

EDICIÓN DIGITAL

DESAFÍOS DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS ESPECIALIZADOS EN EL SIGLO XXI

III Congreso Internacional y Multicampus
de Investigación Socio Jurídica

(4 volúmenes)

Coordinadores:

Gino Ríos Patio

Renzo Espinoza Bonifaz

VOLUMEN III

► Nuevas tendencias de derecho y de la
reforma procesal.



Fondo
Editorial

**DESAFÍOS DE LOS SISTEMAS
JURÍDICOS ESPECIALIZADOS
EN EL SIGLO XXI**

III Congreso Internacional y Multicampus
de Investigación Socio Jurídica

VOLUMEN III

Lima - 2023



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

Fondo
Editorial

Facultad de Derecho

**DESAFÍOS DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS ESPECIALIZADOS
EN EL SIGLO XXI – 4 volúmenes
III Congreso Internacional y Multicampus de Investigación Socio Jurídica
VOLUMEN III**

© Universidad de San Martín de Porres – Fondo Editorial

Coordinadores de la publicación:

Gino Ríos Patio
Renzo Espinoza Bonifaz

Editado por:

Fondo Editorial USMP
Jr. Las Calandrias 151 - 291 Santa Anita, Lima - Perú
Correo electrónico: fondoeditorial@usmp.pe
Página web: www.usmp.edu.pe

Facultad de Derecho
Alameda del Corregidor 1531, La Molina

Editor General: Luis D. Suárez Berenguela – Fondo Editorial USMP
Diagramación y diseño de portada: Janeth Condori Castro - Fondo Editorial - USMP
Corrección de textos: los autores

Primera edición, setiembre 2023

Edición digital – 9 MB

Volumen I: 1.7 MB

Volumen II: 2.4 MB

Volumen III: 2.8 MB

Volumen IV: 2.1 MB

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2023-08754

ISBN N°: 978-612-4460-57-9

Esta publicación puede ser compartida y reutilizada para fines no comerciales debiendo siempre mencionarse el autor del artículo citado y la fuente como:
Ponencia del III Congreso Internacional y Multicampus de Investigación Socio Jurídica – Fondo Editorial USMP.

ISBN: 978-612-4460-57-9



PRESENTACIÓN

La Red Interdisciplinaria Iberoamericana de Investigadores e Investigadoras Nodo Socio Jurídico, conformada por 19 universidades de la región indoamericana, en cumplimiento de sus fines de fomento, promoción y difusión del conocimiento generado por la investigación, encargó a la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres la organización y realización del III Congreso Internacional y Multicampus de Investigación Socio Jurídica, denominado “Desafíos de los sistemas jurídicos especializados en el Siglo XXI”, el mismo que se desarrolló de manera virtual del lunes 21 al viernes 25 de noviembre de 2022.

El mencionado evento académico internacional tuvo como objetivo propiciar un espacio de apropiación social del conocimiento desde las distintas especialidades del derecho, con un enfoque dialógico, analítico, crítico y propositivo sobre aspectos de la realidad jurídica internacional de manera transversal, para lo cual se organizó en las mesas temáticas identificadas con las líneas de investigación de la universidad, que se indican a continuación: 1) Sistema penal, problemática criminológica y política pública de seguridad ciudadana 2) Sistema jurídico civil patrimonial y extrapatrimonial 3) Fenomenología jurídica de las corporaciones y personas jurídicas, problemática jurídica de los sistemas regulatorios de servicios públicos, defensa del consumidor, libre competencia y propiedad intelectual 4) Vigencia de derechos humanos y problemática jurídica de la gestión pública 5) Nuevas tendencias del derecho y de la reforma procesal 6) Reforma política y de la estructura del Estado en el Régimen Constitucional y 7) Desarrollo sostenible, medio ambiente, recursos naturales y energéticos.

Con legítima satisfacción, este libro reúne las 59 ponencias presentadas por los profesores y estudiantes de las universidades adscritas a la Red, las cuales contienen los respectivos trabajos de investigación realizados en las diferentes especialidades jurídicas, siendo importante destacar la gran cantidad de éstas que marcan un hito en la participación en los tres congresos realizados hasta la fecha, así como la importancia que tienen para el esclarecimiento de los problemas que abordan.

Dada la cantidad y diversidad temática de las ponencias, se encargó indiscriminadamente a profesores de las mismas especialidades de las universidades adscritas que revisen externamente las contribuciones

académicas, con la finalidad de que la publicación de este compendio exhiba valor documental investigativo.

A la vista de los elocuentes resultados, la divulgación que hace la Universidad de San Martín de Porres de las investigaciones realizadas cumple con resaltar el cumplimiento de los objetivos institucionales de la Red Interdisciplinaria Iberoamericana de Investigadores e Investigadoras Nodo Socio Jurídico y se muestra complacida con haber organizado el importante evento internacional de investigación socio jurídico que tanta falta hace en nuestra región.

Dr. Dr. Dr. H. c. mult. Gino Ríos Patio
Coordinador de la Universidad de San Martín de Porres
ante la Red Interdisciplinaria Iberoamericana de
Investigadores e Investigadoras
Nodo Socio Jurídico

ÍNDICE GENERAL

VOLUMEN I

CAPÍTULO I

Sistema penal, problemática criminológica y política pública de seguridad ciudadana

- › Breve análisis del delito de trata de personas.
- › Cibercrimen: Un breve análisis a los ciberdelitos sexuales que se pueden cometer a través de Facebook.
- › Reinserción social como finalidad del sistema penitenciario internacional y su influencia en México.
- › Revisión de la política pública de prevención del delito de feminicidio en Jalisco.
- › La ejecución de los delitos monetarios a través de las organizaciones criminales. Aspectos normativos problemáticos para establecer los tipos penales aplicables y la pena.
- › La legítima defensa en los casos de violencia familiar.
- › Valoración de la credibilidad del testimonio en el sistema penal acusatorio en medio de la virtualidad. Una aproximación a la determinación de autoría y participación.

CAPÍTULO II

Sistema jurídico civil patrimonial y extrapatrimonial

- › Aplicabilidad del Síndrome de Alienación Parental en los procesos de custodia y visitas de los niños, niñas y adolescentes en la Ciudad de Ibagué.
- › Teoría de la imprevisión en tiempos de pandemia. Sus afectaciones en los contratos de arrendamiento de negocios no esenciales.

CAPÍTULO III

Fenomenología jurídica de las corporaciones y personas jurídicas, problemática jurídica de los sistemas regulatorios de servicios públicos, defensa del consumidor, libre competencia y propiedad intelectual

- › Análisis Regional: La protección de los usuarios en los servicios públicos de telecomunicaciones.

VOLUMEN II

CAPÍTULO IV

Vigencia de derechos humanos, y problemática jurídica de la gestión pública

- › Subsistencia para acreedores alimentarios. Estudio en el XII Partido Judicial del Estado de Jalisco.
- › Derechos humanos de los menores de edad en los procesos de mediación familiar. Estudio en la región sierra de Amula, Jalisco.
- › La vulnerabilidad de los pueblos originarios ante el cambio climático y políticas públicas desarticuladas. Caso de la comunidad comerciante wixárika en la Zona Metropolitana de Guadalajara.
- › El enfoque basado en los Derechos Humanos en la gestión pública del Perú, en tiempos de elecciones municipales y regionales 2022.
- › El acceso a Internet: Un derecho fundamental para la sociedad del Siglo XXI.
- › Migración, variables que ocasionan este fenómeno y las medidas de restricción y regulación para controlar el tráfico de personas, maltrato y vejaciones a los derechos humanos.
- › Participación ciudadana en el marco de la gobernanza y el derecho humano a un buen gobierno en México.
- › Necesidad de reformar los planes de estudio como medio de defensa a los derechos humanos de las niñas y adolescentes en México como una cultura de auto cuidado.
- › Núcleo esencial de los derechos fundamentales.
- › Cultura de legalidad de servidores públicos de Zapotlán el Grande, Jalisco dentro del derecho a la buena administración.
- › Las artesanías y su verdadero valor olvidado en la ciudad de Ibagué, Colombia.
- › El derecho a la nacionalidad de niños y niñas, hijos de migrantes venezolanos: ¿Protección eficaz del Estado?
- › Datos personales de los usuarios de plataformas digitales y sus mecanismos de protección en México.
- › La eutanasia legal e ilegal: Una controversia sin igual.
- › Elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado. Estudio de caso en México.
- › El impacto social-económico del endeudamiento del crédito educativo en el derecho fundamental de elegir profesión libremente.
- › Análisis de los factores para el desarrollo de normativa correspondiente a la ciber-violación de la intimidad sexual.
- › El derecho fundamental al voto de las fuerzas militares en Colombia.
- › El Derecho a la libertad de culto es una realidad.
- › El papel de los organismos de control en la problemática de la vía Curos- Málaga, Colombia.

CAPÍTULO V

Nuevas tendencias del derecho y de la reforma procesal

- › Los estados financieros como medios probatorios en el derecho procesal peruano.
- › Justicia laboral en el circuito judicial de Ibagué en tiempos de pandemia.
- › La consulta prejudicial en la Corte Centroamericana de Justicia y el juez nacional en la aplicación del derecho comunitario en el SICA.
- › Análisis sobre la causal excepcional en el recurso de casación para que la Corte Suprema revalore pruebas.
- › Implicaciones jurídicas de la categoría “NB” en el DNI de Colombia: Un análisis de derecho comparado.
- › Ecosistemas constitucionales: De la exclusión a la pluralidad en el proceso de interpretación constitucional en Colombia.
- › La interpretación evolutiva como mecanismo de reforma constitucional o como mecanismo de eficiencia de la misma.
- › La incorporación de la perspectiva de género como criterio objetivo para la valoración de la prueba en los delitos de género de Perú.
- › Desequilibrio entre los principios del sistema de justicia: Interés Superior del Niño, Niña y Adolescentes, Género y Presunción de Inocencia.
- › Eficacia de la mediación electrónica en los acuerdos de transacción internacional: Costa Rica y Colombia.
- › Desarrollo procesal del preacuerdo frente a los tipos penales de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual en menores de edad.
- › Criterios judiciales para aplicar justicia con enfoque de género. Especial referencia al derecho de El Salvador.
- › Garantías laborales de las trabajadoras sexuales en Colombia: Prostitución y modelaje *webcam*.
- › Sistema de constitucionalismo procesal débil y la protección de los derechos fundamentales.
- › Consideraciones en torno a los derechos humanos de cuarta generación en la justicia digital colombiana.
- › Matrimonio por tiempo determinado como garantía de acceso a la justicia y al libre desarrollo de la personalidad.
- › La importancia del sector privado como potencializador de la sustentabilidad para la consecución de los ODS en México.
- › Control de convencionalidad de órganos administrativos y sus límites constitucionales en el Perú.

VOLUMEN IV

CAPÍTULO VI

Reforma política y de la estructura del Estado en el Régimen Constitucional

- › El abstencionismo electoral no es un derecho.
- › Revocación de mandato: De la democracia participativa a la democracia deliberativa.
- › Revocación de mandato: Retos y perspectivas en México.

CAPÍTULO VII

Desarrollo sostenible, medio ambiente, recursos naturales

- › Percepción socio jurídica sobre la extracción de petróleo mediante el *fracking*: Caso Puerto Wilches.
- › Del “ego” al “eco” en la ciencia política y jurídica: La filosofía (jurídica) bio-ecocentrista como principio constitucional.
- › Nubes de espuma en Colombia: Una vista socio jurídica.
- › Protección internacional al derecho humano al medio ambiente: A propósito de la necesaria participación y representación de las comunidades indígenas en México y Colombia.
- › Las políticas públicas en materia de protección de fuentes hídricas vs. Ciénega Juan Esteban.
- › ¿Tiene el Perú un modelo de desarrollo económico sostenible?
- › El cambio climático frente a los desafíos del comercio internacional. Una reflexión desde la perspectiva jurídica.
- › Los efectos jurídico-vinculantes de la consulta previa sobre proyectos medio ambientales.

ÍNDICE - VOLUMEN III

CAPÍTULO V

Nuevas tendencias del derecho y de la reforma procesal

Los estados financieros como medios probatorios en el derecho procesal peruano	363
Justicia laboral en el circuito judicial de Ibagué en tiempos de pandemia	375
La consulta prejudicial en la Corte Centroamericana de justicia, y el juez nacional en la aplicación del derecho comunitario en el SICA.....	388
Análisis sobre la causal excepcional en el recurso de casación para que la Corte Suprema revalore pruebas.....	404
Implicaciones jurídicas de la categoría “NB” en el documento nacional de identidad (DNI) de Colombia: Un análisis de derecho comparado	410
Ecosistemas constitucionales: De la exclusión a la pluralidad en el proceso de interpretación constitucional en Colombia	424
La interpretación evolutiva como mecanismo de reforma constitucional o como mecanismo de eficiencia de la misma	438
La incorporación de la perspectiva de género como criterio objetivo para la valoración de la prueba en los delitos de género de Perú.....	465
Desequilibrio entre los principios del sistema de justicia “Interés superior del niño, niña y adolescentes, género, presunción de inocencia”	476
Eficacia de la mediación electrónica en los acuerdos de transacción internacional: Costa Rica y Colombia.....	489
Desarrollo procesal del preacuerdo frente a los tipos penales de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en menores de edad.....	501
Criterios judiciales para aplicar justicia con enfoque de género. Especial referencia al derecho de El Salvador.....	509
Garantías laborales de las trabajadoras sexuales en Colombia: Prostitución y modelaje <i>webcam</i>	533

Sistema de constitucionalismo procesal débil y la protección de los derechos fundamentales	543
Consideraciones en torno a los derechos humanos de cuarta generación en la justicia digital colombiana	555
Matrimonio por tiempo determinado como garantía de acceso a la justicia y al libre desarrollo de la personalidad	568
La importancia del sector privado como potencializador de la sustentabilidad para la consecución de los ODS en México	578
Control de convencionalidad de organos administrativos y sus límites constitucionales en el Perú	590

CAPÍTULO V

**Nuevas tendencias del derecho y
de la reforma procesal**

LOS ESTADOS FINANCIEROS COMO MEDIOS PROBATORIOS EN EL DERECHO PROCESAL PERUANO

Alicia Liceth Miñano Donayre
Universidad de San Martín de Porres
Perú
lminano@glf.com.pe
ORCID: 0000-0002-1976-2967

RESUMEN

Los estados financieros (EEFF) son los principales instrumentos que utiliza la contabilidad para mostrar, de manera organizada y resumida, información sobre hechos económicos (comprobantes de pago, contratos, actas, entre otros documentos) que tienen lugar en una entidad durante un período determinado. Los EEFF pueden constituir, además, los medios probatorios que pueden sustentar los argumentos de defensa del abogado para con su patrocinado, pues aquel es el experto en el estudio de documentos sobre obligaciones. De esta manera, se pone en evidencia la conexión de los EEFF con el derecho procesal.

Por otra parte, los EEFF son un ámbito poco explorado por la parte jurídica, aunque en algunos países del continente y de Europa se escuchan algunas voces que los rotulan como un nuevo campo capaz de aportar medios probatorios precisos para la actividad procesal, denominados *prueba contable*.

La presente investigación, enfocada en personas que utilizan los EEFF, considerados ajenos al sistema financiero, tiene el objetivo de mostrar la forma de utilizarse los estados financieros como medios probatorios dentro de un proceso, así como también comprobar en qué medida se estarían utilizando en la Corte Superior de Lima en los procesos de obligación de dar una suma de dinero.

La metodología utilizada es cualitativa, es decir, comprende análisis de casos, análisis de contenido, una encuesta y una entrevista profunda. Los resultados y las conclusiones expuestos fueron obtenidos hasta la fecha de presentación de la ponencia.

Palabras clave: estados financieros, contabilidad, balance general, estado de ganancias y pérdidas, medios probatorios, proceso judicial.

ABSTRACT

Financial statements (FS) are the main instruments used by accounting to show, in an organized and summarized way, information on economic events (payment vouchers, contracts, acts, among other

documents) that occur in an entity during a given period. FS can also be the evidence that can support the lawyer's defense arguments towards their sponsored, as they are the expert in the study of documents on obligations. In this way, the connection between FS and procedural law is shown.

Moreover, FS are a barely explored area by legal part, although in some countries, such as Spain, some voices label them as a new field capable of providing precise evidences for procedural activity, called as *accounting proof*.

The current research, focused on people who use FS, considered outside the financial system, aims to show how FS can be used as evidence within a process, as well as to verify to what extent they would be used in the Corte Superior of Lima within the processes of obligation to give a sum of money.

The methodology used is qualitative, that is, comprises case studies, content analysis, a survey and an in-depth interview. The results and conclusions to outline were obtained up to the date of presentation of the paper.

Keywords: financial statements, accounting, balance sheet, profit and loss statement, evidence, judicial process.

Sumario: I. Introducción. II. Derecho contable y procesal contable. III. Estados financieros como medios probatorios en el derecho procesal peruano. IV. Conclusiones. V. Fuentes de información.

INTRODUCCIÓN

Con la finalidad de examinar el mundo de los estados financieros (EEFF) como medios probatorios en el derecho procesal peruano, es necesario hacer un repaso por la contabilidad y el derecho para observar las implicancias y vinculaciones entre ambas que, a decir de algunos, darían origen a una nueva disciplina, denominada *derecho contable*, dentro de la cual surge el derecho procesal contable.

Los hechos económicos que le ocurren de manera paulatina a una entidad son registrados por la contabilidad a través de las técnicas y procedimientos establecidos en normas y reglamentos. En este contexto entra a tallar el derecho, que auxilia a la contabilidad en la creación de dichas normas y reglamentos, al mismo tiempo que la contabilidad lo retroalimenta permanentemente pues le exige generar nuevas normas o modificar las existentes, todo ello acorde al devenir económico-social.

El registro que hace la contabilidad se condensa en instrumentos llamados EEFF y son estos informes económicos los que nos brindan un resumen de todo lo acontecido en una entidad desde el punto de vista económico-financiero en un período determinado.

