde hay guerra y contradicción entre amigos y enemigos. Dice Schmitt (2014) en la sección *La era de las neutralizaciones y de las despolitizaciones*, que la vida que no tenga frente a sí mismo como enemigo más que la muerte, está más cerca de la muerte que de la vida, es impotencia e inanidad. Así mismo, en el Estado cabe el espíritu, la lucha entre contrarios, el pluralismo, lo político. La legitimidad del liberalismo, que emanaba de las leyes y el órgano que las promulgaba: El parlamento, fue criticada por Schmitt, pues la legitimidad entendida como legalidad del liberalismo niega cualquier carácter sustancial que pueda tener la legitimidad (Schmitt & Conde, 2009). Schmitt (1982), en *Teoría de la Constitución*, distinguió dos formas de justificar al Estado, es decir, hablar de legitimidad. Por un lado, en el caso de las monarquías, había una legitimidad teocrática; y por otro lado en las democracias se conseguía mediante

la participación activa y directa del pueblo a través de la *acclamatio*, hablando así de una legitimidad democrático-plebiscitaria, pero con un líder carismático.

DISCURSOS CONTEMPORÁNEOS SOBRE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

El concepto de legitimidad en la Edad Contemporánea se extiende más allá de la simple conceptualización de un ordenamiento político legítimo, y en la filosofía política contemporánea se ha pasado a la reflexión sobre la legitimidad puntualmente en el contexto de un ordenamiento democrático. La reflexión sobre la legitimidad democrática, parte de la distinción de dos ópticas sobre este concepto: Una óptica descriptiva, que la entiende como una convicción de los ciudadanos sobre la autoridad política y las obligaciones políticas; y, por otra parte, desde un punto de vista normativo, el cual entiende la legitimidad de acuerdo a su correspondencia con ciertos estándares que permiten la justificación del poder político. Es esta última concepción la que permite fundamentar la teoría sobre la legitimidad democrática.

La legitimidad entendida descriptivamente tiene como mayor exponente a Max Weber, quien dice que un régimen político es legítimo cuando sus ciudadanos se sienten convencidos de que deben obedecer: "(…) el fundamento de toda dominación, por consiguiente de toda obediencia, es una creencia: creencia en el 'prestigio' del que manda o de los que mandan." (Weber, 2002,p. 211). El concepto normativo de legitimidad política, en otro sentido, se refiere la justificación del poder político de acuerdo con un estándar de aceptabilidad. En contraste con la simple autoridad de facto, la autoridad legítima desde la perspectiva normativa es en la que un organismo político está legitimado para crear las leyes y hacerlas exigibles; esto es así cuando se satisfacen ciertos criterios o estándares. Las obligaciones políticas de los ciudadanos hacia la autoridad, así como el poder coercitivo que ejerce el Estado, están justificadas (Peter, 2023). Así mismo, dentro de las distintas aproximaciones normativas al concepto de legitimidad democrática, tal estándar puede variar dependiendo de la corriente filosófico-política a la que se suscriban los autores. Para mantener un estándar que permita el pluralismo de posiciones políticas es menester aceptar que hay una pluralidad de estándares, no obstante, hay características comunes, como la idea de consenso y la soberanía popular.

Los postulados contractualistas caben dentro de la interpretación normativa de la legitimidad, puesto que la creación de una autoridad política legítima se crea mediante la transferencia consentida del poder de los individuos a la autoridad política, para que haya una sociedad civil capaz de garantizar la ley natural. Estos dos conceptos, consenso y actuar de acuerdo a una ley natural, protegiendo determinados bienes o garantizando que se persiga una voluntad general, crean la legitimidad. La idea de consentimiento es entonces central para la definición de legitimidad desde una óptica normativa. Ahora bien, la justificación de la autoridad política es, para la legitimidad democrática, la democracia. Dado que la autoridad política, desde esta mirada, se crea en una sociedad que es o tiene la aspiración de ser democrática. El concepto de legitimidad democrática está constituido por una serie de condiciones que el proceso democrático de toma de decisiones debe satisfacer. Este concepto es definido por varias corrientes teóricas, pero principalmente podrían dividirse en dos: El instrumentalismo y el procedimentalismo. En primer lugar, el instrumentalismo democrático se enfoca en los beneficios prácticos de los procedimientos democráticos para la toma de decisiones, en lugar del valor intrínseco de la legitimidad. Esta perspectiva plantea que la democracia no es esencial para la legitimidad política si no logra producir resultados superiores a los de otros procedimientos de toma de decisiones (Peter, 2023) Sin embargo, el argumento central del instrumentalismo en perspectiva de la legitimidad democrática es que la democracia es más capaz de generar resultados legítimos y correctos.

Por otro lado, las concepciones procedimentalistas de la legitimidad democrática tienen como foco los procedimientos a través de los cuales se toman las decisiones y se ejerce el poder. Para el procedimentalismo puro, cualquiera que sea el resultado de la toma de decisiones es legítimo por ser resultado de un procedimiento democrático. En cambio, el procedimentalismo racional, sostiene que la legitimidad de las decisiones políticas no solo depende de los procedimientos mediante los cuales se toman las decisiones, sino también de la calidad de los resultados que esos procedimientos generan. En esta concepción, se añade una dimensión racional a los procedimientos democráticos, sugiriendo que

los resultados deben satisfacer ciertos criterios de calidad y racionalidad para que haya legitimidad democrática. El procedimentalismo tiene además dos corrientes, el de la democracia agregativa y el de la democracia deliberativa. La concepción agregativa busca métodos de toma de decisiones que consideren igualitariamente los intereses individuales y, la agregativa racional que los intereses individuales conduzcan a elecciones sociales racionales. Mientras que para el procedimentalismo agregativo puro el mecanismo de toma de decisiones es justo y produce resultados cuando brinda igual consideración a todas las preferencias individuales expresadas, para el procedimentalismo agregativo racional dice que incluso si los procedimientos son justos y equitativos, la posible irracionalidad en los resultados puede socavar la legitimidad democrática (Peter, 2009).

De acuerdo con la visión de la democracia deliberativa (Bobbio, 1986), se plantea que la legitimidad democrática se consigue cuando el proceso de toma de decisiones pasa por un proceso deliberativo que cumple con unas exigencias procedimentales justas y equitativas. La democracia deliberativa pura se diferencia en esto de la racional, pues prestan atención es a que el procedimiento deliberativo sea justo mientras que la racional se preocupa por la calidad de esas decisiones colectivas. Una interpretación prominente del procedimentalismo deliberativo racional es la que propone Jürgen Habermas en su teoría de la democracia deliberativa. Según Habermas, la legitimidad democrática deriva tanto de la calidad de los procedimientos deliberativos como de la calidad de los resultados que estos generan. Basándose en su ética del discurso, Habermas argumenta que la participación pública en procesos justificativos es esencial para la legitimidad política. Los procedimientos deliberativos deben ser inclusivos y transparentes, permitiendo a los ciudadanos participar en la formación de la opinión y la voluntad colectivas. Esta participación no solo garantiza la equidad procedimental, sino que también asegura que las decisiones resultantes tengan una calidad razonable, cumpliendo con las expectativas de los ciudadanos (Susen, 2018).

MÁS ALLÁ DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA, EL PLURALISMO AGONISTA

La democracia deliberativa fue formulada como respuesta a los problemas del capitalismo de su momento y del Estado social-liberal, se requería poner límites ecológicos, antropológicos e internacionales al capitalismo y a su vez permitir las exigencias de individuación. El desarrollo del capitalismo generaba a su vez estas exigencias, y ponía en tensión el equilibrio el mundo de la vida y los sistemas de autogobierno (Villacañas Berlanga, 2020). Tal modelo de democracia no fue posible por las políticas económicas del neoliberalismo, que de alguna manera recuperaba las aspiraciones del liberalismo clásico, pero ya no aceptaba límites estatales, sino que se había volcado a depredar el mundo, y así mismo transformó los Estados y las instituciones internacionales. Pese a ello, quizás las condiciones de posibilidad del modelo de democracia deliberativa encerraban dentro de sí una contradicción que muy bien ha señalado Chantal Mouffe, tanto del modelo que planteaba Rawls como el planteado por Habermas.

En el texto *The democratic paradox*, Mouffe (2000b) dice que el modelo de Rawls pretendía conseguir un modelo de democracia que tuviera un consenso que fuera mucho más allá de los meros procedimientos, un consenso moral sobre los fundamentos políticos de la democracia. Este modelo de democracia liberal debía garantizar la coexistencia pacífica de la pluralidad de doctrinas religiosas, filosóficas y morales, incluso con aquellas doctrinas que eran incompatibles con el liberalismo. La autora crítica del modelo de Rawls que a través del concepto de razón en realidad estaba convirtiendo en irrazonable a todas aquellas doctrinas que no aceptaban los principios liberales, y por ende desplazándolas del ámbito público al privado e impidiendo que cuestionen el marco conceptual del régimen democrático-liberal. Así mismo, la concepción de Habermas sobre la democracia deliberativa crea una línea divisoria entre la ética (del ámbito privado) y la moral (del ámbito público), y pone por fuera del debate público y racional las distintas respuestas que se pueden dar sobre qué es el buen vivir, al considerarlo una pregunta ética la cual es parte del ámbito privado de cada individuo. Dice la autora: "Rawls y Habermas quieren fundamentar la adhesión a la democracia liberal en un tipo de acuerdo racional que excluiría la posibilidad de contestación. Por eso necesitan relegar el pluralismo a un ámbito no público (...)" (traducción propia) (Mouffe, 2000a, p. 92). Otro punto por cuestionar de tal concepción de democracia deliberativa es que niega lo político, pues una vez establecido esta hipotética sociedad, se acaban los conflictos de intereses sobre asuntos económicos y sociales,

pues estos son objeto de lo público y no de lo privado. En términos realistas, lo que hace tal propuesta de democracia deliberativa no es fundamentar un mejor modelo de consenso y democracia sino todo lo contrario, poner en peligro la democracia al convertir al adversario crítico en un enemigo de lo público.

Como alternativa al modelo de democracia deliberativa y agregativa, Mouffe propone su pluralismo agonístico. En su texto *Deliberative democracy or agonistic pluralism,* reconoce que hay relaciones de poder en la sociedad, las cuales no pueden negarse de ninguna manera. Además, este modelo reconoce la dimensión de *lo político*, es decir, el antagonismo inherente en las relaciones humanas, y busca el entendimiento la política, como el conjunto de prácticas, discursos e instituciones que buscan establecer un orden en condiciones de conflictividad, pero que no reconoce al otro como un hostil enemigo sino como un adversario (Mouffe, 2000b). Si en Schmitt *lo político* permitía la diferenciación entre *nosotros* y *ellos*, lo que propone el pluralismo agonístico es el entendimiento del *ellos* no como algo que hay que eliminar y excluir, sino reconocer como un legítimo adversario, quien tiene derecho a poner sobre la mesa sus posiciones y merece ser debatido y no eliminado. Los valores que fundamentan la democracia pluralista no requieren un núcleo fundamental inalterable sobre lo cual siempre hay un consenso, sino que propone un consenso conflictivo, donde adversarios, con ideas completamente distintas sobre los principios ético-políticos en los que debe fundarse la sociedad, tienen que negociar y dicho consenso es siempre uno temporal, con posibilidad de renegociarse.

LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y NEOLIBERALISMO

El neoliberalismo que comienza a emerger en los 70's es fruto de la crisis del modelo fordista de producción en masa. Este modelo, unido al keynesianismo había logrado llegar a acuerdos en el plano económico en favor de la clase trabajadora, que le permitía a esta última tener mayor poder adquisitivo que a su vez permitiría mantener la alta producción característica del modelo. Congruente con la lógica de una redistribución económica más justa, el Estado adquiere la forma de Estado de bienestar. Podría partirse de la idea de que tal modelo obedecía a las necesidades del desarrollo del capitalismo en su momento y una vez la lógica del capitalismo, la acumulación de capital llegó a un punto en su desarrollo en el que el modelo fordista era incompatible, y con ello comenzó la crisis.

Ayers & Saad-Filho (2015) dicen que:

> El neoliberalismo es el modo de existencia contemporáneo del capitalismo. Este sistema global de acumulación surgió gradualmente, desde mediados de la década de 1970, a través de sucesivos intentos de estabilizar la economía mundial, reducir el poder del trabajo, recomponer el dominio capitalista y restaurar la rentabilidad tras la desarticulación del consenso keynesiano-socialdemócrata, la parálisis del desarrollismo y la implosión del bloque soviético (Traducción Propia. Pp. 8)

El neoliberalismo no logró establecer su legitimidad de un día para otro, sino que fue a través de las décadas que logró conseguir la hegemonía global, estableciendo actualmente un control global en un sentido gramsciano del término, esto es, coacción más obediencia voluntaria mediante dominación ideológica y cultural (Villacañas Berlanga, 2020; Beckert, 2020). La legitimidad en el neoliberalismo no debe ser entendida como ha sido tratada hasta ahora, ya que el neoliberalismo es un modelo tan pragmático como para lograr hacerse a sí mismo compatible tanto con la democracia liberal como con la más sanguinaria dictadura, incluso con el Estado social. Los discursos sobre legitimidad en el marco conceptual del neoliberalismo tornan otro sentido. Primero, se puede hablar de una legitimidad promisoria, una legitimidad que se consigue no por sus resultados ni por sus procedimientos sino por expectativas de mayores beneficios, tanto culturales (mayor autonomía, individualidad y libertad de elección), como económicos, bajar la inflación, conseguir mayor crecimiento económico y mayores ganancias (Beckert, 2020); esto podría complementarse con una de las características de que el neoliberalismo no se agotan ni corrige a sí mismo cuando falla en conseguir sus promesas, sino que su fracaso lleva a una profundización y extensión de sus políticas, regenerando la promesa de su éxito inminente (Ayers & Saad-Filho, 2015).

Por otro lado, si la democracia liberal clásica se preocupaba por la legitimidad democrática, ya que presuponía una separación entre lo económico (economía de mercado), y lo político (Estado como locus político de la burguesía, quien administraba y legitimaba las relaciones sociales de clase) (Ayers & Saad-Filho, 2015), lo cual permitía hasta cierto punto tener una democracia política, preguntarse por

la legitimidad de sus instituciones, salvaguardar ciertas esferas de la vida de la mercantilización, regular el mercado e incluso llegar a concesiones en favor de la clase trabajadora como lo hizo el keynesianismo; el neoliberalismo vuelca lo económico a todas las demás esferas, incluyendo lo político y su regulación de las relaciones sociales, con la idea de la sociedad de mercado. La sociedad de mercado mercantiliza el Estado, la cultura, el individuo, etc. En resumen, lleva el mercado a todas las relaciones sociales. Dicen Sörensen & Olsson (2020) que la sociedad de mercado transforma todos los valores en valores de mercado, y al hacerlo, corrompe otros valores, como los valores fundamentales de la democracia, trasladando la sociedad de mercado a esta y volviendo la elección humana en democracia un asunto de elección del consumidor. Así mismo, este sujeto consumidor como sujeto del neoliberalismo, también llamado *homo economicus*, busca la realización de la libertad a través del mercado y a su vez impone una autorresponsabilidad que, por un lado, niega las dimensiones tradicionales de colectivismo y socialización del sujeto y al Estado lo considera asfixiante; y por otro lado, impone al individuo la carga de su propio "fracaso" y "éxito" (Villacañas Berlanga, 2020; Ayers & Saad-Filho, 2015). Con el neoliberalismo hubo además una limitación de la democracia, al desplazar de la posibilidad de deliberar asuntos económicos fundamentales de la agenda política, ya que las políticas económicas en el neoliberalismo están fuertemente vinculadas a las instituciones internacionales creadas por el modelo.

Con la legitimidad promisoria del neoliberalismo, no hay necesidad de ninguna otra forma de legitimidad, esta legitimidad se autoproduce constantemente en el neoliberalismo pese a las crisis que puedan generar sus políticas. Al no necesitar de la legitimidad, el consenso, o la soberanía popular, el neoliberalismo puede desplegar todas sus políticas y hacerlas promisoriamente legitimas, sin necesidad de preguntarle al ciudadano vuelto consumidor. Así mismo, el Estado y sus instituciones no necesitan de motivación en sus decisiones más que la que ofrece el neoliberalismo, ya que estos mismos se encuentran permeados por su ideología y el carácter globalista del neoliberalismo socavó la idea de Estado-Nación, convirtiendo a este y la democracia en una mera herramienta a su servicio, despolitizada, y que considera al tecnócrata como el mejor político posible.

Aunque el neoliberalismo ofrezca una amplia variedad de productos/posibilidades de elección de identidad, es una ideología altamente intolerante al disenso, y que le da al Estado la tarea de ser represor de este. El neoliberalismo sí traza efectivamente una línea entre nosotros/ellos, y despliega toda una serie de mecanismos represores del otro. En primer lugar, la represión ha sido usada por el neoliberalismo para llevar adelante sus agendas políticas, por ejemplo, mediante el uso de violencia policiaca contra las huelgas obreras. Segundo, creando enemigos internos y externos a los cuales perseguir y exterminar, como se ha hecho en América Latina con el disidente político o la lucha contra el terrorismo a nivel global. Tercero, el neoliberalismo tiene una lógica de expulsión que ha sido descrito por Sassen (2015) quien dice que el modelo de producción actual se caracteriza por su brutalidad, la violencia con la cual es capaz de emprender acciones concretas y directas para expulsar del sistema a personas, comunidades y elementos de la biósfera que se interponen en el lucro de las corporaciones; para la autora, a diferencia de los modelos y doctrinas de pensamiento anteriores que buscaban la inclusión, el neoliberalismo se caracteriza por la exclusión. Se podría agregar que el neoliberalismo tiene una lógica de violencia que también expulsa a todos aquellos capitalistas "incompetentes".

Estas circunstancias económicas que hacen parte esencial de la perspectiva (neo)liberal y a su concepto de legitimidad, contribuyen a la eliminación del debate político sobre lo que es o debería ser una constitución y las maneras de modificarla, toda vez que al establecer límites a dichas modificaciones y a través de la despolitización de la ciudadanía, se mantiene las dinámicas de desigualdad, dominación o crisis, por lo que constituciones que requieren de cambios sustanciales, incluido el sistema económico o donde se necesiten de profundas reformas, pero que quizás no sean del interés de ciertas élites económicas, terminan por verse beneficiadas por la rigidez constitucional.

LÍMITES A LA POTESTAD DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

Desmontando el mito fundacional

El proceso de elaboración de la constitución que narra el liberalismo no es nada más que un mito. en muchos lugares del mundo, lejos de tener, constituciones como herencias preciosas de los padres fundadores, hay es constituciones

que han sido impuestas por dictadores y/u otros estados, constituciones que han sido decididas por élites burguesas blancas o élites religiosas, y en el mejor de los casos constituciones que han sido decididas de manera negociada y que, pueden o no, recoger todas las voces del pueblo. En este mismo sentido, dice Suteu (2021) que:

> Las cláusulas de eternidad [es decir, los límites materiales] no son el producto de una voluntad constituyente unificada y pacificada que se ha manifestado durante un proceso nacional de elaboración de la constitución, se ha comprometido con el constitucionalismo liberal, ha impuesto límites materiales al poder de enmienda y, a continuación, ha salido del orden constitucional para no volver a aparecer hasta tiempos revolucionarios. (Traducción propia, pp. 264)

Las Constituciones que son diseñadas con límites gravosos buscan perpetuar unas instituciones y unos valores en el tiempo, pues consideran que estos son los mejores posibles. Cuando se crean límites a la posibilidad de reformar la Constitución si bien no se busca que la Constitución permanezca intacta, sí se busca que los cambios sucedan muy paulatinamente y, especialmente, a través de interpretación judicial. Los textos constitucionales más rígidos son también más generales, pues la especificidad requiere flexibilidad para la actualización constante. Este diseño constitucional se dice que busca evitar que las mayorías destruyan la Constitución y violen los derechos de las minorías, entonces los límites a la potestad de reforma operan como diques de contención de esta visión de la democracia contra actores políticos que apelan por una visión populista de la Constitución, la cual apela a que las instituciones no pueden oponerse a la regla de la mayoría pues pierden legitimidad democrática (Doyle, 2019).

Muchos autores plantean críticas a las limitaciones gravosas a la potestad de reforma, en el sentido de que la irreformabilidad puede entrar en contradicción con la democracia. Primero, porque le otorgan un rol muy importante al juez constitucional ya que al tener textos más generales hay mayor discrecionalidad judicial, y esto puede suponer un problema para la gobernabilidad democrática; dice Bickel (1986) al respecto: "También hay que afrontar otra dificultad crucial. Además de ser un control contra mayoritario de la legislatura y el ejecutivo puede, en un sentido más amplio, tender con el tiempo a debilitar seriamente el proceso democrático." (traducción propia, pp. 21). Desde un punto de vista del realismo legal, a diferencia del liberalismo, no se cree que el juez pueda separar sus propias convicciones políticas e intereses de sus fallos. El realismo, respecto a la discrecionalidad judicial diría que la interpretación judicial tiene un carácter arbitrario, donde se manipulan conceptos y personas para racionalizar un resultado ya prescrito por los orígenes del juez y sus intereses de clase (Engle, 2010). Además, podría sumársele Schwartzberg (2014) quien decía que imponer límites mediante *supermayorías* suponen un problema en el sentido de que crean un consenso imaginario en el *status quo*. En este sentido, se pueden imponer límites que al final afianzan las desigualdades distributivas y perpetúan las injusticias de una sociedad.

Otra crítica es mencionada por Doyle (2019) dice que el concepto de poder constituyente de Sieyes, Schmitt y Roznai tiene un problema ontológico, pues este ente es diacrónico, y exige que el poder constituyente del futuro sea el mismo que el del pasado. Este problema impide pensar en la creación de nuevos ordenes constitucionales, bloquea por completo el derecho de secesión si no está contemplado por ese "poder constituyente primario", y, crea el problema de la "mano muerta del pasado". Este último, se refiere a la dificulta que supone la brecha generacional que separa al pueblo del pasado, como *poder constituyente primario*, del nuevo pueblo.

En la famosa carta de Thomas Jefferson a Madison, este decía que ninguna sociedad podía hacer Constituciones, o leyes, perpetuas, pues cada generación de ciudadanos solo podía obligarse a sí misma creando sus propias leyes y Constitución. Una Constitución que trata de perpetuarse más de una generación, que para Jefferson es 19 años, no lo hace conforme a derecho, sino que es un acto de fuerza (Jefferson, 1979b). Esta es una cuestión que se remonta a mucho tiempo atrás, e incluso, podría llevarse esta misma discusión hasta la discusión de Parménides y Heráclito; sobre si las cosas están en constante cambio o si existe un mundo inmóvil más allá del mundo material. A partir de la conceptualización del poder constituyente en dos: poder constituyente primario y derivado, algunos teóricos argumentaban a favor de este atrincheramiento de la Constitución. Se decía que, el poder constituyente primario es un poder ilimitado, mientras que el poder constituyente derivado estaba atado a los límites que el primero había puesto, de manera taxativa o no, en la Constitución. Vale la pena anotar,

que para Yaniv Roznai el poder constituyente primario se encuentra incluso limitado, y puede ser objeto de revisión constitucional. De hecho, el autor plantea que es muy positivo establecer un procedimiento para que el poder constituyente primario se manifieste, para que permita seguridad jurídica y continuidad; y sugiere que incluso es posible que un órgano judicial "imparcial" someta a control de constitucionalidad dicho procedimiento.

Desde un punto de vista democrático esta propuesta es peligrosa, pues podría incluso declararse inconstitucional y bloquearse institucionalmente la posibilidad de que el poder constituyente "primario" reforme la Constitución si no se está dentro del mismo marco ideológico del poder constituyente primario que elaboró la Constitución. Un aporte muy interesante a esta cuestión es planteado por Böckenförde (2000) quien dice que la pregunta por la vinculación sustantiva del poder constituyente, está mal planteada cuando se formula como una pregunta por la vinculación necesaria a un derecho preexistente. Pues nada puede preexistir jurídicamente a la voluntad de un pueblo políticamente consciente de sí con la voluntad de darse una Constitución que se ajuste a sus necesidades y aspiraciones históricas.

CONSTITUCIONES ATRINCHERADAS Y TEORÍAS DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

Haciendo un recorrido por los distintos conceptos de legitimidad democrática, se puede notar que hay una tensión constante entre límites a la potestad de reforma de la Constitución y las características principales de cada uno de estos discursos sobre la legitimidad democrática. Esta tensión, o contradicción, tiene que ver con el hecho de que el establecimiento de limites gravosos y el mantenimiento de Constituciones rígidas, va en contravía de la legitimidad democrática. En la investigación conducida por Versteeg & Zackin, (2016) se muestra que, en las últimas dos décadas, las Constituciones democráticas se han vuelto menos atrincheradas, más específicas y menos discrecionales; así mismo, una mayor participación ciudadana en la elaboración de la Constitución, contrario a crear una mayoría autoritaria, produce Constituciones más inclusivas.

Una Constitución con límites gravosos a la potestad de reforma de la Constitución es una Constitución que se planea para la rigidez. Un diseño constitucional más específico, con una agenda política clara, ajustado a las necesidades de su tiempo y maleable, es más conveniente para la toma de las mejores decisiones pues el mismo texto constitucional es orientado hacia las políticas públicas. En este sentido, la concepción instrumentalista de la legitimidad democrática colisiona con las Constituciones rígidas y estos límites gravosos, pues si estamos hablando de instrumentalismo, es decir, la concepción que se centra en los resultados es mucho más probable que con Constitución específicas y flexibles puedan tomarse mejores decisiones y obtener mejores resultados. Este tipo de Constituciones sin tantos constreñimientos tampoco dependen de la interpretación del aparato judicial, sino que las normas y objetivos que se plantea la Constitución son claros, y en caso de no obtener resultados positivos es posible ajustar el marco constitucional para conseguirlo. Tal y como es planteado por Versteeg & Zackin (2016):

> Las constituciones específicas y sin limitaciones, limitan la discrecionalidad de los responsables de su aplicación. Aumentando el alcance de los mandatos constitucionales (es decir, incluyendo mandatos sobre una gama más amplia de cuestiones políticas), los ciudadanos también pueden dictar exactamente qué políticas deben promulgar el poder ejecutivo y legislativo, y cuáles deben abstenerse de promulgar en múltiples ámbitos de gobierno. Incluir detalles sobre estas políticas también permite al mandante ejercer un mayor control sobre sus agentes al incluir instrucciones explícitas sobre cómo deben llevar a cabo sus responsabilidades. (Traducción propia, pp. 660)[4]

Otra concepción que entra en contradicción con el concepto de límites a la potestad de reforma es la del procedimentalismo agregativo. En este caso, los límites a la potestad de reforma de la Constitución entrarían en contradicción cuando hablamos de Constituciones rígidas y que perduran por mucho tiempo. La razón es sencilla, y es que para el procedimentalismo agregativo es necesario que la decisión tomada no excluya y otorgue igual consideración a todas las preferencias. Una Constitución donde la potestad de reforma está obstaculizada gravosamente, no podría actualizarse al mismo

4 Traducción propia al español del texto original en inglés: specific and unentrenched constitutions limit the discretion of those responsible for implementing the constitution. By increasing the scope of constitutional mandates (i.e., including mandates on a wider array of policy issues), citizens can also dictate exactly which policies executives and legislatures must enact and which they must refrain from enacting in manifold areas of governance. Including detail on these policies also allows the principal to exert further control over its agents by including explicit instructions about how they are to carry out their responsibilities.

ritmo que la pluralidad de preferencias que necesita agregar. Dicho en otras palabras, para esta visión de la legitimidad democrática las preferencias son individuales, y es precisamente agregativa porque es una "constelación" de preferencias individuales agregadas en un todo; al perpetuar en el tiempo una Constitución esta no se estaría adaptando a las preferencias de los "nuevos" individuos ni estaría dejando atrás a aquellos que ya no existen. Constituciones con limites gravosos, para este discurso de la legitimidad democrática, estaría atando la Constitución a las preferencias del pasado, lo cual supone un gran problema.

Así mismo, la contradicción entre el procedimentalismo deliberativo y los límites a la potestad de reforma de la Constitución son evidentes. Si uno de los factores más importantes para esta concepción de la legitimidad democrática es que haya un procedimiento colectivo de toma de decisiones donde haya deliberación entre todos quienes sean afectados, los límites que impidan que se actualice la Constitución mediante un procedimiento deliberativo entrarían en choque directo con la legitimidad democrática. Por ejemplo, los límites que establecen valores y principios absolutos que no pueden ser revisados deliberativamente, no son compatibles con una visión de la democracia deliberativa. Como expresa Christiano (1996) "la discusión democrática, la deliberación, y la toma de decisiones bajo ciertas condiciones son lo que hace que los resultados sean legítimos para cada persona" (traducción propia, pp. 35)[5]. Incluso, considerando las críticas por parte del pluralismo agonista a esta concepción de la Legitimidad democrática respecto a la imposibilidad de garantizar el pluralismo, hay un énfasis muy importante en la necesidad de la deliberación y participación activa de la ciudadanía en la toma de decisiones que hace completamente incompatible el modelo deliberativo con un marco constitucional rígido y con límites gravosos al poder constituyente del pueblo. Especialmente, el modelo *habermasiano* pone énfasis en la necesidad de la legitimidad en el capitalismo tardío. Basándose en su ética del discurso, Habermas argumenta que la participación pública en procesos justificativos es esencial para la legitimidad política. Los procedimientos deliberativos deben ser inclusivos y transparentes, permitiendo a los ciudadanos participar en la formación de la opinión y la voluntad colectivas. Esta participación busca garantizar la equidad procedimental, y asegurar que las decisiones resultantes tengan una calidad razonable, cumpliendo con las expectativas de los ciudadanos y garantizando la legitimidad del modelo deliberativo (Habermas, 1998). Al respecto, también dice Susen (2018) sobre el modelo deliberativo que propone Habermas:

> Los procesos democráticos de toma de decisiones nunca pueden basarse únicamente en las motivaciones autorreferenciales de individuos aislados, sino que se fundamentan en las voluntades mutuamente dependientes de actores interconectados. Uno de los principales objetivos de las formas deliberativas de democracia es dar una voz fundamentada racionalmente a los miembros de una comunidad concreta, cuya capacidad para desarrollar un sentido de solidaridad constituye una condición previa para garantizar la estabilidad relativa de realidades mediadas simbólicamente y construidas relacionalmente. (Traducción propia. Pp. 44)

Finalmente, hay que resaltar la necesidad de retomar la búsqueda de legitimidad democrática en la época del neoliberalismo. El modelo económico actual no necesita más del consenso, pues para llevar a cabo sus políticas económicas muchas veces debe tornarse autoritario. Como ya se expuso anteriormente, la legitimidad del neoliberalismo es promisoria, y para mantener viva la autopoiesis de su legitimidad debe suprimir el disenso mediante un nuevo autoritarismo (Ayers & Saad-Filho, 2015) o mantenerlo alejado de la toma de decisiones, promoviendo el apoliticismo y la apatía por la participación democrática. Para el neoliberalismo, lo ideal es que no se lleven a cabo discusiones de fondo que puedan poner en riesgo su lógica de acumulación de capital, por ello el mejor político es el tecnócrata, pues se trata de administrar -y no dirigir- al Estado y lo público bajo una lógica empresarial. Así mismo, el mejor individuo para el neoliberalismo es el *homo economicus*, un individuo que encuentra su realización en el consumo, y que siente antipatía por *lo político*. El establecimiento de límites y al repeler a los ciudadanos de esta dimensión de lo público y *lo político* que hay detrás de la idea misma de ciudadanía, no es establecer barreras para evitar mayorías autoritarias, todo lo contrario. Dice Mouffe (2000b) que al desalentar la participación de los ciudadanos en la política y alentar la privatización de la vida se han

5 Traducción propia al español del texto original en inglés: democratic discussion, deliberation, and decision-making under certain conditions are what make the outcomes legitimate for each person.

creado formas extremas de fundamentalismos religiosos, étnicos e individualismos que sí pueden amenazar la democracia liberal formal que mantiene el neoliberalismo. es por ello que como respuesta al neoliberalismo se contraponga una apuesta por un envolvimiento de los ciudadanos en la toma de decisiones, que se puedan identificar con una comunidad política y lo público, donde se permita la deliberación democrática entre voces de todos los tintes políticos, y que ello permita llegar a consensos sobre asuntos fundamentales económicos y políticos, que no son para siempre, sino que pueden criticarse y revisarse constantemente. Los límites a la potestad de reforma de la Constitución son convenientes al neoliberalismo e inconvenientes para la legitimidad democrática en este sentido.

CONCLUSIONES

El anterior recorrido por las distintas categorizaciones de los límites a la potestad de reforma y la legitimidad democrática nos han permitido entender de qué manera estos límites no parecen tener una correlación con el concepto de legitimidad democrática, poniendo en tensión elementos fundamentales de la legitimidad. Tales límites han estado ligados a la desconfianza en la participación política activa de los ciudadanos en la toma de decisiones, el temor por la democracia. El establecimiento de una Constitución rígida, con limitaciones gravosas a la potestad de reforma, mantienen alejados al pueblo, el soberano, de las discusiones públicas, y son inconvenientes para la legitimidad democrática.

Detrás de la idea de que las Constituciones deben ser rígidas, lo más estables posibles, lo más perfectas posibles para impedir que sea necesario ajustarlas, se oculta una mitificación del proceso constituyente. Un proceso que en teoría habría tenido que ser lo suficientemente abierto, transparente, ordenado, racional, que se ha conseguido elaborar un texto constitucional casi divino que plasma la identidad de una Nación. Nada más lejos de la realidad. En el mundo existen muchas Constituciones impuestas, donde no ha habido una participación de todo el pueblo en su proceso de elaboración. tales mitos fundacionales sirven para mantener el *statu quo*, pues desconfían de que el pueblo pueda alterar tal herencia preciosa que es la constitución. desde la perspectiva de la legitimidad democrática, se propone en cambio abrir el debate y entender de una manera realista las Constituciones, de tal manera que se entiendan como textos imperfectos, inacabados, que obedecían a unas circunstancias de su momento histórico, y en ese sentido son transformables.

Vale la pena también mencionar que, así como no se debe mitificar las Constituciones, tampoco hay que pensar en abstracto sobre las condiciones para llevar a cabo la democracia. Ser una democracia es mucho más complejo que autodenominarse como tal. Una de las más importantes críticas que se le puede hacer al procedimentalismo es esta, que busca una deliberación casi perfecta para garantizar la legitimidad democrática. Hay muchos factores que erosionan e impiden la democracia, tanto internos como externos a los ordenamientos jurídicos, por mencionar algunos: las desigualdades sociales que crean brechas en el nivel de escolarización de los ciudadanos, el *lobbismo*, el *lawfare*, la geopolítica, la privatización de la educación, las nuevas formas de comunicación política, etc. Sería ingenuo pensar que todas las personas estamos en igualdad de condiciones para formarnos cada uno una opinión sobre los asuntos fundamentales de la sociedad. Es por ello por lo que para garantizar la legitimidad democrática también se deben combatir estos otros impedimentos empíricos.