El devenir económico-social no solamente trae cambios o nuevas demandas en cuanto a la forma como satisfacemos nuestras necesidades, sino que también, producto de la interrelación de los entes, produce conflictos, divergencias o controversias, las cuales deben ser atendidas por la tutela jurisdiccional efectiva peruana.

Existe, por ello, la hipótesis de que probablemente los EEFF no estén siendo utilizados como medios probatorios en un proceso judicial o que, en todo caso, su empleo sea mínimo. Por ello, la presente investigación surge con el objetivo de profundizar y analizar su presencia o no en el derecho procesal peruano, mostrar cómo los EEFF pueden ser utilizados a modo de medios probatorios, establecer si existen limitaciones y determinar en qué medida se estarían utilizando en los juzgados comerciales de la Corte Superior de Lima para procesos de obligación de dar suma de dinero por cuantías desde 500 URP (Unidad de Referencia Procesal).

DERECHO CONTABLE Y PROCESAL CONTABLE

Algunos investigadores europeos, como Lopo (2021), manifiestan que «...la contabilidad no nace como una obligación impuesta por el Derecho, sino como una práctica espontánea del comerciante, dotada de relevancia jurídica, particularmente como medio de prueba» (p. 29), lo que muestra que la conexión entre la contabilidad y el derecho surge desde la antigüedad con hechos como, por ejemplo, el *Código de Hammurabi* (Lopo, 2021).

Además, por mucho tiempo, entre los siglos XIII y XIX, se señaló que la práctica contable era neutra y que solo se dedicaba a la observación y registro de los hechos económicos, pero desde hace aproximadamente cuarenta años, se ha empezado a analizar el asunto de otra manera. En tal sentido, surgieron voces desde Francia, como la de Favier (2010), que postulan al derecho contable como una nueva ciencia interdisciplinaria y autónoma. Por su parte, el investigador francés Colasse (2004) define que «... el derecho contable es el conjunto de normas más o menos coercitivas que rigen la producción, presentación y difusión de la información contable» (p. 2) y propone que sea estudiada de manera independiente a la contabilidad en un afán de ir a la par de los cambios y fenómenos económico-sociales (Colasse, 2004).

En esa misma perspectiva, en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la empresa, realizado en el año 2010 en Mar del Plata, Argentina, se profundizó en las diversas áreas que el derecho contable puede abarcar, entre las cuales se puede destacar «... el derecho procesal,

que comprende principalmente a la contabilidad como prueba en juicio y a su utilidad para cuantificar créditos y daños» (Favier, 2010, p. 16). La justificación para el surgimiento de este campo disciplinario radica en el hecho de que la naturaleza humana se caracteriza por el conflicto o las diferencias, las mismas que, muchas veces, necesitan ser resueltas a través de un tercero frente a quien habrá que probar las afirmaciones o alegaciones. Conforme a ello, la actividad contable, como testigo del ámbito patrimonial, se convierte en una gran fuente de medios probatorios.

Entonces, se puede afirmar que estamos asistiendo a un área del conocimiento en pleno desarrollo en todo el mundo. Así, en nuestro país, el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), citando al profesor Eduardo Cárdenas Saldarriaga, de la Universidad San Ignacio de Loyola, apunta a algo similar: «Así, la variedad y profusión de normas legales y administrativas en lo contable hacen necesario hallar la piedra de toque que permita mensurar, [sic.] a la contabilidad como especialización del derecho» (s. f.). Por su parte, Martínez (2017) señala que «... las Facultades de Economía y Empresa han obviado tradicionalmente el estudio de las implicaciones jurídicas de la contabilidad» (p. 2).

No obstante, lo dicho y en atención a la pretensión de la presente investigación, cabe señalar que interesa profundizar en el carácter de medio probatorio que puedan adquirir los EEFF en tanto informes económicos contables en los cuales se resume o encapsula el trabajo de contabilidad, es decir, que perennizan la vida económica de una entidad en un plazo determinado.

Al respecto, es pertinente recordar que el dato histórico y antecedente legislativo más relevante que tiene nuestro país es el Código de Comercio promulgado el 15 de febrero de 1902 y con vigencia desde el 1 de julio de 1902, cuyo artículo 33 señala los libros que debe llevar un comerciante, en tanto que el artículo 37 expresa sobre el contenido del libro de inventarios y balances y el artículo 48¹ considera las reglas para graduar la fuerza probatoria de los libros de los comerciantes.

Se puede apreciar que el artículo 48 del Código de Comercio peruano, aún vigente, es el antecedente normativo más antiguo de nuestra legislación sobre la utilización de los EEFF como medios probatorios en un

1) Si libros de los comerciantes probarán contra ellos, sin admitirles prueba en contrario; pero el adversario no podrá aceptar los asientos que le sean favorables y desechar los que le perjudiquen, sino que, habiendo aceptado este medio de prueba, quedará sujeto al resultado, que arrojen en su conjunto, tomando en igual consideración los asientos relativos a la cuestión litigiosa.

2) Si en los asientos de los libros llevados por dos comerciantes no hubiere conformidad, y los del uno se hubieren llevado con todas las formalidades expresadas en esta sección, y los del otro adolecieren de cualquier defecto o carecieren de los requisitos exigidos por este Código, los asientos de los libros en regla harán fe contra los defectuosos, a no demostrarse lo contrario por medio de otras pruebas admisibles en derecho.

3) Si uno de los comerciantes no presentare sus libros, o manifestare no tenerlos, harán fe contra él, los de su adversario, llevados con todas las formalidades legales, a no demostrar

proceso legal. Este artículo indica someramente las condiciones para su aplicación y valor probatorio cuando sean revisados por las autoridades. Así también, es menester presentar algunos de los artículos del acotado código vinculados a la sección III, referida a los libros y la contabilidad del comercio: 34, 35, 38, 39, 43, 44, 47 y 49.

Ahora bien, si la fuerza probatoria de los libros de inventarios y balances, como se les llamó en ese momento (1902), ya fueron estipulados en el Código de Comercio, aún vigente, ¿a qué se debe la necesidad actual de examinar el tema? Desde el siglo pasado, no se ha atendido la actualización de esta norma pese a que en muchas comisiones del congreso se pretendió la emisión de un nuevo código o también llamado por algunos como Ley Marco del Empresariado (Beaumont Callirgos, 2010). Además, a pesar de su prolongada vigencia, ha caído en desuso o ha tenido desfases por la dación de otras normas, por lo cual es necesaria su modernización a través de una propuesta que pueda recoger los cambios de la actividad comercial actual y normas contables² y, específicamente, en el tema que convoca esta exposición: encontrar el punto de coincidencia o norma de base que nos ayude a definir tanto la calidad o condición de medio probatorio de los EEFF como su valoración en juicio.

Ha corrido mucha agua bajo el puente y se sostiene que, debido a la segmentación del derecho mercantil juntamente con la dación de la Ley General de Sociedades³ - Ley n° 26887 (1997) y otras normas relacionadas, se deja de percibir la contabilidad como un factor común a todas las modalidades de realización de actos de comercio o intercambio comercial entre las partes. Más aún, la propia normativa contable y sus órganos rectores no han abordado el tema de manera interdisciplinaria con el derecho, razón por la cual la conjetura de que es poco probable que se utilicen los EEFF como medios probatorios en un proceso legal cobra mayor portento.

Donde sí encontramos un tratamiento común es en el Código Tributario peruano (Decreto Supremo n.º 133-2013-EF, publicado: 22-06-2013), cuyo artículo 60 nos habla sobre la obligación tributaria y su determinación por el acto de declaración del deudor tributario (que puede ser cualquier persona, natural o jurídica, generadora de renta), acto sobre el cual rigen las normas

que la carencia de dichos libros precede de fuerza mayor; salvo siempre la prueba contra los asientos exhibidos, por otros medios admisibles en juicio.

4) Si los libros de los comerciantes tuvieren todos los requisitos legales y fueren contradictorios, el juez o tribunal juzgará por las demás probanzas, calificándolas según las reglas generales del derecho (Código de Comercio, 1902, artículo 48).

2 Principios de contabilidad generalmente aceptados. Plan contable general empresarial.

3 Artículo 223.- Preparación y presentación de estados financieros
Los estados financieros se preparan y presentan de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia y con principios de contabilidad generalmente aceptados en el país.
Disposiciones Finales, cuarta. - Definición de Estados Financieros
Para efectos de la presente ley se entenderá por Estados Financieros: el balance general y el estado de ganancias y pérdidas.

contables. Asimismo, el artículo 177 enumera las infracciones relacionadas con las obligaciones de permitir el control de la administración e informar y comparecer ante la autoridad fiscal, por ejemplo, en sus numerales 8 y 9:

8. Autorizar estados financieros, declaraciones, documentos u otras informaciones exhibidas o presentadas a la Administración Tributaria conteniendo información no conforme a la realidad, o autorizar balances anuales sin haber cerrado los libros de contabilidad.
9. Presentar los estados financieros o declaraciones sin haber cerrado los libros contables.

Como se puede notar, cualquier actividad generadora de renta está obligada, por ley, a ser declarada y, en más de los casos, a llevar una contabilidad acorde a las normas vigentes sobre la materia. Ello lleva a identificar un punto de convergencia para todas las modalidades empresariales, ya sean públicas o privadas, en donde está siempre presente la contabilidad a través de los EEFF como instrumentos declarativos sobre la actividad económico-comercial que puedan realizar y, conjuntamente, la capacidad revisora de la autoridad fiscal por los intereses contrapuestos entre su figura y el declarante.

El ámbito de los EEFF es importante porque tiene una doble implicancia para el tema abordado: por un lado, la obligatoriedad de llevar una contabilidad con fines fiscales y, por el otro lado, la observancia de las normas contables en las declaraciones juradas que podría tener, según el Código de Comercio, una connotación probatoria. Así lo señala también la División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica sobre la prueba documental, a través del autor Rocco (2018): «Los libros y demás papeles de contabilidad de las empresas sujetas a registro... hacen prueba contra el empresario; sin embargo, quien quiera sacar ventaja de ello, no puede dividir su contenido» (p. 468). En atención a ello, es conveniente resaltar aún más la necesidad de contar con un instrumento que pueda desarrollar lo que se llamaría la teoría general de la prueba contable y el derecho procesal contable.

ESTADOS FINANCIEROS COMO MEDIOS PROBATORIOS EN EL DERECHO PROCESAL PERUANO

En el presente apartado, se presentan, en dos casos prácticos, la manera como los EEFF o parte de estos podrían servir como medios probatorios para generar convicción en el magistrado a cargo de resolver una controversia que acude a tutela jurisdiccional.

Caso procesal civil

Expediente n.º 06154-2018-0-0903-JP-CI-01 de la Corte Superior de Lima Norte, en el cual se demanda la obligación de dar una suma de dinero por el importe de 22,668.91 dólares americanos. La empresa

demandada contesta solicitando la compensación de la deuda en mérito a que la empresa demandante registra también una cuenta por pagar en favor del demandado por el importe de 20,690.65 dólares americanos y, al haber efectuado el pago de las detracciones correspondientes a las facturas puestas a cobro, quedaría un saldo en su favor de 288.73 dólares americanos. En función de ello y luego de agotadas las etapas del proceso, el juez declara que no procede realizar la compensación en los siguientes términos:

En este contexto, es preciso indicar que para que opere la compensación es preciso que las obligaciones sean recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas. En el caso en concreto, la demandante al absolver el escrito de contestación a la demanda sostiene, básicamente, que la acreencia alegada por la emplazada no cumple con los supuestos antes aludidos; y que el pago no se ha exigido en la forma que prevé la ley, dado que al tratarse de un pago pecuniario es preciso que se lleve a cabo el procedimiento de conciliación extrajudicial.

Ahora bien, en el caso en concreto, se tiene que, si bien la demandada ha presentado a folios 71 y 72, las Facturas N° 000884 y 0 001817, por la suma total de US\$. 20,690.65; no obstante, dichas documentales son valoradas con reserva por la juzgadora debido a que constituyen documentos de parte, carentes de mérito ejecutivo, no corroborados con otro medio probatorio que permita establecer la exigibilidad de la acreencia que se alega; siendo ello así y estando a que las facturas presentadas por la emplazada no acreditan por sí solas la existencia de la obligación de pago a cargo de la accionante no es posible efectuar la compensación que se pretende hacer valer en el presente proceso, pues al carecer éstas de mérito ejecutivo es necesario que se acredite la relación causal que dio mérito a la emisión de las aludidas facturas, supuesto que no ha ocurrido en el caso de autos, por lo que, queda a salvo el derecho de la emplazada para efectuarlo con arreglo a ley. (Expediente n.° 06154-2018-0-0903-JP-CI-01)

No obstante, lo mencionado, es preciso citar la casación n.° 2842-2008-Lima, que nos ofrece una noción sobre la compensación:

La compensación es uno de los medios extintivos de las obligaciones, la doctrina autorizada señala al respecto que cuando una persona es deudora y acreedora a un mismo tiempo de otra, pone por así decirlo en los platillos de la balanza, en uno la deuda y en otro el crédito y los encuentra de igual peso, ofrece a la parte contraria o pide al Juez considere ambos extinguidos, el uno con el otro, en virtud de la compensación.

Como puede desprenderse de lo referido, el pronunciamiento del juez resulta inverosímil, ya que tanto este como el demandado podrían haber pedido y ofrecido respectivamente el estado financiero denominado balance general, donde se puede encontrar el registro de cuentas por

pagar del demandante, que puede verificarse contablemente y que consignan datos como a nombre de quién están, por qué monto y qué concepto. De igual modo, y para que no queden dudas, se puede solicitar a la empresa demandada que muestre el registro de cuentas por cobrar de su balance general con los sustentos correspondientes sobre la cuenta por cobrar que mantiene pendiente de pago la empresa demandante. Sin embargo, nada de esta información fue ofrecida por las partes y tampoco solicitada por el juez.

En consecuencia, se ha extendido el tiempo innecesariamente para resolver la controversia y no se ha logrado generar convicción en el juez para la toma de decisiones, lo que genera en las partes una sensación de que el sistema de justicia es ineficiente. En ese sentido, la alternativa planteada sobre utilizar, como medio probatorio, el estado financiero llamado balance general para verificar específicamente las cuentas por cobrar y por pagar de las partes hubiera sido una solución infalible, indubitable y rápida para resolver la controversia, ya que ambas cuentas cumplieran con los requisitos del artículo 1288 del código civil sobre la compensación, es decir, obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles, de prestaciones fungibles y homogéneas.

Caso procesal penal

Expediente n.º 03988-2019-0-1801-JR-PE-22-22 del Vigésimo Segundo Juzgado Penal con Reos Libres de Lima, por el delito de fraude en la administración de personas jurídicas o administración fraudulenta, específicamente por los actos comprendidos en los siguientes incisos:

6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.
7. Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica.
8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica. (Código Penal, artículo 198).

En el presente caso, el denunciante es una persona jurídica de tipo sociedad anónima cerrada (SAC) que denuncia a su gerente general por haberse aprovechado de que la junta general de accionistas de la empresa se encontraba fuera del país para realizar algunos actos y tomar decisiones sobre las actividades económicas y de gobierno de la empresa sin estar facultada para ello. La denuncia, que se resume, señala lo siguiente:

La gerente general de la SAC con apoyo de su pareja sentimental, habrían realizado malos manejos, intentando liquidar a la empresa del mercado, para lo cual habrían cometido varios delitos, como el de fraude en la administración de personas jurídicas, falsificación

de documentos en general, entre otros, por lo que el agraviado pidió se investigue y determine las responsabilidades a que hubiere lugar, por los nexos con dichos delitos a través de varios hechos: i) El haber presentado una denuncia a la Municipalidad Distrital de San Isidro para que la licencia de funcionamiento sea retirada; ii) La desactivación del Ruc (Registro Único de Contribuyente); iii) La propalación de información de desprestigio sobre la SAC en redes sociales; iv) El manejo inadecuado de recursos económicos, por los gastos excesivos en la remodelación de oficina; v) el no informar sobre gastos, préstamos, decisiones e intereses personales incompatibles con su función a la Junta General de Accionistas, así como, vi) la intención de convertir fraudulentamente su tienda de venta de productos naturistas en una sociedad anónima cerrada con el mismo objeto social que su empleador, cuando aún se encontraba laborando para la SAC agraviada; vii) y finalmente a través del pedido de cancelación de 4 registros sanitarios a La Dirección General de Salud Ambiental e Inocuidad Alimentaria – DIGESA. (Expediente n.º 03988-2019-0-1801-JR-PE-22-22).

La denuncia fue archivada hasta en dos oportunidades, ya que la denunciada indicaba que ella había pedido la desactivación del RUC de la licencia de funcionamiento y registros sanitarios debido a que, según su razonamiento, era lo mejor para la empresa para la cual prestaba servicios y porque tenía sospechas de lavado de activos, pues durante el año que se encontraba laborando como gerente general no se habían registrado ventas dentro de la SAC. Asimismo, indicó que su pareja sentimental nunca había participado bajo ningún cargo dentro de la SAC y, sobre los préstamos a la persona jurídica, de igual modo declaró que era un favor que ella, de manera personal, se encontraba realizando para beneficio de la empresa, al igual que todos los gastos efectuados por remodelaciones.

Aunque parezca paradójico, en este caso tampoco se utilizaron ni se ofrecieron los EEFF, los que, según se desarrolla en la presente investigación, hubieran servido, en primer término, como fuente y, seguidamente, como medios probatorios que sustenten o descarten las afirmaciones realizadas por las partes.

En una auditoría posterior, se encontraron algunos aspectos que fueron motivo de recurso de revisión; por ejemplo, la denunciada afirmó que su pareja sentimental nunca había participado en ningún cargo dentro de la empresa. Sin embargo, en el apartado de cuentas por pagar del balance general, se llegaron a encontrar recibos por honorarios de su pareja sentimental, así como diversos documentos de cargo sobre recepción y entrega de enseres y mercadería por parte de dicha persona a la empresa y sus proveedores.