Por otro lado, los límites a la potestad de reforma de la Constitución no son compatibles con una visión del constitucionalismo democrático sino con una noción del constitucionalismo profundamente liberal. Esto es algo que incluso Roznai (2020) reconoce cuando dice que estos límites no son unos mecanismos democráticos sino limitaciones para, desde su punto de vista, proteger la democracia. Habría que preguntarnos entonces, qué tipo de democracia se está tratando de proteger al impedir la deliberación, la actualización constante y la participación activa del pueblo en la toma de decisiones. En últimas, no sería la defensa de la democracia sino del republicanismo liberal. Es de resaltar además que, en la literatura estudiada, se encontró que incluso se ha intentado promover la idea de que el poder constituyente primario puede estar sujeto a control de constitucionalidad por parte del aparato judicial para la protección de la "democracia". Tal idea es inadecuada, primero porque si el poder constituyente primario tuviera algún tipo de límite por parte de un juez, este no sería verdaderamente soberano. Segundo, desde un punto de vista histórico es ilusorio

pensar que un pueblo con voluntad política de darse una nueva Constitución pueda y quiera someterse a límites del régimen constitucional que precisamente quiere cambiar; tan absurdo como pensar que los revolucionarios franceses no debían constituirse en Asamblea Nacional Constituyente porque el Rey Luis XVI no lo quería. Querer controlar algo así sería intentar institucionalizar una voluntad política que está por encima de los discursos sobre legalidad; las reglas que debe seguir el poder constituyente primario no pueden dárselas más que él mismo.

La democracia implica que se pueda revisar la Constitución no solo en circunstancias excepcionales, y por ello es necesario un diseño constitucional que lo permita; una Constitución flexible, sujeta a crítica constante, que permita la contradicción, el pluralismo, que se preste a negociaciones, deliberación, y cambio. Es necesario un diseño constitucional para los vivos, y que además sea vivible, no una constitución que perpetúe el orden establecido hace décadas o siglos, probablemente por una élite de su momento, y que se pueda actualizar solamente poco a poco y engorrosamente.

REFERENCIAS

Albert, R. (2016). Temporal Limitations in Constitutional Amendment. *21 Review of Constitutional Studies 37 (2016), Boston College Law School Legal Studies Research Paper No. 390*, *21*(1), 37–62. SSRN: https://ssrn.com/abstract=2749288

Aristóteles. (1960). *La Política* (N. Estévanez, Ed.). Casa Editorial Gernier Hermanos.

Atkins, J. W. (2013). *Cicero on politics and the limits of reason: The Republic and laws* (R. L. , O. R. G. , M. M. , S. D. N. , H. G. C. , O. S. P. , B. W. M. Hunter, Ed.; First). Cambridge University Press.

Ayers, A. J., & Saad-Filho, A. (2015). Democracy against Neoliberalism: Paradoxes, Limitations, Transcendence. *Critical Sociology*, *41*(4–5), 597–618. https://doi.org/10.1177/0896920513507789

Balbuena Cisneros, A. (2007). Límites y control Constitucional en México. *Díkaion*, *21*(16), 157–178.

Beckert, J. (2019). The exhausted futures of neoliberalism: from promissory legitimacy to social anomy. *Journal of Cultural Economy*, *13*(3), 318–330. https://doi.org/10.1080/17530350.2019.1574867

Bickel, A. (1986). *The Least Dangerous Branch.* (Second). Yale University Press.

Blanco Rivero, J. J. (2012). La historia de los conceptos de Reinhart Koselleck: conceptos fundamentales, Sattelzeit, temporalidad e histórica. *Politeia*, *35*(49), 1–33. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=170029498009

Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica.

Bobbio, N. (1989). *Liberalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económica.

Böckenförde, E. W. (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Editorial Trotta.

Chiocchetti, P. (2017). Democratic Legitimacy. En *RESuME, Esch-sur-Alzette, Luxembourg*. Cambridge University Press (CUP). https://resume.uni.lu/story/democratic-legitimacy

Christiano, T. (1996). *The Rule of the Many: Fundamental Issues in Democratic Theory.* (First). Routledge.

Cicerón, M. T., & Iso, J. J. (2002). Sobre el orador. En *Biblioteca Clásica Gredos; 300*. Gredos Editorial.

Darbelley, J. (1963). L'Initiative populaire et les limites de la Revision Constitutionnelle. . *Revue de droit publique*, 713–744.

de Nordenflycht B, A. (2009). Tensiones entre literatura, ciencia, experiencia e historia en un intelectual de la sattelzeit hispanoamericana: los prefacios en la prosa científica de Juan Ignacio Molina. *Alpha (Osorno)*, *29*, 23–40. https://doi.org/10.4067/S0718-22012009002900003

Doyle, O. (2019). Populist constitutionalism and constituent power. *German Law Journal*, *20*(2), 161–180. https://doi.org/10.1017/glj.2019.11

Edwards, A. (2008). Drawing a Line Under the Past. *Peace Review*, *20*(2), 209–217. https://doi.org/10.1080/10402650802068200

Engle, E. (2010). A Primer on Left Legal Theory: Realism, Marxism, CLS & PoMo. *The Crit: a Critical Studies Journal*, *3*(2), 64–78. https://doi.org/10.2139/ssrn.1268364

Favoreu, L. (1993). Souveraineté et supraconstitutionnalité. *Pouvoirs. Revue française d'etudes constitutionnelles et politiques*, *67*, 71–77.

Galindo Hervás, A. (2021). *Historia y conceptos políticos: Una introducción a Reinhart Koselleck*. Ediciones Universidad de Navarra.

Gözler, K. (1997). *Le pouvoir de révision constitutionnelle* [Université Montesquieu Bordeaux IV]. https://www.anayasa.gen.tr/pcr.htm

Grimm, D. (2016). *Constitutionalism: Past, Present, and Future*. Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198766124.001.0001

Habermars, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. Trota.

Halphen, Louis. (1992). *Carlomagno y el imperio carolingio*. Akal.

Harper and Brothers. (1879). *Lewis & Short Latin-English Dictionary*.

Herrero, M. (2023). Carl Schmitt's Political Theology of Revolution. *Open Theology*, *9*(1), 2022-0223. https://doi.org/10.1515/opth-2022-0223

Huntington, S. P. (2011). *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order [El choque de civilizaciones y la reorganización del orden global]*. Simon & Schuster.

Jefferson, T. (1979). To James Madison from Thomas Jefferson, 6 September 1789. En *The Papers of James Madison, vol. 12, 2 March 1789–20 January 1790 and supplement 24 October 1775–24 January 1789* (pp. 382–388). University Press of Virginia.

Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho* (R. Vernengo, Ed.; Segunda Edición). Universidad Nacional Autónoma de México.

Koselleck, R., & Gómez Ramos, A. (2004). *historia/Historia*. Trotta.

Koselleck, R., & Oncina Coves, F. (1997). Histórica y Hermenéutica. En *Historia y hermenéutica* (pp. 65–94). Ediciones Paidós.

Koselleck, R., Pardos, J. A., De la Vega, R., & Pérez de la Tudela, J. (2007). *Crítica y crisis: Un estudio sobre la patogénesis del mundo burgués*. Trotta.

Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución* (A. Gallego Anabitartem, Ed.; Segunda). Editorial Ariel.

Mouffe, C. (1999). Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism. Social Research, 66(3), 745–758.

Mouffe, C. (2000). *The Democratic Paradox*. Verso.

National Constitution Center. (s/f). *The Constitution of the United States: En Español*. https://constitutioncenter.org/education/classroom-resource-library/classroom/the-constitution-of-the-united-states-html-en-espanol

Olaya, V. G. (2023, noviembre 7). *George Santayana, el filósofo casi desconocido autor de la frase: "Aquellos que no pueden recordar el pasado están condenados a repetirlo"*. El País. https://elpais.com/cultura/2023-11-08/george-santayana-el-filosofo-casi-desconocido-autor-de-la-frase-aquellos-que-no-pueden-recordar-el-pasado-estan-condenados-a-repetirlo.html

Pardo Alvarez, D. (2023). The limits of the constitutional amending power in Chilean constitutional law. *Revista de Derecho*, *36*(1), 113–135. https://doi.org/10.4067/S0718-09502023000100113

Peter, F. (2009). *Democratic Legitimacy* (First). Routledge.

Peter, F. (2023). Political Legitimacy. En E. Zalta & U. Nodelman (Eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

Real Academia Española. (s/f). *Diccionario de la lengua española*. Ed. 23 [versión 23.7 en línea].

Rodríguez-Aristizábal, A. (2019). *La legitimidad y la legalidad en épocas de crisis : entre Carl Schmitt y la necesidad de una nueva explicación*. http://hdl.handle.net/20.500.11912/9466

Roobeek, A. (1987). The Crisis In Fordism And The Rise Of A New Technological Paradigm. *Futures*, *19*(2), 129–154. https://doi.org/10.1016/0016-3287(87)90047-4.

Roznai, Y. (2020). *Reformas constitucionales inconstitucionales: Los límites al poder de reforma* (S. G. J. J. G. E. M. L. G. L. F. V. P. R. A. Á. Vicente F. Benítez R., Ed.; 2020a ed.). Universidad Externado de Colombia.

Santayana, G. (2014). *Life of reason: or the phases of human progress*. Mit Press. https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=815365

Sassen, S. (2015). *Expulsiones : Brutalidad y complejidad en la economía global* (S. Trad. Mastrangelo, Ed.; Primera Edición). Katz Editores.

Schmitt, C. (1982). *Teoría de la Constitución* (Primera Edición). Alianza.

Schmitt, C. (1985). *La dictadura* (J. (Trad.) Diaz García, Ed.). Alianza.

Schmitt, C. (2014). *El concepto de lo político : Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios* (Segunda Edición). Alianza.

Schmitt, C., & Conde, F. J. (2009). *Teología Política*. Trotta.

Schwartzberg, M. (2014). *Counting the Many: The Origins and Limits of Supermajority Rule* (First Edition). Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/cbo00000000000

Sörensen, J., & Olsson, E. J. (2020). Shadow management: Neoliberalism and the erosion of democratic legitimacy through ombudsmen with case studies from swedish higher education. *Societies*, *10*(2:30). https://doi.org/10.3390/soc10020030

Susen, S. (2018). Jürgen Habermas: Between democratic deliberation and deliberative democracy. En R. & F. B. Wodak (Ed.), *The Routledge Handbook of Language and Politics.* (First Edition, pp. 43–66). Routledge. http://openaccess.city.ac.uk/

Suteu, S. (2021). Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism. En *Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism*. Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/oso/9780198858867.001.0001

Versteeg, M., & Zackin, E. (2016). Constitutions unentrenched: Toward an alternative theory of constitutional design. En *American Political Science Review* (Vol. 110, Número 4, pp. 657–674). Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/S0003055416000447

Villacañas Berlanga, J. (2020). *Neoliberalismo como teología política*. Ned Ediciones.

Weber, M. (2002). *Economía y Sociedad* (Segunda). Fondo de Cultura Económica.

Zeballos Cuathin, A. (2018). Supremacía constitucional y bloque de constitucionalidad: el ejercicio de armonización de dos sistemas de derecho en Colombia. *Pensamiento Jurídico*, *47*, 13–42.

Zhao, X. (2021). A Ciceronian Defense of Democratic Participation. *Política & Sociedade*, *20*(47), 103–129. https://doi.org/10.5007/2175-7984.2021.e78929

LA NECESIDAD DE MEJORAR LA POLÍTICA VICTIMAL EN EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL LABORAL EN LA ENTIDAD PÚBLICA

THE NEED TO IMPROVE VICTIM-FOCUSED POLICIES ON WORKPLACE SEXUAL HARASSMENT IN PUBLIC INSTITUTIONS

Lizet Zavala Van Oordt
https://orcid.org/0009-0006-2711-6830
Asociación Peruana de Criminología AMAUCHA
Ljzv@hotmail.com
Perú

https://doi.org/10.24265/voxjuris.2025.v43n2.08

Recibido: 28 de setiembre del 2024 Aceptado: 2 de diciembre del 2024.

SUMARIO

1. Introducción
2. El grave problema de la violencia contra la mujer
3. Confluencia de los derechos humanos, la criminología y la victimología
4. Derechos de la víctima de hostigamiento sexual laboral
5. El desafío persistente del hostigamiento sexual laboral
6. Conclusiones y recomendaciones
7. Fuentes de información

RESUMEN

La autora analiza la política estatal que menoscaba la protección a la mujer víctima de hostigamiento sexual laboral en el sector público en el Perú, regulada por la Ley N° 27942, diferenciándola de la Ley N° 30364, que establece mayor cobertura en aspectos como valoración del riesgo, medios probatorios, derechos laborales y eliminación del estereotipo de género. Concluye que esta desigualdad deja a las víctimas del sector público con menor protección, generando discriminación que vulnera su dignidad y derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE

hostigamiento sexual laboral, discriminación, dignidad, política victimal, violencia de género

ABSTRACT

The author critically analyzes the differentiated state policy under Law No. 27942, which undermines the protection of women victims of workplace sexual harassment in the public sector. This law offers less comprehensive protection compared to Law No. 30364, which includes risk assessment, broader evidence criteria, unrestricted labor rights, and prohibition of gender stereotypes. The author concludes that this disparity leaves public-sector victims with insufficient protection, creating discrimination that violates their dignity and fundamental rights.

KEYWORDS

sexual harassment at work, discrimination, dignity, victim policy, gender violence.

INTRODUCCIÓN

El problema de la inseguridad en el Perú es apremiante y grave. La percepción de la población respecto a la inseguridad es del 80% a junio de 2023, según el Instituto de Estudios Peruanos[1], esta situación se traduce en violencia (específicamente hacia la mujer 34.5%)[2], criminalidad (30.9% en ciudades con más de 20,000 habitantes)[3] y victimidad (42%), por lo que se trata de una dramática realidad que se observa en la cotidianidad y en las estadísticas respectivas. El Estado es el responsable de proporcionar seguridad integral a la población, pues junto con el bienestar general son sus fines esenciales. Pero el Estado somos todos, ya que es la sociedad política y jurídicamente organizada, dirigida por las autoridades elegidas entre los ciudadanos que forman parte del cuerpo

1 Ver indicadores en: https://iep.org.pe/wp-content/uploads/2023/06/IEP-OP-Junio-2023-Informe- completo.pdf

2 Ver indicadores de violencia contra la mujer al año 2023 en: https://www.mesadeconcertacion.org.pe/storage/documentos/2023-07-21/ppt-segunda-sesion-5- julio-mimp0.pdf

3 Ver estadísticas de seguridad ciudadana a octubre 2023, INEI, en: https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_seguridad_1.pdf

social. De tal forma que este problema social de la inseguridad tiene una responsabilidad común y nos concierne y debe interesar a todos.

La Ley N° 27942, que regula el hostigamiento sexual laboral, ofrece menos protección que la Ley N° 30364, orientada a prevenir y sancionar todo tipo de violencia contra la mujer. Esta última incluye criterios de valoración de riesgo, medios probatorios adecuados y prohibición de estereotipos de género, elementos ausentes en la regulación del sector público, generando discriminación y vulnerando derechos fundamentales.

El problema requiere atención prioritaria para formular propuestas que mejoren las políticas victímales y eliminen discriminaciones en situaciones similares. Este análisis, con un enfoque criminológico y victimológico, busca comprender las causas del fenómeno para plantear soluciones efectivas.

En el Perú, la Ley N° 27942, promulgada en 2003, regula la prevención y sanción administrativa del hostigamiento sexual en relaciones de autoridad o dependencia, aplicando tanto a centros laborales públicos y privados como a instituciones educativas, militares y policiales. En 2022, el 91.29% de los 1056 casos reportados correspondió a mujeres, según datos del Ministerio de Trabajo. Por otro lado, la Ley N° 30364, promulgada en 2015, aborda la prevención, sanción penal y erradicación de la violencia contra las mujeres, alineándose con compromisos internacionales como la CEDAW y la Convención de Belem Do Pará.

Ambas leyes presentan diferencias significativas. La Ley N° 30364 incluye criterios de valoración de riesgo, medios probatorios adecuados y la prohibición de estereotipos de género, elementos ausentes en la Ley N° 27942 para procedimientos administrativos en el sector público. Esta situación podría constituir una discriminación de *jure* que vulnera la dignidad y derechos de las mujeres trabajadoras públicas víctimas de hostigamiento sexual. Además, en el ámbito laboral público, las víctimas suelen recurrir al empleador en busca de medidas disciplinarias y protección, evitando denuncias penales por temor a perder su empleo.

Cabe entonces reflexionar si la existencia de criterios objetivos de valoración del riesgo y de medios probatorios en la decisión final del caso y la concesión de medidas de protección, el otorgamiento de derechos laborales supeditados a requisitos inconvenientes, la aplicación del enfoque de género y la interdicción del estereotipo de género, que se establecen en la Ley N° 30364, constituye una menor cobertura de protección a la mujer trabajadora del sector público en el Perú que es víctima de hostigamiento sexual protegida por la Ley N° 27942.

A partir de ese punto, la situación problemática motiva a discernir si es necesario normar el mismo estándar de protección para casos de hostigamiento sexual laboral en el procedimiento administrativo disciplinario que en el procedimiento jurisdiccional, a fin de que se equipare la protección a la mujer trabajadora del sector público víctima de hostigamiento sexual con la protección a la mujer víctima de violencia.

Del mismo modo, importa analizar si la Ley N° 27942 y su reglamento son instrumentos suficientes e idóneos para una eficiente protección a la victima de hostigamiento sexual; cuál sería el efecto social de subsanar la desigualdad de protección existente entre la Ley N° 30364 y la Ley N° 27942; y si el legislador ha sido congruente con la política pública prevencionista y sancionadora de la violencia y hostigamiento sexual respecto a la que proporciona a la mujer trabajadora del sector público.

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, el artículo busca demostrar la necesidad de mejorar la política victimal en el hostigamiento sexual laboral en la entidad pública con la finalidad de mejor proteger a la víctima y disuadir al potencial infractor.

Asimismo, pretender acreditar la necesidad de normar el mismo estándar de protección para casos de hostigamiento sexual laboral en el procedimiento administrativo disciplinario que en el procedimiento penal, a fin de que se equipare la protección a la mujer trabajadora del sector público víctima de hostigamiento sexual con la protección a la mujer víctima de violencia.

De esta manera, se persigue conocer si la Ley N° 27942 y su reglamento adolecen de deficiencia normativa y de eficiencia en su finalidad de protección a la victima de hostigamiento sexual; confirmar el efecto social positivo de subsanar la desigualdad de protección existente entre la Ley N° 30364 y la Ley N° 27942, reivindicando la dignidad y los derechos humanos, tales como, el derecho a la igualdad, a la libertad sexual y la libertad de trabajo de la mujer trabajadora del sector público víctima de hostigamiento sexual; y explicar la incongruencia del legislador respecto de la

finalidad que persigue la política pública de protección prevencionista y sancionadora del hostigamiento sexual a la mujer trabajadora del sector público, debido a la condición desigual a que está sujeta la trabajadora víctima de hostigamiento sexual respecto a la víctima de violencia de genero e intrafamiliar.

EL GRAVE PROBLEMA DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Es necesario comenzar con el concepto de violencia contra la mujer, que está definida como cualquier acción o conducta basada en su género que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en la vida privada. La violencia contra la mujer se da en el hogar, pero también en el trabajo, donde asume la forma de acoso sexual y discriminación, o en el espacio público, como en la trata de mujeres para el trabajo forzado y el comercio sexual (Convención de Belém do Pará, 1994).

El Texto Único Ordenado de la Ley Nº 30364, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Decreto Supremo Nº 004-2020-MIMP de 2020, en su artículo 5, señala que:

> La violencia contra las mujeres es cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado. Se entiende por violencia contra las mujeres:
>
> a. La que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer. Comprende, entre otros, violación, maltrato físico o psicológico y abuso sexual.
>
> b. La que tenga lugar en la comunidad, sea perpetrada por cualquier persona y comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.
>
> c. La que sea perpetrada o tolerada por los agentes del Estado, donde quiera que ocurra.

El acoso sexual laboral

La Recomendación General núm. 19. de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres- CEDAW de 1992 en su artículo 11 señala que el hostigamiento sexual incluye conductas de tono sexual tales como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, ya sean verbales o de hecho. Ese tipo de conducta puede ser humillante y puede constituir un problema de salud y de seguridad; es discriminatoria cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa le podría causar problemas en relación con su trabajo, incluso con la contratación o el ascenso, o cuando crea un medio de trabajo hostil.

El hostigamiento sexual

No existe una única definición de hostigamiento sexual laboral. Desde una perspectiva psicológica, se trata de comportamientos de naturaleza sexual no deseados que afecten el bienestar de la víctima (Giuffre y Williams, Konrad y Gutek). En términos conductuales, se considera hostigamiento independientemente de la percepción individual, enfocándose en comportamientos objetivamente ofensivos. Según Inmujeres (2004), el hostigamiento sexual es un mecanismo de control dentro del sistema patriarcal, que perpetúa la dominación masculina en el ámbito laboral.

Este fenómeno está estrechamente relacionado con relaciones desiguales de poder y estructuras jerárquicas, donde las dinámicas laborales refuerzan la subordinación de las mujeres, vinculándolas con la sexualidad y consolidándolas como objetos de deseo. En este contexto, las prácticas de hostigamiento sexual reflejan una cultura patriarcal que prioriza el poder masculino sobre la voluntad femenina.

Las teorías organizacionales destacan que las dinámicas laborales y las culturas organizacionales perpetúan las desigualdades de género. Las prácticas interrelacionadas en las organizaciones, influenciadas por la estructura social y cultural, facilitan el hostigamiento sexual. Por otro lado, las teorías centradas en el individuo analizan cómo características como el género, la antigüedad laboral o la educación pueden influir en la vulnerabilidad al hostigamiento.

El hostigamiento sexual es difícil de probar debido a la normalización de estas conductas y al temor de las víctimas a represalias. En este sentido, es esencial flexibilizar las exigencias probatorias en

casos de hostigamiento sexual, permitiendo que la prueba indiciaria y las consecuencias demostrables sean suficientes para proteger los derechos de las víctimas (Domínguez et al., 2014).

Finalmente, las estrategias para erradicar el hostigamiento sexual incluyen prevención, sanción, atención y reparación. Sin embargo, las denuncias enfrentan múltiples obstáculos, como la desconfianza en las instituciones y la falta de pruebas categóricas, lo que resalta la necesidad de mecanismos más eficaces y sensibles para atender estos casos.

La Convención de Belém do Pará define el hostigamiento sexual como violencia de género, instando a los Estados a implementar medidas legislativas, sensibilización, acceso a la justicia y reparación para las víctimas. En Perú, la Ley N° 27942 (2003) previene y sanciona el hostigamiento sexual laboral, mientras que la Ley N° 30364 (2015) amplía la protección contra la violencia hacia mujeres y grupos familiares.

Erradicar el hostigamiento sexual requiere fortalecer políticas nacionales e internacionales y fomentar una cultura de respeto e igualdad. Solo mediante esfuerzos conjuntos será posible garantizar ambientes libres de violencia y dignos para todos.

El hostigamiento sexual laboral

La violencia de género se manifiesta de diversas formas y puede ocurrir en diferentes contextos. Algunas de las manifestaciones más comunes son:

- *Violencia física*: golpes, empujones, estrangulamientos u otras agresiones físicas. Uso de armas u objetos para causar daño.
- *Violencia verbal y psicológica*: insultos, humillaciones, amenazas y manipulación emocional. Control y vigilancia constante.
- *Violencia sexual*: violación, coerción, acoso y hostigamiento sexual. Comentarios o avances no deseados, y obligar a la víctima a realizar actos sexuales contra su voluntad.
- *Violencia económica*: restricción al acceso de recursos económicos, empleo o educación. Robo o destrucción de bienes personales.
- *Violencia digital o cibernética*: ciberacoso, difusión no consentida de imágenes íntimas, y monitoreo de actividades en línea.
- *Violencia institucional*: discriminación de género en el trabajo, educación o atención médica, y falta de medidas para prevenir la violencia.

El hostigamiento sexual está relacionado con el abuso de poder y la perpetuación de desigualdades de género. Afecta desproporcionadamente a las mujeres debido a normas culturales que lo han normalizado. Este tipo de violencia incluye comentarios ofensivos, gestos obscenos, tocamientos no deseados y chantaje sexual, que violan la autonomía y dignidad de la víctima.

El hostigamiento sexual también reproduce patrones culturales que perpetúan la desigualdad de género, socavando el principio de igualdad consagrado en los derechos humanos. Para erradicarlo, es necesario implementar políticas organizacionales sólidas, sensibilización y educación que promuevan el respeto y la igualdad.

Las conductas típicas de hostigamiento sexual incluyen prometer beneficios a cambio de favores sexuales; amenazar para obtener conductas no deseadas; usar términos de connotación sexual, insinuaciones, gestos obscenos o mostrar imágenes sexuales ofensivas; realizar tocamientos u otras acciones físicas no deseadas; tratar de manera hostil a la víctima por rechazar estas conductas; y otras conductas definidas en el artículo 4 de la Ley N° 27942.

Estadísticas alarmantes

La Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR reveló que desde el 2020 a la fecha, 117 entidades públicas sancionaron e inhabilitaron por 5 años para trabajar en el Estado a 271 servidores civiles por actos de hostigamiento sexual laboral, además durante la pandemia por la COVID-19. De acuerdo con el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles – RNSSC en el 2020 fueron sancionadas 52 personas, en el 2021 se sancionó a 82, en el 2022 a 108 y hasta febrero del 2023 ya se registran 28 servidores sancionados (Servir, febrero 2023)

Según la información recopilada en el centro de emergencia mujer de enero a diciembre de 2021 se tiene 615 casos atendidos a nivel nacional liderando lima metropolitana con 35 % de los casos; además CEM ha interpuesto denuncia con 21%, medidas de protección 50.2% y otorgado patrocinio legal 81%. En esa misma línea en enero a diciembre de 2023 CEM atendió 438 casos de hostigamiento sexual. (Registro de casos del CEM, 2021 y 2023)

Por su lado, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL, entre el 2020 y 2023, realizó 5,059 inspecciones en materia de hostigamiento sexual laboral a

escala nacional y solo enero y febrero del 2023 se atendió 230 denuncias siendo las regiones más inspeccionadas Lima Metropolitana, La Libertad, Lambayeque y Arequipa (Diario Oficial El Peruano, 2023).

Las cifras y porcentajes precedentes se dan pese a que existe una normatividad internacional y nacional en materia de hostigamiento sexual laboral. El Perú ha ratificado importantes instrumentos internacionales que establecen medidas para prevenir y eliminar la discriminación y la violencia contra las mujeres en el ámbito laboral, y contribuyen a la protección de los derechos humanos de las mujeres en el país.

Procedimiento de denuncia, atención, investigación y sanción del hostigamiento sexual para funcionarios/as, directivos/as y servidores/as civiles.

La investigación y sanción de casos de hostigamiento sexual cometidos por servidores civiles del Estado peruano se lleva a cabo a través del procedimiento administrativo disciplinario (PAD) regulado por la Ley Nº 30057, Ley del Servicio Civil, y su reglamento, siguiendo además las directrices específicas establecidas en la Ley Nº 27942 y su reglamento. El PAD por hostigamiento sexual debe completarse en un máximo de treinta (30) días calendario. De manera excepcional, y considerando la complejidad del caso, el procedimiento puede prolongarse por quince (15) días adicionales, siempre que exista una justificación adecuada. Los plazos establecidos para las acciones de las autoridades dentro del procedimiento administrativo disciplinario están diseñados para garantizar la rapidez necesaria en este tipo de procesos. El incumplimiento de estos plazos y su extensión conlleva responsabilidad administrativa, aunque no provoca la extinción del procedimiento.

Interposición de la denuncia/queja

La denuncia por actos de hostigamiento sexual puede presentarse ante la Secretaría Técnica del Procedimiento Administrativo Disciplinario (STPAD) o la Oficina de Recursos Humanos (ORH), ya sea de manera verbal, escrita, o a través de otros medios habilitados por la entidad. Si la denuncia se presenta por escrito, es preferible utilizar el formato predeterminado. En caso de que se realice de forma verbal, el servidor encargado deberá registrar la información proporcionada por el denunciante en dicho formato. La denuncia puede ser presentada por la presunta víctima, por terceros o iniciarse de oficio cuando la ORH o la STPAD tomen conocimiento, por cualquier medio, de hechos que puedan constituir hostigamiento sexual. Las denuncias anónimas deben contener al menos la identificación de la víctima, del agresor, y el contexto de los hechos en que ocurrió el hostigamiento; estas denuncias se consideran como el inicio de las investigaciones de oficio a cargo de la STPAD.

La ORH es responsable de recibir las denuncias de hostigamiento sexual, debiendo identificar claramente a las personas encargadas de atenderlas, incluyendo sus nombres completos y medios de contacto, información que debe ser actualizada según sea necesario como parte de las medidas preventivas. La ORH debe remitir la denuncia a la STPAD en un plazo máximo de veinticuatro (24) horas desde que se tenga conocimiento del hecho. Si la STPAD toma conocimiento directo del hecho, debe informar a la ORH en el mismo plazo para que se adopten las medidas de protección necesarias. En caso de que el presunto agresor sea el titular de la ORH o el secretario técnico, la denuncia debe ser presentada ante su superior inmediato o quien lo reemplace. El presunto agresor debe abstenerse de participar en la investigación, y la abstención se tramita conforme a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Para iniciar la investigación preliminar de oficio, es suficiente con la declaración del denunciante, pudiendo presentarse pruebas adicionales como declaraciones de testigos, documentos públicos o privados, grabaciones, correos electrónicos, mensajes de texto, fotografías, objetos, cintas de grabación, peritajes psicológicos, psiquiátricos, forenses, grafotécnicos, análisis biológicos, químicos, cualquier otro medio probatorio adecuado.

Atención a la víctima de hostigamiento sexual

La ORH debe poner a disposición de la víctima, en un plazo máximo de un (1) día hábil, los servicios de atención médica y/o psicológica que tenga disponibles. Si no cuenta con dichos servicios, la víctima será derivada a los centros de salud públicos o privados a los que tenga acceso. Entre los servicios públicos que deben ser comunicados a la víctima se incluyen, como mínimo, los siguientes: Centros de Emergencia Mujer (CEM), Centros de atención de EsSalud y Centros de atención del Ministerio de Salud.

El informe resultante de la atención médica y/o psicológica podrá ser incluido en el procedimiento y considerado como evidencia, pero únicamente si la víctima lo autoriza.

Comunicar a la víctima el estado de la denuncia

Durante el proceso de denuncia, investigación y sanción es importante que la víctima conozca el adecuado procedimiento previsto en la Ley N° 27942 en concordancia con la Ley del Servicio Civil, del cual es importante destacar lo siguiente:

El secretario técnico del PAD brindará información al denunciante dentro de un plazo máximo de 30 días hábiles señalando el estado de la denuncia.

La presunta víctima tiene el derecho a ser escuchada, evitando la revictimización.

De encontrarse responsabilidad de los actos denunciados por hostigamiento sexual laboral, el hostigador u hostigadora deberá recibir una atención especializada con enfoque de género para prevenir nuevos actos de hostigamiento sexual, con monitoreo por la Oficina de Recursos Humanos; sin embargo en la actualidad las entidades públicas no brindan dicho medio para la reparación del daño , asimismo muchas veces no capacitan a los trabajadores en enfoque de género para brindar dicho servicio a los responsables de hostigamiento sexual laboral.

Desafíos en la denuncia y el procedimiento disciplinario administrativo

Al explorar los desafíos inherentes a la denuncia y el procedimiento disciplinario administrativo en casos de hostigamiento sexual laboral, cabe destacar la complejidad y las barreras que las víctimas a menudo enfrentan al buscar justicia en su centro de trabajo en el sector público. Estos desafíos no solo involucran obstáculos emocionales y psicológicos, sino también estructurales y sistémicos que pueden dificultar el acceso a procedimientos efectivos.

Uno de los desafíos más significativos es el miedo a represalias por parte de los perpetradores o incluso por parte de la propia institución. Las víctimas pueden temer perder su empleo, enfrentar consecuencias profesionales negativas o experimentar un trato hostil por parte de colegas. Este temor a menudo actúa como un freno para denunciar el hostigamiento, perpetuando un ciclo de silencio que puede permitir que el comportamiento inapropiado persista.

La falta de apoyo institucional es otro desafío crucial. Las víctimas pueden sentir que sus quejas no serán tomadas en serio o que la institución no tomará medidas adecuadas para abordar el hostigamiento. Al respecto es necesario establecer estructuras institucionales sólidas que brinden apoyo a las víctimas, garantizando que se sientan respaldadas y protegidas al dar el paso de denunciar.

La posible revictimización durante los procesos legales es también un factor crítico. El proceso de denuncia y el sistema legal en sí mismo pueden representar una experiencia traumática adicional para las víctimas. La exposición pública en su entorno laboral, el escrutinio detallado de sus acciones y la confrontación con el perpetrador en un entorno de trabajo pueden tener un impacto significativo en la salud mental y emocional de la víctima.

Esencialmente, abordar estos desafíos requiere enfoques holísticos que vayan más allá de la simple implementación de medidas normativas. Es indispensable crear entornos que fomenten la confianza y la confidencialidad al denunciar; implementar medidas de protección efectivas para prevenir represalias; y ejecutar programas de apoyo integral que acompañen a las víctimas a lo largo del procedimiento administrativo disciplinario, proporcionándoles recursos emocionales y psicológicos.

CONFLUENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS, LA CRIMINOLOGÍA Y LA VICTIMOLOGÍA

Los derechos humanos, basados en la dignidad inherente al ser humano, son esenciales para prevenir y sancionar el hostigamiento sexual laboral, protegiendo a las víctimas y exigiendo justicia sin degradar al infractor. La Criminología y la Victimología complementan esta doctrina, proporcionando un enfoque integral para comprender y abordar estas violaciones.

La Victimología actúa como un puente entre los principios éticos de los derechos humanos y la realidad vivida, analizando las experiencias de las víctimas y garantizando justicia y reparación. La convergencia entre derechos humanos, Criminología y Victimología constituye una alianza estratégica para corregir injusticias y prevenir futuras violaciones.

Enfrentar estas problemáticas requiere colaboración interdisciplinaria, razón por la cual la unión de expertos fortalece la capacidad de abordar la victimización desde un enfoque ético y práctico, promoviendo una justicia integral y una sociedad más equitativa.