Del mismo modo, nunca se verificaron los préstamos personales que la misma denunciada manifestó haber realizado en favor de la SAC ni el tratamiento contable y tributario que se dio a dichos préstamos. De haberse considerado el apartado de cuentas por cobrar del balance general, se habría podido descartar si es cierto o no que fueron en beneficio de la persona jurídica o si efectivamente existieron.

Por otro lado, tampoco se requirió el estado de ganancias y pérdidas para verificar que efectivamente la denunciada había laborado para la empresa agraviada en el año mencionado, que no se habrían realizado ventas y, más aún, si las sospechas de lavado de activos eran fundadas o infundadas. Entonces, la comprobación de los hechos habría sido posible si tanto las partes como el juez hubiesen acudido a los EEFF de balance general, específicamente al estado de ganancias y pérdidas en este caso, para demostrar si hubo ventas o no, si existieron tales créditos y los supuestos gastos de remodelación, así como también si los registros sanitarios formaban parte de los activos intangibles de la empresa. En cambio, con esa falta de solicitud de los EEFF, se generó un retraso innecesario y la sensación nuevamente de desconfianza en el sistema de justicia por las limitaciones en la profundidad de las investigaciones y por la desatención a medios probatorios existentes para validar o desvirtuar una determinada afirmación de las partes o una imputación de cargos para las diversas actividades comerciales que se despliegan en nuestro país.

CONCLUSIONES

Conforme a las investigaciones y hallazgos examinados hasta el momento, se puede colegir que cada vez más países están de acuerdo con la necesidad de crear el derecho contable como una nueva ciencia interdisciplinaria y autónoma que coadyuve en la gestión y modernización de normas contables acordes al devenir económico y social; en otras palabras, «*Deuxièmement, il y a nécessité d'enseigner la comptabilité comme une discipline de modélisation et d'interprétation de la vie économique et pas simplement comme une discipline de constat et d'enregistrement* [Como una disciplina para modelar e interpretar la vida económica y no simplemente como una disciplina para observar y registrar]» (Colasse, 2004, p. 11).

El discurrir de las actividades económico-comerciales puede ser causante de conflictos que demandan la intervención de un tercero como autoridad que apoye en la solución de una determinada controversia, la cual será resuelta principalmente a través de medios probatorios que generen convicción en el tomador de decisiones. Una fuente de medios probatorios (extraproceso) y de posteriores medios probatorios (intraproceso) lo constituye la contabilidad a través de sus EEFF, presentes en cualquier modalidad comercial o empresarial público o privada.

Con el fin de ahondar en la determinación de la condición de medio probatorio y en la valoración en juicio de los EEFF, es menester proponer actualmente el desarrollo de la teoría de la prueba contable en el marco del derecho procesal contable peruano, ya que luego de los siglos XIII y XIX, se emprendió como dice Cuesta Rute (1973), la dulcificación régimen legal de los EEFF restándoles significado a las reglas sobre la prueba de estos instrumentos⁴.

De acuerdo con los dos casos analizados, provenientes de los ámbitos procesal civil y penal, ha quedado demostrado lo valioso que resultaría emplear los estados financieros como medios probatorios para generar convicción en la autoridad decisora y garantizar el derecho de defensa de las partes, puesto que aportarían claridad y rapidez en la solución en las controversias donde los justiciables utilizan estados financieros.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros y revistas

- [Ministerio de Economía y Finanzas (2019)]. *Plan contable general empresarial. Modificado 2019*. <https://bit.ly/3SA3FDG>
- Beaumont Callirgos, R. (2010). El código de comercio de 1902 y el proyecto de ley marco del empresariado aprobado por la Comisión de Justicia del Congreso de la República. *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*, 3(8), 127-160.
- Cárdenas Saldarriaga, E. (s. f.) *Derecho Contable en Perú ¿El Reto?* Ministerio de Economía y Finanzas. <https://bit.ly/3yb8jjv>
- Colasse, B. (16 de setiembre de 2004). L'évolution récente du droit comptable. *Jornada L'actualité comptable 2004*. ENS de cachan, Gif-sur-Yvette, Francia.
- Cuesta Rute, J. de la M. (1973). La contabilidad en el código de comercio. *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, II(4), 327-374.
- División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica (2018). *La prueba documental en el proceso civil*. Gaceta Jurídica.
- Elías Laroza, E. (1999). *Derecho societario peruano*. Normas Legales.
- Favier Dubois, E. M. (P) y Favier Dubois, E. M. (H) (2010). El derecho contable como nueva ciencia interdisciplinaria y autónoma. En Congreso Argentino de Derecho Societario y Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. *XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa* (pp. 1-18). Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.

⁴ La dulcificación del régimen legal operó como una señal para que, a partir de ese momento, se emprendiera una marcha inexorable tanto de la doctrina como de la jurisprudencia en el sentido de rebajar al máximo el significado que las reglas materiales sobre la prueba de libros pudieran tener. (Cuesta Rute, 1973, p.360)

Lopo Martínez, A. (2021). *Prueba Contable en el Derecho Tributario* [Tesis de doctorado, Universidad de Salamanca]. <https://bit.ly/3rqCiA9>

Martínez, A. G. (2017). *Curso de contabilidad para juristas*. (2.^a edición). Instituto Iberoamericano de DSerecho y Finanzas.

Documentos legales

Código de comercio. 15 de febrero de 1902 (Perú).

Congreso Constituyente Democrático (2016). *Constitución Política del Perú. Promulgada el 29 de diciembre de 1993*. Fondo Editorial del Congreso de la República.

Decreto Legislativo n.º 295. Código civil. 24 de julio de 1984.

Decreto legislativo n.º 635. Código penal. 3 d abril de 1991.

Decreto Legislativo n.º 768. Código procesal civil. 29 de febrero de 1992.

Decreto Legislativo n.º 957. Nuevo código procesal penal. 22 de julio de 2004.

Decreto Ley n.º 21621. Ley de la empresa individual de responsabilidad limitada. 14 de setiembre de 1976.

Decreto Supremo n.º 133-2013-EF. Código Tributario peruano. 21 de junio de 2013.

Ley n.º 26887. Ley general de sociedades. 9 de diciembre de 1997.

Resolución n.º 059-2015-EF/30 [Consejo Normativo de Contabilidad]. Que oficializa el set completo de normas contenido en la versión 2015 de las Normas Internacionales de la Información Financiera y el marco conceptual para su utilización en el país. 7 de agosto de 2015.

Jurisprudencia

Casación n.º 2842-2008 [Poder Judicial]. Obligación de dar suma de dinero. 15 de julio de 2009.

Expediente n.º 00009-2014-PI/TC [Tribunal Constitucional]. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley n.º 29720, que promueve las emisiones de valores mobiliarios y fortalece el mercado de capitales. 4 de marzo de 2016

JUSTICIA LABORAL EN EL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Ana María Gómez España
Universidad Cooperativa de Colombia
Colombia
ana.gomez@campusucc.edu.co

Ingrid Daniela Zúñiga Mosquera
Universidad Cooperativa de Colombia
Colombia

RESUMEN

En atención a la pandemia por coronavirus Covid-19, el Consejo Superior de la Judicatura adoptó medidas transitorias para contenerla y el Gobierno Nacional expidió el Decreto 806 del 4 de junio de 2020, cambiando drásticamente la manera de administrar justicia a través de la virtualidad.

Por las dificultades evidenciadas, surgió la necesidad de estudiar si esas medidas ¿incidieron en el derecho al acceso efectivo a la administración de justicia en materia laboral en el Circuito Judicial de Ibagué?

La investigación tiene como propósito determinar el impacto de aquellas decisiones en la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, partiendo desde su concepto e identificando las barreras de acceso a la justicia.

La metodología por emplear en esta investigación es de corte socio jurídico, partiendo del análisis jurídico sobre la normatividad, jurisprudencia y doctrina relacionada, enriquecido y complementado con técnicas de investigación social cualitativas y cuantitativas; la primera, a partir de entrevista semiestructurada de referencia, dirigida a funcionarios de la administración de justicia; y, la segunda, a través de encuesta de satisfacción dirigida a los usuarios.

Inicialmente la hipótesis planteada estaba dirigida a que las limitaciones en las herramientas, conocimiento y acceso al Internet en Colombia, y más precisamente en el circuito judicial de Ibagué, hacían casi imposible garantizar la igualdad en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en materia laboral, sin embargo, con el desarrollo de la investigación, se evidencia que el uso de las TIC ha sido efectivo para la protección del referido derecho.

Palabras clave: Acceso a la justicia laboral, pandemia Covid-19, virtualidad, administración de justicia.

ABSTRACT

In response to the Covid-19 coronavirus pandemic, the Superior Council of the Judiciary adopted transitory measures to contain it and the

National Government issued Decree 806 of June 4, 2020, drastically changing the way of administering justice through virtuality.

Due to the difficulties evidenced, the need arose to study whether these measures had an impact on the right to effective access to the administration of justice in labor matters in the Judicial Circuit of Ibagué?

The purpose of the research is to determine the impact of those decisions on the effectiveness of the right to effective jurisdictional protection, starting from its concept and identifying the barriers to access to justice.

The methodology to be used in this research is socio-legal, based on the legal analysis of regulations, jurisprudence and related doctrine, enriched and complemented with qualitative and quantitative social research techniques; the first, based on a semi-structured reference interview, addressed to justice administration officials; and, the second, through a satisfaction survey aimed at users.

Initially, the proposed hypothesis was aimed at the fact that the limitations in the tools, knowledge and access to the Internet in Colombia, and more precisely in the Judicial Circuit of Ibagué, made it almost impossible to guarantee equality in the right to effective jurisdictional protection in labor matters, however, with the development of the investigation, it is evident that the use of ICT has been effective for the protection of the aforementioned right.

Keywords: Access to labor justice, Covid-19 pandemic, virtuality, administration of justice.

Sumario: I. Introducción. II. Planteamiento del problema. III. La administración de justicia y el acceso a la justicia. IV. Objetivo. V. Metodología. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

A partir del estado de emergencia decretado el 12 de marzo de 2020 por el Ministerio de Salud y de la Protección social de Colombia, con el fin de contener la pandemia del Covid-19, el Consejo Superior de la Judicatura y el Gobierno Nacional adoptaron medidas que modificaron drásticamente e intempestivamente la manera de administrar justicia, lo que llevó al cierre de los juzgados, la suspensión de términos desde el 16 de marzo de 2020 y que los servidores judiciales laboraran desde sus casas.

Desde el 1 de julio de 2020 los términos judiciales se reanudaron en su totalidad, pero formalizando la tramitación de los procesos de manera virtual, según las reglas trazadas por el Decreto 806 de 2020 y los varios acuerdos proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

Dicha variación en la forma de administrar justicia conllevó que las actuaciones se realizaran a través de correo electrónico; así mismo, que la atención al público se efectuase por medios telemáticos y las audiencias de manera virtual. Por ello, resulta interesante indagar si este cambio incidió en el derecho al acceso efectivo a la administración de justicia, específicamente en la jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva constituye un presupuesto para hacer viables los derechos laborales y pensionales de los residentes en Colombia, temática de interés para la comunidad académica, funcionarios judiciales y abogados litigantes en el ámbito laboral, siendo éste el propósito de esta investigación.

Para dar respuesta a dicho interrogante, se empezará por definir en qué consiste el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en materia laboral, se analizarán las disposiciones acogidas en el contexto de la pandemia de Covid-19, en relación con la manera de administrar justicia en conjunto con la percepción de los servidores judiciales, abogados litigantes y usuarios y se evaluará su incidencia en el acceso a la justicia, centrando el estudio en el Circuito Judicial de Ibagué, pero con el propósito de que esta investigación sirva de referente para otros investigadores en otros circuitos a nivel nacional.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La pandemia por coronavirus Covid-19 puso en marcha las Tecnologías de la Información y la Comunicación TIC en el ejercicio judicial, como alternativa ante la imposibilidad de acudir a los despachos judiciales, por lo que se emitió el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 con el propósito de dar agilidad a los procesos judiciales, flexibilizando la atención de los usuarios de manera virtual y permitiendo la tramitación de asuntos a través de los medios tecnológicos, imponiéndose en la mayoría de las actividades de los despachos judiciales, el trabajo desde la casa y manteniendo las restricciones para el acceso a las oficinas.

Las orientaciones aludidas debieron ser acatadas por todos los despachos judiciales del país, advirtiendo la carencia de herramientas de trabajo idóneas para el uso de las denominadas TIC, los inconvenientes de conexión por parte de los abogados, los usuarios y los servidores judiciales y las dificultades propias del sistema, unido a la congestión de actuaciones pendientes, memoriales, solicitudes recibidas través del correo electrónico.

Desde el punto de vista del usuario, el acceso a los juzgados se vio limitado al uso de computadores y de la Internet. Ante esto, las personas que no contaban con los conocimientos necesarios para acceder a la información a través de la *web* o que no tenían los recursos

económicos para adquirir o utilizar equipos que les permitieran conectarse debidamente a las audiencias, se vieron afectadas para acceder a los trámites judiciales.

En este contexto, la investigación tiene como propósito determinar cuál es el impacto que ocasionaron las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional y el Consejo Superior de la Judicatura, con el propósito de contener la pandemia de Covid-19 en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en materia laboral en el circuito judicial de Ibagué. Y, específicamente, poder establecer si la virtualidad como única alternativa para administrar justicia coadyuva o restringe el derecho al acceso efectivo a la administración de justicia.

Se pretende, además, dejar en evidencia los principales obstáculos que tienen los funcionarios y empleados judiciales en el desarrollo de sus funciones y cómo la falta de herramientas tecnológicas y ofimáticas idóneas, el repentino paso a la virtualidad sin capacitación, la falta de gestión y apoyo institucional, así como la limitación en el acceso de los usuarios, puede afectar la pronta y cumplida administración de justicia.

En suma, se busca determinar los efectos de la virtualidad en la administración de justicia desde el punto de vista del usuario, del abogado litigante y del operador judicial.

De acuerdo con lo anterior, la pregunta que orientará la investigación es: Las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional, a partir del Decreto 806 de 2020, y del Consejo Superior de la Judicatura con el propósito de contener la pandemia de Covid-19 frente a la manera de administrar justicia, ¿incidieron en el derecho al acceso efectivo a la administración de justicia en materia laboral en el circuito judicial de Ibagué?

Justificación

Desde los inicios de la rama judicial, el acceso a la justicia y el desarrollo de los procesos judiciales en Colombia había conservado la misma estructura: presencial, directa y, por ende, humana; desde la radicación de los procesos judiciales (asistencia a los centros de servicio judicial o a las oficinas de apoyo judicial) hasta la finalización de estos (asistir al despacho judicial a notificarse de la sentencia). Pero ante la aparición repentina del Covid-19, el Consejo Superior de la Judicatura se vio obligado a crear una solución rápida y poco planeada para seguir poniendo al servicio de los ciudadanos el acceso a la justicia, sin la presencialidad.

Ante las situaciones mencionadas se hace necesario elaborar un diagnóstico que determine qué tan eficientes, positivas y viables han resultado en la práctica las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura, para la creación de un sistema de justicia

virtual en Colombia. Esto, tanto para el funcionario judicial como para el usuario, puesto que después de más de dos años de la aplicación de dichas disposiciones, ya se pueden evidenciar con claridad los problemas, las limitaciones y los errores, pero también los aciertos, ventajas y beneficios del sistema virtual de justicia.

Se pretende con este trabajo de investigación poner en evidencia qué aspectos se deben replantear, mejorar y solucionar en la práctica judicial virtual, para evitar una violación o transgresión al derecho fundamental al acceso a la justicia laboral, pues el derecho no es exegético, es sociológico y debe responder a las necesidades que se evidencien.

Marco teórico

En este apartado se presentarán los lineamientos teóricos y conceptuales que servirán de fundamento para la construcción argumentativa, que busca responder la pregunta de investigación fijada. Este marco teórico orbitará en torno a tres ejes: (1) una aclaración conceptual en torno al acceso efectivo a la administración de justicia, (2) una consideración socio jurídica sobre la tutela efectiva en torno al derecho laboral en Colombia y Latinoamérica y (3) una aproximación sobre la digitalización y la virtualidad en la práctica judicial.

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

Una de las funciones iniciales y principales del Estado es la de administrar justicia, servicio público que tiene como finalidad garantizar el acceso a la justicia, entendida ésta como la posibilidad que tienen los ciudadanos de ejercer sus derechos y solucionar sus controversias ante un órgano del Estado (Cappelletti & Garth, 1996).

Así las cosas, la administración de justicia tiene como propósito alcanzar la justicia material y en ese ejercicio resulta necesario comprender la relación intrínseca entre el derecho sustancial y el derecho procesal puesto que disociar las dos categorías resulta insostenible y errado, pues, en realidad, aquellas se interrelacionan y se complementan entre sí (Pérez Ragone, 2018).

En efecto, para aproximarse a una decisión justa, se requiere de un procedimiento establecido previamente que garantice, en la medida de lo posible, la efectividad de los derechos sustanciales, la cual depende, a su vez, de la existencia de mecanismos idóneos para obtener su tutela, debiendo tener en consideración la multiplicidad de matices que surgen de su aplicación. Según Pérez Ragone, las reglas procedimentales deben ser examinadas bajo el precepto de la tutela judicial efectiva y estar enlazados con las múltiples eventualidades que se presenten. (Pérez Ragone, 2018).

Tutela jurisdiccional efectiva en Colombia

Para comprender el objeto de la investigación, antes habría que determinar las diferencias conceptuales entre tres nociones que suelen confundirse: administración de justicia, tutela judicial efectiva y el derecho al acceso efectivo a la administración de justicia. Así, podría verse que en la primera se habla del ejercicio de un poder público que cumple un papel neural dentro del Estado social de derecho; en la segunda, una concepción teleológica de este poder; y, la tercera, un derecho de carácter potestativo y fundamental.

El acceso a la justicia es un derecho constitucional que está consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política y aunque no se encuentra dentro del acápite de derechos fundamentales, es una garantía de gran trascendencia por cuanto de ella depende, en buena medida, la efectividad de los derechos sustanciales de las personas naturales y jurídicas, ya que aquél permite a éstas ejercer el derecho de acción ante la administración de justicia con el propósito de lograr el reconocimiento de un derecho y su efectividad (Sanchez-Vallejo, Ocampo Hoyos & González Valencia, 2020).

Acerca de la definición del derecho al acceso efectivo a la administración de justicia, la Corte Constitucional Colombiana ha establecido que este se concibe como la posibilidad de las personas naturales o jurídicas que residen en este país, de acudir ante los jueces con el fin de obtener la protección de sus derechos, a través de los procedimientos establecidos en la ley, en condiciones de igualdad y con total respeto de las garantías de carácter sustancial y procesal (Sentencia C-426, 2002). Por ello, el acceso efectivo a la administración de justicia se torna en el concepto central de esta investigación.

El acceso efectivo a la administración de justicia en el derecho laboral

El derecho de acceso a la administración de justicia reviste especial importancia en materia laboral y de la seguridad social, toda vez que los derechos sociales cuya protección se busca a través de la vía judicial, tienen gran relevancia en la sociedad. Se toma como punto de partida que el trabajo es un principio y derecho fundamental constitucional, que goza de especial protección del Estado, tal como lo establece el Preámbulo y el artículo 25 de la Constitución Política, destacando el carácter garantista del derecho del trabajo y de la seguridad social, considerando las relaciones asimétricas, las condiciones y necesidades de los trabajadores, así como de los afiliados y beneficiarios del sistema de seguridad social, además que las dinámicas sociales, económicas y culturales, permean el derecho del trabajo y por lo tanto se exige su continua evolución. Diazgranados Quimbaya *et al*, (2018).

La condición de subordinación de los trabajadores y su histórica dificultad para acceder efectivamente a la justicia explica la especial atención que merece determinar y estudiar las afectaciones que el Covid-19 puede acarrear en el acceso a la administración de la justicia laboral, y si la incorporación de herramientas digitales de comunicación e información las resuelven efectivamente.

Las tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia

El ordenamiento jurídico en este país ha venido incorporando en distintas normas la implementación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) en la administración de justicia, con el propósito de alcanzar una mayor eficacia, entre ellas la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso; sin embargo, la pandemia por coronavirus Covid-19 hizo que la digitalización de la justicia pasara de ser un proyecto y se convirtiera en una realidad, a través de diversos acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura y el Decreto 806 del 4 de junio de 2020, el cual estableció los parámetros para el desarrollo de las actuaciones en la virtualidad, el cual en ciertas temáticas ha sido estudiado por las Altas Cortes.

Con la puesta en marcha de la virtualidad en la administración de justicia por el lapso de dos años, se evidenció la necesidad de mantener las disposiciones contenidas en el referido decreto por el buen funcionamiento de la justicia virtual, la celeridad en los trámites, la posibilidad de acceso desde diferentes lugares del país, el incremento del número de audiencias realizadas y mejor rendimiento en los despachos judiciales, sin desconocer las dificultades y barreras derivadas de la aplicación del referido decreto, entre ellas, la ausencia de medios tecnológicos en ciertas zonas alejadas del país, el exceso de labores en los juzgados, los percances en el manejo de los expedientes digitalizados, inconvenientes en la valoración de los medios probatorios que se practican en audiencias virtuales.

Derivado de lo anterior, se comprueba que la justicia virtual no debe ser transitoria, sino que es necesario que ésta se mantenga en el tiempo, por lo que se promulga la Ley 2213 de 2022 que adopta como legislación permanente las disposiciones del Decreto 806 de 2020.

Este es el marco conceptual y teórico desde donde se abordará la pregunta y problema de investigación planteado, comprendiendo que el acceso efectivo a la administración de justicia es un derecho fundamental y potestativo, que merece una atención especial por las condiciones que explica la relación obrero-patronal y que orienta la discusión sobre los propósitos y las consecuencias de la digitalización de la administración de justicia en el marco de la pandemia del Covid-19.

OBJETIVOS

El objetivo principal de esta investigación es determinar el impacto que generaron las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional y el Consejo Superior de la Judicatura para contener la pandemia de Covid-19 en la forma de administrar justicia y en la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en materia laboral en el circuito judicial de Ibagué, para lo cual se analizará en qué consiste el referido derecho correlacionado con las tecnologías de la información y la comunicación, se evaluarán las citadas medidas e identificarán si hay o no barreras de acceso a la administración de justicia a raíz de los cambios introducidos por el Gobierno Nacional y el Consejo Superior de la Judicatura como respuesta a la pandemia de Covid-19.

METODOLOGÍA

La metodología a emplear en esta investigación es de corte socio jurídico, partiendo del análisis jurídico sobre la normatividad, jurisprudencia y doctrina relacionada, enriquecido y complementado con técnicas de investigación social cualitativas y cuantitativas; la primera, a partir de entrevista semiestructurada de referencia, dirigida a servidores de la administración de justicia; y, la segunda, a través de encuesta de satisfacción dirigida a los usuarios y abogados litigantes, en materia laboral, del circuito judicial de Ibagué.

Hipótesis

Inicialmente la hipótesis planteada estaba dirigida a que las limitaciones en las herramientas, conocimiento y acceso al Internet en Colombia, y más precisamente en el circuito judicial de Ibagué, hacían casi imposible garantizar la igualdad en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en materia laboral, sin embargo, con el desarrollo de la investigación, se evidencia que el uso de las TIC ha sido efectivo para la protección del referido derecho.

Avance de la investigación

Hasta el momento se ha desarrollado conceptualmente el derecho de acceso a la justicia en materia laboral armonizado con el impulso que dio la pandemia de covid 19 al uso de las tecnologías de la información y la comunicación, a través de la consulta bibliográfica de libros, artículos científicos, normatividad y jurisprudencia relacionada, su comprensión y detalle en el marco teórico que avala la investigación, constituyendo éste el fundamento para la elaboración de los instrumentos de recolección de información, mediante entrevistas y encuestas dirigidas a servidores judiciales, abogados litigantes y usuarios del circuito

judicial de Ibagué. Con el apoyo de los estudiantes del semillero de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia – Sede Ibagué, se está desarrollando el trabajo de campo, el que llevará a conocer la percepción sobre las herramientas, dificultades y avances que han tenido los despachos judiciales, el punto de vista de los abogados litigantes y la opinión de los usuarios. Se espera que con el análisis de la información recaudada, se obtenga una visión general sobre el impacto que produjeron las medidas adoptadas en torno a la pandemia en el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia en el circuito judicial de Ibagué, de tal manera que pueda servir de referente para las demás jurisdicciones y circuitos del país.

CONCLUSIONES

El acceso a la justicia es un derecho constitucional del cual depende la efectividad de los derechos sustanciales, revistiendo especial importancia en materia laboral y de la seguridad social, por la relevancia de los derechos cuya protección se busca a través de la vía judicial.

Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y la virtualidad se impusieron en la administración de justicia como única alternativa ante el abrupto cierre de los despachos judiciales ocasionado por la pandemia por Covid-19, sin contar con las herramientas necesarias para el desarrollo de la actividad judicial, lo cual conllevó que el acceso a la justicia fuera limitado.

Con el transcurso del tiempo se puede evidenciar, desde el punto de vista de los servidores judiciales, abogados y usuarios, los inconvenientes, restricciones y las equivocaciones, pero también los aciertos, virtudes y beneficios que ha traído el sistema virtual de justicia, en torno al derecho de acceso a ésta.

Para que la práctica judicial virtual garantice el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva en materia laboral, se requiere el concurso de las entidades del Estado, a través de sus competencias, en la obtención de herramientas idóneas en pro de optimizar la prestación del servicio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acuerdo 11516 de 2020. (2020, 12 marzo). Consejo Superior de la Judicatura. https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11516.pdf
- Acuerdo 11517 de 2020. (2020, 15 marzo). Consejo Superior de la Judicatura. https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11517.pdf

- Acuerdo 11546 de 2020. (2020, 25 abril). Consejo Superior de la Judicatura. https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FAApp_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11546.pdf
- Acuerdo 11567 de 2020. (2020, 05 de junio) Consejo Superior de la Judicatura. https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FAApp_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11567.pdf
- Acuerdo 11581 de 2020. (2020, 27 junio). Consejo Superior de la Judicatura. https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FAApp_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11581.pdf
- Arese, C. (2015). El acceso a tutela judicial efectiva laboral. *Revista latinoamericana de derecho social*(21), 237-256. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-46702015000200237&script=sci_arttext#affl
- Arese, C. (2 de octubre de 2020). *Acceso a la tutela judicial efectiva laboral en países de América del Sur*. OIT. Ginebra: Documento de trabajo de la OIT 10. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_dialogue/--dialogue/documents/publication/wcms_757104.pdf
- Asamblea General de la ONU. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Naciones Unidas. (1948, 10 de diciembre). <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Asamblea General de la ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas. (1966, 16 de diciembre). <https://previous.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Calderon-Valencia, F., & Santos de Moraes, F. (2020). Inteligencia artificial y justicia: Reflexiones a partir de los casos de Brasil y Colombia. En D. M. Ramírez Carvajal, *Justicia digital. Un análisis internacional en época de crisis* (págs. 161-200).
- Cappelletti, Mauro y Bryant Garth. (1996). El acceso a la justicia: La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. México: Fondo de Cultura Económica.
- Constitución Política de Colombia. (1991, 20 de julio). Gaceta Constitucional No. 116 http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Contraloría General de la República. (5 de septiembre de 2019). *Fracasó la política pública de descongestión judicial*. https://www.contraloria.gov.co/contraloria/sala-de-prensa/boletines-de-prensa/boletines-de-prensa-2019/boletines-de-prensa-segundo-semester-2019/-/asset_publisher/ZrpGKWun0FyL/content/-fracaso-la-politica-publica-de-descongestion-judicial-dice-el-contralo
- Decreto 806 de 2020. (2020, 4 de junio). Ministerio de Justicia y del Derecho. Diario Oficial No. 51.335. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0806_2020.html
- Dejusticia. (2014). *Ante la Justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado el 16 de noviembre de 2021, de https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_665.pdf

- Diazgranados Quimbaya, L. A., Perafán del Campo, E. A., Vallecilla Baena, L. F., Diazgranados Quimbaya, C. M., Gómez Escobar, S., Montenegro Timón, J. D., & Almanza Junco, J. E. (2018). *Derecho Laboral en Colombia*. (Universidad Católica de Colombia, Ed.) Bogotá, Colombia. Recuperado el 13 de noviembre de 2021, de <https://publicaciones.ucatolica.edu.co/pdf/derecho-laboral-en-colombia-cato.pdf>
- Ley 270 de 1996 (1996, 15 de marzo). Congreso de la República. Diario Oficial No. 42.745. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html
- Ley 0527 de 1999 (1999, 18 de agosto). Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial No. 43.673. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0527_1999.html
- Ley 1341 de 2009. (2009, 30 de Julio). Senado de la República de Colombia. Diario Oficial No. 47.426. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1341_2009.html
- Ley 1564 de 2012. (2012, 12 de julio). Congreso de la República. Diario Oficial No. 48.489. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#T%C3%8DTUL%20O%20PRELIMINAR
- Ley 1581 de 2012 (2012, 17 de octubre). Congreso de la República. Diario Oficial No. 48.587 http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1581_2012.html
- Ley 2213 de 2022 (2022, 13 de junio). Congreso de la República. Diario Oficial No. 52.064. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1090_2006.html
- Pérez Ragone, Á. (2018) El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal. *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 41, julio-diciembre de 2018, pp. 255-283 doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n41.10>
- Plan Sectorial de Desarrollo 2019-2020. “*Justicia moderna con transparencia y Equidad*” <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10240/26035296/Plan+Sectorial+de+Desarrollo+2019-2022.pdf/1744e358-886d-44ed-96b2-3c319b5ffa99>
- Reynoso Castillo, C. (2012). La justicia laboral, retos y reflexiones. *Alegatos*, 661-692. Recuperado el 16 de noviembre de 2021, de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30567.pdf>
- Ruiz Alarcón, R. A. (2009). Teorías que explican la subordinación. *Centro de Investigaciones Socio - Jurídicas*, 83-92. Recuperado el 16 de noviembre de 2021, de <https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/view/6>
- Sanchez-Vallejo, J., Ocampo Hoyos, L. G., & González Valencia, D. (2020). El derecho de acceso a la administración de justicia: una perspectiva desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. *Inciso*, 22(2), 203-226. doi:<http://bbibliograficas.ucc.edu.co/2076/10.18634/incj.22v.2i.1086>

- Sentencia C-037. Corte Constitucional de Colombia. 05 de febrero de 1996. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Recuperado el 16 de noviembre de 2021, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>
- Sentencia C-426. Corte Constitucional de Colombia. 29 de mayo de 2002. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. Recuperado el 12 de noviembre de 2021, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-426-02.htm>
- Sentencia C-279. Corte Constitucional de Colombia. 15 de mayo de 2013. Magistrado ponente sustanciador: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Recuperado el 16 de noviembre de 2021, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-279-13.htm>
- Sentencia C-420 del 2020. Corte Constitucional, Sala plena. 24 de septiembre de 2020. M.P. Richard S. Ramírez Grisales. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-420-20.htm>
- Sentencia STC-9599 de 2020, Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Civil Y Agraria. (2020, 7 febrero). [M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo]. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/02/STC9599-2020.pdf>
- Sentencia STC-3586 del 2020. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. 4 de junio del 2020. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/06/11001-02-03-000-2020-01030-00-FALLO.pdf>
- Sentencia STC-7284 de 2020, Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil Y Agraria. (2020, 11 septiembre). [M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque]. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/02/STC7284-2020.pdf>
- Sentencia STC-9366 del 2020. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. 29 septiembre 2020. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/02/STC9366-2020.pdf>
- Sentencia STC-8695 de 2020, Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Civil Y Agraria (2020, 19 octubre). [M.P. Luis Armando Tolosa Villabona]. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/02/STC8695-2020-1.pdf>
- Sentencia STC-10801 de 2020, Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Civil Y Agraria. (2020, 30 noviembre). [M.P. Álvaro Fernando García Restrepo]. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/02/STC10801-2020.pdf>
- Sentencia STC11320-2020. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. 9 de diciembre de 2020. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/02/STC11320-2020.pdf>

- Sentencia STC114-2022. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. 20 de enero de 2022. M.P. Hilda González Neira. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/02/STC114-2022.pdf>
- Sentencia STC-913 del 2022. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. 3 de febrero del 2022. M.P. Martha Patricia Guzmán Álvarez. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/03/STC913-2022.pdf>
- Sentencia STC-093 de 2022, Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Civil Y Agraria. (2022, 7 febrero). [M.P. Álvaro Fernando García Restrepo]. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/02/STC093-2022.pdf>
- Sentencia STC-1271 del 2022. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. 9 de febrero del 2022. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/03/STC1271-2022.pdf>
- Sentencia STL-5557 de 2022, Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Laboral. (2022, 25 abril) [M.P. Fernando Castillo Cadena]. <https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-904873770>
- Sentencia STL-90476 de 2022, Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Laboral. (2022, 11 mayo) [M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez]. [https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/not/laboral22/prov/90476%20\(11-05-22\).pdf](https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/not/laboral22/prov/90476%20(11-05-22).pdf)
- Sentencia T-421. Corte Constitucional de Colombia. 16 de octubre de 2018. Magistrada sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado. Recuperado el 16 de noviembre de 2021, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-421-18.htm>
- Toscano López, F. H. (2 de junio de 2013). Aproximación conceptual al “acceso efectivo a la administración de justicia” a partir de la teoría de la acción procesal. *Revista de Derecho Privado*(24), 237-257. Recuperado el 11 de noviembre de 2021, de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3486>

LA CONSULTA PREJUDICIAL EN LA CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA, Y EL JUEZ NACIONAL EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL SICA

Eymi Lissette Esquivel Avendaño
Universidad Americana
Nicaragua
esquivel-amy@hotmail.com
ORCID: 0000-0002-8812-6446

RESUMEN

Este artículo hace un recorrido por los principios de derecho comunitario y la implicancia de estos en la labor del juez nacional como juez comunitario en el contexto de los procesos de integración de la Unión Europea, la Comunidad Andina de Naciones y el Sistema de Integración Centroamericana (SICA). Se estudia la competencia de consulta prejudicial de los órganos judiciales de integración y el ejercicio concreto de la misma ante la Corte Centroamericana de Justicia a través del estudio de cada una de sus resoluciones. El artículo sistematiza comparativamente el alcance de la competencia en el marco de estos tres procesos de integración regional y determina la eficacia de la consulta prejudicial como competencia de la Corte Centroamericana de Justicia respecto al juez nacional en su papel de juez comunitario en el derecho comunitario centroamericano.

Palabras clave: integración centroamericana, Corte Centroamericana de Justicia, juez comunitario, consulta prejudicial

ABSTRACT

This article reviews the principles of community rights and their implication in the day a day of the national judges as a community judge in the context of the integration processes of the European Union, the Andean Community of Nations and the Central American Integration System. They study the competence of preliminary consult of the judicial bodies of integration and the concrete exercise of the same before the Central American Court of Justice is studied through the study of each of its resolutions. The article compare the scope of the jurisdiction within the framework of these three regional integration processes and determines the effectiveness of preliminary consultation as the jurisdiction of the Central American Court of Justice with respect to the national judge in his role as community judge in Central American community law.

Keywords: central american integration, Central American Court of Justice, community judge.

Sumario: I. Introducción. II. Los principios de derecho comunitario y su vinculación con el juez nacional. III. La consulta prejudicial en los procesos de integración regional. IV. La consulta prejudicial y el juez comunitario en el SICA. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo de investigación centra su objeto de estudio en la figura de la consulta prejudicial como competencia de los órganos jurisdiccionales comunitarios de la Unión Europea (en adelante UE), la Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN), y muy especialmente, en el Sistema de Integración Centroamericana (en adelante SICA), frente al juez nacional que se convierte en juez comunitario al aplicar la norma nacida en el proceso de integración.