La preocupación del ser humano por entender los elementos que contribuyen a comportamientos perjudiciales y desviados hacia los demás es de larga data y germinó en la disciplina científica denominada Criminología, que estudia el crimen, al infractor, la víctima y el control social, para identificar las causas y factores criminógenos de modo tal de neutralizarlos y evitar que se presenten, con la finalidad de prevenir las conductas desviadas y no conformes.

La Victimología, por su parte, no se limita a examinar el impacto directo de los actos delictivos; se aventura en la exploración de cómo la sociedad responde ante el sufrimiento de sus miembros. Esta perspectiva ampliada abarca desde la recepción de apoyo hasta la evitación de la estigmatización y la indiferencia. Al entender que la victimización no solo afecta al individuo directamente implicado, sino que también reverbera a través de las interacciones sociales, la Victimología se convierte en un espejo que refleja la salud moral y empática de una sociedad. La lupa metódica de la Victimología no se limita a la simple mirada de la violencia, sino que se convierte en un instrumento valioso para evaluar la eficacia de las políticas y prácticas relacionadas con las víctimas. Esta evaluación no solo se enfoca en la capacidad de las instituciones para castigar al agresor, sino también en su habilidad para sanar las heridas y restituir la dignidad de las víctimas. ¿Se proporciona un apoyo adecuado? ¿Las políticas son lo suficientemente inclusivas? ¿Existe un enfoque preventivo sólido? Estas son preguntas fundamentales que la Victimología plantea, buscando no solo corregir las injusticias pasadas sino también prevenir futuras victimizaciones.

En este sentido, la Victimología se convierte en un aliado disciplinar de la Criminología y un socio crítico para la filosofía de los derechos humanos. Si bien esta última proporciona el marco ético, la Victimología ofrece la evidencia empírica y el análisis crítico necesario para informar las decisiones políticas y mejorar la eficacia de las respuestas institucionales. Juntas, estas disciplinas forman una alianza integral para abordar las complejas realidades de la victimización, trabajando hacia una sociedad que no solo castiga a los infractores, sino que también abraza y rehabilita a aquellos que han sufrido.

Actualmente es posible observar en la realidad peruana que existe un contexto de agresión a las mujeres en el centro laboral público, en donde las pruebas tradicionales, esto es, la testimonial y documental que siempre han sido las más importantes o fundamentales al momento de demostrar la comisión de un delito, se convierten en irrelevantes, innecesarias o inexistentes. La pérdida de importancia de las pruebas tradicionales en el momento de demostrar la comisión de un delito, se debe a que muchas veces dentro del contexto de violencia de género, las víctimas tienen miedo a declarar, ya sea por opresión de sus parejas, amenazas de terceros o su propia familia; pero sobre todo por el rechazo social a través de la decisión u opinión de los operadores de justicia (jueces, fiscales o abogados), dado que en la mayoría de casos, en lugar de ser las mujeres las víctimas, se convierten en las culpables de lo que ocurrió, todo por permitir el envío de imágenes con contenido sexual, por la forma como se visten, porque engañaron a su pareja o porque los desobedecieron, entre otros aspectos.

La violencia de género contra la mujer ha aumentado toda vez que aún permanece en nuestra sociedad el estereotipo de género, el cual se ha visto reflejado en los casos denominados "Arlette Contreras"[4] , "Eyvi Ágreda"[5] , "prenda íntima de color rojo"[6] , y el más reciente ocurrido en octubre de 2021, "Manada en Surco"[7], en donde la defensa técnica de los cinco agresores acusados por la presunta comisión del delito de violación sexual, manifestó que a la chica (agraviada) le gustaba la vida social, lo que permitía inferir que la causa de haber sufrido agresión sexual era por la forma de vida que le gustaba llevar.

Con el aumento de la violencia de género y la presencia del estereotipo de género, se

4 https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/01/Expediente-75-2018-4-0901-SP-PE-01-LPDerecho.pdf

5 https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f32b90004a12d93f8897cabdcb1aaffc/D_Sentencia_Hualpa_Vacas_280519.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f32b90004a12d93f8897cabdcb1aaffc

6 https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/10/Exp.-002822-2019-LP.pdf

7 https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/11/Expediente-06265-2020-LPDerecho.pdf

ha cambiado la forma tradicional de probar la comisión y autoría de los delitos, esto es, utilizando la prueba testimonial, pericial y documental en forma física; puesto que ahora para la probanza se está admitiendo, actuando y valorando, adicionalmente a los medios probatorios antes descritos, la prueba electrónica, en tanto se han convertido en la mayoría de los casos en los únicos medios de prueba con los que cuenta la víctima para demostrar el daño en su contra, ello en razón de que dichos delitos se realizan en la mayoría de los casos en un contexto digital de relaciones interpersonales.

DERECHOS DE LA VÍCTIMA DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL LABORAL

La Ley N°27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual en el ámbito laboral, modificada por la Ley N° 29430 y del D.L. N° 1410 establece una serie de derechos laborales para la víctima de hostigamiento sexual en el trabajo, entre los cuales se pueden destacar los siguientes:

- *Derecho a denunciar*: La víctima tiene derecho a denunciar el hostigamiento sexual ante las autoridades competentes, sin que esto genere represalias o discriminación en su contra.
- *Derecho a la confidencialidad*: La identidad de la víctima debe ser protegida y se debe mantener la confidencialidad en todo el proceso de investigación y sanción del hostigamiento sexual.
- *Derecho a la protección*: La víctima tiene derecho a recibir protección y medidas de seguridad para evitar la repetición del hostigamiento sexual.
- *Derecho a la asistencia legal*: La víctima tiene derecho a contar con asesoramiento y representación legal en todo el proceso de denuncia, investigación y sanción del hostigamiento sexual.
- *Derecho a la no revictimización*: Se debe garantizar que la víctima no sea revictimizada durante todo el proceso de investigación y sanción del hostigamiento sexual.
- *Derecho a la restitución*: La víctima tiene derecho a que se restablezcan sus derechos laborales, económicos y profesionales afectados por el hostigamiento sexual.
- *Derecho a la indemnización*: La víctima tiene derecho a recibir una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a causa del hostigamiento sexual. Cabe señalar que la Ley N° 27942 se enfoca específicamente en la prevención y sanción del hostigamiento sexual en el ámbito laboral, mientras que la Ley N° 30364 tiene un enfoque más amplio sobre la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, incluyendo el ámbito laboral. Esta mención del ámbito de la ley comprensiva del centro de trabajo se refiere al lugar de comisión del hostigamiento sexual cuya denuncia da lugar al procedimiento penal, no así al procedimiento administrativo disciplinario, siendo el caso que la víctima de hostigamiento sexual laboral suele acudir ante la autoridad del empleador, pero no ante la autoridad jurisdiccional, por lo que resulta necesario dotar de la misma protección a la víctima en ambos ámbitos.

En cuanto a los derechos laborales, la Ley N° 27942 establece que la víctima de hostigamiento sexual tiene derecho a solicitar medidas de protección para su integridad física, psicológica y sexual en el centro de trabajo; ser protegida contra el despido, la suspensión o cualquier otra forma de represalia por haber presentado la denuncia o por haber colaborado en la investigación; y recibir el apoyo y asistencia necesarios por parte del empleador para hacer frente a la situación de hostigamiento sexual.

Por otro lado, la Ley N° 30364 establece que la víctima de violencia contra la mujer tiene derecho a solicitar medidas de protección para su integridad física, psicológica y sexual, incluyendo medidas de protección en el ámbito laboral; presentar una denuncia ante las autoridades competentes, incluyendo el empleador en caso de que la violencia haya ocurrido en el ámbito laboral; ser protegida contra cualquier forma de discriminación, represalia o violencia por haber presentado la denuncia o por haber colaborado en la investigación; acceder a servicios de apoyo y asistencia, como asesoría legal, atención médica y psicológica, entre otros; acceder a medidas de protección laboral, como la reubicación en otro puesto de trabajo en caso de que sea necesario para garantizar su seguridad.

Ljzv@hotmail.com

Es importante mencionar que cada ley establece sus propias medidas de protección y asistencia para las víctimas, y aunque algunas medidas puedan ser similares, no todos los derechos laborales son iguales para ambas, como se evidencia en el artículo 11 de la Ley N° 30364, según el cual el trabajador o trabajadora que es víctima de la violencia tiene los siguientes derechos como:

a. A no sufrir despido por causas relacionadas a dichos actos de violencia.

b. Al cambio de lugar de trabajo en tanto sea posible y sin menoscabo de sus derechos remunerativos y de categoría. Lo mismo se aplica para el horario de trabajo, en lo pertinente.

c. A la justificación de las inasistencias y tardanzas al centro de trabajo derivadas de dichos actos de violencia. Estas inasistencias no pueden exceder de cinco días laborables en un período de treinta días calendario o más de quince días laborables en un período de ciento ochenta días calendario. Para tal efecto, se consideran documentos justificatorios la denuncia que presente ante la dependencia policial o ante el Ministerio Público.

d. A la suspensión de la relación laboral. El juez a cargo del proceso puede, a pedido de la víctima y atendiendo a la gravedad de la situación, conceder hasta un máximo de cinco meses consecutivos de suspensión de la relación laboral sin goce de remuneraciones. La reincorporación del trabajador o trabajadora a su centro de trabajo debe realizarse en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión de la relación laboral.

Estos derechos pueden ser aplicados supletoriamente a la mujer víctima de hostigamiento sexual en el trabajo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento de la Ley N° 27942 y modificado por el Decreto Supremo N° 021-2021-MIMP, publicado el 26 de julio de 2021, sin embargo, al analizar los literales c) y d) de los derechos reconocidos en el art 11 de la Ley N° 30364, se puede apreciar que los derechos que tiene la víctima de violencia a la mujer con respecto a la justificación de inasistencia, tardanza y suspensión de la relación laboral sin goce, pueden ser gozados siempre y cuando la trabajadora víctima de hostigamiento sexual laboral haya presentado una denuncia ante la PNP o Ministerio Público, lo cual no es razonable porque en este caso materia de investigación el Estado es el empleador y la denuncia que se presente en la Policía Nacional del Perú y/o Ministerio Público se encuentra en el ámbito jurisdiccional, momento en el cual el proceso se suspendería de acuerdo al numeral 2 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, según el cual son principios y derechos de la función jurisdiccional, la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, por lo que ninguna autoridad puede avocarse puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones; siendo esta una disposición perversa porque en la práctica anulan estos derechos para la trabajadora de hostigamiento sexual en el sector público.

Además de las diferencias mencionadas anteriormente en cuanto a los derechos laborales y la protección de la víctima, existen otras diferencias importantes entre la Ley N° 30364 y la Ley N° 27942:

- Ámbito de aplicación: La Ley N° 30364 se aplica a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluyendo la violencia en el ámbito laboral, mientras que la Ley N° 27942 se enfoca específicamente en el hostigamiento sexual en el trabajo.
- *Sanciones*: Las sanciones previstas en ambas leyes son diferentes. En la Ley N° 27942, las sanciones van desde la amonestación hasta el despido del agresor, mientras que en la Ley N° 30364 se prevén sanciones más severas, como la prisión.
- *Prevención*: La Ley N° 30364 incluye medidas para prevenir la violencia contra las mujeres en diferentes ámbitos, como la educación y los medios de comunicación, mientras que la Ley N° 27942 se enfoca en la prevención del hostigamiento sexual en el ámbito laboral.

En resumen, aunque ambas leyes buscan proteger a las mujeres de diferentes formas de violencia y discriminación, existen diferencias en su enfoque, ámbito de aplicación, sanciones y medidas de prevención. Para mayor ilustración, en el cuadro siguiente se visualizan las diferencias considerables entre ambas leyes.

Ley N° 30364 de 2015. Modificada por el D.L 1386 y la ley N° 31715.	Ley N° 27942 de 2019. Modificada por la ley N° 29430 y por el D.L 1410
Art 28.- Valoración del riesgo. En casos de denuncias por violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público o el Poder Judicial aplican la ficha de valoración del riesgo, que corresponda a cada caso. También deben aplicarla cuando toman conocimiento de hechos de violencia durante el desempeño de otras funciones. La Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público deben remitir la ficha de valoración de riesgo al juzgado de familia, conforme al proceso regulado en la presente Ley, el cual la evalúa para su pronunciamiento sobre las medidas de protección o cautelares y debe ser actualizada cuando las circunstancias lo ameriten.	En el procedimiento de investigación en materia de hostigamiento sexual laboral no se cuenta con una ficha de valoración de riesgo para la víctima, que sirva para dictar medidas de protección.
Art 22 (D. L) Criterios para dictar medidas de protección. El juzgado de familia dicta las medidas de protección teniendo en cuenta lo siguiente: Los resultados de la ficha de valoración de riesgo y los informes sociales emitidos por entidades públicas. La existencia de antecedentes policiales o sentencias en contra de la persona denunciada por actos de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar, por delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; la libertad sexual, el patrimonio y otros que denoten su peligrosidad. La relación entre la víctima con la persona denunciada. La diferencia de edades y la relación de dependencia entre la víctima y la persona denunciada. La condición de discapacidad de la víctima. La situación económica y social de la víctima. La gravedad del hecho y la posibilidad de una nueva agresión. Otros aspectos que denoten el estado de vulnerabilidad de la víctima o peligrosidad de la persona denunciada.	No se establecen criterios objetivos para dictar medidas de protección. 18.1 El órgano encargado dicta las medidas de protección en un plazo máximo de tres (3) días hábiles, contados desde que se interpuso la queja o denuncia. Las medidas de protección son otorgadas de oficio o a solicitud de parte y se ejecutan de manera inmediata. Como se aprecia, no existen criterios objetivos para dictar medidas de protección, como sí se establece en la Ley N° 30364.

Ley N° 30364 modificada por el D.L 1386 y la ley N° 31715	Ley N° 27942 modificada por la ley N° 29430 y por el D.L 1410
Artículo 18. Actuación de los operadores de justicia (…) Se debe evitar, en todo momento, la aplicación de criterios basados en estereotipos que generan discriminación. Reglamento de la Ley N°.30364 “Artículo 12.- Declaración de la víctima (…) a. La posibilidad de que la sola declaración de la víctima sea hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, si es que no se advierten razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Para ello se evalúa la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud del testimonio y la persistencia en la incriminación	Sobre las actuaciones del secretario técnico del PAD y el funcionario responsable en la oficina de recursos humanos, descritas en la Ley N° 27942, modificatoria y reglamento, no se contempla el criterio objetivo de estereotipo de género que origine discriminación durante la investigación administrativo-disciplinaria. No se aprecia en la Ley N° 27942 sus modificatorias, así como el reglamento de la referida ley, disposiciones que prevean la ausencia de medios probatorios y cuando exista la sola declaración de la víctima en la denuncia por hostigamiento sexual laboral. No obstante, en los Lineamientos de SERVIR aprobado por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 144-2019-SERVIR- PE (norma inferior) se indica en el punto 7.3.4.1 Investigación Preliminar: La declaración de la víctima constituye un elemento esencial de suma relevancia cuando se investiguen hechos que podrían constituir actos de hostigamiento sexual, con la finalidad de esclarecer las investigaciones y, de ser el caso, sancionar al infractor o, de lo contrario, evitar la imposición de sanciones injustificadas. Para la valoración de la declaración de la víctima, y para que esta genere indicio razonable sobre la comisión de los hechos denunciados, al menos deberán considerarse los siguientes criterios: Que exista una mínima corroboración con otras acreditaciones indiciarias en contra del denunciado/a, que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido. Coherencia y solidez del relato: debe observarse la uniformidad en la declaración, sin ambigüedades o contradicciones. Durante la investigación preliminar, la STPAD puede incluir las declaraciones de compañeros/as de trabajo, así como considerar, de ser el caso, el informe psicológico de la víctima. La ausencia de medios probatorios adicionales a la declaración de la víctima en ningún caso justifica el archivo de la denuncia durante la investigación preliminar.

Artículo 11. Derechos laborales El trabajador o trabajadora que es víctima de la violencia a que se refiere la presente Ley tiene los siguientes derechos: A no sufrir despido por causas relacionadas a dichos actos de violencia. Al cambio de lugar de trabajo en tanto sea posible y sin menoscabo de sus derechos remunerativos y de categoría. Lo mismo se aplica para el horario de trabajo, en lo pertinente. A la justificación de las inasistencias y tardanzas al centro de trabajo derivadas de dichos actos de violencia. Estas inasistencias no pueden exceder de cinco días laborables en un período de treinta días calendario o más de quince días laborables en un período de ciento ochenta días calendario. Para tal efecto, se consideran documentos justificatorios la denuncia que presente ante la dependencia policial o ante el Ministerio Público. A la suspensión de la relación laboral. El juez a cargo del proceso puede, a pedido de la víctima y atendiendo a la gravedad de la situación, conceder hasta un máximo de cinco meses consecutivos de suspensión de la relación laboral sin goce de remuneraciones. La reincorporación del trabajador o trabajadora a su centro de trabajo debe realizarse en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión de la relación laboral.	REGLAMENTO DE LA LEY Nº 27942 Artículo 16.- Inicio del procedimiento 16.1 (…) Al momento de la denuncia, se procede a dar lectura al "Acta de derechos de la persona denunciante", si se trata de la víctima, en la cual constan los derechos que le asisten y que están reconocidos en el presente Reglamento y, de manera supletoria, en la Ley N° 30364 y su Reglamento. Esta acta debe ser firmada por la persona denunciante, si se trata de la víctima, para hacer constar que ha sido debidamente informada de los derechos que la asisten en el marco del procedimiento, utilizando formatos físicos como virtuales. Sin embargo, al momento de emplear supletoriamente los derechos reconocidos en el art 11 de la Ley N° 30364, se puede apreciar en los literales c) y d) que estos derechos (inasistencia, tardanza y suspensión sin goce de haber) pueden ser gozados siempre y cuando la víctima haya presentado una denuncia y esté en proceso por violencia a la mujer ante la PNP o Ministerio Público, lo cual no es razonable porque en este caso el Estado es el empleador y la denuncia que se presente en la PNP y Ministerio Público cuando esté judicializada el proceso se suspendería de acuerdo con lo dispuesto por el art. 139 numeral 2 de la Constitución Política del Perú, según el cual ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones, resultando ser una disposición perversa porque en la práctica se anulan estos derechos para la trabajadora víctima de hostigamiento sexual en el sector público.

Fuente: Legislación y normatividad citada en el cuadro.
Elaboración: propia.

EL DESAFÍO PERSISTENTE DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL LABORAL

No obstante, las normas legales emitidas y las campañas de difusión, capacitación y prevención, el hostigamiento sexual laboral persiste como un desafío significativo que afecta la integridad y bienestar de las personas en el ámbito profesional y laboral. Se manifiesta a través de una variedad de comportamientos no deseados de naturaleza sexual, que van más allá de simples insinuaciones y comentarios inapropiados, extendiéndose hacia situaciones que crean un ambiente laboral hostil e intimidante.

Este fenómeno, lamentablemente, afecta de manera desproporcionada a las mujeres, quienes enfrentan una amplia gama de situaciones incómodas, desde comentarios ofensivos hasta avances no deseados y, en ocasiones, represalias profesionales como consecuencia de rechazar tales conductas. Las mujeres que experimentan hostigamiento sexual en el trabajo se encuentran en una posición vulnerable, enfrentando desafíos que van más allá de lo superficial. Los comentarios inapropiados y los gestos ofensivos no solo menoscaban la profesionalidad del entorno laboral, sino que también generan un impacto negativo en la salud mental, emocional y física de las mujeres afectadas.

La Victimología se posiciona como un recurso esencial para entender la complejidad de estas experiencias y proporcionar el apoyo necesario. El componente psicológico de estas situaciones es particularmente significativo. Las mujeres que son víctimas de hostigamiento sexual laboral a menudo experimentan niveles elevados de ansiedad, estrés y, en casos más graves, síntomas de trastorno de estrés postraumático. La constante exposición a un ambiente laboral hostil puede erosionar la autoestima y la confianza en sí mismas, generando un impacto duradero en su bienestar psicológico.

Además, el hostigamiento sexual también tiene repercusiones emocionales significativas. La víctima puede experimentar una gama de emociones, desde vergüenza y culpa hasta ira y frustración. Estos sentimientos pueden afectar las relaciones interpersonales y la calidad de vida fuera del entorno laboral, contribuyendo a la complejidad de la experiencia de la víctima. A nivel físico, el estrés constante asociado con el hostigamiento sexual laboral puede manifestarse en síntomas físicos, como dolores de cabeza, problemas gastrointestinales y trastornos del sueño. La salud general de la persona puede deteriorarse, creando una interrelación entre el aspecto físico y el emocional que exacerba la complejidad del impacto del hostigamiento sexual.

Por ello, es necesario y urgente rediseñar la política victimal, a fin brindar la misma protección a las mujeres trabajadoras víctimas de hostigamiento sexual laboral del sector público, que como se ha demostrado no gozan del mismo amparo que las mujeres víctimas de hostigamiento sexual en general.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Trascendencia del hostigamiento sexual laboral (HSL)

El hostigamiento sexual trasciende la esfera de lo inapropiado; es un ataque directo a la igualdad fundamental entre mujeres y hombres; es un acto de violencia alimentado por estereotipos de género; busca socavar la autonomía de la víctima perpetuando desigualdades históricas. Desde comentarios lascivos hasta avances no solicitados, todas las manifestaciones del hostigamiento sexual contribuyen a la complejidad de este fenómeno.

Menor protección a la mujer trabajadora del sector público nacional víctima de HSL

La Ley N° 27942 establece una cobertura de protección a la mujer trabajadora del sector público que es víctima de hostigamiento sexual, que no es equiparable a la establecida por la Ley N° 30364, consistente en la inexistencia de criterios objetivos de valoración del riesgo y de criterios específicos de medios probatorios digitales, el otorgamiento de derechos laborales sin que estén supeditados a requisitos inconvenientes, la aplicación del enfoque de género y la interdicción del estereotipo de género.

Perspectiva de género para la decisión del caso

La perspectiva de género de forma equitativa tiene por finalidad excluir la violencia de género que coloca especialmente a la mujer en una situación de vulnerabilidad, inferioridad y desigualdad respecto del varón, por lo que no afecta el derecho a la igualdad, porque busca otorgar protección a aquellas personas que se encuentran en situación desigual frente a los demás, lo cual es independiente de su condición de mujer o varón. Es indispensable para decidir en los casos de HSL y debe normativizarse.

Urgencia de la corrección normativa

La deficiente situación normativa y las negativas consecuencias sociales y humanitarias que se derivan de ella exigen su subsanación urgente a fin de que la mujer trabajadora del sector púbico víctima de hostigamiento sexual tenga el mismo modelo de cobertura de protección en el procedimiento administrativo que en el procedimiento penal, a fin de que se equipare con la protección a la mujer víctima de violencia.

Incoherencia de la política pública victimal a favor de la mujer

La incongruencia normativa descubierta revela la incoherencia respecto de la finalidad que persigue la política pública de protección prevencionista y sancionadora del hostigamiento sexual a la mujer trabajadora del sector público, debido a la condición desigual a que está sujeta la trabajadora víctima de hostigamiento sexual con relación a la mujer víctima de violencia de género e intrafamiliar.

Subsistencia del patrón cultural machista

Todavía subsiste un patrón cultural machista sistemático en las actuaciones relacionadas con inconductas de violencia de género contra la mujer, lo cual se traduce en impunidad en muchos casos, la que origina que otras víctimas desistan de su denuncia o no la interpongan.

Confluencia de la Victimología y los derechos humanos para la lucha contra el HSL

El análisis detallado de la intersección entre la Victimología y la doctrina de los derechos humanos revela una conexión esencial que va más allá de la coexistencia de dos disciplinas y reconoce la utilidad social de una alianza

estratégica que no solo busca corregir injusticias pasadas sino prevenir la victimización futura, construyendo así una sociedad fundamentada en principios éticos y sensibilidad contextual.

Marco integral de protección de los derechos humanos vulnerados en el HSL

La protección del derecho a la paz, la tranquilidad, al trabajo en un entorno seguro y saludable, el derecho de defensa de la víctima en casos de hostigamiento sexual laboral debe abarcar desde el acceso a la justicia y el apoyo psicológico hasta la protección contra las represalias, con la finalidad de formar un marco integral que busca garantizar la justicia y el bienestar de quienes han sufrido este tipo de violencia en el entorno laboral.

Necesidad de la modificación legislativa especial de HSL en el sector público

La legislación debe ser modificada para otorgar una protección adecuada a la víctima trabajadora del sector público, pues el esquema actual de protección es insuficiente porque no abarca todas las posibilidades a través de las cuales la mujer trabajadora puede verse afectada mediante actos de hostigamiento sexual, como es el caso de la valoración de los medios de prueba digital y de la declaración de la víctima, así como la no interdicción del estereotipo de género y la supeditación de derechos laborales a determinados requisitos.

Necesidad de reforzar la política victimal contra el HSL

Que se refuerce la prevención activa dentro de la política victimal del Estado peruano a través de un compromiso constante con la capacitación y la concienciación en el entorno laboral, diseñándose programas de formación continuada que aborden de manera proactiva los factores culturales y sociales que perpetúan el hostigamiento sexual, con la finalidad de que las campañas de sensibilización no solo enfoquen la identificación de comportamientos inapropiados, sino también promuevan una cultura de respeto y tolerancia, que son cimientos sólidos para un ambiente laboral seguro y equitativo.

Implementación de dispositivo tecnológico

Que se implemente en todo el sector público nacional un dispositivo tecnológico en los ordenadores del centro de trabajo que cumpla la función de alertar acerca de los posibles casos de hostigamiento sexual a fin de posibilitar la inmediata intervención del funcionario encargado y la actuación de los canales de atención médica, psicológica y legal.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Autoridad Nacional del servicio - Servir (2023) Subjefatura de Comunicaciones e Imagen Institucional, https://www.gob.pe/institucion/servir/noticias/700943- servir-117-entidades-sancionaron-e-inhabilitaron-a-271-servidores-por- hostigamiento-sexual-laboral

Congreso de la República del Perú (2013) *Constitución Política del Perú*. Edición del Congreso de la República, Oficialía Mayor, Oficina de Participación, Proyección y Enlace con el ciudadano.

Congreso de la República del Perú (2003) Ley N° 27942 de Prevención y Sanción de Hostigamiento Sexual. https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgignd/normatividad/27942_Ley_de_Prevenc_Hostiga.pdf

Domínguez, Álvaro; Mela, Patricio; y Walter, Teodoro (2014) El acoso en el trabajo: algunos aspectos doctrinarios, jurisprudenciales y legales del acoso moral y sexual en Chile. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol 5, N° 10, páginas.13-67. https://www.academia.edu/40139483/DOMINGUEZ_A_MELLA_P_WALTER_R_2014_El_acoso_en_el_trabajo_algunos_aspectos_doctrinarios_jurisprudenciales_y_legales_del_acoso_moral_y_sexual_en_Chile_Revista_Chilena_de_Derecho_del_Trabajo_y_de_la_Seguridad_Social_2014

El Peruano (2023) sección derecho: https://www.elperuano.pe/noticia/206499-sunafil-atendio-230-denuncias-por-hostigamiento-sexual-laboral-en-lo-que-va-del-ano#:~:text=Si%20desea%20acceder%20a%20m%C3%A1s,el%20aplicati%20vo%20%E2%80%9CSunafil%20Responde%E2%80%9D.

Instituto Nacional de las Mujeres-INMUJERES (2007) El impacto de los estereotipos y los roles de género en México. http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100893.pdf

Organización de las Naciones Unidas (1979) *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. https://www.oas.org/dil/esp/convencion_sobre_todas_las_formas_de_discriminacion_contra_la_mujer.pdf

Organización de las Naciones Unidas (1985). Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Resolución 40/34. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-basic-principles-justice-victims-crime-and-abuse f?v=1530899763

Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral-SUNAFIL (2023) https://gestion.pe/blog/evidencia-para-la-gestion/2021/11/acoso-sexual- laboral-en-el-sector-publico-cuanto-hemos-avanzado-para-prevenirlo.html/

Registro de casos del CEMSGEC/AURORA periodo 2021 https://portalestadistico.aurora.gob.pe/formas-de-la-violencia-2021/

Registro de casos del CEMSGEC/AURORA periodo 2023 https://portalestadistico.aurora.gob.pe/formas-de-la-violencia-2023/

Texto Único Ordenado de la Ley Nº 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Decreto Supremo Nº 004-2020-MIMP. https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2023/05/DECRETO_SUPREMO_004-2020-MIMP.pdf

LA INCIDENCIA DE LA COMPARACIÓN INDEBIDA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES ESTUDIO DE CASO

THE INCIDENCE OF UNDUE COMPARISON IN THE TELECOMMUNICATIONS SECTOR CASE STUDY

Rossmery Lazo Paiva
https://orcid.org/0009-0006-4016-0094
Universidad Norbert Wiener
a2018100054@old-uwiener.edu.pe

Jaime Agustín. Sánchez Ortega
https://orcid.org/0000-0002-2916-7213
Universidad Norbert Wiener
Jaime.sanchezo@uwiener.edu.pe
Perú

https://doi.org/10.24265/voxjuris.2025.v43n2.09

Recibido: 10 de junio del 2024. Aceptado: 26 de noviembre de 2024.

SUMARIO

- Introducción
- Antecedentes
- Reflexiones teóricas
- Metodología
- Análisis de resultados y discusión
- Conclusiones
- Fuentes de información

RESUMEN

El mercado peruano es altamente competitivo, y la publicidad juega un papel importante en el desarrollo económico, al promover la oferta de servicios y/o productos. Sin embargo, no existe un criterio previo, legislativo o jurisprudencial claro para su regulación, lo que puede derivar en actos de competencia desleal. El objetivo del presente trabajo es establecer la incidencia de la comparación indebida en el sector de las telecomunicaciones en el Perú, mediante una metodología de enfoque cualitativo, de tipo básica, con un nivel descriptivo, de método inductivo, y con un diseño de estudio de caso, utilizando la técnica de análisis documental. Los resultados demostraron la incidencia de la comparación indebida en la competencia desleal dentro del sector de las telecomunicaciones, en virtud de que este tipo de acto puede causar un daño potencial o real al competidor, a través de la disminución de abonados. Cabe señalar que el daño concurrencial está permitido, siempre y cuando se cumplan los requisitos del *exceptio veritatis* (exactitud, objetividad y pertinencia). Finalmente, en el presente caso, se estableció la existencia de la alusión inequívoca indirecta, a través de la estructura del mercado y los elementos adicionales, lo que constituye una comparación indebida por menoscabar la imagen, sin cumplir con los requisitos establecidos en el Decreto Legislativo 1044.

PALABRAS CLAVES

telecomunicaciones, publicidad, consumidor, competencia desleal, comparación indebida.

ABSTRACT

The Peruvian market is highly competitive, and advertising plays an important role in economic development, by promoting the offer of services and/or products. However, there is no clear prior legislative or jurisprudential criterion for its regulation, which can lead to acts of unfair competition. The objective of this work is to establish the incidence of improper comparison in the telecommunications sector in Peru, through a qualitative approach methodology, of a basic type, with a descriptive level, an inductive method, and with a study design of case, using the documentary analysis technique. The results demonstrated the incidence of improper comparison in unfair competition within the telecommunications sector, given that this type of act can cause potential or real damage to the competitor, through a decrease in subscribers. It should be noted that concurrent

damage is permitted, as long as the requirements of *exceptio veritatis* (accuracy, objectivity and relevance) are met. Finally, in the present case, the existence of the unequivocal indirect allusion was established, through the structure of the market and the additional elements, which constitutes an improper comparison for damaging the image, without complying with the requirements established in the Legislative Decree 1044.

KEYWORDS

telecommunications, advertising, consumer, unfair competition, undue compar.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación está referida al estudio de un caso jurídico, cuyo problema de investigación es: la incidencia de la comparación indebida en el marco normativo de la competencia desleal en el sector de las telecomunicaciones en Lima-Perú, 2023. Para tal propósito, se ha escogido estudiar el expediente N°169-2022/CCD.

En España, la problemática se establece en la publicidad comparativa, ya que Expósito (2022), refiere que la poca claridad en los términos legales genera una sensación de imprecisión, lo cual hace necesario que los servicios o productos comparados sean de la misma clase. No se considera, por ejemplo, la existencia de distintos medios de transporte que no son del mismo género. En Cuba, la realidad problemática, según Rodríguez et al. (2023), es la carencia de un ordenamiento jurídico adecuado para la represión de la competencia desleal. Por ello, el objetivo de su trabajo fue obtener pautas doctrinales para la investigación de los actos de competencia desleal, con el fin de lograr una adecuada aplicación del marco normativo.

En Chile, López (2021) ha identificado que, aunque la clasificación de los supuestos de competencia desleal podría ser evidente, en la práctica no lo es, ya que en este país la mayoría de los casos pasan por la vía del Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONAR) y no por la transgresión de la Ley de Competencia Desleal (LCD). Esto genera un reproche ético, pero no una indemnización para eliminar los efectos del acto. En Ecuador, según Núñez et al. (2021), la legislación interna anticipa de forma jurisdiccional y administrativa la competencia desleal, pero aclara que es necesario actualizarla y fortalecerla ante el avance tecnológico, para evitar la asimetría de la información al consumidor. Además, se evidencia que un consumidor pasa por cuatro etapas o dimensiones para convertirse en leal, las cuales se relacionan con la actitud: lealtad cognitiva, afectiva, conativa y comportamental (Oruna, et al, 2023).

Bugallo (2010) declara que en Uruguay existe una normativa prolija y breve sobre la publicidad comercial, especialmente en la publicidad comparativa. Dado que la regulación es tan general, provoca una prohibición indirecta si no está contemplada en el parámetro de la norma. Por otro lado, en Colombia, Alarcón et al. (2023) señalan que, en el desarrollo del mercado, se presentan fallas debido a la necesidad de un Estado más regulador y supervisor. El mercado social no solo debe satisfacer el interés egoísta del consumidor, sino que también se deben considerar a los agentes económicos en la protección, ya que muchos de ellos pueden verse influenciados por estrategias y comportamientos de competencia desleal.

Asimismo, Martin (2020) establece que, al no existir en nuestro país una legislación *a priori* ni normas jurisprudenciales específicas para analizar los aspectos formales de la publicidad, muchas denuncias son tramitadas directamente como actos de competencia desleal por infracción a la cláusula general. Finalmente, Campana (2018) afirma que el mercado peruano es altamente competitivo y que la publicidad juega un papel notable en el desarrollo económico. Sin embargo, destaca que la publicidad sin lineamientos claros o pautas de desarrollo podría convertirse en un acto de competencia desleal.

Por ello, la incidencia de la comparación indebida en la competencia desleal es uno de los actos más frecuentes en el sector de las telecomunicaciones en el país, ya que, bajo este aspecto, las empresas suelen hacer afirmaciones exageradas o falsas sobre la calidad de sus servicios, la velocidad de conexión, la cobertura geográfica y los precios, lo que puede confundir a los consumidores y llevarlos a tomar decisiones equivocadas.

La pregunta general que se desprende es: ¿cómo incide la comparación indebida en el marco normativo de la competencia desleal en el sector de las telecomunicaciones en Lima-Perú, 2023? En base al expediente N°169-2022/CCD, los problemas específicos son: ¿cómo

incide la alusión inequívoca directa en el marco normativo de la competencia desleal en el sector de las telecomunicaciones en Lima-Perú, 2023? y ¿cómo incide la alusión inequívoca indirecta en el marco normativo de la competencia desleal en el sector de las telecomunicaciones en Lima-Perú, 2023?

El diagnóstico de esta investigación resultó en la conclusión de que, en nuestro país, es necesario demostrar la alusión inequívoca antes de imputar el acto de comparación, el cual se convierte en un acto de competencia desleal por no cumplir con los requisitos de *exceptio veritatis*. La importancia de este estudio radica en la generación de nuevos conocimientos que determinen la incidencia de la comparación indebida, que recae en un acto de competencia desleal entre las empresas del sector de telecomunicaciones. Por ello, se buscó identificar, a través de los supuestos jurídicos y doctrinarios, el entendimiento de los conceptos según la realidad de la problemática presentada.

Según Fernández (2020), la justificación teórica de esta investigación se encuentra definida en la posibilidad de expandir los conocimientos y la comprensión de la incidencia de la comparación indebida en la competencia desleal, ya que se comprobó una deficiencia no solo a nivel nacional, sino también internacional. Asimismo, la justificación metodológica se basa en el uso del análisis documental como instrumento de investigación, al examinar un caso legal, lo cual permite identificar estándares normativos y procedimientos que pueden surgir de otros sistemas jurisprudenciales y aplicarse al análisis del tema de la comparación indebida. Por último, la justificación práctica de la investigación se despliega al impulsar el desarrollo de nuevas propuestas que fortalezcan la legislación actual mediante una mejor comprensión de las implicaciones legales, el alcance y el impacto de la comparación indebida como acto de competencia desleal.

Así, el objetivo de este trabajo es establecer la incidencia de la comparación indebida en el marco normativo de la competencia desleal en el sector de las telecomunicaciones en Lima-Perú, 2023. Los objetivos específicos son, 1. Establecer la incidencia de la alusión inequívoca directa en el marco normativo de la competencia desleal en el sector de las telecomunicaciones, Lima-Perú, 2023 y 2. Establecer la incidencia de la alusión inequívoca indirecta en el marco normativo de la competencia desleal en el sector de las telecomunicaciones, Lima-Perú, 2023.

ANTECEDENTES

En Chile, De la Maza Gazmuri y López Díaz (2023), mediante su trabajo de estudio cualitativo, de nivel exploratorio, con un análisis documental sobre la publicidad comparativa en el marco normativo de la competencia desleal chilena, demuestran que, según el significado exacto del artículo 4, inciso e), de la Ley de Competencia Desleal, se establece que la publicidad comparativa es ilícita en caso de que sea engañosa, confusionista, parasitaria o denigratoria. Por lo tanto, concluyeron que la Ley de Competencia Desleal chilena no exige que la comparación publicitaria sea objetiva, solo que sea verificable y exacta, ya que la objetividad solo está estipulada en un código de buenas prácticas, más no en la ley.

Asimismo, Cassoni (2022) en Uruguay desarrolló un artículo científico con una metodología de investigación transversal y descriptiva, de enfoque cualitativo, donde empleó el análisis de casos jurídicos de la jurisprudencia española y uruguaya para presentar sus hallazgos. Demostró que, a pesar de la oposición inicial a la publicidad comparativa, este tipo de publicidad es actualmente popular. Por ello, se han establecido requisitos para la aprobación de este acto, en los cuales ambos sistemas exigen exactitud y objetividad en la información para proteger a los consumidores uruguayos y españoles. Seguidamente, concluyó que, a pesar de las similitudes en la permisividad de la publicidad comparativa, estas difieren por el carácter emocional o psicológico tipificado en la legislación uruguaya, los cuales deberían ser interpretados como exactos y veraces con el fin de crear una normativa menos engorrosa.

Baeza (2021), en España, mediante su tesis de máster en Derecho Internacional Privado, utilizó una metodología de investigación cualitativa, transversal, de nivel exploratorio, con un análisis documental, la cual pone de manifiesto que, en el ámbito internacional, europeo y nacional, el "modelo social" pretende servir de respuesta jurídica a los actos desleales, con el doble objetivo de resarcir a la víctima de sus pérdidas y preservar el orden público en las economías de mercado y su correcto funcionamiento. Con lo cual, concluyó que, en la materia de la competencia desleal, el Estado debe desarrollar y analizar constantemente la evolución ininterrumpida del mercado. Además, señala que una legislación para cada

Estado genera una vulneración en la protección del consumidor.

Al mismo tiempo, Delgado (2020), en su estudio desarrollado en Colombia con enfoque cualitativo, descriptivo y transversal, mediante un análisis documental tanto de normativa internacional como nacional, obtuvo como resultado que el bien jurídico protegido en la competencia desleal es la "competencia", cuyo fin primario es protegerla. Asimismo, resalta que la hipótesis de un mercado ideal no se cumple en Colombia, ya que existen varios factores negativos, como la piratería, la falsificación y la evasión, entre otros. Por lo tanto, concluyó que la mejor manera de promover una legislación sobre competencia desleal no es solo a través de sanciones, sino también ampliando el conocimiento de las conductas que pueden surgir en el mercado colombiano para que puedan ser mejor identificadas.

En la misma línea, Moreira (2019) desarrolló en su tesis para optar por el grado de magíster en Información y Comunicación, con enfoque cualitativo, nivel descriptivo, empleando un análisis documental y un instrumento compuesto por 11 entrevistas. Los resultados mostraron una tendencia mundial hacia una mayor regulación de la publicidad, que va desde la restricción casi absoluta hasta el condicionamiento de la forma de anunciar, la limitación de horarios o el uso de determinados medios de comunicación debido al crecimiento de la industria publicitaria y su influencia social. Por lo tanto, concluyó que la norma no es pobre, sino que no es llevada a la práctica, y establece que es necesario impulsar la participación ciudadana y estatal.

Por otro lado, Alegría (2022), desarrolló en su tesis para optar por el grado de maestro en Gestión Pública, con enfoque cuantitativo y diseño correlacional, observando 312 casos de competencia desleal resueltos por Indecopi, mediante una técnica de análisis documental con ficha de datos. Los resultados demuestran el impacto cuantificable perjudicial que tendría la competencia desleal en la economía de los departamentos de Perú, dado que, por cada mil denuncias presentadas ante Indecopi, el crecimiento económico decrece alrededor de 0.0857%. Concluyó, así, que la competencia tiene connotaciones relevantes para el desarrollo económico tanto en el sector público como en el privado.

Ahora bien, Pazos Hayashida y Vega Talledo (2020) desarrollaron un artículo científico indizado sobre la autorregulación en el mercado, en el cual emplearon una metodología de enfoque cualitativo con un análisis documental normativo, pero no comparativo, dado que solo utilizaron la normativa internacional como punto de referencia. Los resultados revelan que la autorregulación aplicada a la publicidad no se restringe a la actuación ex post, sino que también contribuye ex ante mediante el *ius mercatorum*, un conjunto de reglas éticas del propio sector. Por lo tanto, concluyeron que, si bien la autorregulación es positiva para acelerar los procesos de regulación en el país, una de las grandes desventajas es la falta de una comunicación efectiva entre el Estado y los actores privados. Por ello, es mejor optar por un modelo intermedio, ya que la autorregulación carece muchas veces de medios coercitivos propios.

Huayanca (2020), en su tesis de Derecho Empresarial, utilizó una investigación descriptiva, transversal y cualitativa, mediante un análisis documental, en el cual analizó casos internacionales y nacionales. El resultado de la investigación evidencia que, a pesar de que el recurso humorístico publicitario es una manifestación de la libertad de expresión, debe ser limitado en la vía administrativa para prevenir las prácticas desleales mediante sanciones pecuniarias. Concluyó que el humor es aceptable siempre que cumpla con los elementos de exactitud, objetividad y pertinencia, donde la verdad destruya la intención dolosa, justificando así la necesidad del agravio.

Además, Oblitas (2020), en su trabajo de suficiencia profesional con una metodología de investigación cualitativa, de nivel exploratorio y con un análisis documental, específicamente sobre el estudio de casos jurídicos de competencia desleal y la comparación indebida, abordó expedientes judiciales donde corroboró que, para que se conciba una comparación indebida, es indispensable demostrar la alusión inequívoca y que esta no cumpla con los requisitos normativos. A partir de esto, infirió que la Constitución Política peruana exigía que los competidores comercializaran sus servicios o productos sin dejar de ser leales al modelo social.

Finalmente, Sosa (2018), magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia, desarrolló en su artículo científico una metodología cualitativa, de nivel descriptivo, mediante un análisis documental de diversas denuncias resueltas por la Sala Especializada de Defensa de la Libre Competencia. Los resultados de su trabajo

científico demuestran que la ambigüedad de la legislación puede generar una inseguridad jurídica entre los agentes económicos, por lo que resalta que, para una mejor identificación de la alusión inequívoca, solo se debe incidir en la estructura del mercado y en la interpretación publicitaria para evitar recaer en el vacío de los "elementos adicionales". Concluyó que, aunque la normativa aparente ser permisiva, el requisito del *exceptio veritatis* la hace peligrosa y susceptible de generar una sanción inevitable.

REFLEXIONES TEÓRICAS

Respecto a la teoría de la primera categoría, que es la comparación indebida, Aramayo (2019), refiere que los actos de comparación son aquellos en los que se presenta la ventaja de la propia oferta frente a la del competidor. Además, señala que, para el presente supuesto, se requiere percibir la alusión inequívoca, ya sea indirecta o directa. Asimismo, aclara que el presente acto solo será lícito si cumple con el *exceptio veritatis* (exacto, objetivo y pertinente).

López (2021) señala que la publicidad es toda forma de comunicación cuyo fin es persuadir al consumidor a tomar decisiones en la adquisición de un producto o servicio al momento de la comparación de ofertas, pero que, si esta se desarrolla contraria a la buena fe, devendrá en un acto ilícito. Seguidamente, Águila Grados y Gallardo Michelot (2018) definen la publicidad comparativa como una herramienta útil para el mercado, por la facilidad que brinda a los nuevos agentes económicos para ingresar al sector y por permitir a los consumidores conocer mejor las ventajas de los servicios que ofrecen estos nuevos agentes competidores. Esta herramienta tiene dos componentes distintivos: la alusión inequívoca y el objetivo de la publicidad, que es destacar las ventajas de la oferta.

Como primera subcategoría, nos encontramos con la alusión inequívoca directa, que Pazos (2023), explica como la que tiene por objeto mencionar de forma expresa al competidor y hacer referencia en sus declaraciones a las ventajas de lo ofertado. También, el autor Sosa (2018), declara que se produce cuando el anunciante utiliza de manera explícita la marca de los productos o servicios, nombre, ubicación, incluso imágenes, logotipos o cualquier otra característica particular relacionada con la marca a la que se alude, de forma que el consumidor identifique inequívocamente al agente aludido. Continuando, Gómez (2018) formula que la personalidad del producto se forma mediante sus atributos propios y que, por el proceso creativo, se deriva la *reason why* en una alusión directa, justificando así la persuasión en las cualidades del producto.

Por otra parte, la segunda subcategoría, que es la alusión inequívoca indirecta, es descrita por Robles (2011) como la alusión implícita, en la cual se le brinda al destinatario (consumidor razonable) elementos que lo ayuden a identificar los servicios y/o productos comparados. Asimismo, Sosa (2017), define la alusión inequívoca indirecta como la falta de mención o muestra explícita de la marca del competidor ofertante, puesto que el anunciante solo deja pistas que permiten al consumidor identificarlo. Una de las formas de identificar esta figura es a través del comportamiento y la estructura del mercado. Por último, Aramayo et al. (2013) conciben la alusión inequívoca indirecta, o publicidad indirecta, como aquella que utiliza imágenes o signos no exactos o explícitos que sugieren al consumidor la identificación del competidor, producto o servicio objeto de la publicidad.

En cuanto a la segunda categoría, que es la competencia desleal, la teoría de Capurro et al. (2020) destaca que la competencia desleal es un acto opuesto a la buena fe empresarial, la cual se sitúa en la concurrencia económica-social del sector. Asimismo, aclara que para que se configure un acto de competencia desleal no es necesario probar que dicho acto haya causado una afectación real al daño de otro competidor, consumidor o al orden público, ya que es suficiente con la constatación de que se haya generado un daño potencial. Por ello, Sáenz (2023) dilucida que, para que se configure un acto de competencia desleal, es necesario que este hecho tenga la característica de la intención de aprovechar alguna circunstancia y causar un daño al competidor. Además, para Bautista (2021), la competencia desleal es todo acto que afecta la transparencia del sector, atentando contra la buena fe en la competencia. Asimismo, aclara que el primer órgano resolutivo de autonomía funcional y técnica para salvaguardar el cumplimiento del Decreto Legislativo 1044 es la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal.

En referencia a la primera subcategoría de la segunda categoría, que es la buena fe, Palomeque López y Álvarez de la Rosa (2022) la conceptualizan como un principio común en el derecho, puesto que es un elemento interpretativo e integrador, al cual le acompaña

el deber jurídico de una obligación recíproca para cumplir de forma honesta y leal. Por otra parte, Castillo et al. (2021) señalan que el origen de la buena fe se centra en un principio seguro e inalterable, basado en la religión, que con el tiempo tomó relevancia en el ámbito jurídico, siendo considerado como un instrumento para llevar a cabo la interpretación de forma clara y transparente. Rubio (1997) conceptualiza la buena fe como la ausencia de mala intención entre las partes, en cambio, la mala fe implica que una de las partes actúe conscientemente para perjudicar al competidor dentro de la relación.

Con respecto a la segunda subcategoría, que es la concurrencia económica, Da Silva et al. (2020) explican que la evolución económica ha traído consigo la expansión digital, en la cual los diversos participantes del sector actualizan sus ideas de negocio y estrategias para su desarrollo. Asimismo, Kresalja Rosselló y Ochoa Cardich (2019) detallan que la concurrencia es la unión de varias personas naturales o jurídicas en el mercado, que cuentan con la facultad y el poder de interactuar en el sector, mientras que la competencia es la rivalidad o lucha entre los ofertantes. Finalmente, Escarpenter (1963) concluye en su investigación que la esencia de la concurrencia económica es el pequeño mundo de diversas empresas, las cuales interactúan a través del servicio y la producción del producto, con un capital separado.

METODOLOGÍA

El método de investigación empleado en el presente trabajo es el de estudio de caso, según Mancheno et al. (2020), el estudio de caso es un trabajo desarrollado en base a situaciones problemáticas, donde se aplican los conceptos teóricos, los cuales se analizan de manera colaborativa, motivando así la práctica del desarrollo de problemas. Asimismo, para los académicos Jordán et al. (2015), puede entenderse como estudio de caso el procedimiento empleado para la organización de datos en una investigación, con el objetivo de generar una integración y significado argumentativo, con el fin de exponer resultados y conclusiones. Por consiguiente, la presente investigación se desarrolló en base al estudio del expediente N°169-2022/CCD, con el propósito de establecer la incidencia de la comparación indebida en la competencia desleal.

El enfoque de investigación fue cualitativo, ya que, según los doctores Hernández-Sampieri y Mendoza (2018), el fin de este enfoque es analizar la información, comprenderla y, con ello, resolver preguntas para la generación de conocimientos, procesando información y datos no numéricos para lograr la comprensión de la incidencia de la comparación indebida en el marco legal de la competencia desleal.

Según Esteban (2018), la presente investigación fue de tipo básico, de nivel descriptivo, porque carece de manipulación de las categorías y tiene el propósito de generar nuevos conocimientos sobre la incidencia de la publicidad comparativa indebida, con el fin de resolver las preguntas de la investigación.

El método empleado fue inductivo, Abreu (2014) declara que este método consiste en una estrategia de investigación ascendente, en la que los investigadores comienzan con casos, hechos o ejemplos individuales y van ascendiendo hasta llegar a hipótesis, teorías o leyes. Por ello, esta investigación se enmarca dentro del precepto del método inductivo, dado que las conclusiones se construirán a partir del estudio del caso jurídico y con el análisis documental, de lo general a lo más específico.

La técnica de recolección de datos empleada fue el análisis documental, el cual, según Peña (2022), busca obtener datos a través de la revisión e interpretación sistemática de materiales escritos, visuales o auditivos, con el fin de recopilar datos, obtener información y responder a las preguntas de la investigación. Esta investigación emplea la técnica del análisis documental debido a que la recolección de datos es relevante para desarrollar el análisis del caso jurídico, mediante la selección y evaluación de documentación que será analizada para establecer la incidencia de la comparación indebida en la competencia desleal del sector de las telecomunicaciones. En suma, se realizó la triangulación de fuentes, la cual, según Okuda Benavides y Gómez-Restrepo (2005) , consiste en el uso de diversos métodos, tanto cualitativos como cuantitativos, tales como: el uso de fuentes teóricas, de estudio de campo o bases de datos. Por lo ya descrito, se puede afirmar que la presente investigación consta de tres fases: la primera es la revisión y análisis de datos brindados por los autores, tesistas, magísteres de los libros, tesis o artículos científicos recabados. Seguidamente, se trianguló y confirmó lo recabado de las teorías de los diversos autores y sus investigaciones. Finalmente, gracias a la triangulación, se desarrollaron las conclusiones del presente trabajo.

Por otro lado, se empleó la recolección de datos virtuales y físicos, recabados de libros, artículos, revistas de alto impacto, tesis, entre otros, los cuales se citaron bajo las normas APA séptima edición.

ANÁLISIS DE RESULTADOS Y DISCUSIÓN

El análisis se desarrolla en torno a la denuncia interpuesta por Telefónica del Perú S.A.A. (Movistar) contra la empresa operadora Wi-net Telecom S.A.C. (Win) el 5 de octubre de 2022, por la presunta comisión de los actos de denigración y comparación indebida, debido al despliegue publicitario del 2 de octubre del mismo año, transmitido en diversos medios de comunicación, como canales televisivos, TikTok, YouTube, entre otros. Por ello, la Secretaría Técnica (ST) de la Comisión de Competencia Desleal (CCD) inició la investigación preliminar el 14 de octubre, por la presunta comisión de los actos de denigración y comparación indebida.

Posteriormente, la empresa operadora (EO) Claro también interpuso su denuncia el 11 de noviembre, alegando actos de engaño, denigración y otras infracciones relacionadas con el mismo objeto publicitario. En consecuencia, la ST ordenó la acumulación de los expedientes de las empresas operadoras el 16 de mayo de 2024, tal como lo establece el artículo 160 del texto único ordenado de la ley 27444. Asimismo, la apelación interpuesta contra la acumulación de expedientes resultó improcedente, lo que rectificó la acumulación de los procedimientos.

Finalmente, la resolución N.º 102-2023/CCD-INDECOPI, acumulada en el expediente N.º 169-2022/CCD, declaró infundada la denuncia de la EO Movistar. Sin embargo, esta decisión ha sido objeto de discusión, ya que la Comisión no consideró la jurisprudencia previa ni el informe Lúmini (data estadística proporcionada por la EO), que mostraba una caída significativa en la confianza de los consumidores tras la emisión de la publicidad. Además, la Comisión no valoró el avance tecnológico que permite a los receptores analizar en detalle los contenidos publicitarios. Por lo tanto, el presente caso ha resaltado la necesidad de una interpretación más precisa del Decreto Legislativo 1044 (Ley de Represión de la Competencia Desleal), para evitar ambigüedades en la evaluación de los medios probatorios y garantizar una competencia justa.

Por otro lado, en base al presente análisis, el objetivo general dejó como resultado la existencia de la incidencia de la comparación indebida en el marco normativo de la competencia desleal en el sector de las telecomunicaciones en Lima, Perú, 2023. Esto se debe a que, por la estructura de mercado, el informe Lumine y un elemento adicional, sí existe una alusión inequívoca indirecta a Movistar, lo que derivaría en un acto de comparación indebida, por ser subjetivo e impertinente, dado que no se demostró que el servicio de Win no presentara fallas en su desarrollo y que sea la única empresa en brindar un servicio 100% de fibra óptica.

La posición teórica de Aramayo (2019) define la primera categoría (comparación indebida) como actos de comparación en los que se presentan las ventajas de la propia oferta frente a la del competidor, donde es indispensable percibir la alusión inequívoca, ya sea indirecta o directa, la cual solo será lícita si cumple con el *exceptio veritatis* (exactitud, objetividad y pertinencia). Esto incide en la segunda categoría denominada competencia desleal, sustentada en la teoría de Bautista (2021), quien señala que la competencia desleal es todo acto que afecta la transparencia del sector, atentando contra la buena fe concurrencial, lo cual se evidenció en el presente caso. En la encuesta realizada mediante el informe Lúmini a un grupo representativo de personas, se evidenció una disminución en el porcentaje de confianza, del 42% al 14.7%, posterior a la exhibición del spot publicitario. Esto demuestra la necesidad de desarrollar una mayor investigación y precisión normativa en nuestro país para contar con una interpretación más clara desde la primera instancia, logrando así una mayor seguridad jurídica en el desarrollo concurrencial.

El primer objetivo específico eliminó la idea de una alusión inequívoca directa, dado que el anunciante no utilizó de manera explícita la marca de los productos o servicios, nombre, ubicación, imágenes, logotipos ni ninguna otra característica particular relacionada con la marca a la que alude, de modo que el consumidor no identifica inequívocamente al agente aludido, tal y como lo establecen los investigadores citados.

Por lo tanto, en relación con la primera categoría denominada comparación indebida, y en especial a la primera subcategoría, que es la alusión inequívoca directa, la posición teórica de Pazos (2023) indica que tiene por objeto mencionar de forma expresa al competidor

y hacer referencia en sus declaraciones a las ventajas de lo ofertado, lo cual no es perceptible en el caso desarrollado, dado que la empresa operadora no utiliza de forma expresa la marca, nombre u otra característica del competidor. Por lo tanto, tampoco se relaciona con la posición de Sosa (2018), quien refiere que se produce cuando el anunciante utiliza de manera explícita la marca de los productos o servicios, nombre, ubicación, imágenes, logotipos o cualquier otra característica particular relacionada con la marca a la que alude, donde el consumidor puede identificar inequívocamente al agente aludido. Además, con la posición de Gómez (2018), se plantea que la personalidad del producto se forma mediante sus atributos propios, y que por el proceso creativo derivado de la *reason why*, se desencadena una alusión inequívoca directa que justificaría la persuasión en las cualidades del producto. Por consiguiente, podemos afirmar que lo desarrollado en el caso contenido en el expediente N.º 169-2022/CCD tiene limitaciones para demostrar una alusión inequívoca directa. Por ello, sugerimos a los estudiosos del tema que, aunque no exista una alusión directa, no se excluya de manera inmediata la posibilidad de una alusión indirecta.

No obstante, el segundo objetivo específico demostró la existencia de la alusión inequívoca indirecta a través de la estructura de mercado, tal como también se demostró en la resolución 0303-2013/SDU-INDECOPI, donde la Sala destacó que lo relevante no es el porcentaje de abonados, sino la posición predominante en la concurrencia del sector. A su vez, la resolución 008-2023/SDU-INDECOPI destacó que lo relevante es el significado que le dé el receptor de la publicidad y no la intención del anunciante, lo que demostraría la importancia de considerar como medio probatorio válido el informe Lúmini, que evidenció la disminución del porcentaje de confianza, de un 42% a un 14.7%, posterior a la emisión de la publicidad, y el elemento adicional del signo distintivo del *módem* (equipo distribuidor de internet), donde se visualiza el servicio de telefonía fija, dado que en nuestro país solo 14 de 49 empresas operadoras cuentan con esta cualidad, y Movistar tiene una posición predominante.

Asimismo, la relación teórica con la primera categoría y la segunda subcategoría (la alusión inequívoca indirecta), según Robles (2011), se basa en que la alusión implícita es aquella en la que se brindan al destinatario (consumidor razonable) los elementos que le ayudan a identificar los servicios y/o productos comparados, lo que se corrobora con lo identificado en el estudio de caso. Por la estructura de mercado preponderante de Movistar y por el elemento adicional del signo distintivo, se le dio al consumidor pistas para identificar al competidor aludido. Esto se relaciona con la posición de Sosa (2017), quien afirma que la alusión implícita o indirecta se desarrolla cuando el anunciante no menciona ni muestra la marca del competidor, sino que deja pistas que permiten al consumidor identificarlo. Una de las formas de identificar esta figura es el comportamiento y la estructura del mercado. Asimismo, la posición de Aramayo et al. (2013) contextualiza la publicidad indirecta como el uso de imágenes o signos no exactos o explícitos que sugieren al expectante la identificación del competidor, producto o servicio que es objeto de lo publicitado. Por ello, podemos evidenciar adecuadamente que el segundo objetivo específico se relaciona, dado que sí se estableció la alusión inequívoca indirecta para la configuración de la comparación indebida, que es un acto de competencia desleal. Por ende, se recomienda que se profundice en la definición de cada acto y que se desarrollen pautas exigibles establecidas en la norma para brindar una guía para los despliegues publicitarios de los competidores.

CONCLUSIONES

En resumen, a partir del análisis realizado, se estableció la incidencia de la comparación indebida en el marco normativo de la competencia desleal en el sector de las telecomunicaciones, en Lima, Perú, 2023, dado que esta práctica puede causar un daño potencial o real al competidor mediante una alusión inequívoca directa o indirecta. Por lo tanto, se sugiere a la Sala establecer conceptos claros o lineamientos prácticos para su aplicación, de modo que la Comisión cuente con una guía efectiva para realizar un análisis adecuado.

Primera. Además, se estableció que no existe impacto de la alusión inequívoca explícita en el marco normativo de la competencia desleal en el sector de las telecomunicaciones, Lima-Perú, 2023, del expediente 169-2022/CCD, dado que no se ha demostrado que la empresa operadora haga referencia directa a Movistar, ya que no se menciona la marca, el logo ni ninguna característica particular de la EO. Por lo tanto, se advierte a los estudiosos del tema que, aunque no exista una alusión directa, no se

debe excluir de forma inmediata la posibilidad de una alusión inequívoca indirecta, y que esta sea analizada en base a las jurisprudencias relacionadas de la Sala.

Segunda: Por otra parte, se estableció la existencia de la incidencia de la alusión inequívoca indirecta en el marco normativo de la competencia desleal en el sector de las telecomunicaciones, Lima-Perú, 2023, del expediente 169-2022/CCD. En virtud de la estructura de mercado y los elementos adicionales, se evidenció que la publicidad analizada hace referencia indirecta a Movistar, lo que constituye una comparación indebida al menoscabar su imagen y causar un daño concurrencial, sin cumplir con los requisitos del *exceptio veritatis*. Por lo tanto, se recomienda profundizar en las definiciones regulatorias y desarrollar pautas prácticas y ejecutables para guiar el desarrollo publicitario de los competidores.

Tercera: Finalmente, debemos indicar que lo más relevante de este trabajo fue que se conceptualizaron de forma más clara y precisa los conceptos básicos para un correcto análisis jurídico, lo que permite guiar a los estudiosos del tema hacia una mejor interpretación. Cabe señalar que hemos tenido algunas limitaciones en la investigación, tales como: i) la dificultad de encontrar investigaciones que cuenten con todas las rigurosidades metodológicas solicitadas por la universidad; ii) la escasa investigación disponible sobre el tema desarrollado; y iii) la limitación lingüística.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Águila, C. y. (2018). *El ABC del derecho, competencia.* Fondo editorial San Marcos de Anibal Paredes Galván.

Castillo, M. S.-S. (2021). *¿Qué es la buena fe de los hechos?* El Buho E.I.R.L.

Rubio, M. (1997). *El Derecho Civil.* Lima, Perú: Pontifica Universidad Catolica del Perú.

Fuentes electrónicas

Abreu, J. (2014). El método de la investigación. *Revista DAENA International Journal of Good Conscience, 9(3)*, 195-204. Obtenido de http://www.spentamexico.org/v9-n3/A17.9(3)195-204.pdf

Alarcón, A. y. (2023). Mercado y libre competencia en la constitución colombiana. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, 15(29)*, 52-67. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8982576.pdf

Alegría, B. (2022). Relación entre los procesos sobre competencia desleal en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la protección de la propiedad intelectual y el crecimiento económico del Perú 2008 - 2020. *[Tesis de Maestría, Universidad Nacional de la Amazonía Peruana]*. https://acortar.link/OWseTQ

Aramayo, A. (2019). Competencia Desleal. 31-32. Fondo Editorial del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

https://acortar.link/PakX7P

Aramayo, A., Gagliuffi, I., & Maguiña, R. R. (2013). Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. 77-83. Fondo Editorial Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual. https://acortar.link/G2LSJj

Baeza, F. (2021). La competencia desleal: Una visión desde el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea. *[Tesis de maestría, Universidad de La Laguna]*. https://acortar.link/qQRn2g

Bautista, R. (2021). "Los actos de competencia desleal y los influencers" . *Video Conferencia de la Escuela Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*. Lima, Perú. https://acortar.link/GqYaZH

Bugallo, B. (2010). Publicidad comercial: la regulación uruguaya sobre publicidad engañosa y comparativa. *Revista Direito e Democracia, 11(2)*, 328-340. http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/viewFile/2594/1820

Campana, A. (2018). Análisis de la existencia de guías y lineamientos para la aplicación del principio desustanciación en los avisos publicitarios en el mercado de los servicios de telecomunicaciones. *[Tesis de especialización en Derecho de Protección al Consumidor, Pontificia Universidad Católica del Perú]*. https://acortar.link/wjKBIY

Capurro, A. P. (2020). Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial. Fondo Editorial Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. https://acortar.link/j1LQaX

Cassoni, P. (2022). La publicidad comparativa en el Derecho uruguayo y en el español, con especial referencia al carácter psicológico o emocional. *Revista de Derecho, 21(41)*, 253-273. doi: https://doi.org/10.47274/DERUM/41.9

Da Silva, F. D. (2020). La libre concurrencia en la economía digital: las micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes) en América Latina y el impacto del COVID-19. Fondo Editorial de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe. https://acortar.link/aM5bkf

De la Maza, I. y. (2023). Comparar legalmente: la veracidad y demostrabilidad del mensaje publicitario en el derecho chileno. *Revista de Derecho Privado(44)*, 145-176. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662023000100145

Delgado, P. (2020). Acto de confusión generador de Competencia Desleal. Análisis desde el derecho sustancial. *Revista CES Derecho, 11(1)*, 117-133. http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v11n1/2145-7719-cesd-11-01-117.pdf

Escarpenter, C. (1963). La teoría económica en los últimos noventa años. *Revista de Economía y Estadística, 7(1)*, 83-121. https://revistas.unc.edu.ar/index.php/REyE/article/view/3539/5614

Esteban, N. (2018). Tipos de Investigación. *Revista de investigación de la Universidad Santo Domingo de Guzmán alberga*, 1-4. https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/UNIS_5b55a9811d9ab27b8e45c193546b0187/Details

Expósito, N. (2022). Cuestiones prácticas de delealtad en la publicidad engañosa. comparativa y denigratoria. *[Trabajo de fin de grado, Universidad de Jaén]*. https://acortar.link/eszJvf

Fernández, V. (2020). Tipos de justificación en la investigacióncientífica. *Revista Espíritu Emprendedor TES, 4(3)*, 65–76. doi: https://doi.org/10.33970/eetes.v4.n3.2020.207

Gómez, B. (2018). Fundamentos de la publicidad. 142. Fondo Editorial Alpha. https://acortar.link/7xVud0

Hernández, R. y. (2018). *Metodología de la investigación: las rutas: cuantitativa ,cualitativa y mixta*. Fondo Editorial Mc Graw Hill educación. http://repositorio.uasb.edu.bo:8080/bitstream/54000/1292/1/Hern%c3%a1ndez-%20Metodolog%c3%ada%20de%20la%20investigaci%c3%b3n.pdf

Huayanca, B. (2020). Estableciendo el límite entre el uso del humor y la denigración en la publicidad comercial. *[Tesis de Maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]*. https://acortar.link/YVvJtB

Jordán, A. C. (2015). *Metodología de la investigación educacional*. Fondo Editorial Académia Universitaria. http://edacunob.ult.edu.cu/bitstream/123456789/20/1/Metodologia%20de%20la%20Investigacion%20Educacional.pdf

Kresalja, B. y. (2019). Derecho constitucional económico. Fondo Editorial Pontifica Universidad Catolica del Perú. https://acortar.link/7ojqx3

López, P. (2021). La publicidad desleal y la tutela del competidor: Una aproximación desde el derecho chileno. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 59-101. https://www.scielo.cl/pdf/revderudec/v89n250/0718-591X-revderudec-89-250-59.pdf

Lozada, O. y. (2022). Guía de productos observables de investigación. 20-26. Fondo Editorial de la Universidad Privada Norbert Wiener. https://doi.org/10.37768/unw.vri.0009

Mancheno, S. L. (2020). El estudio de caso como metodología de la enseñanza del Código Civil. *Revista Conrado, 16(72)*, 89-95. http://scielo.sld.cu/pdf/rc/v16n72/1990-8644-rc-16-72-89.pdf

Martin, P. (2020). Análisis preliminar de la cláusula general aplicable a denuncias administrativas en materia de competencia desleal. *[Tesis de pregrago, Universidad de Lima]*. https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/RULI_bb3caa7eca56e08df38db104a88a1079

Moreira, L. (2019). La ética marca. Normas, valores y ética en la publicidad uruguaya. *[Tesis de Maestría, Universidad de la República de Uruguay]*. https://acortar.link/tF9jZd

Núñez, J. N. (2021). Derechos del consumidor afectados por el acto de competencia desleal de acoso e influencia indebida, ejecutado a través de telemercadeo y mailing digital: el caso de Ecuador. *Revista La Propiedad Inmaterial(31)*, 35-64. https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/7268/9977

Oblitas, M. (2020). Expediente N° 099-2009/CCD Actos de Competencia Desleal en la modalidad de engaño y comparación indebida. *[Trabajo de Suficiencia Profesional, Universidad San Ignacio de Loyola]*. https://repositorio.usil.edu.pe/server/api/core/bitstreams/a361dee2-50cc-49d8-94a7-383b13cbd0ac/content

Okuda, M. y. (2005). Métodos en investigación cualitativa: triangulación. *Revista Colombiana de Psiquiatría, 34(1)*. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-74502005000100008

Oruna Rodríguez, A. M., Oruna Rodríguez, M. Ángel, Aranguren Reyes, P. E., & Sánchez Ortega, J. A. (2023). Calidad de servicio de la banca móvil y lealtad del consumidor. Revista Venezolana De Gerencia, 28(102), 855-871. https://doi.org/10.52080/rvgluz.28.102.25

Palomeque, M. y. (2022). Derecho del trabajo. 593. Universitaria Ramón Areces S.A. https://www.google.com.pe/books/edition/Derecho_del_trabajo/KNh9EAAAQBAJ?hl=es&gbpv=0

Pazos, J. (2023). Derecho de la Publicidad. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. https://acortar.link/6aGtcr

Pazos, J. y. (2020). Autorregulación y programas de cumplimiento empresarial en materia de publicidad comercial y protección al consumidor. *Revista de la Facultad de Derecho(85)*, 175-202. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/22975/22004

Peña, T. (2022). Etapas del análisis de la información documental. *Revista Interamericana de Biblitecología, 45(3)*, 1-7. http://www.scielo.org.co/pdf/rib/v45n3/2538-9866-rib-45-03-e4.pdf

Robles, J. (2011). ¿La menor comisión en el servicio de administración de fondos de pensiones?: Publicidad comparativa y de tono excluyente. *Revista Advocatus*, 129-138. https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/3177

Rodríguez, D. A. (2023). La Competencia Desleal. Un Nuevo Acercamiento al Régimen Legal en Cuba. *Revista Misión Jurídica, 16(24)*, 111-132. https://doi.org/10.25058/1794600X.2209

Sáenz, L. (2023). El metatagging: ¿una práctica desleal? *Revista USFQ Law Review, 10(1)*, 48-75. https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview/article/download/2887/3379/23852

Sosa, A. (2017). Guerra Publicitaria en el "Mundo Telecom" (Casos Prácticos). *Revista Derecho & Sociedad(49)*, 161-182. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7792353.pdf

Sosa, A. (2018). Publicidad comparativa en el Perú: una especie en peligro de extinción. *Revista Foro Jurídico(17)*, 21-46. Obtenido de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/22137/21476

LA JUSTIFICACIÓN DE LA RESTRICCIÓN PERMANENTE IMPUESTA AL DERECHO A SER ELEGIDO POR LA LEY 30717 A LOS CONDENADOS POR DELITOS DE TERRORISMO

THE JUSTIFICATION FOR THE PERMANENT RESTRICTION IMPOSED ON THE RIGHT TO BE ELECTED BY LAW 30717 FOR INDIVIDUALS CONVICTED OF TERRORISM CHARGES

José Francisco Raffo Miranda
https://orcid.org/0000-0002-2580-8597
Universidad de San Martín de Porres
jose_raffo2@usmp.pe
Perú
https://doi.org/10.24265/voxjuris.2025.v43n2.10

Recibido: 2 de setiembre de 2024 Aceptado: 25 de setiembre de 2024

SUMARIO

1. Introducción. 2. Las restricciones *iusfundamentales*. 3. El supuesto de hecho del denominado derecho a ser elegido y su ámbito protegido. 4. La justificación de la restricción permanente impuesta por la Ley 30717 a los condenados por delitos de terrorismo. 5. Conclusiones. Referencias

RESUMEN

En la presente investigación se analiza las restricciones al derecho al sufragio pasivo en Perú, centrado en la Ley 30717, que impone limitaciones a los condenados por terrorismo para acceder a cargos públicos. Se examina el equilibrio entre garantizar el orden democrático y respetar los derechos fundamentales. La investigación concluye que las restricciones están justificadas y son compatibles con la Constitución.