La presente ha sido una investigación teórica con enfoque cualitativo en la que se han aplicado el método histórico-lógico y el método teórico-jurídico y se ha planteado como pregunta de investigación ¿Cuál es la eficacia de la consulta prejudicial como competencia de la Corte Centroamericana de Justicia y la importancia de los principios del derecho comunitario en la actuación del juez nacional?

Se abordan los principios de derecho comunitario reconocidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE que determinan el alcance del ordenamiento jurídico comunitario en relación al derecho interno de los Estados miembros. El estudio de los principios se conecta con la figura del juez nacional como jurisdicción encargada de la aplicación del derecho comunitario.

En ese escenario, se analiza la figura de la consulta / interpretación prejudicial como elemento de colaboración entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción comunitaria en el contexto de la UE y la CAN, para luego estudiar la construcción de la competencia en el proceso de integración centroamericano y la CCJ.

Se presenta el estudio de la competencia de consulta prejudicial de la CCJ desde su construcción jurídica en el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la ODECA y su Convenio de Estatuto, así como el estudio de cada una de las resoluciones de este órgano en la aplicación de esta competencia y un análisis comparativo en relación a la misma figura en la UE y la CAN.

Finalmente, se presentan reflexiones académicas a la luz de los principios de derecho comunitario, la comparación con otros procesos de integración y el ejercicio de la competencia de la consulta prejudicial por la CCJ para determinar su eficacia en el contexto actual.

LOS PRINCIPIOS DE DERECHO COMUNITARIO Y SU VINCULACIÓN CON EL JUEZ NACIONAL

La transferencia de competencias o cesión de soberanía que da lugar a la creación de una nueva institucionalidad regional en un proceso de

integración, se realiza como una manifestación expresa de la voluntad estatal para que esa institucionalidad produzca normas jurídicas en materias concretas que le serán luego directamente aplicables en la esfera nacional (Arroyo Lara & Pérez Gil, 2009).

A continuación, abordaremos algunos principios de derecho comunitario desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, que justamente coinciden con haber sido establecidos en sentencias respecto de casos en los cuales se hacía uso de la figura de la consulta prejudicial, cuyo estudio es objeto principal de esta investigación.

La jurisdicción comunitaria

Los procesos de integración regional se diferencian de las organizaciones internacionales clásicas, entre otras cosas, por la existencia de institucionalidad regional con vocación de permanencia. Dentro de la estructura de los procesos de integración, especialmente los abordados en esta investigación (UE, CAN, SICA) se ha configurado la existencia de órganos jurisdiccionales en la figura de tribunales de justicia, cuyo papel es la aplicación del ordenamiento jurídico gestado en el seno de ese proceso de integración.

Es importante resaltar que este órgano jurisdiccional comunitario no se trata de un tribunal de alzada o de casación, no se configura como una nueva instancia superior a la vía jurisdiccional nacional, su función respecto a la jurisdicción nacional es de coordinación y cooperación judicial, sus competencias suelen estar claramente definidas y delimitadas en instrumentos jurídicos de derecho comunitario.

Principios de derecho comunitario

Como referíamos antes, en el proceso europeo de integración se construyen principalmente por vía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, los denominados principios de derecho comunitario. Como señala Jimeno Bulnes (2017), el derecho comunitario se reviste de caracteres que no se conocían en el derecho internacional público clásico, como la aplicabilidad inmediata y el efecto directo. Abordamos a continuación la conceptualización de los principios de autonomía, efecto directo, aplicación inmediata y primacía.

Autonomía

El principio de autonomía fue consagrado por primera vez por el Tribunal de Justicia Europeo a través de la sentencia Costa-Enel de 1964, que proclama “el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados

miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que vincula a sus órganos jurisdiccionales” (p. 3); reconociendo la existencia de un ordenamiento propio y como tal autónomo, que vincula directamente a los órganos jurisdiccionales en el plano nacional.

La naturaleza de reconocer el principio de autonomía reviste especial importancia en la medida en que el juez nacional al momento de aplicar una norma comunitaria tendrá que tener claridad que su aplicación no está supeditada a una norma interna, ni tendrá un orden jerárquico respecto a esta última, pues el derecho nacional no puede modificar unilateralmente la aplicación de una norma comunitaria en relación a los restantes Estados que conforman el sistema.

Efecto directo y aplicación inmediata

El principio de aplicación inmediata es una de las principales diferencias del derecho comunitario y el derecho internacional clásico, en la medida en que mientras el derecho internacional clásico requiere una ulterior aprobación en el plano nacional para ser aplicable, el derecho comunitario goza de aplicación inmediata y efecto directo desde su promulgación, sin necesidad de un proceso de aprobación estatal previo. Así lo enuncia Ruíz- Jarabo Colomer (1993) al determinar que “la norma comunitaria se integra de pleno derecho en ese ordenamiento interno, sin necesidad de ninguna fórmula especial de introducción o de recepción” (p. 52). En este sentido, para Arroyo Lara & Pérez Gil (2009) el derecho comunitario goza de aplicación inmediata en razón de que no necesita un acto ulterior de un órgano estatal para que goce de aplicación en el Estado que forma parte del proceso de integración.

Por su parte, la eficacia directa como principio de derecho comunitario responde a la aptitud de ese derecho para originar derechos y obligaciones en los particulares por sí mismo, por tanto, es un principio que compromete “al juez nacional en la protección de los derechos que le otorga el ordenamiento jurídico comunitario” respecto del ciudadano (Ruiz-Jarabo Colomer, 1997, p. 126).

Primacía

Como hemos señalado, el reconocimiento en el contexto europeo de los principios de Derecho Comunitario nace precisamente de la resolución de casos de consulta prejudicial, competencia en la cual un juez nacional acude al Tribunal de Justicia Europeo para conocer la correcta interpretación de una norma comunitaria que está en su conocimiento en el marco de un proceso pendiente de fallo.

El principio de primacía implica que, ante un choque entre derecho comunitario y derecho interno, se producirá la inaplicabilidad de este

último puesto que la norma nacional se verá desplazada por la norma comunitaria, ello no supone una reforma o modificación al derecho interno sino una inaplicación en el caso en concreto (Cruz Rodríguez, 2015).

El juez nacional como juez comunitario y su relación con los principios de derecho comunitario

Al ser los ciudadanos de los Estados miembros y los Estados en sí mismos destinatarios de las normas comunitarias como lo establece el principio de efecto directo, los órganos jurisdiccionales nacionales adquieren competencia para conocer los conflictos que se derivan de este nuevo derecho, salvo aquellos conflictos que por el principio de atribución sean competencias exclusivas del tribunal comunitario (Ulate Chacón, 2008), por ejemplo, en el caso de la CCJ la competencia para conocer como tribunal de apelación respecto a funcionarios del sistema es competencia exclusiva de ese órgano regional.

En el contexto del SICA, la Corte Centroamericana de Justicia ha definido al juez nacional como juez comunitario, al que le corresponde aplicar e interpretar ese ordenamiento jurídico en su proceso judicial, denominando esta función como “nueva competencia que se le otorga a los jueces nacionales” (Resolución No. 5-11-96 de 1998, p. 6). Quedando en el juez nacional de la jurisdicción interna la función de aplicar el derecho comunitario en la esfera nacional.

Ahora bien, respecto a los principios de derecho comunitario y el papel del juez nacional, el Tribunal de Justicia Europeo ha establecido en la sentencia *Simenthal*, del 9 de marzo de 1978 que el juez nacional estaría llamado de forma obligatoria a proteger los derechos que se conceden al ciudadano en la norma comunitaria, sin la necesidad de solicitar la derogación del derecho nacional, pues como hemos hecho referencia no se trata de una derogación sino de inaplicar en el caso en concreto.

Estos principios compelen al juez nacional a conocer el derecho comunitario y conocer lo que éste demanda en relación a su aplicación, de manera que la figura de la consulta prejudicial se vuelve una herramienta de cooperación para el juez nacional que, ante un caso en concreto, requiere confirmar la interpretación del derecho comunitario. Veremos luego que en contextos como el de la Comunidad Andina la consulta prejudicial se vuelve obligatoria para los jueces nacionales cuando el caso pendiente de fallo no tiene ulterior recurso.

Es importante evidenciar la nueva faceta que adquiere el juez nacional frente al derecho comunitario, el que una vez creado le otorga funciones jurisdiccionales locales para su aplicación en el escenario nacional. De tal manera que el juez nacional está frente al derecho comunitario, llamado a aplicarlo en el caso concreto procurando la colaboración permanente con el órgano jurisdiccional comunitario que le permita conocer la correcta interpretación de la norma. Esa colaboración se encausa en la figura de la consulta prejudicial como competencia que vincula al juez nacional que aplica, con el tribunal que interpreta. Figura objeto de estudio en nuestros siguientes apartados.

Esa parte de la jurisdicción comunitaria que recae sobre el juez nacional genera para este la obligación de proteger los derechos y obligaciones que en ese cuerpo normativo se consagran respecto al ciudadano/a; ello sin perder de vista que no se trata de un mismo ámbito de actuación, sino una jurisdicción que se ejecuta y pone en práctica en dos vías, y al juez nacional le corresponde concretamente una de ellas: la aplicación.

LA CONSULTA PREJUDICIAL / INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL

Dentro de ese derecho comunitario que surge como ordenamiento jurídico de los procesos de integración, se determinan las competencias de cada uno de sus órganos a través de los instrumentos jurídicos originarios del sistema, dando origen a los órganos judiciales del proceso y con ello, a una jurisdicción completamente nueva.

Esa jurisdicción comunitaria está facultada de competencias diversas y diferenciadas según el proceso de integración que se estudie. A efectos de esta investigación, hemos centrado nuestro estudio en la competencia de consulta prejudicial en el contexto de la Unión Europea, la consulta prejudicial del SICA y la interpretación prejudicial de la Comunidad Andina de Naciones.

Esta competencia que se ha otorgado a la CCJ en el Convenio de Estatuto, es igualmente reconocida (con elementos diferenciadores), en el artículo 19.3 del Tratado de la Unión Europea respecto al Tribunal de Justicia de la UE y en el artículo 32 del tratado modificadorio del Tribunal Andino de Justicia.

Se trata de un mecanismo mediante el que el tribunal nacional puede o debe (según sea el caso), consultar al tribunal comunitario acerca de la interpretación o validez de una norma regional, siempre en el marco del proceso concreto en el que está interviniendo, en el cual la norma comunitaria está estrechamente vinculada (Perotti, 2011).

La consulta prejudicial/ interpretación judicial en la Unión Europea y la Comunidad Andina

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2021) define las peticiones de decisión judicial cuando:

Un juez nacional tiene dudas sobre la interpretación de un acto adoptado por la Unión o sobre su validez. En tal caso, el juez nacional suspende el procedimiento que se sustancia ante él y somete el asunto al Tribunal de Justicia, que se pronuncia sobre la interpretación de las disposiciones de que se trate o sobre su validez (p. 74).

La cuestión prejudicial permite que el juez u órgano jurisdiccional nacional, en la labor de aplicación del derecho comunitario se dirija al tribunal pidiendo una decisión a este como máximo intérprete del derecho de la Unión para garantizar la aplicación uniforme de este derecho en todos los Estados (Lacaba Sánchez, 2018).

Esta competencia encuentra su fundamento en la coexistencia en el mismo territorio del ordenamiento jurídico nacional con el ordenamiento jurídico comunitario, lo que irremediablemente dará lugar a conflictos entre normas. Es por ello que el tribunal en su jurisprudencia ha dejado ya sentado el principio de primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno (López Escudero, 2019).

El Tribunal de Justicia Europeo conoció en 2021 la cantidad de 838 causas, de las cuales 567 corresponden a consultas prejudiciales, es decir, el 67.66% de las causas conocidas por el tribunal corresponden a esta competencia, con un tiempo medio de resolución de 16.6 meses y 3.7 meses en relación a las consultas denominadas de urgencia (Tribunal de Justicia de la UE, 2021). Los datos expuestos contrastan drásticamente con el contexto de la Corte Centroamericana de Justicia como abordaremos posteriormente.

La Comunidad Andina de Naciones en el artículo 32 del tratado modificadorio del Tribunal Andino de Justicia consagra la figura de la interpretación judicial que refiere igualmente a la competencia que permite que el juez nacional que conoce de una causa que involucra una norma comunitaria acuda al tribunal regional para su interpretación, sin embargo, esta figura reviste especiales particularidades en el marco de este proceso de integración.

Acudir al Tribunal Andino (en adelante TJCA) es obligatorio para los jueces nacionales siempre que la sentencia que va a emitir sea de un caso que no es susceptible de recurso. De forma similar al contexto europeo, la finalidad de esta figura jurisdiccional es la aplicación del derecho andino de manera igualitaria en los Estados miembro. El artículo 35 del tratado de creación del TJCA determina que el juez

nacional queda sometido de manera obligatoria a la interpretación del tribunal (Perotti, 2019).

Se diferencia la figura en ambos sistemas (CAN y UE) en relación a que mientras el Tribunal de Justicia Europeo puede conocer de la validez de actos de la institucionalidad regional, el Tribunal Andino solo puede interpretar las normas comunitarias.

Finalmente, aunque no fue posible acceder a los datos estadísticos de la interpretación judicial para el año 2021 como en el contexto europeo, debemos destacar que entre el año 1985 a 2015 el Tribunal Andino alcanzó un total de 3,460 causas (Cárdenas Caycedo, 2017) en el marco de esta competencia, lo que representaría un promedio de 115 causas por año. Evidentemente se trata de menos causas que las presentadas en el contexto europeo, sin embargo, sobrepasa en mucho el uso de esa competencia en el contexto del SICA como veremos a continuación.

LA CONSULTA PREJUDICIAL Y EL JUEZ COMUNITARIO EN EL SICA

El fundamento de la Corte Centroamericana de Justicia y su competencia

En el proceso de integración centroamericana, nacido en 1952 a través de la Organización de Estados Centroamericanos y modificado por el Protocolo de Tegucigalpa a la carta de la ODECA de 1991, se crea a través de este último instrumento internacional, la Corte Centroamericana de Justicia. El Protocolo de Tegucigalpa en su artículo 12 indica que se crea como órgano: “... La Corte Centroamericana de Justicia, que garantizará el respeto del derecho, en la interpretación y ejecución del presente Protocolo y sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo.”

También el artículo 35 del *Protocolo de Tegucigalpa* contempla que, “Toda controversia sobre la aplicación o interpretación de las disposiciones contenidas en el presente Protocolo y demás instrumentos a que se refiere el párrafo anterior, deberá someterse a la Corte Centroamericana de Justicia.”

Ambos artículos son la base de derecho comunitario que da origen a la jurisdicción actual de la Corte Centroamericana de Justicia cuyas competencias se encuentran detalladas en el Convenio de Estatuto de diciembre de 1992, instrumento firmado por los 6 países que en ese año conformaban la integración centroamericana y ratificado por 4 de ellos, el que una vez que entró en vigencia en el año 1994 permitió la instauración del órgano.

El Convenio de Estatuto en su artículo 22 literal k) determina que la CCJ puede:

Resolver toda consulta prejudicial requerida por todo Juez o Tribunal Judicial que estuviere conociendo de un caso pendiente de fallo encaminada a obtener la aplicación o interpretación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del «Sistema de la integración Centroamericana» creado por el «Protocolo de Tegucigalpa» sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo.”

Más adelante en su artículo 24 expresa que las consultas que evacúa la CCJ en el marco de sus competencias son obligatorias para los Estados que la integran. Debemos resaltar que, en materia consultiva, la CCJ también tiene competencia para actuar como tribunal permanente de consultas de forma ilustrativa respecto a las Cortes Supremas de Justicia de los Estados (literal d), y como órgano de consulta de la institucionalidad regional (literal e) artículo 22 del Convenio de Estatuto.

Reconocimiento de los principios en la jurisprudencia de la CCJ

En el ejercicio la jurisdicción por la CCJ, se destaca el reconocimiento por vía jurisprudencial del conjunto de principios de derecho comunitario que hemos abordado previamente en el contexto europeo. En el expediente 5-11-96 mediante Resolución del 5 de marzo de 1998 en demanda presentada en contra de la Universidad de El Salvador, la Corte Centroamericana de Justicia reconoce y desarrolla los principios de autonomía, aplicabilidad inmediata, efecto directo, primacía y el principio de responsabilidad del Estado.

La aplicación de los principios de derecho comunitario no deja de ser controversial en el contexto centroamericano por la resistencia de los Estados al reconocimiento de un derecho que debe ser prioritario respecto al derecho nacional. Algunas cortes o salas de constitucionalidad de Estados como El Salvador, Costa Rica y Guatemala han definido como criterio común que la supremacía constitucional rebasa a los tratados en materia de derecho comunitario (Cruz Rodríguez, 2015).

Es importante aclarar que, aunque la supremacía constitucional ciertamente atenta contra la autonomía del derecho comunitario, debe señalarse que el derecho comunitario no nace para integrarse en una escala jerárquica dentro del ordenamiento jurídico nacional como hemos abordado al hablar de los principios, se trata más bien de una primacía ante un caso en concreto que permitiría al juez nacional la inaplicabilidad de una ley nacional respecto al derecho comunitario.

La consulta prejudicial en el SICA

La figura de la consulta prejudicial se ha configurado en el SICA en su esencia a la misma manera de cómo se ha determinado esta competencia en otros contextos regionales. Es la competencia que permite que cuando un juez o tribunal nacional se encuentre conociendo de una causa pendiente de fallo y acuda al tribunal jurisdiccional comunitario para obtener la correcta interpretación de la norma comunitaria que está llamado a aplicar, actuando en su papel de juez comunitario.

Aunque esa definición es igual en los tres procesos regionales, a continuación, abordaremos las diferencias en la regulación de esta competencia entre un proceso y otro, lo que puede estar marcando también la diferencia real en el uso efectivo de esa competencia en contextos como la UE y la CAN respecto al SICA.

La construcción de la consulta prejudicial como competencia de la Corte Centroamericana de Justicia nace para cumplir el mandato de los instrumentos constitutivos de la integración de garantizar la correcta interpretación del derecho comunitario conformado por el Protocolo de Tegucigalpa, sus instrumentos complementarios y derivados.