PALABRAS CLAVE

derechos fundamentales, proporcionalidad, restricciones

ABSTRACT

In this research we analyze the justification for the permanent restriction imposed on the right to be elected for individuals convicted of terrorism charges. The balance between ensuring democratic order and respecting fundamental rights is examined. The research concludes that the restrictions are justified and compatible with the Constitution.

KEYWORDS

fundamental rights, proportionality, limitations

INTRODUCCIÓN

El estudio de las restricciones a los derechos fundamentales se ha enfocado en las tensiones entre las dimensiones protegidas por los derechos frente a valores abstractos que se sustentan en el bien común. En la presente investigación, se estudiará el caso del derecho al sufragio pasivo o también denominado derecho a ser elegido, el cual ha sido objeto de restricciones en el Perú por medidas que se sustentan en garantizar el orden democrático. A dicha situación se ha sumado, además, la proliferación de aspirantes a cargos públicos que mantienen discursos contrarios al orden constitucional, lo cual ha reforzado el apoyo a estas medidas restrictivas.

En efecto, ello ha propiciado posturas que buscan restringir el acceso a cargos representativos en virtud a fines, aparentemente, legítimos. Sin embargo, este sustento no resulta tan claro como parece, pues las resoluciones de conflictos de derechos fundamentales, demandan siempre un análisis riguroso de los fundamentos que sustentan su vigencia, pero que además exigen dilucidar su compatibilidad con otros bienes constitucionales. De hecho, esta técnica supone que todo conflicto constitucional origina una regla constitucional que determina la preponderancia del peso de un principio sobre otro bajo determinadas condiciones.

Ahora bien, esta técnica de resolución de conflictos no se ha encontrado exenta de críticas. Entre ellas destaca aquella sostiene que con esta metodología se trivializa el derecho fundamental. En la siguiente investigación, emplearemos una estructura argumentativa que permita brindar una respuesta compatible con

los fines del Estado de derecho, entendido como modelo que se encarga de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales, y que exige interpretar la Constitución como un "todo" armónico, para así determinar las razones constitucionales que justifican la Ley 30717.

LAS RESTRICCIONES *IUSFUNDAMENTALES*

Para cumplir con la finalidad de la investigación, resulta necesario distinguir el supuesto de hecho y el ámbito de protección (restricción) del derecho fundamental invocado, así, el análisis fundamental del problema de investigación se centrará a nivel infraconstitucional, en donde se evalúa la justificación de la restricción.

Comprender el funcionamiento de las restricciones a los derechos fundamentales, es posible bajo la teoría de los derechos restringibles o limitables, pues esta resulta coherente para un sistema constitucional que propicia la convivencia armónica de los principios que están contenidos en la Constitución, o se desprenden de ella. Para evitar que, en cada situación de conflicto de principios, se anule o ignore un derecho fundamental, la Constitución encarga a los intérpretes constitucionales, la desafiante labor de estudiar la validez de las restricciones a los derechos fundamentales, sopesando las cargas argumentativas para determinar la preponderancia de un principio en situaciones concretas.

Ahora bien, resulta importante precisar el nivel en el que ocurren las restricciones a los derechos fundamentales. El supuesto de hecho de un derecho fundamental determina lo que el derecho es. Esta definición viene dada por la norma fundamental. A diferencia del supuesto de hecho, la restricción a la posibilidad de realización del derecho, ocurre a nivel infraconstitucional, lo que supone entonces que la validez de esta estructura exige una cláusula constitucional que permita esta operación -competencia del legislador otorgada por el constituyente para establecer la restricción-, y además que la medida restrictiva resulte proporcional[1].

Un aporte medular de la metodología de Aharon Barak (2017) exige seguir una estructura de visualización de las disposiciones que determinan el supuesto de hecho, que se encuentran conformadas por las disposiciones del texto constitucional y brindan pautas idóneas para la definición del supuesto de hecho del derecho[2]; así como de las disposiciones (cláusula restrictiva) que establecen restricciones a la realizaciones a su ejercicio, las cuales crean la posibilidad constitucional de limitar el derecho mediante una medida infraconstitucional.

Así, la determinación del supuesto de hecho del derecho no admite ponderaciones con otros bienes constitucionales, ni influencias de otro tipo, sino que exige recurrir a la interpretación constitucional para determinar su alcance apropiado. A diferencia del problema de determinación del supuesto de hecho, el análisis de constitucionalidad de la ley deriva nuestro examen a la proporcionalidad, en la medida que esta afecta solo la realización del derecho fundamental, y no tiene efectos sobre el supuesto de hecho del derecho[3].

En consecuencia, de la interpretación del supuesto de hecho del derecho se deriva una estructura que asigna posiciones jurídicas a los sujetos de la relación, en la mayoría de casos esta relación está compuesta por el individuo y el Estado[4], y dependiendo de la condición del objeto de esta relación (acción u omisión), el Estado tendrá deberes consecuentes con esta.

En suma, una restricción al derecho fundamental ocurre a nivel infraconstitucional. La validez de la restricción está supeditada por la cláusula restrictiva de la Constitución, la cual funge como fuente que autoriza-permite la restricción (legalidad); pero además define los fines que sustentan la restricción. Este argumento se relaciona con la exigencia de justificación que debe superar toda medida restrictiva. Esta exigencia es una conclusión coherente con los modelos constitucionales que se sustentan en la limitación del poder y la defensa de los derechos fundamentales.

Existen argumentos suficientes para afirmar que los elementos que influyeron en la interpretación del supuesto de hecho del derecho fundamental influyen también al momento de analizar la

1 De acuerdo con Barak, A (2017, p.44), "la teoría actual de los derechos fundamentales distingue entre los límites al derecho fundamental (supuesto de hecho) y las restricciones impuestas a su realización a través del derecho (protección)", así, esta distinción es conocida como la teoría de las dos etapas.

2 Barak, A (2017, p.59) "Tales disposiciones no deben ser consideradas como "restricciones internas" del derecho, sino más bien como "modificadores internos", "cualificadores internos", o "demarcaciones"

3 Que es una diferencia con la posición asumida por Robert Alexy, en la medida que el estudio de las restricciones a los derechos fundamentales tiene consecuencias en la delimitación del supuesto de hecho del derecho fundamental.

4 Evidentemente, la moderna teoría de derechos fundamentales se ha enfocado también en el estudio de las relaciones entre individuos o también denominada relaciones horizontales de los derechos fundamentales.

constitucionalidad de una medida que restringe el ámbito de realización del derecho, pues permiten identificar el nivel admitido por la Constitución para restringir el ejercicio del derecho fundamental. Así, en el análisis de las restricciones toda medida será sometida al juicio de proporcionalidad, en la medida que esta es una técnica racional para determinar la compatibilidad de las restricciones con el texto fundamental.

EL SUPUESTO DE HECHO DEL DENOMINADO "DERECHO A SER ELEGIDO" Y SU ÁMBITO PROTEGIDO

Como se ha señalado anteriormente, el supuesto de hecho del derecho fundamental deriva su estudio en la cuestión de la interpretación constitucional. De una interpretación armónica de los principios de la Constitución surge que el libre ejercicio de los derechos políticos tiene relación directa con el orden democrático, en la medida que representan una relación Estado-individuo, asegurando la sostenibilidad de la gobernabilidad. Esto en virtud a que la representación política en cargos públicos, es una manifestación de las aspiraciones de la pluralidad de la sociedad, la que decide intervenir en estos espacios con plena libertad, ejerciendo a su vez un derecho de control sobre los mismos.

El derecho de participación política tiene un carácter fundamental en el orden democrático y su ámbito de protección se vincula con la libre intervención en los procesos de deliberación y la toma de decisiones en las esferas políticas, económicas, sociales y culturales. En esta esfera, el derecho a participar en la vida política se refleja como el derecho a ser elegido, es decir, a postular como candidato en los procesos electorales para diferentes cargos. Así, los valores que componen el arquetipo justificativo del derecho a la participación en la vida política de la Nación es la base también de la defensa del derecho a ser elegido. En efecto, de acuerdo con el artículo 31 de la Constitución: los ciudadanos tienen "(…) el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. (…)".

De la redacción de esta disposición constitucional se advierte que el derecho a ser elegido está formulado en clave de derecho de libertad. Los derechos de libertad se oponen a la concepción del poder absoluto del Estado, de ahí que sea obligación de los jueces constitucionales proscribir cualquier injerencia negativa en el ámbito de protegido de los derechos fundamentales. Ello exige que no se incida en su ámbito protegido salvo que existan razones justificadas. En consecuencia, el supuesto de hecho del derecho a ser elegido consiste en la libertad de acceder a los cargos públicos representativos, sin ser impedidos de tal acceso de manera injustificada.

La disposición constitucional reseñada, establece además una cláusula restrictiva[5]. Para Aharon Barak (2017, p.169), estas cláusulas, "definen el fin para que una restricción de derecho sea válida como los medios a través de los cuales tal fin puede ser alcanzado". En estricto se advierte que el artículo 31 de la norma fundamental dispone cuál es el medio permitido para su restricción, en tanto que establece que la limitación de su ejercicio debe ser regulada por ley orgánica.

Dicha situación ha originado que se conciba al derecho a ser elegido como uno de naturaleza legal. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, en tanto que, "por voluntad del constituyente, la ley no solo puede, sino que debe culminar la delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental en mención. (Sentencia 0030-2005-AI/TC, fundamento 27)". Asimismo, otra demarcación al contenido del derecho se aprecia en lo regulado por la Constitución respecto de los supuestos de la titularidad activa del referido derecho[6], en las leyes de desarrollo constitucional[7], y en las reglas sobre el ejercicio de la ciudadanía[8].

5 De acuerdo con Aharon Barak (2017, p.178) "Este es el efecto de la cláusula restrictiva constitucional. Dicha cláusula ha sido diseñada, desde el punto de vista formal, para superar el canon interpretativo de acuerdo con el cual una norma superior prevalece sobre una norma inferior. De hecho, la función formal de la cláusula restrictiva (y del principio de proporcionalidad que se encuentra en su núcleo) es la de permitir la restricción de los derechos fundamentales por una medida de rango infraconstitucional, sin que esta restricción sea considerada inconstitucional y, por consiguiente, inválida". De tal manera que la cláusula restrictiva, define los límites a los límites de los derechos fundamentales.

6 La Norma Fundamental de 1993 establece requisitos para el acceso a los cargos públicos representativos, en los artículos 90, 110, 191 y 194.

7 Asimismo, como se mencionó anteriormente, al ser un derecho de configuración legal su contenido –relacionado con la titularidad activa del derecho fundamental- se evidenciará además, en las leyes de desarrollo constitucional, como la Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones (artículos 106, 107, 108, 112, 113 y 114) , la Ley 27863, Ley de Elecciones Regionales (artículos 13 y 14) y la Ley 26864, Ley de Elecciones Municipales (artículos 6, 7 y 8), las cuales especifican los requisitos e impedimentos para el ejercicio del derecho a ser elegido, en su mayoría de ellos, los requisitos están referidos a la edad y al pleno ejercicio de la ciudadanía. Esta condición además se refleja en el principio de representación proporcional para el caso de elecciones pluripersonales estipuladas en el artículo 187 de la Constitución.

8 De acuerdo con el artículo 33 de la Constitución la ciudadanía se puede suspender por: 1. Resolución judicial de interdicción, 2. Por sentencia con pena privativa de libertad, y 3. Por sentencia de inhabilitación de los derechos políticos.

Sin embargo, debe quedar claro que la existencia de una cláusula restrictiva, no supone una habilitación desmedida al legislador para restringir el derecho fundamental, pues la medida restrictiva debe ser proporcional (Barak, A. 2017). Que el legislador tenga competencia para desarrollar el contenido del derecho no significa que esta sea legítima por sí sola, pues incluso la legislación no se encuentra exenta de control de constitucionalidad[9]. Precisamente esta investigación se enfoca en analizar la justificación de la restricción establecida en la Ley 30717.

Finalmente, resulta importante precisar que con la inclusión del artículo 34-A el 15 de setiembre de 2020, se incidió en el supuesto de hecho del derecho a ser elegido, en la medida que esta disposición constitucional estableció el impedimento de postular a cargos de elección popular a aquellas personas, "sobre quienes recaiga una sentencia condenatoria emitida en primera instancia, en calidad de autoras o cómplices, por la comisión de delito doloso".

Por lo tanto, la delimitación del supuesto de hecho del derecho a ser elegido, que considera inconstitucional aquella restricción injustificada a la participación política, incluye ahora una cláusula demarcadora del supuesto de hecho del derecho fundamental, adicional a la exigencia del cumplimiento de la edad. Precisamente, en la presente investigación se concluirá el impacto de esta modificación al supuesto de hecho, en el análisis de constitucionalidad de la Ley 30717.

LA JUSTIFICACIÓN DE LA RESTRICCIÓN PERMANENTE IMPUESTA POR LA LEY 30717 A LOS CONDENADOS POR DELITOS DE TERRORISMO

La aprobación de la Ley 30717, se originó en virtud de cuatro proyectos de ley: PL 2076-2016-CR[10], PL 1225-2016-CR, PL 641-2016-CR, y el PL 616-2016-CR[11]. En estricto, en el debate legislativo[12] se resaltó que los actos de terrorismo al resultar incompatibles con los fines del Estado de derecho, ameritaban una respuesta rigurosa desde el Estado, siendo imprescindible limitar el derecho al acceso a cargos representativos a las personas condenadas por estos delitos. De hecho en la exposición de motivos del PL 616-2016-CR, se planteó dos interrogantes en este sentido, i) "¿el sistema democrático se encuentra obligado a convivir con terroristas?; ii)¿Acaso como Estado, no tenemos el deber moral de proteger la democracia? " (p.8).

La Ley 30717, tiene como objetivo, impedir el acceso a cargos representativos a personas condenadas por delitos de terrorismo, aun cuando hubieran sido rehabilitadas. Al respecto, resulta evidente que el objetivo propuesto por la medida, es decir la situación fáctica que persigue la disposición impugnada, está relacionada con el aseguramiento de la defensa nacional y la promoción de valores compatibles con la democracia constitucional.

Las violaciones a los derechos fundamentales son aquellas intervenciones injustificadas en el contenido de un derecho fundamental. En consecuencia, en todo Estado de derecho, las restricciones a los derechos fundamentales deben encontrarse sustentadas en la satisfacción de una finalidad constitucionalmente legítima, pues de lo contrario resultaría una medida arbitraria y, por lo tanto, inconstitucional.

Los fines que justifican las restricciones a los derechos fundamentales pueden fundamentarse en los derechos de otros, debido a que la posibilidad jurídica del ejercicio de un derecho está condicionada por el ámbito protegido de otros derechos fundamentales; y el interés público, compuesto por fines destinados a preservar el Estado de derecho, la seguridad nacional, el orden público y la tolerancia social (Barak, A. 2017).

9 De acuerdo con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el fundamento 38 de la Sentencia 0030-2005-AI/TC: "(...) el derecho fundamental a ser elegido representante (artículo 31 de la Constitución) sea un derecho de configuración legal, no excluye la posibilidad de que este Tribunal realice un control constitucional de la ley llamado a culminar la delimitación normativa, pero sí obliga a este Colegiado a respetar el margen de apreciación política del Congreso de la República al momento de crear Derecho, dentro del marco constitucional" (Sentencia 0030-2005-AI/TC, fundamento 38).

10 Proyecto presentado por la bancada de Alianza para el Progreso: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0207620171102.pdf.

11 La bancada de Fuerza Popular presentó tres proyectos de ley: PL 1225-2016-CR: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0122520170412..pdf, el PL 641-2016-CR: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0064120161115..pdf, y el PL 616-2016-CR: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0061620161111.pdf

12 De hecho, de acuerdo con el diario de debates de la Primera Legislatura Ordinaria del Congreso de la República de fecha 9 de enero de 2018, el parlamentario Velásquez Quesquén concluyó que: "La democracia no puede seguir siendo boba y permitir que los espacios democráticos y de representación puedan estar en manos de aquellos que no creen en los valores que inspiran la democracia", p.12.

Ahora bien, la Ley 30717, fue objeto de análisis de constitucionalidad en dos procesos de inconstitucionalidad. En la Sentencia 0014-2018-PI/TC y acumulados, el 15 de agosto de 2020, el Tribunal analizó la restricción permanente de acceso a cargos representativos por delitos de corrupción. La ponencia principal concluyó que la frase "aun cuando hubieran sido rehabilitados" resultaba inconstitucional, por cuanto extendía los efectos de la restricción del "derecho a ser elegido" fuera del proceso penal. No obstante, la referida ponencia no obtuvo los cinco votos necesarios para declarar inconstitucional la disposición cuestionada.

Posteriormente, en la Sentencia 0005-2020-PI/TC, el 08 de noviembre de 2022, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la disposición de la Ley 30717, que establecía el impedimento de acceder a cargos representativos a personas condenadas por terrorismo "aun cuando hubieran sido rehabilitadas", debido a que transgredía el principio de rehabilitación de la pena y la presunción de inocencia[13].

Al respecto, es conveniente precisar que en la sentencia aludida previamente, los magistrados del Tribunal Constitucional omitieron analizar el artículo 34-4, que se incluyó en la Constitución en virtud de la Ley 31042, publicada el 15 de setiembre de 2020, y que modifica el supuesto de hecho del derecho fundamental a ser elegido, en la medida que establece que; "Están impedidas de postular a cargos de elección popular, las personas sobre quienes recaiga una sentencia condenatoria emitida en primera instancia, en calidad de autoras o cómplices, por la comisión de delito doloso".

La Constitución, es una norma que alberga aspiraciones de la comunidad, y establece pautas para limitar el poder y resguardar los derechos fundamentales, pero no deja de ser una norma jurídica, y como tal es aplicable de manera directa, por lo que resulta incoherente que el Tribunal Constitucional haya omitido en su análisis, la reforma constitucional al artículo 34-A.

Los efectos, de la reforma constitucional, son considerables, en la medida que fuerza a una aparente tensión entre principios de rango constitucional, por lo que demanda a todo intérprete de la Constitución, un análisis prolijo de las dimensiones protegidas por las cláusulas constitucionales, para procurar una convivencia armónica y coherente entre las disposiciones de la norma fundamental.

Bajo, ese contexto, se puede advertir al menos dos normas que surgen de la controversia:

- *Norma 1*.- Toda persona condenada por delito doloso se encuentra impedida de acceder a cargos representativos, independientemente de que en el proceso penal se le imponga la pena de inhabilitación.
- *Norma 2*.- Las disposiciones constitucionales sólo delimitan el supuesto de hecho de un derecho fundamental. En consecuencia, las restricciones a su ejercicio, derivan al intérprete, a un análisis infraconstitucional del problema *iusfundamental*, en el que se debe considerar las cargas argumentativas de los elementos opuestos al ejercicio de un derecho fundamental.

La tipología de las normas admite que los conflictos entre reglas, entendidas estas como mandatos definitivos debido a que pueden ser cumplidas o no, se solucionan con el criterio de validez o identificando una excepción a su cumplimiento, mientras que los conflictos entre principios, derivan su solución al análisis de las cargas argumentativas de los principios que restringen la posibilidad jurídica de su ejercicio (Alexy, R. 2019).

Sin embargo, replicar dicha teoría a un nivel de normas constitucionales, es complicado en la medida que atenta contra legitimidad del poder de reforma constitucional y origina dificultades metodológicas, siendo la principal aquella en la que se busca identificar la norma que funge como parámetro de control, por lo que es razonable asumir que las disposiciones constitucionales que reconocen derechos fundamentales, derivan, su aparente conflicto, a un nivel de rango infraconstitucional, esto es al examen de la restricciones de los derechos fundamentales, el cual consiste en determinar la validez de las restricciones a las posibilidad jurídicas del ejercicio de un derecho fundamental. En consecuencia, la segunda norma (Norma 2), nos deriva a un examen adecuado a la función integradora de la Norma Fundamental.

13 En concreto, el Tribunal Constitucional estableció en el fundamento 140 de la Sentencia 0005-2020-PI/TC, que: "En este caso, puede sostenerse que la Ley 30717 tiene como objetivo asegurar que las candidaturas y propuestas que se ofrezcan a la ciudadanía provengan de personas comprometidas con el irrestricto respeto de la dignidad de la persona, del principio democrático y del Estado de Derecho, en el marco de una cultura de tolerancia y paz. Sin embargo, ese objetivo, al establecer la prohibición de participar en la vida política a una persona que ha sido rehabilitada, implica una vulneración al principio de presunción de inocencia y contraviene el derecho a la reincorporación del penado a la sociedad reconocido en el artículo 139 inciso 22 de la Constitución".

Al inicio de la investigación se precisó que apoyamos la teoría de los derechos restringibles, pues solo en ese contexto el juicio de constitucionalidad tiene un aporte relevante para la resolución de conflictos. Bajo esta premisa, ningún derecho fundamental es absoluto, pero sus restricciones deben ser justificadas.

En la jurisprudencia constitucional, se ha destacado que, en el Perú, la pena de inhabilitación perpetua, puede ser objeto de revisión por el juez penal, y por lo tanto esta premisa resulta compatible con los fines de rehabilitación y resocialización de la pena, teniendo además sustento en el valor de la dignidad humana. En consecuencia, resultaría inconstitucional mantener la restricción a los derechos políticos a un sentenciado, aun cuando el juez de ejecución penal ya ha decidido proscribir el efecto de la pena de inhabilitación, y el individuo es considerado rehabilitado.

Se aprecia que de los argumentos expuestos surge una interrogante de peso, ¿es sustentable constitucionalmente aquella postura que considera al sistema de aplicación de la pena de inhabilitación en el proceso penal como una medida menos lesiva que aquella restricción impuesta por la Ley 30717, pero igualmente compatible con los fines destinados al aseguramiento de la defensa nacional y la promoción de valores compatibles con la democracia constitucional?

El artículo 69 del Decreto Legislativo 635, Código Penal, establece que, "la rehabilitación restituye a la persona los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia". El artículo, reconoce, además, la posibilidad de revisar la condena de inhabilitación perpetua luego de transcurrido veinte años. Por lo tanto, asignar a los condenados por terrorismo, una pena de inhabilitación perpetua restringiría los derechos políticos de forma menos lesiva, ya que los penados podrían cuestionar la duración de la pena de inhabilitación perpetua, y a su vez otorgaría al juez penal la posibilidad de analizar en cada caso la validez de la rehabilitación.

Sin embargo, esta posición argumentativa no resulta idónea, debido a que la regulación de la restricción de la Ley 30717 no está destinada a ampliar los supuestos de la consecuencia jurídica del delito de terrorismo, ya que variar la situación jurídica de la condena penal por supuestos más graves que los establecidos al momento de determinar la responsabilidad penal resulta incompatible con la Constitución.

Ahora bien, de acuerdo con Martin Borowski (2022), "lo decisivo de la ponderación no es tanto el resultado, sino la justificación del por qué se asigna mayor o menor peso a la intervención y porque el peso de las razones justificantes parece ser elevado o bajo" (p.117).

En consecuencia, para defender la constitucionalidad de que la rehabilitación penal no tendría efectos en el ámbito del derecho a ser elegido, resulta necesario que las cargas argumentativas del principio o fines opuestos, tengan un peso preponderante (Alexy, R. 2003). Es evidente que la lucha contra el terrorismo, la defensa de la seguridad nacional y el aseguramiento del orden democrático resultan fines legítimos, pero resulta necesario argumentar su grado de relevancia para resolver el problema de conflicto de principios.

En el ordenamiento jurídico existen algunos supuestos tipificados en los incisos 6, 7 y 9 del artículo 36 del Código Penal, en los que se prohíbe de manera definitiva –a pesar de poseer el estatus de rehabilitado- el ejercicio de algunos derechos de libertad referidos al ejercicio de la profesión, la posibilidad de poseer licencias de conducir y el uso de armas de fuego.

Precisamente, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 0021-2012-PI/TC y acumulados (fundamentos 212 al 235), determinó que la medida que dispone el impedimento permanente de ejercer la docencia a los condenados por terrorismo no anula el principio de resocialización, debido que lo relativiza en un determinado ámbito[14]. El argumento, de que mantener el impedimento del ejercicio de ciertos derechos luego de la condena no resulta una restricción intensa o desproporcionada en el principio de resolución y rehabilitación, es replicable *mutatis mutandi*, a la presente controversia.

Ahora bien, es evidente, que los fines de aseguramiento de democracia constitucional, así como los destinados a procurar una idoneidad de las personas que acceden a cargos representativos, resultan compatibles con la democracia constitucional. Precisamente, los medios elegidos por el legislador guardan

14 El Tribunal Constitucional precisó que: "En efecto, tal medida restrictiva no expulsa a la persona (docente) en términos generales de la vida en comunidad, sino que sólo la excluye de un ámbito determinado —que merece una protección especial por parte del Estado— como es la permanencia de aquél en la carrera pública magisterial, sin que ello afecte la posibilidad de que la persona se desarrolle libremente en ámbitos distintos al educativo" (Sentencia 0021-2012-PI/TC y acumulados, fundamento 233).

relación con estos fines, pues se procura mantener un estándar idóneo respecto de los ciudadanos que pueden ocupar cargos representativos, pues el ejercicio de estos cargos tiene relación directa con los valores que inspiran a una democracia constitucional, como la paz y el respeto a los derechos de otros.

En estricto, la construcción de la intensidad de una restricción también está condicionada por "las razones que juegan en contra del derecho fundamental" (Alexy, R. 2007, p.462). Así, la restricción permanente a la participación política puede ser vista como una medida preventiva para proteger los valores fundamentales de la democracia constitucional, asegurando que aquellos que accedan a posiciones de representación no comprometan los principios del Estado de derecho. Aunque la rehabilitación es un principio fundamental del sistema penal, su aplicación en el ámbito político requiere un análisis cuidadoso de los riesgos potenciales para la estabilidad democrática.

Resulta plausible que la regulación de esta restricción permanente se justifique en la necesidad de preservar la defensa nacional y mitigar posiciones políticas contrarias al Estado de derecho. Esto implica una cierta desconfianza en la efectividad de la resocialización de los condenados por terrorismo. Evidentemente, se debe tener en cuenta el impacto en la democracia de errores en la redacción de medidas legislativas como esta restricción permanente, debido a que podría negar la participación política a personas rehabilitadas que puedan aportar propuestas beneficiosas a nuestra democracia constitucional.

Precisamente, el sistema democrático peruano permite la pluralidad de posiciones políticas, por lo que los ciudadanos que lo deseen pueden aportar propuestas a los partidos políticos sin necesidad de representarlos en las elecciones. Así, un error en la regulación de esta medida sería menos perjudicial para la democracia constitucional que permitir la participación de ciudadanos condenados por terrorismo, quienes podrían utilizar los partidos políticos para promover propuestas contrarias al Estado de derecho, contribuyendo así a una erosión democrática[15].

En efecto, una regulación defectuosa que permita la participación política de individuos con antecedentes de terrorismo puede socavar la confianza en el Estado de derecho y en las instituciones democráticas, y en consecuencia acrecentar la erosión democrática. Esto podría dar lugar a la utilización de partidos políticos para promover agendas que no estén alineadas con los valores fundamentales del sistema democrático.

Y es que, una democracia constitucional no puede mantener su vigencia si se funda sólo sobre los derechos fundamentales, por lo que esta admite la posibilidad de restringir estos derechos con la finalidad de garantizar la existencia misma del Estado y la vigencia del orden democrático (Barak, A, 2017)[16]. Sin embargo, ello no implica ignorar el valor de los derechos para el sistema constitucional, por lo que cada medida restrictiva debe sustentarse en razones de un peso equivalente al nivel de la restricción del derecho fundamental, como ocurre con las razones expuestas.

Más aún, teniendo en cuenta que la amenaza de acrecentar la erosión democrática reseñados previamente, representa un argumento relevante para asignar un peso preponderante a las medidas que mitigan estos riesgos, y que precisamente buscan asegurar la idoneidad de las personas que accedan a cargos representativos, sin llegar a anular sus derechos de participación política, en diversas dimensiones, como el derecho a elegir, participar en la vida política de los partidos; y los principios de resocialización y rehabilitación penal.

En el presente caso, resulta claro que la restricción de la Ley 30717 se funda en objetivos saludables para nuestro orden constitucional, pero que además tienen un correlato directo en la democracia constitucional, sin llegar a representar una medida de intervención grave, pues como se ha afirmado, los ciudadanos, condenados por terrorismo y rehabilitados, pueden participar en la vida política de los partidos que así lo deseen, y además no hay una intervención intensa o desproporcionada en el principio de resocialización, conforme a lo sostenido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 0021-2012-PI/TC y acumulados.

En conclusión, es menos lesivo para la democracia constitucional impedir la participación en cargos representativos a una persona rehabilitada, que permitir dicha participación a alguien que sostenga ideas contrarias al Estado de derecho. En estricto, es fundamental mantener un equilibrio entre la reintegración social y la preservación de los principios democráticos y

15 Al respecto, véase lo descrito por Tom Ginsburg y Aziz Z. Huq en: Ginsburg, T., & Huq, A. Z. (2020). How to save a constitutional democracy. University of Chicago Press.

16 "Para garantizar una democracia se deben garantizar los derechos humanos y para garantizar los derechos humanos se debe tener una democracia" En: Barak, A. 2017, p.192.

el orden constitucional. Por lo tanto, la posición asumida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 0005-2020-PI/TC no es sustentable constitucionalmente.

CONCLUSIONES

Toda restricción de un derecho fundamental debe encontrarse justificada. En suma, lo relevante es que los principios opuestos al ejercicio de un derecho fundamental tengan una relevancia proporcional al nivel de la restricción, para así tener preponderancia sobre el principio limitado. En el caso concreto, los fines relacionados con el aseguramiento del orden democrático y el principio de idoneidad al acceso a los cargos representativos, tienen un sustento constitucional relevante. Además, la Ley 30717, no anula el contenido del principio de resocialización, pues su objeto de aplicación tiene condiciones determinadas, ya que los condenados por terrorismo rehabilitados, pueden participar en la vida política de los partidos, aunque se encontrarán razonablemente impedidos de acceder como representantes de estos a cargos de elección popular.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado.
- Alexy, R. (2017). *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (Vol. 1). Palestra Editores.
- Alexy, R. (2019). *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Palestra Editores.
- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. Palestra Editores.
- Borowski, M. (2022). *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*. Estudio introductorio y traducción de Arnulfo Mateos Durán. Editorial Tirant lo Blanch.

Jurisprudencia

- Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia 0030-2005-AI/TC, publicada el 13 de febrero de 2006 en el Diario Oficial El Peruano.
- Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia 0021-2012-PI/TC, publicada el 24 de abril de 2015 en el Diario Oficial El Peruano.
- Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia 0014-2018-PI/TC y acumulados, publicada el 12 de marzo de 2020 en el Diario Oficial El Peruano.
- Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia 0005-2020-PI/TC, publicada el 03 de diciembre de 2022 en el Diario Oficial El Peruano.

Fuentes electrónicas

- Expediente virtual del Congreso de la República respecto de la Ley 30717, Ley que modifica la Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones, la Ley 27863, Ley de Elecciones Regionales, y la Ley 26864, Ley de Elecciones Municipales, con la finalidad de promover la idoneidad de los candidatos a cargos públicos representativos, obtenido de:https://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt_2011.nsf/visbusqptramdoc1621/02076?opendocument
- Diario de Debates del Congreso de la República, Primera Legislatura Ordinaria de 2017, de fecha 9 de enero de 2018, obtenido de: https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905258211005D6F41/$FILE/PLO-2017-26.pdf
- Exposición de motivos del Proyecto de Ley 616/2016-CR de fecha 11 de noviembre de 2016. Obtenido de: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0061620161111.pdf

SISTEMA JURÍDICO PERUANO Y DERECHO SISTÉMICO BRASILEÑO: PROPUESTA ALTERNATIVA PARA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS[1]

PERUVIAN LEGAL SYSTEM AND SYSTEMIC LAW IN BRAZIL: AN ALTERNATIVE PROPOSAL FOR CONFLICT RESOLUTION

Alicia Liceth Miñano Donayre
https://orcid.org/0000-0002-1976-2967
Legal and Financial Management SAC
lminano@glf.com.pe
Perú.

https://doi.org/10.24265/voxjuris.2025.v43n2.11

Recibido: 18 de noviembre de 2023. Aceptado: 2 de diciembre del 2024.

SUMARIO

- Introducción
- Metodología
- Derecho sistémico brasileño
- Sistema jurídico peruano
- El paradigma de la complejidad
- Medios alternativos de solución de conflictos
- Conclusiones
- Propuesta
- Fuentes de información

RESUMEN

El interés del presente trabajo surge en parte gracias a los estudios sobre Coaching Ontológico de la escuela internacional Newfield Network (2015), en donde se produce un adentramiento a la parte subjetiva del ser humano, así como también una aproximación a otras propuestas con este mismo fin, como son las llamadas *constelaciones familiares* de Bert Hellinger (2005). Este contexto ha permitido que en el campo de la investigación científica jurídica se pueda realizar una indagación sobre lo que viene aconteciendo en Brasil y otras partes del mundo con el llamado "derecho sistémico", que nace producto de la técnica de las *constelaciones familiares*; de esta manera, el reflexionar podría ensamblar con el sistema jurídico peruano, tomando como base los planteamientos de Edgar Morin (1994) a través del *Paradigma de la complejidad*; para finalmente decantar en un breve repaso de los medios alternativos de solución de conflictos, concluyendo y proponiendo al modelo de derecho sistémico brasileño, a través de la técnica de las *constelaciones familiares*, como una posibilidad para la solución de conflictos extrajudiciales en el Perú.

PALABRAS CLAVES

derecho sistémico, sistema jurídico peruano, paradigma de la complejidad, medios alternativos de solución de conflictos.

ABSTRACT

The present work arises in part, thanks to the studies on Ontological Coaching at the Newfield Network international school (2015), where there is an insight into the subjective part of the human being, as well as an approach to other proposals with this same end, as are the family constellations of Bert Hellinger. This framework has allowed that, in the field of legal scientific research, an inquiry can be made about what is happening in Brazil and other parts of the world, with the so-called Systemic Law, to reflect on whether this could be combined with the Peruvian legal system, taking as a basis the approaches of Edgar Morin through the paradigm of complexity; to finally decant in a brief review of our alternative means of conflict resolution, concluding and proposing the Brazilian systemic model as a possibility for the solution of extrajudicial conflicts in Peru.

1 *Agradecimientos:* Se agradece al *constelador* familiar Jorge Ordoñez Alcántara, quien aportó con su testimonio sobre la técnica de las *constelaciones familiares* y el impacto que viene teniendo en Brasil, así como con el texto de Bert Hellinger Los órdenes de la ayuda. Se agradece también, al estudiante de la facultad de derecho de la Universidad de San Martín de Porres (USMP), Emanuel Josué Palomino Quinteros, por su colaboración con la identificación de documentos y normas legales sobre los resultados en la aplicación de las *constelaciones familiares* en Brasil, la normatividad del Consejo Nacional de Justicia Brasileño y el Tribunal de Minas Gerais.

KEYWORDS

Systemic law, Peruvian legal system, paradigm of complexity, alternative means of conflict resolution.

INTRODUCCIÓN

Se dice que el sistema jurídico peruano se estructura por el llamado *civil law* o derecho positivo, el cual señala como únicas fuentes del derecho reconocidas a la ley y la costumbre, lo mismo sucede para el sistema jurídico brasileño y aunque en ambos países cada vez más la jurisprudencia juega un rol importante en las decisiones jurídicas, no es admitida aun objetivamente, como una fuente del derecho.

Mientras estas divergencias jurídicas ocurren, el Colegio de Abogados de Terragona – España (2021) señala al juez brasileño, Sami Storch, como impulsor y creador del concepto de "derecho sistémico", el cual hace referencia al análisis del derecho bajo una óptica basada en los órdenes superiores que rigen las relaciones humanas, según la ciencia de las *constelaciones familiares* desarrollada por el terapeuta y filósofo alemán Bert Hellinger. Es decir, que el derecho sistémico propone armonizar las diferencias de las relaciones humanas bajo las reglas de lo que Bert Hellinger reivindica como las *constelaciones familiares*, dentro de las cuales se ubican reglas o normativas denominadas órdenes superiores a saber: órdenes del amor, órdenes de la ayuda, entre otros.

En ese sentido, la aplicación del llamado derecho sistémico, a través de la técnica de las *constelaciones familiares*, ocurre no en un ámbito objetivo como lo es el derecho positivo, sino en un ámbito subjetivo sobre el cual el *civil law* no ha ingresado. Este aspecto traslada por cauces poco explorados por la ciencia jurídica como tal, sin embargo, el propósito del presente artículo, bajo la metodología de análisis de contenido y teniendo como plataforma el paradigma de la complejidad, propone aceptar el desafío de sugerir un medio alternativo de solución de conflictos que sondea la parte subjetiva humana y que deja a criterio de cada persona o sistema familiar someterse o no a estas nuevas técnicas para la atención de controversias.

METODOLOGÍA

La metodología utilizada en el presente trabajo es cualitativa, se fundamenta en el análisis de contenido, que permite descomponer y evaluar la información existente sobre el derecho sistémico y su aplicación en Brasil, así como su posible implementación en el sistema jurídico peruano. Este enfoque se complementa con el paradigma de la complejidad propuesto por Edgar Morin, que sirve como base teórica para integrar dimensiones subjetivas y objetivas en el análisis.

La investigación se desarrolla en tres etapas principales:

1. *Revisión documental*: Se realizó una búsqueda exhaustiva de fuentes bibliográficas, legales y electrónicas relacionadas con el derecho sistémico, las *constelaciones familiares* y los medios alternativos de resolución de conflictos, priorizando estudios que evidencien su efectividad en Brasil.

2. *Comparación jurídica*: Se compararon los marcos legales de Brasil y Perú, con el objetivo de identificar similitudes y diferencias que puedan facilitar o dificultar la implementación del derecho sistémico en el contexto peruano.

3. *Propuesta de integración*: Con base en los hallazgos de las etapas anteriores, se plantea una propuesta para adaptar la técnica de las *constelaciones familiares* al marco jurídico peruano, considerando los principios del paradigma de la complejidad y la normatividad vigente.

DERECHO SISTÉMICO BRASILEÑO

Gracias al artículo desarrollado por el Ilustre Colegio de Abogados de Terragona (2021) se ha podido conocer que el juez Sami Storch, ya estaría aplicando el derecho sistémico "en los Juzgados y Tribunales brasileños, a través de los operadores jurídicos, de las reuniones y charlas a las partes del proceso; y de los movimientos sistémicos y las *constelaciones familiares*, de manera externa o en las propias sedes judiciales" (ICAT, 2021). El mismo artículo brinda más detalles:

> La aplicación del derecho sistémico ha dado resultados espectaculares en la resolución de conflictos, y desde hace algunos años, en Brasil, ya existe una cobertura jurídica que permite a los Tribunales la derivación a este tipo de dinámicas, en el curso del procedimiento. En el año 2018, se llevó a cabo el 1.º. Congreso de Derecho Sistémico en São Paulo, donde jueces, abogados, mediadores, y otros operadores jurídicos, ya contrastaron y pusieron de manifiesto sus experiencias en la aplicación del derecho sistémico. A día de hoy, la mayoría de los Colegios

> de Abogados brasileños tienen Comisión de Derecho Sistémico, en la Universidad ya existe esta formación, y las primeras promociones de abogados sistémicos, ya se encuentran ejerciendo en los Juzgados. (ICAT, 2021).

Así, se sostiene que el derecho sistémico se adentra al mundo interior (subjetivo) de cada sistema familiar, advirtiendo los nudos ocultos detrás de cada conflicto o diferencia, lo cual, al ser reconocido por los participantes, bajo el apoyo y dirección de quien se encuentre a cargo de brindar el auxilio correspondiente, permite que dichos nudos se desaten y que las diferencias puedan armonizarse en puntos de equilibrio y paz para los participantes.

Siguiendo la teoría de Bert Hellinger, las relaciones humanas se rigen por órdenes superiores, por ejemplo, los órdenes del amor: i) pertenencia, ii) jerarquía y iii) equilibrio entre el dar y el recibir, y junto a estos, de interés para la presente investigación, los llamados órdenes de la ayuda, que a decir del autor constituyen la base del derecho sistémico. Siendo los principales constructos que describe el ilustre colegio de abogados de Terragona – ICAT (2021):

1. *Equilibrio en el intercambio*. Este orden se resume en que, solo podemos dar aquello que tenemos, y solo podemos tomar aquello que realmente necesitamos. Es el límite en el arte de la ayuda, y en nuestro caso, entiendo, que el abogado no puede asumir ni debe sostener aquello que solo el cliente puede o debe cargar o hacer.

2. *Respetar el destino del otro*. En nuestro caso, se traduce en respetar el destino de los clientes, en el sentido, de que, como profesionales del derecho, debemos asumir las circunstancias del asunto, y solo podemos ayudar o intervenir cuando estas lo permitan. Como abogados no podemos ni debemos negar ni tapar las circunstancias que rodean el conflicto, sino afrontarlas junto al cliente; asumiendo que no siempre podemos solucionar todos los conflictos que se nos plantean, y a veces, el cliente puede no aceptar nuestra ayuda, y debe seguir su destino, a pesar de que, como abogados creamos que la solución sería otra.

3. *Mantenimiento de una relación adulta*. La relación con el cliente debe ser siempre entre adultos, tanto por parte del cliente, en ocasiones "infantilizado" ante el conflicto, como del profesional, evitando colocarse, aun de manera inconsciente, en el rol de padre o madre. El cliente, aun con el asesoramiento del abogado, debe asumir, desde donde le corresponde, asuntos que solo puede y debe asumir él.

4. *Empatía sistémica*. La empatía sistémica se fundamenta en la mirada e inclusión del excluido. El abogado debe ampliar la mirada en la relación con su cliente e incluir, principalmente, a los miembros excluidos de su familia. En el excluido se encuentra, muchas veces, la clave de la resolución del conflicto.

5. *Tomar todo tal como es*. Este último orden de la ayuda, se resume en confrontar el conflicto para resolverlo, pero sin juzgar. Aceptar a las personas y a las cosas como son, por muy distintas que sean a nosotros mismos.

Se dice que el desequilibrio de cualquiera de estos órdenes superiores o varios de ellos, subyace a la mayoría de conflictos, y el hecho de no mirar hacia ellos, suele provocar grandes dosis de enquistamiento y sufrimiento, que pueden traducirse en procesos legales complicados e interminables (ICAT, 2021).

Experiencias relevantes en Brasil, aplicación y normatividad vigente

De acuerdo con las investigaciones realizadas se tiene conocimiento que el derecho sistémico, bajo la metodología de las *constelaciones familiares* comenzó a aplicarse en el Estado de Bahía - Brasil, por el juez Sami Torch, durante los años 2012 y 2013, obteniendo resultados impresionantes en las audiencias, sobre todo para casos de familia, en donde se habría logrado 91% de conciliaciones; cuando por lo menos una de las partes había aceptado participar de la citada metodología. Todo lo cual se ha sustentado a través de la Resolución N.º 125, del Consejo Nacional de Justica (2010).

Así también se ha podido conocer que el Estado brasileño de Minas Gerais, viene realizando la aplicación de la técnica de *constelaciones familiares* de Bert Hellinger como herramienta para la resolución de conflictos en la vía extrajudicial, tal como lo afirma Marqués de Paula (2021, p. 21):

> Sua aplicação no judiciário tem respaldo na Resolução n° 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e na Lei Processual Civil n° 13.105, de 16/03/2015. Em Minas Gerais sua aplicação está regulamentada pela Portaria n° 3.923/2021 da 3ª Vice-Presidência do TJMG [Su aplicación en el poder judicial está sustentada en la Resolución N° 125 del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) y la Ley de Procedimiento Civil N° 13.105, del 16/03/2015. En Minas Gerais, su aplicación está regulada por la Ordenanza nº 3.923/2021 de la 3ª Vicepresidencia del TJMG].

Así es como mediante Ordenanza N° 3.923 del Tribunal de Justicia de Minas Gerais, en el Artículo 1 conceptualizó la *constelación familiar* como: «*método prático de ajuda desenvuelto pelo alemano Bert Hellinger*» [método práctico de ayuda desarrollado por el alemán Bert Hellinger].

En este contexto, el Tercer Vicepresidente del Tribunal de Justicia de Minas Gerais - TJMG, juez Newton Teixeira Carvalho, ha manifestado que se debe incentivar la utilización de la técnica de las *constelaciones familiares*, bajo el derecho sistémico, en los tribunales, destacando la importancia de los Centros de Resolución de Conflictos y Ciudadanía - Cejuscs; por lo tanto, es a través de estos centros, "que el Poder Judicial lleva a cabo su política de autocomposición, que es constructiva y pacificadora y no litigiosa" (TJMG, 2021).

Del mismo modo, en tres juzgados de familia y de sucesión, del distrito de Contagem - Minas Gerais, se comenzó a utilizar las *constelaciones familiares* en el año 2017. Allí la jueza Christiana Motta Gomes, señala que "este instrumento responde a los principios de pacificación, y que se ajusta de forma adecuada a los procedimientos judiciales" (TJMG, 2017). Además, rotula:

> […] especificamente no caso de conflitos de familia, a clarez trazida aos envolvidos transcende o proceso e contribui em espectro muito mais amplo para a restauracao dos sistemas familiares, pois alcanca sistemas universais [Específicamente en el caso de los conflictos familiares, la claridad aportada a los involucrados trasciende el proceso y contribuye en un espectro mucho más amplio a la restauración de los sistemas familiares, ya que alcanza los sistemas universales.] (TJMG, 2017, Párrafo 10)

Con las experiencias que se vienen obteniendo en Brasil, gracias a las disposiciones legales emitidas que aperturan la posibilidad del ingreso de la metodología de las *constelaciones familiares* como un medio alternativo de solución de conflictos, muchas personas se vienen beneficiando de esta técnica de resolución de conflictos, en la cual no está de por medio las estrictas exigencias legales, sino que más bien la solución emerge de las propias partes o por lo menos de una de ellas, logrando, conforme se advierte, un alto porcentaje de soluciones frente a los problemas que reciben los tribunales.

Es menester, distinguir que en Brasil son las mismas autoridades judiciales, quienes se capacitan en *constelaciones familiares* y son ellos quienes directamente aplican la metodología. Siendo que la realidad brasileña es distinta a la peruana, no se puede afirmar si se cuenta con las condiciones o no, de recorrer el mismo camino, a pesar de ello, sigue siendo una posibilidad por evaluar y revisar.

De esta manera, se puede afirmar que los resultados obtenidos en Brasil con la implementación del derecho sistémico, sustentados en la técnica de las *constelaciones familiares*, han demostrado ser efectivos para abordar conflictos desde una perspectiva integral que combina aspectos legales objetivos con dimensiones subjetivas inherentes a la naturaleza humana. La alta tasa de conciliaciones logradas, especialmente en casos de familia, y la incorporación de estas prácticas al marco jurídico brasileño, evidencian el potencial de este enfoque para descongestionar el sistema judicial y promover soluciones duraderas y equilibradas. En ese sentido, estas experiencias resultan particularmente relevantes para el Perú, cuyo sistema jurídico enfrenta retos similares, como el alto volumen de procesos y la necesidad de enfoques más innovadores. Por ello, en el siguiente apartado se examinará la posibilidad de adaptar esta metodología al contexto peruano, integrando el paradigma de la complejidad como fundamento esencial que destaca la importancia de considerar los aspectos subjetivos de los individuos en los sistemas de justicia, todo ello respetando la normatividad vigente y presentando una propuesta innovadora.

SISTEMA JURÍDICO PERUANO

El sistema jurídico peruano está compuesto por las instituciones que conforman la tutela jurisdiccional efectiva, las normas y reglamentos que lo componen y rigen, lo cual, tal como se adelantara, está basado en el llamado sistema *civil law* o derecho positivo, lo que quiere decir que cualquier conflicto o controversia deberá estar comprendida como una infracción a la ley y ser resuelta también de la manera que las mismas leyes de la materia así lo estipulen, por ende ningún juez podrá resolver una causa, fundando sus decisiones en otra cosa que no sean las leyes vigentes.

En ese sentido, el sistema jurídico peruano es un sistema positivista objetivo, que no admite o no entiende el ámbito subjetivo humano como una forma de abordaje para resolver una controversia. No obstante, en el camino de la resolución de un conflicto o divergencia humana puede haber dentro de las propias normas que rigen el sistema, lo que se llaman lagunas o antinomias entre otros casos de excepcionalidades que no permitan contar

con el texto expreso de una ley que regule un determinado supuesto de hecho, lo que pone muchas veces en aprietos a las autoridades, al momento que la sociedad demanda justicia, ya que los tomadores de decisiones tienen dificultades al momento de sentenciar debido a que su herramienta principal no tiene contemplada una determinada situación específica.

No obstante, los principios que rigen cada texto normativo fungen de complemento frente a dudas que pudieran surgir producto de la interpretación de determinada norma legal. De esta manera y con dichas herramientas es que se administra justicia en el Perú. Y aunque últimamente los llamados operadores del derecho basan muchas de sus argumentaciones en la jurisprudencia que pueda ser vinculante, ello no es óbice para que se siga sosteniendo que la principal herramienta para la solución de conflictos que tiene la sociedad peruana son sus leyes y procedimientos en las diversas especialidades, como son el derecho civil, familia, penal, constitucional, laboral, tributario, entre otros.

Acorde lo expresado se puede afirmar que, en el Perú a diferencia de Brasil, aún no se ha abordado la parte subjetiva humana como una alternativa, forma, técnica o método para la solución de conflictos, siendo Brasil el único país latinoamericano de quien a la fecha se conoce sobre estas experiencias y que además sean de aplicación en su sistema de justicia. Por su parte en España, se han encontrado algunas investigaciones incipientes y muchos investigadores interesados, empero, a la fecha no se ha materializado una norma u órgano, dentro del sistema de justicia, que pueda abordar la solución de conflictos teniendo en cuenta el ámbito subjetivo humano y específicamente utilizando el derecho sistémico bajo la metodología o técnica de las *constelaciones familiares* de Bert Hellinger (2009).

EL PARADIGMA DE LA COMPLEJIDAD

Se abordará el paradigma de la complejidad a partir del trabajo desarrollado por Oscar López Ramírez (1998), quien plantea el paradigma de la complejidad creado por Edgar Morín, como el complemento del paradigma de la simplicidad que ha venido gobernando el entendimiento sobre el ser humano y forma de convivir en el mundo.

Así, el paradigma de la simplicidad viene a ser el tipo de pensamiento por medio del cual se accede a la mayor parte de las cosas que se saben hoy en día. Tiene como pilares el orden, la separabilidad, la reducción, la lógica deductiva, inductiva, identitaria o lógica clásica; creándose con estos pilares un universo mecánico y determinista que ignora la conciencia y otros aspectos de la subjetividad humana.

En contraposición al paradigma científico de la simplicidad o pensamiento simplificante, Edgar Morín plantea el paradigma de la complejidad, o pensamiento complejo, que pretende ser una "verdadera revolución epistemológica del pensamiento contemporáneo, es la entrada del sujeto, el observador, el cual había sido proscrito por el paradigma anterior, pues parecía sospechoso a un positivismo que temía ser contaminado por algún aspecto subjetivo" (López, 1998, p. 106). Así el principio clásico eliminaba al observador de la observación, mientras que el paradigma de la complejidad pretende distinguir y analizar la huella del observador en lo observado, pero además pretende establecer la comunicación entre lo que es distinguido, el objeto y su entorno, la cosa observada y su observador. "Hallamos así nuevos caminos en los que la brecha entre la ciencia y la filosofía se está cerrando, y se abren nuevos cauces al diálogo entre científicos y los humanistas, lo cual nos permite pensar en mejores perspectivas" (López, 1998, p. 107).

Acorde a ello, se afirma también que "la relación sujeto/objeto quedó disociada, repartiéndose la ciencia del objeto y la filosofía, el arte y la religión, las migajas que quedaban del sujeto" (López, 1998, p.107).

Del mismo modo, la teoría o paradigma de la complejidad propone una teoría de los sistemas, en donde destaca que tanto el concepto de sistema, como el entorno son fundamentales:

> *SISTEMA*, es un conjunto de elementos interrelacionados entre sí, cuya unidad le viene dada por los rasgos de esa interrelación y cuyas propiedades son diferentes a cada uno de los elementos.
> *EL ENTORNO*, es el conjunto de elementos que tienen influencia sobre los elementos del sistema o son influidos por él. La concepción de un sistema es un conjunto finito de elementos que lo forman. (López, 1998, p.108)

Como se aprecia, el sistema es una unidad, compuesta por subpartes, que, manteniendo su identidad e individualidad, constituyen a su vez el sistema, el cual posee características propias; sistema que de una u otra forma se ve afectado por los elementos del entorno. Así, la teoría de la complejidad desbarata el objetivismo científico,

dando espacio y reconociendo a la subjetividad como parte fundamental de la esencia humana, abre las puertas a un nuevo enfoque epistemológico de cómo saber y cómo se sabe.

Esto ha sido corroborado por varias teorías así, "La teoría de la complejidad se apoya en conquistas de nuestro siglo tan diversas como la teoría de la comunicación, la teoría de sistemas, la cibernética, la autopoiesis, que nos abrieron la comprensión de los sistemas físicos, biológicos, antrópicos y cósmicos" (López, 1998, p.104).

Actualmente, se viven dolores de parto dice Morín (1994) al señalar que la realidad actual, a nivel mundial se mueve con dirección a una renovación del pensamiento, lo cual constituye el primer paso para crear un nuevo mundo que integre lo objetivo y lo subjetivo como un todo del cual cada uno forma parte.

Ya lo referenciaba López (1998), cuando señala que Morín vivió una etapa de oscuridad en la que se planteó:

> […] la necesidad de autoconocimiento, no al modo cartesiano, sino al modo paradójico de la escuela pascaliana y de Dostoievski, a partir de lo que como dice de sí mismo "yo soy y no soy", o sea que se puede ser uno mismo y lo otro, de donde planteó la idea de que el humano es un ser unidual, un Homo sapiens-demens, o sea al mismo tiempo, razonable e irracional. (p. 109)

Este paradigma de la complejidad puede ser la respuesta a muchas dudas, sobre el devenir de la interacción humana, y sobre todo la forma como ha llegado a entender sus conflictos, la forma en que estos surgen o se resuelven, ya que como se puede apreciar el conocimiento y abordaje de los mismos, ha sido dado básicamente en el Perú, a través, de normas rígidas enmarcadas en un derecho positivista, que únicamente ha merecido un estudio en el ámbito objetivo, dejando de lado lo que Morín (1994) llama como la parte subjetiva o contradictoria que compone el ser humano y su naturaleza. Así también deja en claro que no significa un rechazo a la ciencia, sino que, muy por el contrario, significa una complementariedad insinuando una ciencia reflexiva, una ciencia con conciencia, como ha denominado a una de sus obras.

De esta manera, también se asevera que la ciencia, con todos sus avances y en pleno siglo XXI, no ha podido dar respuesta a los problemas sociales más importantes del mundo, es más, habría entrado en crisis, tal como lo señala Edgar Morin: "Esto significa que hemos tomado conciencia no de la ignorancia humana en general, sino de la ignorancia agazapada, disimulada en el corazón mismo del conocimiento reputado como el más cierto, el científico" (López, 1998, p. 101).

A pesar de ello, algunas voces desde distintos campos de la ciencia como la psicología cognitiva, los estudios sobre literacidad académica, la semiótica textual y otros, apuntan a abordar los problemas de la realidad social, "permitiendo el ingreso de dominios prohibidos como el de las emociones, la intimidad, el sentido común, el conocimiento ancestral y la corporalidad" (Kalman, E. & Street, B., 2009, p. 14). Lo que implicaría abordar justamente la parte subjetiva humana, separada y distanciada por mucho tiempo por el único conocimiento validado: *"el conocimiento científico - objetivo"*. A esta parte subjetiva, Edgar Morin (1994) le llama pensamiento complejo, el cual, como se ha dicho, busca integrarse al pensamiento simplificante tradicional de la ciencia (conocimiento objetivo).

Aquí claramente se puede vincular la propuesta de Bert Hellinger (2009) con las *constelaciones familiares* como una forma de resolver conflictos en el ámbito extrajudicial, a través de la técnica de este filósofo alemán que sugiere un adentramiento en la parte ontológica humana; y, que desde la perspectiva de esta investigación es viable, siempre y cuando las personas involucradas en una controversia, tengan un deseo sincero y acepten el compromiso de participar de esta metodología. Con tal propósito, el primer paso sería darle un marco jurídico, que enmarque las reglas del procedimiento, el cual deberá estribar en que las partes al término cuenten con un documento que informe sobre los acuerdos y entendimientos a los que han llegado producto de haberse sometido a dicha técnica, lo que, sin duda generará efectos jurídicos.

MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Se dice que los medios alternativos de resolución de conflictos más conocidos como MARCS, surgen en los años setenta aproximadamente en Estados Unidos de Norteamérica, como respuesta a la ineficiencia del sistema de justicia tradicional, llegando a Latinoamérica en los años noventa. Los principales medios alternativos de resolución de conflictos, se llevan a cabo con la intervención de un tercero: la conciliación, el arbitraje, la mediación, la transacción y la negociación. La doctrina distingue entre los medios alternativos llamados de autotutela o autocomposición versus los de hetero composición. Los MARC fueron

diseñados para viabilizar la solución pacífica de disputas mediante mecanismos que privilegian la autocomposición y la intervención de terceros imparciales. En este contexto, la técnica de las *constelaciones familiares*, al abordar aspectos subjetivos y emocionales de las partes en conflicto, representa una extensión innovadora de los principios de los MARC. Esta técnica, aplicada en Brasil con resultados exitosos, podría adaptarse al marco jurídico peruano a través de la normatividad sobre conciliación. sin embargo, en el presente trabajo no se profundiza en dicho extremo, por no encontrarse relacionado al propósito de la investigación que es la solución de conflictos con intervención de un tercero experto en derecho sistémico con base en la metodología de las *constelaciones familiares*.

De los medios alternativos de solución de conflictos mencionados en el Perú se tiene normado bajo un procedimiento específico: el arbitraje (Decreto Legislativo Nº 1071) y la conciliación (Ley N° 26872), también se regula a la transacción en el artículo 1302 del Código Civil peruano. Teniendo cada uno de ellos sus requisitos, principios, definiciones y procedimientos claramente detallados en las normas que rigen cada medio de solución de conflictos.

Pese a la existencia y vigencia de estos medios alternativos de solución de conflictos debidamente normados, donde, por un lado, la conciliación y la negociación, dejan en control de las partes resolver la controversia, entre tanto que el arbitraje otorga potestad para resolver el conflicto a un árbitro o tribunal arbitral; la carga del poder judicial, cada día se ve incrementada, y estos medios alternativos no han resultado lo que en su momento se pensó que podría ser de gran ayuda para disminuir la carga procesal de los juzgados peruanos, tanto es así que actualmente muchas personas ven el acudir a un centro de conciliación, como un prerrequisito antes de entrar a un proceso judicial, lo que encarece el acceso a la justicia.

Y por su parte los arbitrajes que terminan con un laudo arbitral equivalente a una sentencia, no lo pueden hacer efectivo si la misma parte se niega a cumplir la decisión en su contra, en cuyo caso deben acudir nuevamente al poder judicial para solicitar una ejecución de laudo arbitral con intervención de la fuerza pública, iniciándose nuevamente un proceso judicial que se vuelve interminable y muy enredado.

Este tipo de problemáticas es el pan de cada día en el sistema de justicia peruano, en donde el poder judicial, según las encuestas realizadas por la propia institución, la ciudadanía tiene una baja percepción respecto a su eficiencia, es aquí donde surge la posibilidad de virar a otras opciones de solución de conflictos como la que muestra el derecho sistémico, a través de los fundamentos de las *constelaciones familiares* propuestas por el filósofo Bert Hellinger (2014), los cuales "supone[n] un cambio importante en la mirada que dirigimos a los asuntos que pasan por nuestras manos, como abogados, y nos acerca a una solución del conflicto más honesta y cercana a la verdadera razón que el mismo oculta" (ICAT, 2021).

Esta resolución del conflicto se encaminaría a la aportación de sosiego a las partes, a través de la aportación de soluciones que emergen de ellos mismos, bajo la técnica de las *constelaciones familiares*, todo lo cual va más allá de la propia resolución judicial, y con ello, a la descongestión del sistema judicial, absolutamente colapsado y agotado (ICAT, 2021).

CONCLUSIONES

El derecho sistémico es una rama del derecho que surge a raíz de la propuesta del filósofo Bert Hellinger sobre *constelaciones familiares*, la cual busca mostrar los intereses ocultos de las partes frente a una controversia y que bajo su propia técnica emerja una solución por acuerdo de las partes que voluntariamente deciden someterse a ella.

El sistema jurídico peruano positivista o llamado *civil law*, restringe a las autoridades a fundamentar sus decisiones en estricto a los alcances de las leyes vigentes. Por lo que cualquier nuevo sistema para resolver conflictos deberá ser autorizado de la misma manera, es decir, a través de una ley, a fin de que los acuerdos de las partes estén dotados de efectos jurídicos.

El paradigma de la complejidad, postulado por Edgar Morin, ofrece excelentes fundamentos para pensar que el derecho sistémico, bajo la técnica de las *constelaciones familiares*, es una posibilidad viable que atiende e integra la parte subjetiva y ontológica humana, al mundo objetivo actual. Por supuesto, aplicable y posible en el Perú.

PROPUESTA

Modificar la Ley N° 26872 – Ley de conciliación, a fin de que se agregue al

derecho sistémico, bajo la técnica de las *constelaciones familiares*, como una metodología que abre la posibilidad para resolver conflictos en los centros de conciliación que ya se encuentran autorizados en el Perú por el Ministerio de Justicia, para las partes que así lo consideren pertinente, bajo las materias de derechos disponibles que ya la propia norma establece.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Gómez Gómez, F. (2018). La intervención sistémica. Un nuevo paradigma filosófico y pedagógico. En L. Ballester Brage y A. J. Colom Cañellas (coords.). *Intervención sistémica en familias y en organizaciones socioeducativas* (pp. 37-61). Octaedro.

Grün, E. (2000). El derecho en el mundo globalizado del siglo XXI desde una perspectiva sistémico-cibernética. *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, *4*, 43-124.

Grün, E. (2007). La aplicación de la sistémica y la cibernética al derecho. *Panóptica, 1,(7)*, 156-175.

Hellinger, B. (2005). *Ordens da ajuda*. *Atman. Patos de Minas*.

Hellinger, B. (2009). *El amor del espíritu*. Editorial Rigden Institut Gestalt.

Hellinger, B. (2014). *Los órdenes de la ayuda*. Alma Lepik.

Kalman, E. J., & Street, B. (2009). ¿Quién está diciendo eso?: literacidad académica, identidad y poder en la educación superior.

López Ramírez, O. (1998). El paradigma de la complejidad en Edgar Morín. *Revista del Departamento de ciencias: NOOS*, (7), 98-114.

Marqués de Paula, V. E. (2021). A aplicabilidade da constelação sistêmica e familiar e sua eficácia enquanto método pacificador de conflitis no âmbito da inovação social nas organizações e no empreendedorismo, com foco no judiciárii [tesis de maestría]. Universidade Federal de Minas Gerais.

Morin, E. y Pakman, M. (1994). *Introducción al pensamiento complejo*. Gedisa.

Fuentes legales

Decreto legislativo n.º 295. Código civil. 24 de julio 1984.

Decreto legislativo n.° 1071. Decreto legislativo que norma el arbitraje. 27 de junio de 2008.

Ley n.° 26872. Ley de Conciliación. 12 de noviembre de 1997.

Portaria n.° 3293/2021/3.ª Vice-Presidência [Terceira Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais]. Regulamenta a utilização das Constelações Sistêmicas nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs e nas práticas restaurativas no Estado de Minas Gerais. 25 de marzo de 2021.

Resolução n.° 125 [Conselho Nacional de Justiça]. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no ámbito do Poder Judiciário e dá outras providências. 29 de noviembre de 2010.

Resolução n.° 873/2018 [Tribunal de Justiça de Minas Gerais]. Dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do Núcleo Permanente de Métodos de Solução de Conflitos, da Superintendência da Gestão de Inovação e do órgão jurisdicional da Secretaria do Tribunal de Justiça diretamente vinculado à Terceira Vice-Presidência, e estabelece normas para a instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. 19 de marzo de 2018.

Fuentes electrónicas

Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Tarragona [ICAT] (23 de junio de 2021). ¿Qué es el derecho sistémico? https://www.icatarragona.com/continguts/revista/3817/-iquestque-es-el-derecho-sistemico/

Tribunal de Justica do Estado de Mina Gerais [TJMG] (12 de mayo de 2021). *Terceiro vice-presidente do TJMG destaca ações dos 10 meses de gestão*. https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/terceiro-vice-presidente-do-tjmg-destaca-acoes-dos-10-meses-de-gestao-8A80BCE6793E4067017962A28981711B.htm

Tribunal de Justica do Estado de Mina Gerais [TJMG] (13 de noviembre del 2017). *Comarca de Contagem adota constelação sistêmica*. https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/comarca-de-contagem-adota-constelacao-sistemica.htm#

DESAFÍOS EN LA APLICACIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD MATERIAL EN LA VIOLENCIA ECONÓMICA CONTRA LAS MUJERES

CHALLENGES IN THE APPLICATION OF MATERIAL UNLAWFULNESS IN ECONOMIC VIOLENCE AGAINST WOMEN

Yenifer Yiseth Suárez Díaz
https://orcid.org/0000-0003-1697-008X
Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia,
yenifer.suarezd@campusucc.edu.co
Colombia

https://doi.org/10.24265/voxjuris.2025.v43n2.12

Recibido: 28 de octubre de 2024. Aceptado: 2 de diciembre del 2024.