Ante esa necesidad de interpretar de manera uniforme el derecho comunitario, y sabiendo que ese ordenamiento jurídico nuevo está llamado a aplicarse en el plano nacional, se legitima al juez nacional para acercarse a la CCJ cuando se encuentra conociendo un caso en el que le corresponde la aplicación de un ordenamiento comunitario distinto al nacional.

Su finalidad es, en definitiva, la correcta interpretación del ordenamiento comunitario que se va a aplicar en un caso concreto por el juez nacional y de forma indirecta, persigue la tutela judicial efectiva de los derechos y obligaciones contenidas en ese ordenamiento jurídico respecto al ciudadano.

La interposición de la consulta prejudicial genera la suspensión del proceso judicial nacional hasta que la CCJ pronuncie la interpretación judicial solicitada (Artículo 77 Ordenanza de Procedimientos). De esta disposición resulta fundamental resaltar la responsabilidad que asume la CCJ para la rápida resolución de la consulta de manera que se garantice la tutela judicial efectiva del ciudadano/a y se evite la retardación de justicia en el caso en concreto.

La competencia de consulta prejudicial ha sido escasamente desarrollada en el SICA, por ello muy poca jurisprudencia existe regionalmente. Desde su primer caso conocido en 1994 y hasta el año 2021 la CCJ únicamente ha resuelto 13 causas de consulta prejudicial, de las cuales 5 pertenecían a los mismos hechos conocidos por un mismo juez nacional.

La primera consulta recibida por la CCJ fue promovida en el año 2005 por la Cámara primero de lo civil de San Salvador para solicitar la interpretación del Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial en relación al uso indebido de una marca comercial. En todos los casos conocidos ha tenido una media de tiempo de resolución de entre un mes a nueve meses, siendo precisamente este primer caso el de mayor tiempo de duración para resolver.

En los casos de consulta prejudicial que han sido elevados por un juez nacional a la CCJ se le ha pedido su interpretación sobre el Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano, las Reglas de Aplicación e Interpretación del Arancel Centroamericano de Importación y el Tratado General de Integración Económica Centroamericana y el Código Aduanero Uniforme Centroamericano y su Reglamento únicamente.

Pese al incipiente alcance del ejercicio de esta competencia en el contexto del SICA, la jurisprudencia de la CCJ a través de sus resoluciones ha reconocido elementos de derecho comunitario centroamericano que nos parece oportuno mencionar. Por ejemplo, en la resolución del caso expediente 10-23-09-2009 del 28 de octubre del 2009 que corresponde al caso que hemos referido de 5 causas sobre una misma interpretación, la CCJ reconoce el principio de primacía indicando que el derecho comunitario centroamericano “prevalece sobre el Derecho Nacional de los Estados Parte, sea este anterior o posterior a la norma comunitaria y cualquiera que sea su rango” (p. 2).

Si bien la CCJ confirma el reconocimiento del principio de primacía del derecho comunitario, también aclara en la citada resolución que existen algunos casos en los que la normativa comunitaria contempla una remisión expresa a la aplicación de una norma nacional, especialmente por la delimitación de competencias comunitarias que le han sido delegadas en su configuración. Ante una circunstancia de remisión a la ley nacional, deberá aplicarse la ley nacional pues así lo establece expresamente el derecho comunitario.

Hacemos mención que en el caso expediente 10-24-06-2014 con Resolución de la CCJ del 13 de febrero del año 2015 que versaba sobre la inmunidad parlamentaria en el contexto del PARLACEN, la CCJ sostiene que el Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano

está sobre cualquier otra norma de derecho interno, en razón del principio de primacía de la norma comunitaria que implica que se va a aplicar de forma prioritaria respecto a una norma nacional.

La resolución enfatiza que, si una norma nacional que surge antes o después contradice la norma comunitaria, la primera no se aplica quedando en suspenso, aplicándose de forma preferente la norma comunitaria. En el mismo caso se determina que la norma nacional no se deroga ni se anula internamente, sino que se produce su inaplicación en el caso en concreto, fundamenta esa inaplicabilidad en razón de que la eficiencia de la norma comunitaria deriva precisamente del principio de primacía.

A pesar de la clara diferencia en relación a la cantidad de causas y con ello, el escaso desarrollo jurisprudencial de la CCJ al contraponerse con los tribunales de procesos de integración como la UE y la CAN, ciertamente se considera que la jurisprudencia de la CCJ ha sentado las bases para la aplicación del derecho comunitario ante el juez nacional en su faceta de juez comunitario. El reconocimiento de los principios de derecho comunitario en las pocas resoluciones hasta ahora, ha establecido el andamiaje jurídico necesario para que el juez nacional se encuentre compelido a la aplicación de los mismos cuando se encuentre ante el derecho comunitario en un caso en concreto.

Desde nuestro punto de vista, la obligatoriedad definida en el contexto de la UE y la CAN en relación a esta competencia que determina que el juez nacional al encontrarse en un caso en concreto frente a una norma comunitaria deberá obligatoriamente solicitar su interpretación prejudicial cuando su causa no admita ulterior recurso, guarda relación directa con la cantidad de causas conocidas y falladas en ambos procesos de integración.

Definirle al juez nacional el momento en el que resulta importante conocer la correcta interpretación del tribunal comunitario en relación a una norma comunitaria concreta, es una clara muestra del valor y trascendencia de la aplicación uniforme de ese derecho dentro del proceso de integración regional, pues refleja el interés de la comunidad de asegurarse la interpretación uniforme y correcta aplicación del derecho comunitario.

Esa falta de determinación de la obligatoriedad de la consulta prejudicial en la CCJ ciertamente no abona al objetivo de asegurar la interpretación uniforme de las normas comunitarias en todos los países del SICA, pero no es necesariamente indispensable su obligatoriedad para que la competencia se ejecute. En la práctica si un juez nacional se encuentra conociendo una causa en la que debe aplicar una norma

comunitaria frente a una norma nacional y no acude a la consulta prejudicial como medio de aseguramiento de la correcta interpretación porque es potestativa, el sistema jurisdiccional comunitario no cumple la finalidad de aseguramiento del respeto y al uniforme aplicación de ese derecho, porque el derecho comunitario se está aplicando aislado de la jurisdicción comunitaria.

A nuestro parecer, el escaso uso de la competencia de consulta prejudicial del juez nacional en su papel comunitario guarda estrecha relación con el alcance potestativo de la competencia. Ello, sin sumar el desconocimiento de la figura por el juez nacional, que no ha sido constatado en esta investigación, pero que puede ser otra variable que justifique el poco uso de la misma. La existencia de una competencia que busca asegurar la correcta interpretación de la norma comunitaria que solamente ha sido activa en 13 ocasiones hasta 2021, deja en entredicho el verdadero logro del objetivo para el que fue creado, toda vez que seguramente habrá muchos más casos nacionales en la región en los que una norma comunitaria este de por medio en una controversia nacional.

La fuerza vinculante de la resolución de la CCJ en las consultas prejudiciales permite el afianzamiento de su contenido en la construcción del derecho comunitario, lamentablemente el desuso de esta figura no abona a esta oportunidad de incidencia en el aseguramiento del respeto y la correcta interpretación de la norma nacida en el marco del proceso de integración centroamericano.

Si juzgamos la competencia en el marco del SICA y la CCJ a la luz de los casos conocidos por ella hasta la fecha, verdaderamente la figura ha sido eficaz para el respeto y la uniformidad en la interpretación del derecho comunitario respecto a los casos concretos conocidos puesto que ha aclarado a jueces nacionales la correcta interpretación del derecho comunitario frente al derecho nacional en causas pendientes de fallo.

Se considera que la competencia es sumamente importante para mantener la colaboración y cooperación académica entre el juez nacional en su papel de juez comunitario y el órgano jurisdiccional regional, por lo que la competencia debería continuar existiendo toda vez que abona a la tutela judicial efectiva del derecho comunitario en el plano nacional, sin embargo, creemos que hace falta una articulación real y efectiva entre la máxima autoridad judicial de cada país y la institucionalidad regional de manera que los primeros propicien en el juez nacional el aprovechamiento de esta figura de cooperación comunitaria y el cumplimiento de su obligación jurisdiccional para la aplicación correcta del ordenamiento jurídico comunitario.

Si bien este desuso de la figura de manos del juez nacional no genera un impacto directo y tangible al proceso de integración en sí mismo, lo cierto es que sí genera una consecuencia directa en la labor de la CCJ, la que no tiene capacidad de actuar de oficio en este sentido y necesita indispensablemente la activación del juez nacional para poder interpretar correctamente una norma comunitaria concreta.

Cuando el juez nacional se encuentra con un caso pendiente de fallo en el que debe aplicar una norma comunitaria y no propicia conocer la correcta interpretación de la misma, es muy posible que su decisión del caso sea incoherente con los principios de derecho comunitario que hemos abordado previamente. En este escenario el juez nacional podría fácilmente fallar inaplicando la norma comunitaria respecto a una norma nacional cuyo contenido sea diferente afectando directamente los derechos y obligaciones de los ciudadanos/as en el proceso de integración regional.

CONCLUSIONES

A partir del estudio de los principios de derecho comunitario, la figura de la consulta prejudicial y el papel del juez nacional como juez comunitario en el contexto de la UE, la CAN y el SICA sistematizamos las siguientes conclusiones de la investigación.

El juez nacional se ha revestido de una nueva faceta otorgada por el derecho comunitario para la aplicación de este ordenamiento jurídico en el ámbito nacional y frente a esa nueva jurisdicción, su aplicación se encuentra delimitada por los principios reconocidos por vía jurisprudencial en distintos procesos de integración.

La CCJ ha acogido los principios de primacía, efecto directo, aplicación inmediata y autonomía en su jurisprudencia por lo cual, el juez nacional de cada uno de los países que integran el SICA está llamado a su aplicación en un caso en concreto.

La competencia de consulta/ interpretación prejudicial busca garantizar la correcta interpretación de la norma comunitaria que el juez nacional está llamado a aplicar en un caso en concreto, lo que redundaría en la tutela judicial efectiva de los derechos y obligaciones contenidas en el ordenamiento comunitario respecto al ciudadano/a. La figura de la consulta prejudicial en la CCJ es potestativa y no obligatoria, dejando en el juez nacional la facultad de decidir cuándo consultar a la CCJ la correcta interpretación del derecho comunitario. La competencia ha sido eficaz para el respeto y la uniformidad en la interpretación del derecho comunitario de los pocos casos conocidos por esta hasta la fecha, pero es una figura en desuso al tener apenas 13 causas en más de 28 años de existencia.

La efectividad de la consulta prejudicial como competencia de la CCJ podría propiciarse desde los órganos supremos de justicia de cada Estado, los que, como autoridad jurisdiccional nacional máxima, tienen la capacidad de orientar al juez nacional en relación a la importancia que reviste la competencia y la trascendencia en su labor de aplicación del derecho comunitario.

La Corte Centroamericana de Justicia no tiene capacidad de actuar de oficio en el marco de la consulta prejudicial para lograr la uniforme interpretación de la norma comunitaria en sede nacional, de manera que necesita indispensablemente el impulso procesal del juez nacional como juez comunitario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arrollo Lara, E. y Pérez Gil, L. V. (2009). Reflexiones sobre las características del derecho comunitario y sus fuentes. *Anales de la Facultad de Derecho* (No. 26, diciembre) 11-26. Recuperado de [https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/13710/AFD_26_\(2009\)_01.pdf?sequence=1](https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/13710/AFD_26_(2009)_01.pdf?sequence=1)
- Cruz Rodríguez, D. H (2015). *Dicotomía entre Constitución y Derecho de integración en la República de El Salvador: sus alcances en el proceso comunitario de América Central* [Tesis doctoral, Universidad de Salamanca. GREDOS. https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/132687/TFM_CruzRodriguez_Dicotomia.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Jimeno Bulnes, M. M. (2017). El derecho procesal comunitario en Europa (y su aplicación en España). *Derecho y Sociedad* (Nº. 49) 50-62
- Lacaba Sánchez, F. (2018). El principio de efectividad de la jurisprudencia comunitaria. *Revista de Derecho*. (166). <https://vlex.es/vid/principio-efectividad-jurisprudencia-comunitaria-707111385>
- López Escudero, M. (2019). Primacía del derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 64, 787-825. Doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.64.01>
- Perotti, A. D. (2011). Algunos desafíos que presenta la constitución de un tribunal de justicia comunitario. *Revista jurídica El Derecho*. 7-11
- Perotti, A. D. (2019). La interpretación prejudicial como expresión de la primacía del derecho comunitario en la jurisprudencia contenciosa administrativa colombiana. 79-123 <https://vlex.com.co/vid/interpretacion-prejudicial-expresion-primacia-829857285>
- Ruíz-Jarabo Colomer, D. (1993). El juez nacional como juez comunitario. *Cuadernos Europeos de Deusto* (Núm. 16/1997). 121-134

Tribunal de la Unión Europea (2021). *Panorámica del año informe anual 2021*. Recuperado de https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-06/2022.0688_es_pan.pdf

Ulate Chacón, E. (2008). El Protocolo de Tegucigalpa y la Jurisdicción de la Corte Centroamericana de Justicia. *Revista Electrónica Iberoamericana* (vol.2, no. 2) 23-42

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Corte Centroamericana de Justicia. (1992). *Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia*. https://www.sica.int/busqueda/busqueda_archivo.aspx?archivo=conv_1229_3_16062005.htm

SICA. (1991). *Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la ODECA*.

RESOLUCIONES

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia Costa-Enel; de 15 de julio de 1964

Corte Centroamericana de Justicia (05, marzo, 1996). Expediente No.05-11-1998.

Corte Centroamericana de Justicia (28, octubre, 2009). Expediente No. 10-23-09-2009

Corte Centroamericana de Justicia (13, febrero, 2015). Expediente No. 10-24-06-2014.

ANÁLISIS SOBRE LA CAUSAL EXCEPCIONAL EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA QUE LA CORTE SUPREMA REVALORE PRUEBAS

Giuseppe Iván Barreto Ricaldi
Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú
gbarrreto@puccp.edu.pe
ORCID: 0009-0006-9313-8851

RESUMEN

La Corte Suprema ha establecido como una regla de exclusión no explícita la prohibición de revaloración de medios probatorios mediante recurso de casación, fundamentada en que el artículo 388°, en concordancia con el artículo 386° CPC, indica que solo procede cuando se demuestre la incidencia directa de infracciones normativas en el marco de errores *in iudicando e in procedendo* (Cavani, 2018, p. 56 y 57).

En esa medida, mediante casaciones N° 078-2006-Ica y N° 276-2015-La Libertad se estableció como precedente excepcional la posibilidad de solicitar la valoración de medios probatorios mediante un recurso de casación, pudiendo recurrirse a dicha pretensión cuando la valoración infringe “las reglas de la lógica” o cuando se omite valorar las pruebas. Al respecto, cabe cuestionarnos:

- 1) establecer una causal adicional parece tener carácter legislativo, lo que sería inconstitucional;
- 2) independientemente de lo anterior, la falta de una regulación estricta ocasiona que un demandante no pueda alegar dicha causal para interponer el recurso, generando una afectación al principio de igualdad procesal;
- 3) que la Corte Suprema considere casable la omisión de la valoración probatoria es contraproducente cuando se intuye del artículo 197° CPC que las resoluciones judiciales no contendrán todas las valoraciones que efectúe el juez.

La presente ponencia se desarrollará con el método dogmático; por lo que, su objetivo principal es analizar y cuestionar las causales expuestas en las casaciones citadas, dando una apreciación crítica con apoyo en la normativa, jurisprudencia y doctrina para presentar una propuesta de mejora en su aplicación al proceso civil.

Palabras clave: casación, impugnación, valoración de pruebas, causales, excepcional, igualdad procesal

ABSTRACT

The Supreme Court has established as a rule of non-explicit exclusion the prohibition of reassessment of evidentiary means by means of an appeal in cassation, based on the fact that Article 388°, in accordance with Article 386° CPC, indicates that it only proceeds when the direct

incidence of normative infractions is demonstrated in the framework of errors *in iudicando* and *in procedendo* (Cavani, 2018, p. 56 and 57).

To that extent, by means of Cassations Nos. 078-2006-Ica and No. 276-2015-La Libertad, the possibility of requesting the evaluation of evidentiary means through an appeal in cassation was established as an exceptional precedent, and this claim may be resorted to when the assessment infringes “the rules of logic” or when it is omitted to evaluate the evidence. In this regard, we must question:

- 1) establishing an additional ground appears to be of a legislative nature, which would be unconstitutional;
- 2) notwithstanding the foregoing, the absence of strict regulation means that a plaintiff is unable to invoke that ground for bringing an action, leading to an infringement of the principle of procedural equality;
- 3) that the Supreme Court considers the omission of the evidentiary assessment to be appealable is counterproductive when it is intuited from article 197° CPC that the judicial decisions will not contain all the evaluations made by the judge.

This paper will be developed with the dogmatic method; therefore, its main objective is to analyze and question the causes exposed in the aforementioned cassations, giving a critical assessment with support in the regulations, jurisprudence and doctrine to present a proposal for improvement in its application to the civil process.

Keywords: cassation, challenge, assessment of evidence, grounds, exceptional, procedural equality.

Sumario: I. Introducción. II. La prueba en el proceso civil. III. Valoración de la prueba. IV. Casación para revalorar una prueba. V. ¿Admisibilidad excepcional en la sede casatoria. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

El derecho a la prueba no tiene un reconocimiento constitucional expreso, pero nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que es una manifestación del derecho fundamental al debido proceso, regulado en el artículo 139° de la Constitución Política (Exp. N° 010-2002-AI/TC, fundamento 148). Con justa razón, la prueba es parte fundamental de los procesos civiles, en cuanto garantizan la existencia o inexistencia de los hechos alegados en la demanda; así, sin pruebas no se pueden demostrar los hechos y la demanda no tendría futuro.