SUMARIO

- Introducción
- ¿Qué es el bien jurídico?
- ¿Qué es la antijuridicidad?
- La violencia económica como manifestación de violencia de género
- Principio de lesividad
- Bibliografía

RESUMEN

El artículo analiza el concepto de antijuridicidad en el derecho penal colombiano, desde el principio de lesividad, teniendo en cuenta que una conducta solo es punible si es antijurídica materialmente, es decir, que no solo considera la contradicción con la norma, sino la lesión efectiva a un bien jurídico. Este principio busca evitar que el poder judicial criminalice conductas que no dañen significativamente intereses protegidos.

El texto destaca cómo el bien jurídico sirve como base para la política criminal y el diseño legislativo, abordando debates sobre su definición y legitimación. Se examinan teorías como las de Von Liszt y Jakobs, y se resalta el papel del principio de lesividad desde la jurisprudencia y la complejidad que implica su aplicación para los casos de violencia económica dentro de las familias.

Para ello, se analiza la transversalización del enfoque de género en las decisiones judiciales, para reconocer la lesión que causa la violencia económica en las mujeres, aunque sea una forma menos visible o sutil.

PALABRAS CLAVE

violencia económica, antijuridicidad, género, micromachismo.

ABSTRACT

The article analyzes the concept of unlawfulness in Colombian criminal law, from the principle of harmfulness, considering that a conduct is only punishable if it is materially unlawful. This means it not only contradicts the law but also causes actual harm to a legally protected interest. This principle limits judicial power to prevent the criminalization of actions that do not significantly damage protected interests.

The text highlights how the legal interest serves as a basis for criminal policy and legislative design, addressing debates about its definition and legitimacy. It examines theories such as those of Von Liszt and Jakobs, emphasizing the role of the principle of harmfulness from jurisprudence and the complexity of its application to cases of economic violence within families.

To this end, the article explores the integration of a gender perspective in judicial decisions to recognize the harm caused by economic violence against women, even if it is a less visible or subtle form.

KEYWORDS

economic violence, unlawfulness, gender, micro-machismo.

INTRODUCCIÓN

La violencia económica es una manifestación sutil pero que genera afectaciones en las víctimas, además de ser recurrente y sistemática.

Esta forma de violencia restringe la autonomía y limita sus oportunidades mediante el control y la manipulación de sus recursos económicos. Aunque menos visible que otras formas de abuso, sus efectos son relevantes, porque lesionan tanto a las mujeres como a su entorno familiar, ya que perpetúa la dependencia y la desigualdad estructural.

En el derecho penal colombiano, la categorización de esta forma de violencia bajo el principio de antijuridicidad material plantea desafíos significativos. Para que una conducta sea penalmente punible, debe demostrar no solo una contradicción con la norma, sino una lesión efectiva a un bien jurídico protegido, según el principio de lesividad. Sin embargo, en el caso de la violencia económica, esta lesión no siempre es evidente, lo que complica su reconocimiento y sanción dentro del marco legal existente.

Se analizarán las dificultades en la aplicación del principio de lesividad, en el estudio de la antijuridicidad material en la persecución penal de la violencia económica contra las mujeres en Colombia. Se examinará la adecuación del marco legal actual para enfrentar esta forma de violencia, así como la necesidad de una interpretación interseccional, que contemple una perspectiva de género con la que se reconozca la naturaleza insidiosa y menos tangible de la violencia económica. Asimismo, se explorarán las teorías jurídicas relacionadas con el bien jurídico y el principio de lesividad, y cómo estas pueden ajustarse para proteger de manera más efectiva los derechos y la autonomía de las mujeres en contextos de violencia de género.

Para desarrollar esta investigación, se empleó un enfoque metodológico cualitativo basado en el análisis doctrinal y jurisprudencial. Se revisaron leyes, doctrinas y sentencias clave emitidas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de Colombia, centrándose en la interpretación del principio de antijuridicidad material y su aplicación en casos de violencia económica. Este análisis permitió identificar la necesidad de transversalizar la perspectiva de género para analizar la violencia económica en los ámbitos familiares, en contra de la mujer.

¿QUÉ ES EL BIEN JURÍDICO?

Ante este cuestionamiento, se puede decir que se trata de un ¿derecho?, o ¿valor de la sociedad?, o ¿un sentimiento?, o ¿la posibilidad de los individuos de ejercer sus derechos?, o un ¿interés?

Pues bien, aunque parece ser una categoría arraigada al referirse al delito, no es una de la que se puedan predicar pacíficos planteamientos, no solamente en el aspecto teórico sino en el diseño legislativo y en la aplicación judicial.

Al analizar el comportamiento humano por bajo las tres categorías dogmáticas para determinar la condición de delictivo, surgen diversas discusiones relacionadas con la lesión del bien jurídico. Primero, puede observarse desde una dimensión intrasistémica en la que el bien jurídico se constituye como la piedra angular en la legitimación del diseño de la política criminal y la legislación de los tipos penales y segundo, a partir de una visión crítica, para rebatir la penalización de actos meramente inmorales.

Aunque suele acudirse a Von Liszt el análisis de esta categoría, no se puede desconocer que el concepto provino de Birnbaum y fue rescatado y destacado por Binding. Para este autor fue el camino para diferenciar las conductas criminales de aquellas lesivas de la religión, la moralidad y las contravenciones marcando su caracterización en el derecho penal. Binding además, le otorgó el valor de ser una condición de vida, dentro de la denominada comunidad jurídica, lo que significa que ese valor conocido como bien jurídico se identifica con la validez de la norma.

Contrario al pensamiento positivo que extrae los bienes de la norma, bajo la definición de Von Liszt, F (1994), se admite como un interés vital que es preexistente al ordenamiento jurídico. Para él se definen como trozos de vida no del derecho sino de la sociedad como tal. En otras palabras, es un concepto que al ser pre jurídico tiene la condición de ser limitante al poder legislativo.

Para Welzel (1951*)* no se trata de una necesidad humana, sino de valores elementales de la vida en comunidad, que denomina ***ético sociales***. Esto implica que es el Estado el que dispone la validez de los valores positivos a través del juicio ético social de los ciudadanos. De manera que Szczaranski, (2012, p. 389) señala que es la sociedad la que otorga significación al bien, sin que se exija su corporeidad pero que su suma e interrelación conforma el denominado orden social

Como se ha visto hasta ahora, independientemente de que sea un concepto pre jurídico o que nace de la vida jurídica, si se establece como legitimación del derecho penal, por lo que una norma que no proteja nada digno de protección es ilegítima.

Debate del que se plantean críticamente las teorías del bien jurídico, que por sí solas no dan límites para su estructuración. Según Hefendehl et al. (2016), es importante acudir a principios filosóficos para dotar de significado al concepto de bien jurídico como limitante del derecho penal (p. 424). Por ejemplo, elegir aquellos bienes que sean coherentes con el modelo constitucional. Como se ha consagrado desde una postura crítica: una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado (Hassemer, 2007).

Los límites no son una decisión arbitraria de quienes discuten los planteamientos acerca del *bien jurídico*. Porque el problema de no establecer contornos mínimos es que -como refería Amelung- la raza aria era el bien jurídico de las desafortunadas leyes de Nuremeberg (Sánchez Lascurain, 1995), de manera que no puede ser tan amplio para repetir horrores, ni tan limitado que derive en injusticias. Se debe atender a este como un concepto orientativo y eliminando la posibilidad de entenderlo como una figura ideológica, como fue empleado por Mezger (1958).

Por esa razón, no es que critique la amplitud. De hecho, el carácter «vacío» del concepto- dice Amelung- es justamente la razón de su riqueza porque permite completarlo con las valoraciones que se correspondan dependiendo del modelo de Estado y por supuesto de la sociedad.

Así, en esa profundidad, la renombrada teoría de la imputación objetiva, se consagra a través del derecho penal la protección de la expectativa, la seguridad del comportamiento del otro (Con base en los principios de confianza y riesgo permitido). En otras palabras, se salvaguarda la vigencia de la norma. Para Shüneman esto significa que Jakobs pretende deslindar la esencia del delito como daño a un bien jurídico, para comprenderlo desde un criterio formal como la lesión o infracción del deber (Schünemann, 2018, p. 100). Retomando los aspectos hegelianos de la reafirmación de la norma a través de la negación del delito con el derecho penal.

En ese sentido, un Estado democrático se procura la protección de una condición de vida comunitaria en libertad (Sánchez Lascurain, 1995, p. 262), por lo que, en términos de Roxin, se refieren a: «realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin» (Hefendehl et al., 2016, p. 448). De donde se debe aceptar no solo la remisión a objetos concretos, sino la valoración de la relación social del sujeto con los objetos a la que hacía alusión Muñoz Conde como una esencia de la protección.

De esa manera, se puede decir que en Colombia la referencia al bien jurídico reviste diferentes significantes. De un lado, cumple la función de comprender la motivación de la norma y de interpretación de los tipos penales y de otro, significa la alusión a los objetos legítimamente protegibles a través del derecho penal, que hacen parte de una realidad y necesarios para el desarrollo de la vida. Tanto así que, a partir de la determinación del bien protegible se pueden establecer los comportamientos que pese a lesionar materialmente un objeto, no son conductas sujetas a reproche penal.

Ese ejercicio de selección y clasificación de los bienes objeto de protección del derecho penal, en cualquier caso, debe obedecer a los principios de necesidad y proporcionalidad constitucional, así como a los del derecho penal, referidos a la legalidad, igualdad, culpabilidad, y fragmentariedad, justamente por el principio de *ultima ratio* que caracteriza al *ius puniendi*.

En el mismo sentido la Corte Constitucional establece que no existe una lista taxativa de bienes jurídicos susceptibles de ser protegidos por el poder punitivo, pero sí el mandato de criminalizar conductas particularmente ofensivas, en cuanto a la dignidad humana. Por ejemplo, el deber que adquiere el Estado al suscribir tratados internacionales (C-091 de 2017).

Situación en la que adquiere relevancia la participación del Estado en diversos organismos internacionales que establecen la obligación de criminalizar ciertas conductas. Algunas referidas a derechos humanos como la inscripción de Colombia ante la Corte Penal Internacional y otras de orden económico como la OCDE, de donde derivó para el Estado el deber de condenar el soborno trasnacional, incluyendo a personas jurídicas.

De donde surgió controversia, precisamente porque esta clase de responsabilidad en el ámbito penal es inexistente en Colombia. Pero que fue resulta a través de la sanción administrativa por parte de la Superintendencia de Sociedades.

En conclusión, la amplitud del término permite su valoración dinámica conforme a las interacciones sociales y de Estado, siempre que enmarque como un límite de política criminal y de valoración para la conducta criminal.

¿QUÉ ES LA ANTIJURIDICIDAD?

En el derecho penal colombiano el artículo 11 del Código Penal establece dentro de sus principios:

> *Antijuridicidad*.- Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

Así, con base en la definición del bien jurídico, la norma exige demostrar la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico y el ordenamiento jurídico. Pero ¿qué se entiende por *lesión o peligro efectivo?*.

Pues conforme a lo que se dijo precedentemente si el bien jurídico es un valor (en el sentido de una valoración positiva) como señala Jakobs, el análisis de la antijuridicidad partirá de un desvalor. Ese desvalor recaerá sobre dos elementos, primero sobre la conducta típica que sea contraria al ordenamiento jurídico y segundo, sobre el objeto de tutela del derecho penal.

De manera que, el primer ejercicio, es la confrontación entre el comportamiento que fue calificado como típico y su efectiva contradicción con el orden legal, lo que constituye la denominada *antijuridicidad formal,* que se corresponde con la perspectiva de los clásicos de limitarse al cotejo, para determinar la violación del deber jurídico.

Análisis que se realizaba en Colombia, antes de la Constitución de 1991, recuérdese que el artículo 4 del Decreto 100 de 1980, solamente requería que lesionara o pusiera en peligro *sin justa causa.* Elemento que resulta insuficiente frente a la consideración de la específica *lesión* ***efectiva*** al bien jurídico considerado como objeto necesario para el desarrollo de la comunidad. De donde surge la apreciación dual, es decir, además del carácter formal, estudiar la *antijuridicidad material.*

Como indica Zaffaroni, el orden jurídico supone también un orden normativo de tal suerte que la antijuridicidad debe analizar no solo su es contraria a la norma, sino que lesione efectivamente el objeto de protección.

Valoración para la cual se acude al *principio de lesividad*, que como se estableció en la sentencia Radicado 21923 del 25 de mayo de 2006 de la Corte Suprema de Justicia, es una obligación constitucional, en virtud de los artículos 2, 86 y 228 de la Carta Política.

Al respecto, se trata del elemento que rige la antijuridicidad material y no esta categoría en sí misma, como parece confundirse en ocasiones. Su puesta en escena dentro de la antijuridicidad obedece a la respuesta del liberalismo para controlar el poder omnipotente del legislativo (Gómez Pavajeau, 2012). Motivo por el cual, se trata de un principio, lo que dentro de un Estado constitucional significa que sea un criterio material que no queda al arbitrio de la voluntad democrática.

Así mismo, la Corte Constitucional en sentencias C-542 de 1993, T-669-1996 y T-184 de 2000, puntualizó en los límites del poder legislativo, indicando el derecho pierde su eficacia específica cuando se condiciona la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías.

Por ello en un diálogo con el principio de trascendencia, el de lesividad se consagra como axioma del Estado Social y Democrático de Derecho. Para limitar la política criminal en el diseño de conductas típicas que *de modo efectivo* lesionen o pongan en peligro el bien jurídico. De allí que en la práctica judicial también se excluyan de condena, los comportamientos que no alcanzan dicho umbral de lesividad, como en las tentativas imposibles.

Desde la imputación objetiva, el principio de lesividad permite determinar la efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos. Con ella se parte de la existencia de un desvalor de acto, referido a la creación de un riesgo no permitido por el ordenamiento jurídico y que puede materializarse en el resultado lesivo cuando se trata de los denominados *delitos de resultado.* Precisando que ese resultado también debe ser valorado en el sentido de que no exista eximente de responsabilidad.

Cuando se trata de delitos de *mera conducta* se valora el riesgo a partir de las circunstancias que posibilitan de producción del daño, lo que también se considera en la valoración de la tentativa. Aunque no es posible exigir un resultado si se debe acreditar que la conducta desplegada constituye *previamente* un riesgo normativo típicamente relevante para el objeto de tutela.

No puede valorarse la antijuridicidad desde un aspecto negativo, en el sentido solamente verificar

la inexistencia de causales de justificación, sino que es necesaria la valoración de la lesión o puesta en peligro (Rettig Espinoza, 2009). La antijuridicidad penal, tampoco puede contrariarse con las demás ramas del derecho, por lo que la Sala en el radicado 20926 del 27 de octubre de 2004, estableció la noción de *antijuridicidad unitaria*, confirme a la cual un injusto civil podría adquirir el rasgo de injusto penal.

La categoría dogmática de *antijuridicidad* es necesaria para la determinación de la existencia de conducta punible y tiene relevancia constitucional como fue precisado por la Corte Constitucional en la sentencia C-070 de 1996. Su utilidad radica, en que permite delimitar el alcance del derecho penal, en tanto no puede ser desproporcionado si no existe- se insiste- efectiva lesión a un bien jurídico tutelado. Que hace referencia al juicio *material* que se hace sobre la conducta, objeto de estudio del derecho penal.

La Corte Constitucional (C-181 de 2016), ha sido reiterativa en que este concepto se acepta, siempre que exista una valoración dual (formal-material). Y que además garantiza el respeto al modelo de Estado, porque se restringe su diseño los principios constitucionales de dignidad humana, efectividad, prohibición de tratos o penas crueles e igualdad. Lo que significa dejar atrás la sola constatación de la conducta generadora de riesgo, referida al desvalor de acto que en últimas se hace a través del ejercicio de establecimiento de la tipicidad objetiva.

Por ello se establece como límite de la función legislativa en materia de política criminal, para la protección de bienes jurídicos a través un ejercicio de ponderación que determine idóneo, proporcional y necesaria la restricción de la libertad de un individuo. Lo que consagró la Corte Constitucional se constata a través del principio de legalidad (C-118 de 1996).

De manera que, el estudio de la antijuridicidad está caracterizado por el *contenido de injusticia*(Gómez Pavajeau, 2012), que requiere como presupuesto la existencia de la contrariedad de la norma (formal), pero la valoración específica de la lesión. Lo que significa que la antijuridicidad material presupone la formal, aunque no al contrario.

De donde se deriva que, para el Estado colombiano, a partir de la categoría de antijuridicidad y su redacción en la Ley 599 de 2000, acude al principio constitucional de lesividad para su valoración. Empero podría señalarse que, siendo un principio del Estado democrático social y de derecho, es el orientador en la elaboración uy análisis de la denominada antijuridicidad material.

En la decisión del 5 de octubre de 2016 Radicado 40089, se insistió en la superación de la mera contradicción entre el comportamiento delictivo y el ordenamiento para reiterar lo ateniente al principio de lesividad y la antijuridicidad material. El primero como elemento de política criminal y el segundo como categoría dogmática.

Así, la Sala afirmó el límite que este principio da al poder punitivo que debe desechar actos que no dañen o lesionen significativamente los bienes jurídicos, tales como los actos inmorales o las contravenciones. Dicho concepto que no opera únicamente como límite legislativo sino como valoración judicial, conforme a la variación de la significación social de los actos y lo ya indicado desde 2004 frente al modelo de Estado.

Sin embargo, desde la dogmática resulta cuestionable esta forma de valoración, porque la puesta en peligro no depende de la acreditación de la misma, que pertenece más al campo de la tentativa en cuanto a la aproximación a la lesión efectiva del bien jurídico que a la lesividad en los delitos de peligro abstracto. Como se dijo en la decisión Rad. 21064 del 15 de septiembre de 2004, todo peligro es abstracto y el impacto sobre el bien jurídico se valora caso a caso.

En la tentativa, por el contrario, se exige la acreditación de la puesta en peligro, justamente porque de acuerdo con el artículo 27 del Código Penal, supone un comportamiento doloso que ha superado las fases del *iter criminis* correspondientes a la ideación y a la preparación del delito y que ha comenzado a ejecutarse, sin conseguir la última etapa que es la consumación y, desde luego, tanto menos su agotamiento (Corte Suprema de Justicia, Rad. 50543, 2018) .

En este aspecto, resulta relevante tanto el análisis de los medios empleados como capaces para lesionar el bien jurídico y la ejecución de actos que inequívocamente se encontraban dirigidos a causar dicha afectación.

En conclusión, el sistema penal colombiano se orienta valorar negativamente el solo incumplimiento del deber o la ausencia de fidelidad al ordenamiento jurídico, pero exige sobre la selección de los bienes jurídicos que hace el legislador en su libertad de configuración, la exigencia de una *efectiva* lesión o puesta en peligro,

bajo los presupuestos del principio de lesividad que, como criterio político criminal, obedece a los fines y valores de la Constitución Política.

Con base en los criterios dogmáticos y la construcción del análisis judicial de la antijuridicidad material en el Estado constitucional, sería importante que la jurisprudencia indicara el por qué frente a unos aspectos -como la responsabilidad- se da aplicación a la imputación objetiva, pero no frente a la antijuridicidad. Porque en caso de aceptarla, llevaría a desconocer el principio constitucional de lesividad y se retrotraería la aplicación del derecho penal a la simple contrariedad de la norma para validara.)

LA VIOLENCIA ECONÓMICA COMO MANIFESTACIÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La violencia de género sigue siendo un aspecto persistente y de relevancia que afecta a las mujeres en diferentes espacios o a todo aquel que no comparte los valores heteronormados. Según la Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer-CEDAW:

La violencia de género se define como: cualquier acto de violencia basado en el género que resulta, o es probable que resulte, en daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, incluidas las amenazas de tales actos, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea en la vida pública o privada. Esta forma de violencia se reconoce como una manifestación de la discriminación de género y una violación de los derechos humanos fundamentales de las mujeres (Comisión Económica para América Latina y el Caribe-Cepal, 1996).

La violencia física es una de las formas más reconocidos de violencia basada en género y se refiere a cualquier acto que inflige daño corporal a la víctima. La violencia física no solo causa daño inmediato, sino que también a largo plazo en la salud física y mental de las mujeres afectadas. En los ámbitos privados, también puede consistir en la denegación de atención médica, obligar a consumir alcohol o drogas, o incluso el daño a la propiedad (O.M.S., 2021).

La violencia psicológica o violencia emocional, incluye comportamientos que causan daño emocional y disminuyen la autoestima de la víctima. Este tipo de violencia puede ser manifestada a través de insultos, amenazas, humillaciones, aislamiento y manipulación. En el caso, de la violencia doméstica, esta forma de violencia implica la intimidación y amenazas de causar daños que no solamente incluyen a la mujer sino a sus hijos. La CEDAW reconoce que la violencia psicológica es tan perjudicial como la física, ya que puede llevar a trastornos psicológicos graves, como la depresión y la ansiedad, y afecta profundamente el bienestar y la capacidad de las mujeres para llevar una vida plena y saludable (ONU Mujeres, s. f.). En esta forma de violencia también se encuentran los denominados *micromachismos*.

La violencia económica es otra forma de violencia basada en género, que implica el control de los recursos financieros y económicos para mantener el poder y la dominación sobre la víctima. Esto puede incluir la restricción del acceso al dinero, la prohibición de trabajar o el control estricto de los ingresos y gastos (O.M.S., 2021). La violencia económica limita la independencia y la autonomía de las mujeres, dejándolas vulnerables y dependientes del agresor. La CEDAW insta a los Estados a implementar medidas que garanticen la autonomía económica de las mujeres y su acceso a recursos económicos como un medio para prevenir y combatir esta forma de violencia (Nousiainent, s. f.).

La violencia institucional se refiere a la falta de respuesta adecuada por parte de las instituciones que deberían proteger a las víctimas de violencia basada en género. Esto incluye la negligencia, la complicidad y la revictimización por parte de las autoridades policiales, judiciales y de salud (Caso Bedoya Lima y otra v*s. Colombia*, 2021). La CEDAW enfatiza que los Estados tienen entre otros, el deber de actuar bajo el precepto de la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia basada en género, y para proporcionar reparaciones adecuadas a las víctimas. La falta de acción por parte del Estado es considerada una violación de los derechos humanos de las mujeres y perpetúa la impunidad y la desigualdad(Committee on the Elimination of Discrimination & against Women, 2017).

En el ordenamiento jurídico colombiano, la Ley 1257 de 2008, en su artículo 2 define:

> Por violencia contra la mujer se entiende cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privada.
>
> Para efectos de la presente ley, y de conformidad con lo estipulado en los Planes de Acción de las Conferencias de Viena, Cairo y Beijing, por violencia económica, se entiende cualquier acción

u omisión orientada al abuso económico, el control abusivo de las finanzas, recompensas o castigos monetarios a las mujeres por razón de su condición social, económica o política. Esta forma de violencia puede consolidarse en las relaciones de pareja, familiares, en las laborales o en las económicas.En efecto, la Corte Constitucional (1993) ha reconocido la violencia económica como una de carácter estructural, originada por los patrones culturales y estereotipos de género. Afirmó qué:

> A nivel social, dada la situación en el contexto doméstico, la mujer era reconocida como económicamente dependiente, sin autonomía para asumir obligaciones financieras y sin capacidad para hacerse cargo de responsabilidades diferentes a las del hogar. Se le excluía en buena medida de participar del mercado laboral, lo que aseguraba su dependencia económica, y en particular se le impedía desempeñar determinados oficios y ocupar específicos puestos de trabajo, asociados a la fuerza física o a altas responsabilidades. Mucho menos se le permitía la formación académica y profesional (C-371, 2000).

Y, en la decisión C-539 de 2016, reiterando lo planteado en la T-012 de 2016, indicando:

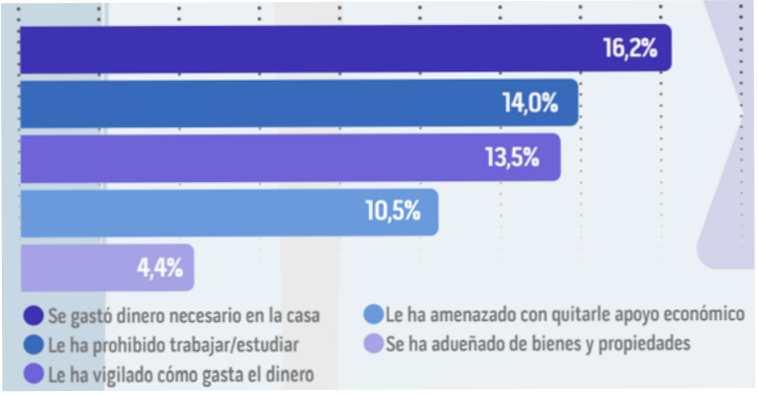
> La violencia económica, propia del ámbito doméstico, se produce cuando, en perjuicio de la mujer, el hombre administra con exclusividad los recursos económicos del hogar, independientemente de si ella concurre con él a su aporte o asume sola toda la carga económica. El hombre decide unilateralmente cómo y en qué se gastan, le provee algo de dinero, pero con la destinación que él mismo determina, vigila su gasto, la obliga a informar sobre su uso y reduce aquello que le proporciona, de modo que en ocasiones ella no cuenta con lo suficiente para satisfacer sus necesidades básicas. En general, este tipo de violencia priva a la mujer de los ingresos de los cuales depende su subsistencia digna y la pone en situación de desigualdad (Corte Constitucional, C-539, 2016).

De esta manera, la violencia económica es un de las manifestaciones de violencia basada en género, puede revestir diferentes comportamientos. Así, el Ministerio de Justicia y del Derecho en Colombia, puntualizó que puede verse cuando:

- Una persona tiene control sobre el dinero de otra persona, este control puede ser total o parcial, por ejemplo, si el dinero que una persona gana lo controla la familia o la pareja, o se condiciona a la persona para no comprarse cosas que quiere.
- Una persona no le deja conseguir dinero propio a otra persona, por ejemplo, si una persona quiere conseguir trabajo o vender algo para tener un poco de dinero, y le niegan esa posibilidad.
- Una persona que tenga acciones humillantes sobre la cantidad de dinero que gana frente a otra persona, por ejemplo, si la pareja de una persona gana más dinero y todo el tiempo se lo echa en cara, o le dice que es una carga económica.
- Una persona que no le permita el acceso a algunos bienes básicos, por ejemplo, una persona que no le permita el acceso al carro, la cocina, o partes de la casa solo por el hecho de no tener mucho dinero.” (Ministerio de Justicia y del Derecho, s. f.)

Así, se comprende que, el privilegio masculino perpetúa la violencia basada en género (Heise, 1998, p. 263). De manera que, a través de la violencia económica, se desestima el aporte que generan las mujeres especialmente desde la economía del cuidado. Sin embargo, se trata de una forma de violencia silenciosa

De acuerdo con los datos elaborados por la Encuesta Nacional de Demografía y Salud, en 2015, las mujeres cuya edad oscila 13 y 49 años, al menos una vez habían sufrido de violencia económica por parte de su pareja, distribuidas las cifras así:



Fuente: Encuesta Nacional de Demografía y Salud, 2015

Además, el 31,1% de las mujeres reportó haber sufrido violencia económica, frente al 25,2%, de los hombres. Una diferencia vinculada a la percepción cultural de las labores domésticas, que siguen siendo consideradas exclusivamente una responsabilidad femenina. Así:







Fuente: DANE, Informe Violencias de Género en Colombia, 2020.

Sin embargo, se trata de una forma de violencia que, por no presentar secuelas físicas o visibles, a menudo es ignorada no solo desde la institucionalidad, sino desde las propias víctimas. Por ello, en términos de valoración de la lesión al bien jurídico resulta problemático, pues debe demostrarse la afectación no solo a la integridad de la víctima, sino el daño a la familia, a través de los actos de discriminación económica.

Situación, en la cual, resulta fundamentar la transversalización de género en el reconocimiento de la violencia económica y su judicialización. La transversalización es una estrategia para lograr la igualdad, significa: incluir las preocupaciones y experiencias de mujeres y hombres, valorar las implicaciones que tiene para las personas en razón de su sexo e identidad de género cualquier acción que se planifique, velar que hombres y mujeres se beneficien por igual; velar porque no se perpetúe la desigualdad ECOSOC.

Incorporar la perspectiva no es un objetivo, es una estrategia o un medio para lograr la igualdad de género. Por esta razón, se reconoce como obligación supraconstitucional a cargo de las autoridades administrativas y judiciales. De esta manera, al abordar el denominado enfoque de género, se requiere reconocer que hombres, mujeres y quienes se reconocen como géneros diversos no gozan de igualdad, para reconocer la discriminación y los patrones estructurales que influyen en ella.

También, es importante el reconocimiento de la discriminación para hacer una valoración crítica de la norma. Significa, asumir que la regulación, aunque desde su escritura parezca tener igual aplicación para hombres y mujeres, en realidad resulta diferenciadora. Es decir, considera los roles, oportunidades y prerrogativas que afectan su aplicación igualitaria y asegurar que las intervenciones no perpetúen las desigualdades de género.

En ese sentido, la interseccionalidad es fundamental. Por ello, el enfoque de género en las decisiones judiciales no implica el esencialismo de género, sino admitir cómo diferentes factores socioeconómicos, raciales y culturales, intervienen en los actos de discriminación. En definitiva, es fundamental aceptar que ninguna acción es neutral al género.

Tal enfoque, implica desde el uso del lenguaje hasta efectuar intervenciones sensibles al género para considerar no perpetuar la violencia basada en género. Sobre la política y la representación de la mujer se hizo mención por Buttler (2019, p. 45), específicamente en su valor desde el lenguaje, porque a través de este se le da visibilidad en la política. Por ello, uno de los primeros cuestionamientos se da en torno a la definición del sujeto, porque este concepto parte de procesos de exclusión lo que causa discusión en la construcción de la política feminista. Por ello, se propone un proceso dialógico en el que las mujeres de posturas diversas propongan distintas identidades dentro del marco de una coalición emergente: la política de coalición (Buttler, 2019, p. 67).

Las instituciones judiciales deben adoptar un enfoque más pragmático en la identificación y sanción de la violencia económica. Esto implica establecer desde directrices claras que permitan a jueces y fiscales reconocer cómo las dinámicas de control financiero afectan la autonomía y dignidad de las víctimas, hasta optar por la sana crítica para reconocer las formas sutiles de violencia económica que replican ciclos de violencia de género. Por ejemplo, la falta de acceso a cuentas bancarias compartidas o la dependencia económica total del agresor

no solo tienen repercusiones económicas, sino que perpetúan un ciclo de desigualdad y sometimiento. Incluir testimonios o estudios de caso sobre decisiones judiciales innovadoras que hayan sancionado este tipo de violencia permitiría ilustrar la eficacia y las limitaciones del sistema actual.

DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

Este es el concepto de derecho penal empleado para el análisis de la antijuridicidad material. Bajo este precepto, la conducta solo debe ser considerada lesiva si causa un daño o pone en peligro un bien jurídico protegido(Muñoz Conde, 1999). Ello, de acuerdo con lo señalado en el artículo 11 del Código Penal, según el cual para que una conducta sea punible se requiere que "lesione o ponga efectivamente en peligro el bien jurídico tutelado por la ley".

De esta manera, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

> […] la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, por la cual, como sistema de control lo hace diferente de los de carácter puramente ético o moral, en el sentido de señalar que, además del desvalor de la conducta, que por ello se torna en típica, concurre el desvalor del resultado, entendiendo por tal el impacto en el bien jurídico al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo (Corte Suprema de Justicia, Rad. 29183, 2018).

En el contexto de la violencia económica, la aplicación del principio de lesividad requiere evaluar no solo el daño tangible, sino también el impacto intangible en la calidad de vida de las víctimas. Por ejemplo, en casos donde la mujer es despojada de recursos básicos para mantener a su familia, el daño no se limita a la esfera individual, sino que afecta a toda una estructura familiar. Un análisis más profundo de sentencias judiciales podría arrojar luz sobre cómo se ha interpretado el daño en términos de derechos fundamentales como la dignidad, la autonomía y la igualdad, conectando así la teoría con la práctica jurídica. En este sentido, la antijuridicidad material exige una evaluación que contemple cómo las dinámicas de control financiero perpetúan condiciones de subordinación y exclusión, erosionando la equidad y generando un perjuicio sostenido en la cohesión familiar. Este análisis puede fortalecerse a través de una revisión jurisprudencial que evidencie cómo los tribunales han abordado la tensión entre los parámetros legales tradicionales y las exigencias contemporáneas de justicia social, integrando de manera coherente el enfoque de género en la interpretación del daño jurídico.

Por ello, aunque la violencia económica en el ámbito familiar no provoque un daño físico directo, sí afecta bienes jurídicos fundamentales como la libertad y la autonomía personal. Uno de los principales desafíos que enfrentan los sistemas jurídicos es cómo evaluar y probar el daño económico dentro de un marco penal que históricamente ha centrado su atención en lesiones físicas y psicológicas más evidentes. Incluso, cuando es desconocida por parte de la mujer, pues se disfraza de una supuesta colaboración entre la parejas (Corte Constitucional, *T-172 de 2023*, 2023). La violencia económica, al ser más sutil y progresiva, requiere un análisis que considere no solo el resultado inmediato, sino también, desde una perspectiva de género, los daños que provoca a la víctima y los efectos en el ámbito público.

Por lo que, en los casos de violencia basada en género, deberá plantearse si la interpretación expansiva del principio de lesividad para incluir la violencia económica, tiene efectos en su reducción o prevención. Esto implica que el daño en estos casos no debe medirse solo en términos monetarios, sino en cómo la privación económica restringe las oportunidades de la víctima para ejercer sus derechos, tomar decisiones autónomas y salir de una situación de abuso, sin embargo, contraría el principio del derecho fragmentario.

Por ello, el reconocimiento de la violencia económica debe partir de aspectos referentes a áreas diversas al derecho penal, para solo arribar a este cuando el ejercicio del Estado por otros medios resulte insuficiente. La inclusión de la violencia económica dentro de la tipificación penal requiere un enfoque que permita identificar conductas de control económico como actos de violencia. Esto demanda una reinterpretación del daño en el derecho penal para incluir no solo el impacto físico, sino también el emocional y económico.

No obstante, como advierte Zaffaroni (1998), la expansión del derecho penal puede llevar al fenómeno de "*punitivismo simbólico*", donde el castigo se utiliza más para dar la apariencia de acción y control, que para resolver las causas subyacentes de los problemas sociales. En este contexto, confiar exclusivamente en el derecho penal para enfrentar la violencia económica podría terminar reproduciendo situaciones de revictimización para las personas afectadas, que deben enfrentarse a largos y complejos procesos judiciales sin recibir necesariamente

el apoyo necesario para superar las situaciones de dependencia y control

Por lo tanto, es fundamental que el reconocimiento de la violencia económica se acompañe de una estrategia interseccional que incluya programas de educación financiera, acceso al empleo para las víctimas, y redes de apoyo comunitario. De esta manera, el derecho penal actúa como un último recurso. Así se evita caer en una "*criminalización del conflicto*" (Hulsman, 1993) permitiendo que el sistema de justicia penal no se sobrecargue y que las víctimas tengan pleno acceso efectivo a la justicia, que no se limite al efecto sancionador que necesitan para superar el ciclo de la violencia económica.