Pues bien, dentro del proceso, una prueba debe pasar por el ofrecimiento, admisión, actuación y valoración para que pueda tener

impacto dentro del caso. Nuestro ordenamiento espera que las pruebas estén cubiertas de filtros que puedan orientar válidamente la decisión del juez, descartando aquellas que tengan rastros de ilegalidad e irrelevancia; en otras palabras, pueda dotar de certeza el veredicto sin transgredir derechos fundamentales.

No obstante, eventualmente habrá irregularidades que afectarán a la decisión que la Sala emita. Efectivamente, la Corte Suprema ha considerado valioso poder revalorar medios probatorios después que las dos primeras instancias las hubiesen realizado, siempre y cuando se cumplan determinados criterios. De esa forma, a continuación, analizaremos y cuestionaremos sus fundamentos, dando una apreciación crítica con la normativa, jurisprudencia y doctrina para presentar una propuesta de mejora en su aplicación al proceso civil.

LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL

Luego de que las pruebas sean actuadas por las partes, es decir, cuando justifican ser un respaldo para verificar los hechos alegados en la demanda, pasan por una etapa final dentro del proceso civil; esta es la valoración, el cual:

(...) implica realizar un trabajo cognitivo, racional, inductivo y deductivo por parte del juez respecto de los hechos del proceso, con ello se determina el resultado de toda actividad probatoria realizada por las partes, llegando a conclusiones que le sirven para resolver la litis. (Cas. N° 276-2015-La Libertad, f. 6)

Así, la postura del juez la encontramos en la resolución o sentencia final, donde el juez debe aclarar cuáles han sido los medios de prueba que le han dado certeza, motivando su veredicto final. En términos sencillos, “la motivación es simplemente, (...) la expresión de dicha valoración, de porqué unos medios probatorios le merecen mayor o menor valor, certeza y credibilidad” (Nieva, 2010, pág. 197). Hablamos del proceso lógico del que se sirve el juez para concluir la veracidad de los hechos, valiéndose de ellos para que, junto al razonamiento jurídico aplicante al caso, lo sentencie.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El Código Procesal Civil establece la valoración de pruebas dentro del proceso civil, no indicando expresamente las instancias donde puede realizarse, siendo fundamental identificar cuáles son para también comprender las limitaciones existentes en nuestro ordenamiento.

Inicialmente, la primera instancia es el primer nivel donde evidentemente la valoración de pruebas tiene que ocurrir, puesto que de ello depende para emitir un fallo sobre el caso. Mediante un recurso

de apelación se accede a la segunda instancia, siendo un nivel idóneo para que la sala superior evalúe los hechos, vicios o valore nuevamente las pruebas contenidas en la resolución de la primera. Entonces, son dos instancias donde podemos recurrir para valorar la prueba.

CASACIÓN PARA REVALORAR UNA PRUEBA

Ahora bien, el recurso de casación “permite el acceso a la Corte Suprema, cual ‘tercer juez’ de un determinado asunto” (Ariano, 2015, pág. 78). Resalta que uno de los requisitos de procedencia regulados en el artículo 388° del CPC, y en concordancia con el artículo 386°, sea demostrar la incidencia de la infracción normativa sobre la decisión impugnada; así pues, puede representarse en un error *in iudicando* o *in procedendo* que haya influenciado significativamente en la decisión judicial. En palabras de Cavani (2018),

[El primero] es una mala apreciación de una cuestión de derecho [error en la interpretación o aplicación del derecho al caso concreto] o una cuestión de hecho [error en la apreciación de los hechos]. (...).

[Mientras que el segundo,] presupone un defecto en la resolución (...), por vulnerarse los requisitos de validez. (...) Es importante dejar claro que el vicio presupone siempre una violación de (...) una norma que tiene que ver con la actividad del procedimiento. (pág. 56 y 57)

En ese sentido, a pesar de no existir una norma explícita, la Corte Suprema debería rechazar revalorar pruebas en sede casatoria, debido a que “nuestro código solo lo ampara ante una infracción normativa, dentro de un marco de infracción al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva” (Yanqui, 2020, pág. 24). Entendida así, no es una potestad propia de la Corte realizarlo, lo cual se puede identificar en diferentes resoluciones¹.

Al respecto, la única norma referente a la valoración la encontramos en el artículo 197° del CPC². Ciñéndonos a la definición de infracción normativa, si un juzgado no valorase conjuntamente los medios probatorios o no exprese las esenciales en la resolución, entonces, podría alegarse una infracción normativa por error en la aplicación del derecho. De ser así, la Corte Suprema podría revalorar pruebas.

¿ADMISIBILIDAD EXCEPCIONAL EN SEDE CASATORIA?

A pesar de lo anterior, la misma Corte³ ha admitido realizarlo alegando que “es factible su análisis en sede casatoria cuando se infringen las

1 Casación N° 746-2000-Lima (fundamento 2) fue la primera donde se reconoció como criterio de exclusión.

2 “Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”.

3 Casaciones N° 078-2006-Ica, 4194-2008-Lima, 276-2015-La Libertad.

reglas de la lógica en el examen respectivo o hay omisión a valorar las pruebas”. La justificación no alude a las razones anteriores, sino a criterios totalmente distintos y difusos, lo que dificulta su entendimiento, puesto que no tienen desarrollo.

Por un lado, “cuando se infringen las reglas de la lógica” puede referirse a una inconexión en las razones del juez para dar un valor a un medio probatorio. Frente a ciertas resoluciones, las Salas pudieron valorar una prueba de forma diferente a lo que debió consignarse, a lo cual, la Corte tendría que revalorarla; sin embargo, ¿cómo un demandante alegaría tal infracción? En todo caso, deberíamos referirnos a un razonamiento sinsentido que lleve a una decisión errónea, y que solo el análisis particular y detallado de cada caso podría manifestar.

Por otro lado, “hay omisión a valorar las pruebas” se manifestaría cuando no hay rastro de ella en la resolución. Parece sencillo identificarlo, puesto que las partes no encontrarían referencia de ella en la decisión; con todo, parece ser contraria al artículo 197° CPC, puesto que indica que solo las más relevantes serán expuestas. Ello quiere decir que habrá valoraciones no relevantes que no serán escritas en la sentencia, lo que llevaría a pensar que procedería cuando no se encuentren todas las valoraciones. Lo más probable es que quien alegue la omisión solamente lo haga siempre que considere a la prueba valiosa para el caso en sí mismo, y que el juez no lo haya tomado en cuenta.

La falta de claridad en el desarrollo de los términos limita bastante la actuación de los interesados, generando un problema más grave: la arbitrariedad con la que se aplica, lo que produce que nadie sepa cómo casar aplicando alguna de sus causales. Las resoluciones que han sido admitidas fueron por discrecionalidad de la Corte, pero también es cierto que muchos recursos se rechazaron porque “supuestamente” no revaloran pruebas. En concordancia con Obando (2013), no me parece contraproducente su regulación puesto que la valoración puede ser arbitraria o defectuosa en ciertas situaciones; no obstante, considero que la Corte Suprema ha legislado una causal adicional para interponer recurso de casación, transgrediendo sus facultades y desnaturalizando las casaciones.

La Corte puede solicitar al Congreso que legisle sobre dicha materia (TUO de la LO del PJ, artículo 21). Sea cualquiera de esas opciones, me parece fundamental agregarlo como causal en el artículo 386° CPC, reafirmando los requisitos de procedencia del artículo 388° CPC, manteniendo su discrecionalidad y haciéndola justa. Además, mantendría la relevancia de la incidencia directa (art. 388.3° CPC), exigiendo que los interesados expliquen en el recurso cómo la ilógica

u omisa valoración afecta a la decisión final que se ha emitido, teniendo que detallar cuáles serían los razonamientos para que esta sea perfecta.

CONCLUSIONES

En conclusión, es ideal que la Corte Suprema acepte revalorar pruebas en aquellos casos que considere más gravosos, atendiendo una realidad trágica en lo relacionado a la valoración de medios probatorios. De cualquier modo, me parece lesivo contra los sujetos procesales que sea un criterio arbitrario y completamente discrecional, puesto que hay recursos que han sido aceptados y otros rechazados teniendo como eje la potestad de la Corte para revalorar; así, transgrediendo el principio de igualdad procesal.

Desde mi punto de vista, es necesario un desarrollo más profundo y exacto, debiendo ser agregado como una causal en el artículo 386° y adecuar el artículo 388° CPC para evitar la injusticia con la que es aplicada, facultando en realizarlo a los interesados con los mismos requerimientos que exige el recurso de casación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Casación N° 00078-2006-Ica, Expediente N° 00078-2006-0-5001-SU-DC-01 (2007).
- Casación N° 276-2015-La Libertad, Expediente N° 00276-2015-0-5001-SU-CI-01 (2015). <https://tinyurl.com/2j88r8ss>
- Cavani, R. (2018). *Teoría impugnatoria. Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil*. Gaceta Jurídica.

IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA CATEGORÍA “NB” EN EL DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD (DNI) DE COLOMBIA: UN ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

Hernando José Caraballo Ramirez
Universidad Cooperativa de Colombia
Colombia

hernando.caraballo@campusucc.edu.co
ORCID: 0009-0003-7103-5390

Karime Cure Ruena
Universidad Cooperativa de Colombia
Colombia

karime.cure@campusucc.edu.co
ORCID: 0000-0002-6701-0540

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo principal establecer las implicaciones a nivel jurídico y de derechos humanos que tiene la inclusión de la categoría “No Binario” (NB) en los Documentos Nacionales de Identidad (DNI) de Colombia, desarrollando una investigación cualitativa de tipo teórico, a partir de una revisión documental y un análisis desde el derecho comparado, donde se propone establecer un mecanismo procesal expedito, administrativo y personal en materia del reconocimiento del derecho a la identidad de género en Colombia, el cual se encuentra en las nuevas tendencias y corrientes sociales del desarrollo humano.

Palabras clave: personas no binarias, identidad de género, procedimiento, derechos humanos, derecho comparado.

ABSTRACT

The main objective of this research is to establish the legal and human rights implications of the inclusion of the category “Non Binary” (NB) in the National Identity Documents (DNI) of Colombia, developing a theoretical qualitative research, based on a documentary review and an analysis from comparative law, where it is proposed to establish an expeditious, administrative and personal procedural mechanism for the recognition of the right to gender identity in Colombia, which is found in the new trends and social currents of human development.

Keywords: non binary persons, gender identity, procedure, human rights, comparative law.

Sumario: I. Introducción. II. Precisiones conceptuales acerca de la población transgénero. III. Normatividad en Colombia. IV. Experiencia normativa y judicial a nivel internacional. V. Hacia un mecanismo procesal para modificar el Estado civil de los documentos de identidad para personas “trans”. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

El derecho a la identidad de género ha venido cobrando importancia en los ordenamientos jurídicos de distintos países a nivel mundial debido al reconocimiento de problemáticas y discriminación a personas que reivindican la capacidad de ejercicio y goce de este derecho. En Colombia, la jurisprudencia constitucional ha cobrado suma importancia en el reconocimiento de este derecho que lo ha catalogado como fundamental, exponiendo la necesidad de que el Estado colombiano adopte medidas tendientes a reconocer y permitir el acceso a este derecho desde la construcción de políticas públicas para poblaciones como la “trans”, entre los que se encuentran las personas no binarias (NB), hasta la creación de mecanismos procesales expeditos, eficientes y sin ningún tipo de discriminación, lo cual se convierte en una necesidad emergente.

Así, el objetivo general que se persigue es: establecer las implicaciones jurídicas y de derechos humanos que tiene la inclusión de la categoría “NB” en los documentos nacionales de identidad de Colombia desde un análisis de derecho comparado. Para la consecución efectiva de este objetivo se plantearon los siguientes cuatro objetivos específicos que se desarrollarán en los capítulos acá desarrollados. A saber, el primer objetivo específico tiene como función principal identificar el marco normativo vigente referente a la individualización y caracterización de los ciudadanos en los documentos nacionales de identidad (DNI) de Colombia; en segundo lugar, contrastar el uso de la categoría de sexo-género de los DNI en ámbitos públicos y privados; como tercer objetivo se encuentra exponer las medidas adoptadas a nivel internacional para modificar la categoría de sexo-género en los DNI; en último lugar, siendo este de suma importancia está proponer un mecanismo procesal para la inclusión de la categoría “NB” en los DNI de Colombia.

PRECISIONES CONCEPTUALES ACERCA DE LA POBLACIÓN TRANSGÉNERO

Sexo y género: una cuestión dualista

Las sociedades modernas que se fueron conformando a lo largo del mundo tuvieron una tradición marcada por una dualidad, también conocido como binarismo, entre las categorías de “hombre” y “mujer”, siendo así que las construcciones sociales, políticas, culturales y demás a posteriori de ello se edificaron sobre la premisa principal de que había dos individuos con cualidades diferentes, realizando una asignación social de roles diferente para cada categoría. En la generalidad de los casos, esta diferenciación se encuentra ligada al sexo de las personas, el cual se refiere a aquellas características biológicas, genéticas o naturales por las cuales una persona al nacer se categoriza como tal. Incluso, esta categorización resulta

problemática con personas que al nacer no se les puede asignar el sexo por condiciones biológicas del nacimiento u otras varias, dándoseles el nombre de intersexuales, los cuales tiene que pasar por procesos quirúrgicos para asignarles un sexo, tal como lo exponen Iturri¹ y Orozco².

Por otra parte, también se encuentra en la sociedad y la academia otra categoría empleada para categorizar a las personas, denominada género la cual se torna compleja de analizar debido a sus amplias posibilidades diversas, ya que como esboza Orozco “(...) se refiere a las identidades, funciones y atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre, y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas”³. Con el panorama anterior, se vislumbra una diferenciación entre dos categorías que en su generalidad conceptual son usados como sinónimos, pero que sus características internas le merecen un tratamiento diferencial. Ergo, Orozco⁴ complementa que cuando se menciona acerca de las vivencias y formas de vivir de personas “trans”, se hace alusión a aquellas personas que su sexo y género, o una de estas, no está conforme al asignado socialmente, esto es, alguien hombre-masculino o alguien mujer-femenina, lo que rompe la dualidad existente del binarismo y abre un abanico de posibilidades totalmente disruptivas frente a la sociedad, misma que se edificó social y normativamente bajo una premisa dual y cisgénero, esto es, la asignación impuesta por la sociedad a una persona.

Ahora bien, habida cuenta de lo descrito en brevedad, conviene resaltar que es problemático a nivel social y jurídico esta asignación binaria que no contempla posibilidad alguna de inclusión para una persona que no sea cisgénero, pues el sistema heteronormado se construyó bajo estas lógicas, e irse en contravía genera problemas para el desarrollo pleno de la vida misma, tal como lo expone la Corte Constitucional, violando con ello derechos fundamentales y garantías para que una persona “trans” pueda desenvolverse en las esferas en donde se ubica, la cual hace pertinente un reconocimiento y protección de sus derechos humanos, así como una óptima atención por parte del Estado, quien en últimas es el que permite en máxima el ejercicio, goce y respeto de los derechos humanos.

Conforme a lo antecedente, Ospina y López⁵ evidencian que Estados como el colombiano tienen relacionado como un todo las categorías

1 ITURRI, Itziar. Aproximación a las vivencias de género no binarias. Trabajo Fin de Máster. Navarra: Universidad Pública de Navarra, 2021.

2 OROZCO, Jesús. El derecho de identidad de personas transgénero en procedimientos de corrección de actas del registro civil. Una propuesta de sentencia estructural de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En: Revista Mexicana de Derecho Constitucional. 2020. Vol. 43. no.

3 Ibid. p. 223

4 Ibid. p. 223

5 OSPINA, Diana y LÓPEZ, Federico. TERCER GENERO EN COLOMBIA: RETOS DEL SISTEMA HETERONORMATIVO ANTE LAS IDENTIDADES DE GENERO DIVERSAS, 2021.

sexo-género al momento de formular leyes, políticas públicas y establecer medidas de estadística poblacional, sin distinguir sus cualidades y diferencias, usándose en cada una de las normas que se expiden como sinónimos válidos, encuadrándose así en un modelo binario; vislumbrando un desconocimiento de las personas “trans” que no encuentran en el modelo binario acogida. Esto es conflictivo si se piensa en términos de la posibilidad de generar espacios estatales de protección y garantía de los derechos de personas “trans”, tales como el derecho a la personalidad jurídica, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros más, los cuales no se ven conseguidos por las personas en el desarrollo de su vida debido al sistema incompatible para esta población dentro de la sociedad.

Máxime, si se tiene en cuenta que uno de los elementos principales en la vida de una persona es la capacidad de exteriorizar y materializar sus vivencias mediante su personalidad, tal como lo menciona Orozco⁶, es pertinente y necesario realizar un análisis y reflexión propositiva desde el ámbito jurídico y social para que el Derecho pueda adaptarse a esta nueva realidad social y en consecuencia, permitir un ejercicio óptimo y pleno de los derechos humanos de las personas “trans”.

NORMATIVIDAD EN COLOMBIA

En Colombia, la normatividad acerca de los actos de Registros Civiles y todo lo concerniente sobre la identidad de las personas encuentra su génesis en el artículo 120 de la Constitución Política de Colombia, que deja en manos de la Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC) en apoyo del Consejo Nacional Electoral (CNE) esta labor en el país. Así, la RNEC en especial, es quien se encarga de velar porque los ciudadanos cuenten con una identificación que les permita acceder a servicios públicos, entre otros más aspectos públicos, y también desenvolverse en aquellos espacios donde se lo soliciten, resultando en algo imprescindible para obtener una atención en servicios como el de la salud, atención gubernamental, entre otros más.

En línea de lo anterior, se encuentra al Decreto 1010 de 2000, el cual establece la organización interna de la RNEC y se fijan las funciones de sus dependencias. Este, fija en su artículo 5 denominado “funciones”, y en el numeral 19, lo siguiente “Expedir y elaborar las cédulas de ciudadanía de los colombianos, en óptimas condiciones de seguridad, presentación y calidad y adoptar un sistema único

6 OROZCO. Op. Cit., p. 225

de identificación a las solicitudes de primera vez, duplicados y rectificaciones”⁷; además de su numeral 20 que indica,

Atender todo lo relativo al manejo de la información, las bases de datos, el Archivo Nacional de Identificación y los documentos necesarios para el proceso técnico de la identificación de los ciudadanos, así como informar y expedir las certificaciones de los trámites a los que hubiere lugar⁸.