BIBLIOGRAFÍA

Butler, J. (2019). *El género en disputa: El feminismo y la subversión de la identidad*. Paidós.

Caso Bedoya Lima y otra vs. Colombia (CoIDH, 26 de agosto de 2021).

Comisión Económica para América Latina y el Caribe-Cepal. (1996). *Violencia de género: Un problema de derechos humanos*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. https://www.cepal.org/es/publicaciones/5855-violencia-genero-un-problema-derechos-humanos

Committee on the Elimination of Discrimination & against Women. (2017). *General recommendation No. 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19*. United Nations.

Corte Constitucional de Colombia. (2000). *Sentencia C-371 de 2000*. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. (2023). *Sentencia T-172 de 2023*. Magistrado ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najar. Expediente T-8.888.70

Corte Suprema de Justicia - Sala Penal. (2018). Radicación 29183. Magistrado ponente: José Leonidas Bustos Martínez, 18 de noviembre de 2018.

Corte Suprema de Justicia - Sala Penal. (2018). Radicación 50543, AP5049-2018. Magistrado ponente: Eyder Patiño Cabrera, 21 de noviembre de 2018.

Gómez Pavajeau, C. A. (2012). *Introducción al derecho penal constitucional*. Ediciones Nueva Jurídica.

Hassemer, W. (2007). ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? En *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 95–104). Marcial Pons. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2353571

Hefendehl, R., Hirsch, A. von, Wohlers, W., Alcácer Guirao, R., Martín, M., Ortiz de Urbina Gimeno, I., & Gimbernat Ordeig, E. (2016). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamentos de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons.

Heise, L. (1998). Violence Against Women: An Integrated, Ecological Framework. *Violence Against Women, 4*(3), 262–290. https://doi.org/10.1177/1077801298004003002

Hulsman, L. (1993). El enfoque abolicionista: Políticas criminales alternativas. En *Criminología crítica y control social*. Rosario.

Mezger, E. (1958). *Derecho penal, libro de estudio parte general*. Editorial Bibliográfica Argentina.

Ministerio de Justicia y del Derecho. (s. f.). ¿Siente que otra persona está teniendo un control abusivo sobre su dinero y no te deja, de manera autónoma, decidir qué hacer con él? Recuperado el 7 de septiembre de 2024, de https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/LegalApp/Paginas/violencia-econ%C3%B3mica.aspx

Muñoz Conde, F. (1999). *Teoría general del delito*. Temis.

Nousiainen, K. (s. f.). CEDAW Committee General Recommendation on Violence Against Women Updated. *Oxford Human Rights Hub*. Recuperado el 9 de julio de 2022, de https://ohrh.law.ox.ac.uk/cedaw-committee-general-recommendation-on-violence-against-women-updated/

O.M.S. (2021, marzo 8). *Violencia contra la mujer*. https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women

ONU Mujeres. (s. f.). *Preguntas frecuentes: Tipos de violencia contra las mujeres y las niñas*. Recuperado el 19 de marzo de 2023, de https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/faqs/types-of-violence

Rettig Espinoza, M. (2009). Forseeable development in the connection between illegality and guilt. *Revista de Derecho (Valdivia, 22*(2), 185–203. https://doi.org/10.4067/S0718-09502009000200010

Sánchez Lascurain, J. A. L. (1995). Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal. *Derecho Penal y Criminología: Revista Chilena de Derecho, 22*(2), 251–264. https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/rechilde22&i=260

Schünemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. *Derecho PUCP, 81*, 93–111.

Szczaranski, F. (2012). Sobre la evolución del bien jurídico penal: Un intento de saltar más allá de la propia sombra. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, 14*, 5–378.

Von Liszt, F. (1994). *La idea de fin en el derecho penal*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Welzel, H. (1951). *La teoría de la acción finalista*. Editorial Depalma.

Zaffaroni, E. R. (1998). *Tratado de derecho penal: Parte general (Nachdr.)*. Sociedad Anónima Editora.

CONTROLANDO AL CONTROLADOR: EXPRESIONES Y LÍMITES DE LA POTESTAD SANCIONADORA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL CASO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

CONTROLLING THE CONTROLLER: EXPRESSIONS AND LIMITS OF THE SANCTIONING POWER OF THE PUBLIC ADMINISTRATION IN THE CASE OF THE COMPTROLLER GENERAL OF THE REPUBLIC

Solange Marianella Carbajal Fierro
https://orcid.org/0009-0004-7794-068X
Universidad de San Martín de Porres
solange_carbajal@usmp.pe
Perú

https://doi.org/10.24265/voxjuris.2025.v43n2.13

Recibido: 2 de setiembre de 2024 Aceptado: 25 de setiembre de 2024

SUMARIO

- Introducción.
- La capacidad sancionadora.
- Nociones aplicables en el procedimiento administrativo sancionador.
- El régimen sancionador de la CGR y la Constitución Política del Perú.
- Delimitación entre PAS y PAD.
- ¿Es retroactiva la sentencia?
- Efectos del esquema sancionador de la CGR.
- Responsabilidad en la regulación de conductas infractoras en normas reglamentarias.
- Apreciaciones finales.
- Fuentes de información.

RESUMEN

Este artículo presenta un análisis detallado de la sentencia emitida el 24 de julio de 2024, correspondiente al Expediente N° 0026-2021-PI/TC, que establece los límites de la autoridad sancionadora de la Contraloría General de la República. En el presente documento se examinan los aspectos y principios que deben ser considerados cuando el regulador define o estructura conductas que constituyen infracciones en cualquier materia. El objetivo del artículo es explorar y resaltar la delimitación de la autoridad sancionadora que poseen las entidades públicas, con un enfoque especial en la Contraloría General de la República (CGR). Además, se evalúa el marco regulatorio para la creación de conductas infractoras.

PALABRAS CLAVES

administración pública, derecho administrativo sancionador, potestad sancionadora, principio de legalidad, principio de tipicidad.

ABSTRACT

This article presents a detailed analysis of the Ruling issued on July 24, 2024, corresponding to Case No. 0026-2021-PI/TC, which establishes the limits of the sanctioning authority of the Office of the Comptroller General of the Republic. The document examines the aspects and principles that must be considered when the regulator defines or structures conducts that constitute infractions in any matter. The objective of the article is to explore and highlight the delimitation of the sanctioning authority of public entities, with a special focus on the Office of the Comptroller General of the Republic (CGR). In addition, the regulatory framework for the creation of infringing conducts is evaluated.

KEYWORDS

public administration, administrative sanctioning law, sanctioning power, principle of legality, principle of typicality.

INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional Peruano ha vuelto a pronunciarse sobre el enfoque sancionador de la Contraloría General de la República, definiendo su ámbito de acción y estableciendo criterios respecto a la tipificación de sanciones.

En este contexto, es esencial estudiar los enfoques relacionados con el marco sancionador de la Administración Pública.

Para ello, se analizará la sentencia mencionada con el fin de determinar si una entidad u órgano constitucionalmente autónomo puede establecer normativas especiales sin observar los parámetros o garantías establecidos en el Derecho Administrativo.

A primera vista, el lector podría considerar que el Tribunal Constitucional Peruano ha restringido casi por completo la autoridad sancionadora de la Contraloría General de la República. Sin embargo, en este estudio se examinarán las limitaciones impuestas por el tribunal y los aspectos de la sentencia que son aplicables en el ámbito regulatorio cuando se estructuran conductas infractoras mediante la regulación.

LA CAPACIDAD SANCIONADORA

El estudio de la facultad sancionadora de la Administración Pública es un tema de continua relevancia, sujeto a múltiples decisiones del Tribunal Constitucional Peruano debido a su importancia en las relaciones entre los ciudadanos y la Administración Pública. Según el profesor Baca Oneto (2008), "el Estado tiene el monopolio de la violencia legítima, pudiendo sancionar a los ciudadanos que incumplan sus obligaciones o violen los derechos de otros" (p.2).

En esencia, la autoridad sancionadora solo puede ser ejercida por el Estado, ya sea en el ámbito penal o administrativo, siempre que esté contemplada en una ley o norma equivalente, como un Decreto Legislativo o Decreto de Urgencia, entre otros.

En muchos casos, es necesario crear marcos normativos especiales para garantizar el cumplimiento de ciertas obligaciones por parte de los ciudadanos, lo cual está directamente relacionado con la eficacia del sistema jurídico. Según el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2017), "la potestad sancionadora de la Administración Pública es una manifestación del *ius puniendi* estatal" (p.9).

El capítulo III del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (2019), regula los principios y garantías aplicables en el marco de la autoridad sancionadora estatal. Además, establece que las disposiciones de dicho capítulo se aplican supletoriamente a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, incluidos los tributarios, que deben observar los principios de la autoridad sancionadora administrativa. Los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados.

Esto implica que, aunque las disposiciones del TUO de la LPAG se aplican supletoriamente en el ámbito sancionador, ninguna entidad puede crear o regular procedimientos que no cumplan con las condiciones mínimas establecidas en la LPAG para los administrados.

Los reguladores tienen la responsabilidad de garantizar que cada norma introducida en el ordenamiento jurídico no solo cumpla con los elementos de técnica normativa, sino que, además, se encuentre en armonía con los parámetros legales y constitucionales vigentes. Esto requiere una revisión exhaustiva de cada obligación o sanción propuesta en un proyecto normativo.

NOCIONES APLICABLES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

En cuanto al procedimiento sancionador, la Dra. Alarcón (2010) lo define como "el conjunto de actos destinados a determinar la existencia de responsabilidad administrativa, es decir, la comisión de una infracción y la aplicación de una sanción" (p.541). Por su parte, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2017) reafirma que "el procedimiento administrativo sancionador presenta características inherentes a su naturaleza y garantías contra cualquier forma de arbitrariedad" (p.32).

Por lo tanto, el PAS no solo constituye una serie de pasos para determinar una infracción o no, sino una garantía esencial para que los administrados puedan invocar el respeto a sus derechos mediante actuaciones concretas, como presentar descargos o solicitar audiencias.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia del 16 de abril de 2003, caso N° 2050-2002-AA/TC, ha reconocido la aplicación de los principios básicos del derecho sancionador, como los principios de tipicidad, culpabilidad y legalidad, no solo al derecho penal, sino también al derecho administrativo sancionador.

La autoridad administrativa con potestad sancionadora solo puede ser determinada mediante una norma con rango de ley. Ninguna autoridad puede adjudicarse la facultad de sancionar una materia o actividad sin un marco legal habilitador.

Además, la conducta infractora atribuida debe ser clara, precisa y determinable para evitar una aplicación discrecional, confusa o arbitraria por parte del órgano sancionador.

Es esencial enfatizar que la construcción de tipos infractores debe ser estrictamente objetiva, ello es crucial para cumplir con los principios del TUO de la LPAG y garantizar la seguridad jurídica de los administrados. El funcionario responsable de un PAS debe estar convencido de que una conducta es objetivamente sancionable.

Por ejemplo, si estamos ante un supuesto en el cual se sanciona el incumplimiento de un importador sobre "etiquetar un producto antes de su ingreso al país", pero no se ha determinado en la norma que información mínima debe contener dicho etiquetado, este, no podría ser sancionado por algún tipo de especificación que el fiscalizador o funcionario, considere que deba detallarse en el etiquetado, bastará solo con corroborar una etiqueta en el producto.

El tema de esta investigación surge a partir de una decisión del Tribunal Constitucional, emitida en la sentencia del 24 de julio de 2024, correspondiente al Expediente N° 0026-2021-PI/TC. Esta sentencia redefine el alcance de acción de la CGR, reevaluando su capacidad sancionadora, la cual había sido objeto de debate en el año 2015, como se detalla más adelante.

EL REGIMEN SANCIONADOR DE LA CGR Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

El 20 de agosto de 2015, el Colegio de Abogados de Arequipa presentó una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.° 29622, que modificaba la Ley N.º 27785, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y la CGR, solicitando su inconstitucionalidad total.

En la sentencia del 25 de abril de 2018, relacionada con el Exp. N° 0020-2015-PI/TC (la Sentencia I), el Tribunal Constitucional dispuso parámetros importantes, como el cumplimiento del *Principio de legalidad y tipicidad*. En la Sentencia I se discutió el principio de tipicidad, insistiendo en que las sanciones deben ser específicas en la ley, no generales, y que excepcionalmente puede delegarse esta especificación al reglamento.

Esta demanda fue resuelta el 25 de abril de 2018, declarando inconstitucional el artículo 46 de la Ley N.º 27785, introducido por el artículo 1 de la Ley N.º 29622.

Nuevo marco legal para la tipificación de sanciones por parte de la CGR

La Ley N.º 31288, publicada el 20 de julio de 2021, buscó corregir lo que el Tribunal Constitucional había declarado inconstitucional en la Sentencia I. El Proyecto de Ley N.º 07581-2020-CR, que dio lugar a la Ley N.º 31288, fue presentado por la CGR y justificaba su propuesta en base a varios fundamentos: i) el número de funcionarios sancionados, inhabilitados o suspendidos al 31 de diciembre de 2018, que ascendía a 1949; ii) el impulso de procesos sancionadores a través de expedientes digitales; iii) la eliminación del artículo 46 de la Ley N.º 27785 del marco legal.

Estudiar los fundamentos detrás de la Ley N.º 31288 es crucial para entender el enfoque de la CGR sobre su rol sancionador y los métodos que utiliza para lograr sus objetivos. La necesidad de una nueva propuesta normativa se basó en las estadísticas de sanciones a funcionarios, lo cual puede parecer apropiado, pero refleja una perspectiva errónea de medir resultados por sanciones impuestas. Nuestra visión es opuesta, ya que las sanciones indican que una regulación no se está cumpliendo y presenta fallas en su aplicación o diseño.

La Ley N.º 31288 otorgó a la CGR el marco legal para sancionar conductas infractoras en materia administrativa funcional, y con ello se creía superado el episodio de inconstitucionalidad contenido en la Sentencia I.

Caso de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República II

Posteriormente, el 26 de julio de 2021, el Poder Ejecutivo presentó una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 27785 y las Disposiciones Complementarias Finales Segunda y Tercera de la Ley N.º 31288.

La sentencia del 24 de julio de 2024, relacionada con el Exp. N° 0026-2021-PI/TC (Sentencia II), establece en su fundamento 21 una diferencia clara respecto a la potestad sancionadora de la CGR en comparación con otros modelos constitucionales:

> A diferencia de otros modelos constitucionales, donde la eventual existencia de una competencia sancionadora se encuentra expresamente reconocida por mandato constitucional o, en su defecto, se deja abierta la posibilidad de su desarrollo al ámbito rigurosamente legal, esto no ocurre en el caso específico del modelo constitucional peruano (p.16).

Esto indica que la CGR no tiene una potestad sancionadora explícita en el modelo constitucional peruano, a diferencia de otros órganos de control en diferentes modelos constitucionales. El Tribunal Constitucional señala que la capacidad sancionadora de la Contraloría debe interpretarse dentro del artículo 82 de la Constitución, evitando un regreso a un régimen incompatible con el Estado constitucional.

El fundamento 51 de la Sentencia II reconoce la facultad de la CGR para supervisar la legalidad de las acciones de las entidades sujetas a control según su ley orgánica, aclarándose que su potestad sancionadora no se extiende a todas las acciones de estas entidades, sino que se aplica solo a la administración financiera de bienes y recursos públicos (p.23).

El Tribunal Constitucional reafirma que, si bien la CGR tiene una capacidad sancionadora, esta debe limitarse a supervisar la legalidad en la ejecución presupuestaria y las operaciones de endeudamiento público. Esto descarta sanciones relacionadas con asuntos ambientales, forestales, entre otros, que la CGR asumía poder sancionar, como se establece en la Sentencia II.

El Tribunal Constitucional también ha resaltado, o reiterado, la importancia del *principio de legalidad y tipicidad* en el derecho sancionador en el fundamento 56 de la Sentencia II.

Hasta este punto, no hay consenso entre algunos expertos en derecho administrativo sobre la equivalencia o estrecha relación entre el derecho sancionador y el derecho penal. Sin embargo, nuestra postura es que los principios de tipicidad y legalidad deben aplicarse también al derecho administrativo sancionador para configurar una serie de garantías mínimas en dos momentos clave: cuando el regulador define la conducta infractora (si tiene mandato legal) y cuando se aplica en un proceso administrativo sancionador (PAS) para determinar o no una infracción administrativa.

DELIMITACIÓN ENTRE EL PAS Y EL PAD

El Tribunal Constitucional ha destacado la necesidad de diferenciar el procedimiento administrativo sancionador (PAS) y el procedimiento administrativo disciplinario (PAD), reconociendo que en nuestro sistema jurídico existen dos regulaciones aplicables a los funcionarios públicos: la potestad sancionadora de la CGR (PAS) y el procedimiento administrativo disciplinario derivado de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil (PAD) (p.22). Esta coexistencia puede resultar en procedimientos sancionadores y disciplinarios por un mismo hecho.

Al respecto, quiero tomar como ejemplo lo señalado por la Dra. Boyer Carrera (2024) quien mencionó en una entrevista que un mismo hecho, como la rendición de cuentas de viáticos alterados, afecta la obligación de probidad de los funcionarios, y puede ser sancionada por un PAD, y también puede ser sancionable en el marco de un PAS debido a la afectación de recursos públicos (Canal LP Derecho, 2024, 11m32s).

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (2017), citada en la Sentencia II, ya indicó que la coexistencia de ambos regímenes plantea riesgos para la eficacia y equidad procesal del mecanismo de aplicación para irregularidades y corrupción, ya que una falta podría ser atendida por ambos sistemas (p.19).

Es evidente que hay una necesidad de superar esta delimitación de ambos ámbitos sancionadores, lo cual no compete a la CGR, al Tribunal Constitucional, ni a la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), sino al Congreso de la República.

Una posible solución sería desarrollar una regulación que delimite la potestad sancionadora de ambas entidades (SERVIR y la CGR) en una sola ley o en dos leyes coherentes, evitando la superposición. Lo más importante es reestructurar el modelo sancionador para los funcionarios o servidores públicos y eliminar la coexistencia de estos dos ámbitos sancionadores. Se podría establecer, por ejemplo, que ciertas conductas leves sean evaluadas y sancionadas por una entidad, mientras que las más graves sean responsabilidad de otra. Este es un camino, pero no el único, y es una tarea pendiente del legislador.

¿ES RETROACTIVA LA SENTENCIA?

Hacia el final de la Sentencia II de la CGR, el Tribunal Constitucional aclara que su decisión no tiene efectos retroactivos, expresado de la siguiente manera:

> Este Tribunal considera pertinente precisar que los efectos de su decisión carecen de efecto retroactivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 80 del Nuevo Código Procesal Constitucional. En tal sentido, la sentencia no es de aplicación para aquellos procesos administrativos que hayan culminado o que actualmente se encuentre con trámite ya iniciado (p.62).

En otras palabras, las disposiciones de la Sentencia II no se pueden aplicar a procedimientos sancionadores que ya se han resuelto o que están en curso. En el caso de un funcionario involucrado en un procedimiento administrativo sancionador iniciado por la CGR debido a alguna conducta declarada inconstitucional en la Sentencia II, como la "contaminación ambiental que cause o pueda causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna", ¿podría ser sancionado? La respuesta es sí, pero la razonabilidad de esto aún no se ha determinado, lo cual podría ser objeto de un análisis futuro.

¿Qué establece la CPP y el Nuevo Código Procesal Constitucional sobre la retroactividad? Según la CPP, en el segundo párrafo del artículo 204, se indica que «no tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal». Aunque esto confirma la irretroactividad de la sentencia, también es cierto que el artículo 103 de la CPP establece que «la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo». Entonces, ¿las garantías aplicables al derecho penal no se aplican al derecho administrativo sancionador?

Por su parte, el TUO de la LPAG establece la irretroactividad en su artículo 248 en el contexto sancionador - administrativo, con consideraciones como "son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables [...]". Así, en el Derecho Administrativo Sancionador ya se ha preestablecido esta regla y garantía a favor del administrado de reconocer la retroactividad de una norma siempre que resulte más favorable al infractor.

Por otro lado, el Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPC), en el artículo 81, establece que "las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos". Sin embargo, el artículo 82 del mismo texto normativo aclara que las sentencias declaratorias de ilegalidad o inconstitucionalidad no permiten reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las excepciones previstas en el segundo párrafo del artículo 103 y el último párrafo del artículo 74 de la Constitución (2021).

Reitero, en este punto de la Sentencia II, el Tribunal Constitucional se aparta de lo establecido en la CPP, el NCPC y el TUO de la LPAG, ya que las garantías aplicadas en el ámbito penal también deberían considerarse en el administrativo sancionador. Podemos coincidir en que la derogación de una ley es diferente de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, pero ambas acciones suprimen una norma del sistema jurídico. Así, la tesis de la irretroactividad en este caso permitiría no solo sancionar a un funcionario con una norma inconstitucional (si está en curso) sino también restringir su derecho a revisar procedimientos concluidos con la aplicación de esa conducta infractora inconstitucional.

EFECTOS DEL ESQUEMA SANCIONADOR DE LA CGR

Aunque esta investigación no se centra en el impacto del rol sancionador de la CGR en la ejecución de proyectos de inversión o servicios públicos, es importante destacar algunos aspectos que no deben pasarse por alto.

En primer lugar, existe una percepción ciertamente justificada de que la actuación del funcionario público en temas de obras o proyectos de inversión se debe limitarse estrictamente a aquellos aspectos que puedan ser casi incuestionables por cualquier órgano de control, sin embargo, la realidad difiere de ello. En contratos de inversión o de obra pública, hay márgenes amplios no regulados, donde el funcionario debe no solo asegurar el cumplimiento legal y contractual, sino también tomar decisiones orientadas a concretar proyectos y servicios públicos en beneficio de los ciudadanos.

El problema aquí, es que en un escenario poco claro legalmente hablando, pero certero desde la óptica de la razonabilidad, es muy difícil que un funcionario, opte por lo segundo, toda vez que se inician investigaciones con imputaciones ciertamente graves por los órganos de control a los funcionarios, incluso por emitir opiniones técnico-legales sobre contratos. Esto hace que los funcionarios busquen informes previos de otras entidades o estudios jurídicos externos, para respaldar sus decisiones, por temor a las sanciones o inhabilitaciones existentes.

Por otro lado, también cierto es que un control débil del actuar del funcionario público puede originar situaciones poco éticas o ilegales, especialmente en contratos de inversión pública. No obstante, un enfoque meramente punitivo podría conllevar a la inacción de los funcionarios, paralizando o retrasando proyectos de inversión en detrimento de la sociedad.

RESPONSABILIDAD EN LA REGULACIÓN DE CONDUCTAS INFRACTORAS EN NORMAS REGLAMENTARIAS

La potestad sancionadora que tiene la Administración Pública, no es la única prerrogativa que ostenta el estado; ya que también tiene un papel fundamental en la emisión de normas, y no nos referimos solo a las leyes del Congreso, sino a los reglamentos y disposiciones obligatorias para los administrados.

Esta potestad es además una responsabilidad del regulador, que debe: i) no transgredir o desnaturalizar una ley; y ii) formular propuestas normativas coherentes y eficaces para resolver determinados problemas públicos.

Esta responsabilidad es crucial al regular conductas infractoras, pues, aunque una ley puede permitir estructurar sanciones vía reglamentaria, esta no debe apartarse del mandato legal o de la normativa establecida.

Uno de los grandes problemas regulatorios es el uso incorrecto de la potestad sancionadora para crear sanciones no establecidas en la ley o crear conductas infractoras ambiguas. Esta discusión es común entre abogados en el ámbito normativo, como proponentes o revisores de proyectos normativos.

El artículo 24 del Decreto Supremo N.º 007-2022-JUS señala que, aunque una norma puede contener disposiciones sancionadoras, debe cumplir con lo establecido en el TUO de la LPAG, y los reglamentos solo pueden tipificar infracciones si así lo autoriza la ley o un decreto legislativo.

La jurisprudencia vigente y las disposiciones del TUO de la LPAG, refuerzan que los reglamentos deben desarrollar solo las sanciones dispuestas en una ley, y de manera residual, crear conductas infractoras solo si la ley así lo establece.

Finalmente, el regulador de la Administración Pública debe comprender que crear conductas infractoras indeterminables, abiertas o genéricas no es compatible con el marco constitucional y legal vigente, ya que afecta los derechos de los administrados y no permite que exista claridad en la aplicación de las sanciones administrativas, que luego pueden ser impugnadas o cuestionadas vía contencioso administrativo.

APRECIACIONES FINALES

El Tribunal Constitucional, en la sentencia del 24 de julio de 2024, en el Expediente N° 0026-2021-PI/TC, ha delimitado que la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República es aplicable solo a asuntos presupuestarios y de endeudamiento, conforme con la Constitución Política del Perú. Además, ha destacado que una interpretación contraria no solo contraviene el marco legal vigente sino también el modelo constitucional peruano.

Dicha sentencia reafirma la aplicación de los principios básicos del derecho sancionador, como tipicidad, culpabilidad, y legalidad, tanto en el derecho penal como en el administrativo sancionador.

En el Perú coexisten dos ámbitos sancionadores aplicables a los funcionarios públicos: la Ley del Servicio Civil y la ley que tipifica conductas infractoras en responsabilidad administrativa funcional. Por lo que existe una necesidad de restructurar y delimitar dicho marco de acción, aspecto que es de competencia y responsabilidad del Congreso de la República.

Respecto a los efectos retroactivos de la Sentencia II, el Tribunal Constitucional ha determinado que no se aplica a procesos administrativos concluidos o en trámite, permitiendo con ello, sancionar a un funcionario por una conducta declarada inconstitucional, y restringiendo la revisión de procedimientos concluidos bajo dicha norma.

Finalmente, corresponde señalar que no resulta compatible con el marco constitucional y legal vigente que la Administración Pública cree conductas infractoras indeterminadas, abiertas o genéricas, ya que esto impacta negativamente en los derechos de los administrados y no permite obtener claridad en la imposición de sanciones administrativas, que pueden ser impugnadas o cuestionadas vía contencioso administrativo.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Alarcón Sotomayor, L. (2007). *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*. Thomson Civitas.

Fuentes hemerográficas

Baca Oneto, V. (2007). La Potestad Disciplinaria y el Control por el Tribunal Constitucional de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura. Revista de Derecho de la Universidad de Piura, 8, pp. 251-286.

Fuentes electrónicas

Boyer Carrera, J. [LP Derecho]. (2024, agosto). Alcances sobre la potestad sancionadora de la Contraloría. [Vídeo]. Youtube. Recuperado 28 de agosto de 2024, de https://youtu.be/rU2kar1ApHM?si=QhC-1xX1tRUHqDfM

Legislación

Congreso Constituyente Democrático (1993). Constitución Política del Perú.

Congreso de la República (2002). Ley N.º 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

Congreso de la República (2013). Ley Nº 30057 - Ley del Servicio Civil.

Congreso de la República (2021). Ley Nº 31288 - Ley que tipifica las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional y establece medidas para el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República.

Congreso de la República (2021). Ley Nº 31307- Nuevo Código Procesal Constitucional.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2019). Decreto Supremo N.° 004-2019-JUS - Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2022). Decreto Supremo N.° 007-2022-JUS - Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional Peruano (2003). Exp. N° 2050-2002-AA/TC.

Tribunal Constitucional Peruano (2018). Exp. N° 0020-2015-PI/TC.

Tribunal Constitucional Peruano (2024). Exp. N° 0026-2021-PI/TC.

Reportes/Informes

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2017). Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador. En Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1526161/Gu%C3%ADa%20práctica%20procedimiento%20administrativo%20sancionador.pdf?v=1609849061

Estudio de la OCDE sobre integridad en el Perú | READ online. (s. f.). oecd-ilibrary.org. https://read.oecd-ilibrary.org/governance/estudio-de-la-ocde-sobre-integridad-en-el-peru_9789264271470-es.

Lima, Perú Vol. 43 N° 2, 2025

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, 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 Martin de Porres for the presentation of contributions. It is enough to have an academic degree or a degree in Law, Philosophy, Ethics or Social Sciences.

The contributions submitted can be original articles; review articles; opinion articles; case analysis articles; articles of a historical nature in Law and the other scientific areas of the journal; and profiles of jurists or social scientists.

General rules

Contributions must be original and unpublished and may not be postulated simultaneously for publication in other journals.

In order to be publishable, the works must conform, in both format and content, to the standards of the American Psychological Association (APA), in its latest edition.

The contributions must be written in Spanish, in Times New Roman font, font size 12 picas, with simple space and margins of 25 mm.

It is the journal's policy to prioritize the publication of articles in accordance with the topics of interest.

Shipping of items

The proposed contributions for publication may be sent with an electronic letter addressed to the President of the Editorial Board of the journal to the electronic address of the Institute of Legal Research: investiga_derecho@usmp.pe, mentioning the title and the author (s) from work.

They can also be sent via the Open Journal System (OJS) system, by logging in and / or registering from the main menu (http://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/index). Once registered you will receive a message to your email confirming the registration and the data to access the system, in which you can follow the process of your contribution.

Mandatory documents to submit

The author must attach the following documents to his contribution:

1. Letter addressed Chairman of the Editorial Board of the journal Vox Juris, requesting the evaluation of his contribution.
2. Affidavit and authorization to publish, duly signed, acknowledging that the submitted contribution is your intellectual property and has not been published or submitted for evaluation in another journal.
3. Institutional affiliation.
4. Authorship contributions.
5. Source of financing.
6. Declaration of conflicts of interest.
7. Correspondence data.

Structure of the articles

Extension: Minimum 12 pages. On each page, minimum 28 lines of text.

Typography: Times New Roman 12 points.

The first page must include the title of the work in Spanish and translated into English; full name of the author (s), their institutional affiliation, ORCID number, email and country; abstract and abstract, not exceeding 250 words (they must reflect the objective of the study, the method and the main results or conclusions); Keywords, with a minimum of three and a

maximum of six, arranged alphabetically and their translation into English; and the summary.

The original article: Contains an unpublished investigation, as the final product of a scientific field investigation, which shows and discusses the results.

The review article: Synthesize, analyze and update a topic. It is an original, unpublished and theoretical investigation.

The opinion article: Exposes and argues about the thinking of an academic or social scientist about a topic. Its length should not be more than six pages.

The historical article: It narrates and exposes momentous events in the scientific areas of the magazine.

Profile: Biographical article of a jurist or social scientist, national or foreign, whose scientific or professional work has had a particular influence on the respective Law or social science, in their teaching and research.

Considerations of figures and tables

Figures are drawings, maps, photographs, diagrams, statistical graphs, diagrams or any illustration other than table.

Tables are elements that contain the necessary information, in content and title, to be interpreted without having to refer to the text. They have only horizontal lines to separate the header from the body of the table. They should not include vertical lines.

Articles containing figures and tables must include a summary of these following the main summary.

Quotes of text and bibliographical references

The citations of text and bibliographical references follow the style of APA citation in its last edition.

Co-authorship

In accordance with the COPE standards and considering that an article is the result of a previous research or academic work, there are two dimensions to consider in contributions to an article:

Research: In this dimension are the contributions that can be made (1) in the research design; or (2) in the acquisition; or (3) in the analysis and interpretation of the data.

The article itself: In this other dimension are the contributions that can be made (4) in the draft article; or (5) in the critical review of it in intellectually important aspects.

In both dimensions substantial or critical contributions are necessary. Therefore, an observation, a comment or a mere exchange of opinions, for example, does not qualify as substantial contributions. In addition, it is not enough to contribute to one of the two dimensions, although it has been substantially. There must be a contribution to both: research and article.

In summary, in order to be part of the authorship of an article, it is necessary:

Have made significant contributions in at least one of the sections listed from 1 to 3; have contributed at least one of the sections 4 to 5; and have approved the final version of the article.

If someone has satisfied one or two of the conditions, but not all three, then we can: a) mention that person in the acknowledgments; or b) cite any of its publications as long as it is directly related to the article and we have used ideas from it; but we cannot add it as co-author.

Ethical considerations in research and publication

Vox Juris magazine adheres to the ethical standards in force in scientific research and publication, during the review and publication process. The recommendations of the University Ethics Committee and the Ethics Committee in Publication (COPE) will be followed. The most common forms of ethical misconduct in publications are plagiarism, honorary or fictitious authorship, data manipulation and attempted duplicate or redundant publication. The magazine's similarity reporting software is the Turnitin.

Disclaimer of liability

The journal does not necessarily sympathize with the opinion of the authors of the contributions.

Payments for publication of articles

the journal has no charges or fees for the publication of the contributions sent by the authors or charges for the receipt of the articles.

Editorial process

The contributions will be presented and submitted for consideration by the Editorial Board, to determine if it corresponds to the editorial line of the journal and if it requires going through a peer evaluation process, otherwise it will be returned to its author.

Arbitration system and pair review

The arbitration system is carried out in two stages, in the first one, it is verified that the article complies with the formal aspects: this sieve is made by a specialist appointed by the president of the Editorial Board. Failure to comply with the standards stipulated by the journal these manuscripts will be returned to the authors to make the corresponding adjustments.

In the second stage, the content and scientific contribution of the contribution is evaluated under the double-blind system (the referees do not know the identity of the contributors and vice versa), for which it is sent to two external peer reviewers. The opinion will be communicated to the author within a period of no more than 60 days. The opinion process requires anonymity at all times. If there are different opinions between the two reviewers, a third evaluator will be sought.

The editorial, the semblance and the historical article, are evaluated only by a member of the Editorial Board.

The article has three modes of evaluation:

- You are ready to publish.
- Some changes have to be made.
- Not recommended for publication.

Article writers can ask at any time about the arbitration process of their manuscript. The authors are informed by the Editorial Board of the decision taken by the evaluating peers. If observations are made, these should be evaluated by the writers, who will report within a period of no more than 30 days; after this lapse, the article will be considered as new in the waiting list.

The accepted and edited works are sent to the columnists for their review, these will be returned accompanied by a letter of agreement for publication in the respective issue of the magazine, within 30 days.

The opinions and data contained in this journal are the responsibility of the authors. If a work is accepted for publication, the rights of printing and reproduction by any means and means are from the journal.

Final process

Contributions that are approved for publication will go through the final editing process. The proofs of printing will be presented to the authors for the respective control. The changes that can be made will only be in correction of style, correction of English, but not of content. The proofs must be returned within a maximum period of seven days by the authors, or otherwise the final version will be accepted.

VOX JURIS 43 N° 2
Se diagramó en el
Fondo Editorial USMP
Jr. Las Calandrias 151-291, Santa Anita, Lima 43 -Perú
Correo electrónico: fondoeditorial@usmp.pe
Teléfono: (51-1) 362-0064 anexo: 3262
Enero 2025 Lima - Perú