Entonces, queda de manifiesto la función principal que guarda la RNEC referente a los procesos de expedición de documentos oficiales de identidad a las personas colombianas, además de su obligación para atender y brindar la información necesaria en cuanto a la identificación de los ciudadanos, siendo esta institución que se creó desde la Constitución Política de Colombia muy importante para todos los procesos en lo que respecta a la caracterización e identificación de habitantes.

Lo anterior resulta relevante en el entendido de que tal como afirma Orozco “La institución del registro Civil permite al Estado, controlar aspectos elementales de las personas, tales como el nacimiento, parentesco, reconocimiento, adopción, matrimonio, divorcio o defunción”⁹. Y es precisamente esa capacidad del Estado de administrar y emplear los datos de reconocimiento e identificación de las personas lo que puede permitirle generar políticas públicas y demás acciones encaminadas en poblaciones específicas, tales como las personas “trans”, que son objeto de discriminación e invisibilización por parte del Estado.

Además, en pronunciamientos constitucionales como los contenidos en la Sentencia T-504/94, se precisa acerca del sexo y su relación con el Estado Civil en Colombia que “El sexo es un componente objetivo del Estado Civil que individualiza a la persona, pues como hecho jurídico no depende de la apreciación subjetiva de quien lo detenta, sino del carácter objetivo que tiene por ser un hecho de la naturaleza física”¹⁰.

Asimismo, se agrega al respecto del sexo y los Documentos de Identificación en Colombia como la Cédula de Ciudadanía -el cual es el DNI que expide la RNEC a toda persona mayor de 18 años- lo contenido en la Sentencia T-063/15 que,

Como lo ha señalado esta Corporación en anteriores oportunidades, la cédula de ciudadanía constituye un documento indispensable para el ejercicio de los derechos Civiles y políticos, en tanto esta “[...]”

7 COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1010. (06, junio, 2000). Por el cual se establece la organización interna de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se fijan las funciones de sus dependencias; se define la naturaleza jurídica del Fondo Social de Vivienda de la Registraduría Nacional del Estado Civil; y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2000. 44.034. p. 2

8 Ibid. p. 2

9 OROZCO. Op. Cit., p. 226

10 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-504. (1994).

garantiza el derecho a la personalidad jurídica, pues es un documento que permite identificar a las personas, y asimismo establecer el cumplimiento de los requisitos para ejercer la ciudadanía y con ello el derecho al sufragio como derecho político de rango fundamental en un Estado Social Democrático de Derecho.”¹¹.

Sin embargo, como se ha venido exponiendo, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional de Colombia ha jugado un papel fundamental para el reconocimiento de las problemáticas y necesidades de la población “trans”. Sus pronunciamientos ha distinguido y protegido las situaciones que vivencian a diario esta población, y en especial las personas no binarias, referente a su estado civil, haciendo hincapié en lo concerniente a categorías como la del sexo que se usa y aplica por el Estado. Teniendo esto relación con el derecho a la identidad de género, el cual fue equiparado y reconocido como Derecho Fundamental en las Sentencias T-143/18 y T-443/20, debido a la conexidad con la dignidad humana en la capacidad de la autopercepción y definición propia del individuo en función de sus vivencias y experiencias en cuanto al género. Postura reiterada por esta corporación en su más reciente pronunciamiento en la sentencia T-033/22, la cual marca un avance importante en el reconocimiento y protección de este derecho fundamental dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

De tal guisa, se desprende el deber del Estado colombiano de darle un reconocimiento y protección a personas “trans”, y en especial a las personas no binarias que piden protección y reconocimiento de su identidad de género, toda vez que acorde a las problemáticas y falencias que se presentan en su materialización frente a las instituciones del Estado, ante lo que el máximo ente constitucional del país ha hecho énfasis en la necesidad de adaptar el sistema jurídico interno de Colombia a las necesidades y problemáticas de las personas “trans”, de acuerdo a la similitud que se encuentra en sistemas jurídicos como el mexicano desde el análisis de Orozco¹².

EXPERIENCIA NORMATIVA Y JUDICIAL A NIVEL INTERNACIONAL

Uno de los referentes a nivel internacional que ha ocasionado que los Estados del mundo realicen cambios normativos y jurídicos en sus sistemas internos para generar una amplia protección, cubrimiento y reconocimiento de los derechos humanos de las personas “trans” fue los denominados principios de Yogyakarta¹³. Tal como se titula, estos “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”

11 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-063. (2015).

12 OROZCO. Op. Cit., p. 230

13 O'FLAHERTY, M, comp. PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA. 2007.

generaron una serie de insumos valiosos en la materia, recomendaciones y sugerencias aplicables en las legislaciones internas para que se avanzara en la inclusión de las personas “trans” a la sociedad sin barrera alguna, siendo así que diversos Estados en Latinoamérica y el mundo han guiado la creación de leyes y políticas públicas conforme a su contenido elemental.

En ese orden de ideas, y para efectos de complementariedad en lo que concierne al objeto de estudio de la presente investigación, cabe tener en cuenta las pautas y recomendaciones contenidas en el principio 3, el cual enmarca todo lo relacionado con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas “trans”. En el contenido general de este principio se encuentran aspectos importantes que permiten evidenciar el avance y Estado actual del Estado colombiano en materia de reconocimiento de derechos humanos a las personas “trans”, ya que verbigracia, se menciona la no obligación por parte de una persona “trans” a realizarse procedimientos, tratamientos hormonales, terapia, esterilización u otro procedimiento afin para el reconocimiento legal de su identidad de género, lo cual va en concordancia con la eliminación de barreras en la modificación del componente de sexo en la Cédula de Ciudadanía desde la entrada en vigencia del Decreto 1227/15.

Con lo anterior, queda de manifiesto que el reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas “trans” también lleva consigo el reconocimiento de sus documentos de identidad reflejando la identidad de género de las personas, lo cual es una deuda pendiente por parte del Estado Colombiano en la actualidad, ante lo que se deben escatimar esfuerzos para establecer un procedimiento eficaz que supla tal necesidad.

A nivel de América, espacio geográfico en donde se encuentra Colombia y cuyos pronunciamientos, disposiciones, normas y demás cuestiones importan al sistema jurídico colombiano para su adopción, implementación y eficaz acogida, se encuentra la Opinión Consultiva OC-24/17¹⁴ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), titulada: “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, solicitada por la República de Costa Rica. En su párrafo 105 menciona al respecto de los documentos de identidad y el derecho a la identidad de género que:

(...) el Tribunal opina que el derecho de las personas a definir de manera autónoma su propia identidad sexual y de género se hace efectiva garantizando que tales definiciones concuerden con los datos de identificación consignados en los distintos registros así como en los documentos de identidad. Lo anterior se traduce en la existencia del derecho de cada persona a que los atributos de la personalidad anotados en esos registros y otros documentos de

14 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-24/17. (24, noviembre, 2017). IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO. 2017.

identificación coincidan con las definiciones identitarias que tienen de ellas mismas y, en caso de que no exista tal correspondencia, debe existir la posibilidad de modificarlas¹⁵.

Ahora bien, analizando más a profundidad las medidas jurídicas que han implementado Estados a nivel mundial, uno de los casos más importantes por su trascendencia y gran reconocimiento hacia la población “trans” es Malta, ubicado en Europa. En este país, la *gender identity, gender expression and sex characteristics act (GIGESC)*¹⁶ expedida en 2015, la cual tiene como propósito establecer disposiciones sobre el reconocimiento y registro de género con sus efectos. Así, en su numeral 3, literal C de dicha norma, se establece que toda persona en Malta tiene derecho a ser tratado conforme a su identidad de género, al igual que ser identificados en los documentos que acrediten dicha identidad, lo que supone un abanico de posibilidades ya que tiene en cuenta para esta identificación al género, contrario al sistema normativo colombiano, que desde el Decreto 1227/15 plantea la categoría de sexo, con las posibilidades binarias de “masculino” y “femenino”.

En ese orden de ideas, la GIGESC también plantea en su numeral 4 el derecho que tienen las personas maltesas para cambiar el género registrado y/o su nombre si así lo desea, estableciendo que se debe realizar una solicitud de una nota de registro mediante una escritura pública declarativa con el acta de nacimiento de la persona, una declaración clara en donde se manifieste que su identidad de género no corresponde al sexo asignado en el acta de nacimiento, especificar los datos de género, el primer nombre con el que desea ser registrado y los demás requisitos establecidos en la *Notarial Profession and Notarial Archives Act*. Además, no se solicitará ningún documento psiquiátrico, psicológico o médico como requisito, quedando a la mera voluntad y manifestación de la persona como requisito principal para ejecutar dicho cambio.

Al respecto, autores como Kriva mencionan lo siguiente al realizar un análisis crítico de ambas leyes de identidades de género y sexuales desde el enfoque de derechos humanos que han tomado,

*The GIGESC Act focused on the right to gender identity, as well as the right to bodily integrity and physical autonomy. It met current human rights standards as both nonbinary and intersex people were benefited from the legal protection. Despite the fact that The Civil Status Law focused on the right of sexual identity and the development of personality in a self-determined way, the legislation included solely intersex, leading to the discrimination of nonbinary identities*¹⁷.

15 Ibid. p. 51

16 MALTA, LEĠIŻLAZZJONI MALTA. CHAPTER 450. (14, abril, 2015). GENDER IDENTITY, GENDER EXPRESSION AND SEX CHARACTERISTICS ACT. p. 01

17 Ibid. p. 22

En lo referente a América Latina, saltan a luz dos casos importantes que conviene mencionar en cuanto al reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas “trans”. Por un lado, se encuentra Argentina con la promulgación de la Ley 26.743¹⁸ de 2012 por la cual se establece el derecho a la identidad de género de las personas. En el artículo 3 de esta ley se hace mención a que toda persona en este país podrá solicitar la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen, cumpliendo con los requisitos para llevar a cabo el procedimiento de: edad mínima de 18 años, salvo las excepciones contempladas en dicha ley, acudir al Registro Nacional de las Personas y entregar una solicitud manifestando que se requiera la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo Documento Nacional de Identidad (DNI), amparándose en la Ley 26.743 para ello.

Para realizar este procedimiento de rectificación registral no se necesita ninguna acreditación médica, lo que significa un avance sustancial en la no injerencia del Estado en la esfera privada de la persona, sus deseos y actos que corresponden a la libre expresión de su identidad. El trámite continúa con la notificación del oficial público a la jurisdicción donde este allegada el acta de nacimiento para emitir la nueva partida con los cambios solicitados. El trámite es gratuito, personal y no se necesita intermediación ni representación para realizarlo. De lo anterior se afirma la tendencia de establecer a nivel un mundial un procedimiento expedito, en la mayoría de las situaciones administrativo y con la mera condición personal de la persona que desea el cambio para que se haga la rectificación en el estado civil, siendo relevante esto para el siguiente capítulo.

Por otro lado, la otra experiencia en la región se encuentra en Uruguay, que mediante la promulgación de la Ley N° 19684¹⁹ de 2018, por la cual se aprueba la Ley Integral para Personas Trans. Esta Ley establece que toda persona de Uruguay tiene derecho a la identidad de género, enmarcado al libre desarrollo de la personalidad, con lo cual se le incluye el derecho a ser identificado de conformidad a su identidad de género en los documentos identificatorios de la persona. Algo para destacar de la presente ley corresponde a lo consignado en el artículo 5, la cual establece que: “Incorpórese la variable “identidad de género” en todos los sistemas oficiales de información estadística (...) y todas las mediciones públicas que releven la variable “sexo””. Esto es importante tener en cuenta, debido a que en la parte motiva de la Sentencia T-033/22²⁰ se

18 ARGENTINA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 26.743. (23, mayo, 2012). Establécese el derecho a la identidad de género de las personas. Buenos Aires, 2012.

19 URUGUAY, PODER LEGISLATIVO. Ley N° 19684. (07, noviembre, 2018). APROBACION DE LA LEY INTEGRAL PARA PERSONAS TRANS. 2018.

20 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-033. (2022).

menciona la necesidad de que haya una modificación en los sistemas de datos estadísticos y de censo en Colombia, debido a que la variable de “sexo” es imprescindible, pero debe darse amplitud y reconocimiento a otras identidades como las de género.

En resumen, se ha evidenciado en el desarrollo del presente capítulo como distintos países en el mundo ha emprendido y encaminado sus esfuerzos desde modificaciones y adopciones normativas para reconocer, proteger y fortalecer el ejercicio y goce del derecho a la identidad de género, sobre todo en lo concerniente a la modificación en documentos de identidad para que prevalezca el respeto a la personalidad jurídica con la que los individuos se desarrollan en la sociedad y pueden materializar otros derechos humanos. Lo anterior apoyado de procedimientos establecidos de forma administrativa, personal, sin representación y de forma expedita, lo cual es menester de implementación en un sistema jurídico como el colombiano, el cual si bien ha tenido avances importantes desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional en las últimas dos décadas, la efectividad, alcance y acceso a toda la sociedad es aún limitada.

HACIA UN MECANISMO PROCESAL PARA MODIFICAR EL ESTADO CIVIL DE LOS DOCUMENTOS DE IDENTIDAD PARA PERSONAS “TRANS”

Uno de los limitantes que desfavorablemente se han presentado desde la resolución en la Sentencia T-033/22 es la incapacidad de que otros individuos fuera del proceso puedan acogerse a la decisión y disfrutar de lo allí dispuesto en relación con el cambio en la Cédula de Ciudadanía del componente “sexo” a la categoría “NB”. Esto resulta debido a que las decisiones de la Corte Constitucional no hacen tránsito a legislación, ante lo cual las instituciones del Estado, guiados por el artículo 121 de la Constitución Política de Colombia²¹ les indica que no pueden ejercer funciones distintas de las que les atribuye la constitución y la ley. Así, se encuentra que el Decreto 1227/15²², que adiciona la Sección 4 al Capítulo 12 del Título 6 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1069 de 2015, en su artículo 2.2.6.12.4.3. denominado “alcance de corrección” indica que la corrección podrá consistir en la inscripción del sexo masculino “M” o femenino “F”, sin contemplar otra categoría como la que se crea en la sentencia ya citada anteriormente, quedando imposibilitada tanto las notarías del país, como también la RNEC.

En consecuencia de lo anterior, y teniendo en cuenta el ejercicio de derecho comparado realizado con anterioridad, en el cual se pudo vislumbrar los elementos esenciales, imprescindibles e importantes

21 COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política de República de Colombia. (20, julio, 1991). Constitución Política de Colombia. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1991. N° 116.

22 COLOMBIA, MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Op. Cit. p. 03

para poder realizar inscripciones, modificaciones o adecuaciones registrales en países como Malta, Alemania, Argentina y Uruguay, se debe establecer un mecanismo procesal en Colombia que armonice a las partes inmersas en dicho procedimiento, tomando como guía los elementos que contiene el Decreto 1227/15, con otros más que aporta la experiencia internacional. Es menester otorgar el debido reconocimiento de los derechos humanos de las personas “trans”, y en especial, de las personas no binarias, aportando así a los efectos de la Sentencia T-033/22 que realiza un aporte histórico y trascendental en Colombia a nivel jurídico y de derechos humanos.

En primera medida, para establecer un procedimiento en Colombia que le permita a las personas “trans”, y en especial, a las personas no binarias realizar la modificación de su categoría “sexo” en sus documentos oficiales como lo es la Cedula de Ciudadanía, el Registro Civil y otras más áreas en donde se encuentra individualizada la persona, hay que precisar que éste debe ser administrativo, sin la necesidad de que se accione el aparato judicial mediante un proceso de jurisdicción voluntaria, tal como sucedía antes de la entrada en vigencia del Decreto 1227/15.

Así entonces, se debe establecer un procedimiento que no resulte en complejo, de difícil acceso y cuyos términos se puedan extender por el tiempo de manera desproporcionada atendiendo a las vicisitudes que se puedan presentar en la administración de justicia. Es por ello que, siguiendo las experiencias a nivel internacional en donde se han establecido procedimientos administrativos que resultan expeditos y de fácil acceso, además de que la Corte Constitucional en la misma Sentencia T-447/19²³ menciona sobre este punto que “(...) la corrección del componente sexo a través de escritura pública permite lograr con el mismo grado de idoneidad las finalidades que se pretenden asegurar a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria y es menos lesivo de los derechos (...)”. De esta forma, con un proceso eficaz y que resulte en garante de los derechos humanos de las personas “trans”, se puede encaminar las demás acciones a realizar enmarcadas en el principio 3 de los Principios de Yogyakarta.

Ahora bien, a sabiendas de que el proceso a realizarse en Colombia debe ser por la vía administrativa debido a sus bondades ya expuestas en precedencia, el siguiente aspecto a tratar son los requisitos o elementos que la persona interesada debe allegar para que se le ejecute su solicitud en los términos previstos y pueda darse la modificación correspondiente. Para ello, conviene tener en cuenta los aspectos generales que se solicitan en el Decreto 1227/15 en su artículo

23 Ibid.

2.2.6.12.4.5., que como el de los países analizados a nivel internacional también solicitan, ya que son aspectos de individualización de la persona interesada, y la capacidad de acreditar la voluntad y deseo de lo que se pretende. Así, en el citado artículo se solicita: designación del notario a quien se dirige la solicitud, nombre y cedula de la persona solicitante, copia del Registro Civil de Nacimiento, copia de la Cédula de Ciudadanía y la declaración bajo la gravedad de juramento que indique la voluntad de realizar dicho trámite de corrección del componente “sexo”. Estos documentos resultan necesarios y suficientes para que desde la notaría correspondiente además de la RNEC se puedan hacer las correcciones en los libros y folios en donde se encuentre depositada los datos del solicitante.

Respecto al trámite que debe surtirse una vez allegada la documentación al notario correspondiente, guiado del procedimiento que se tiene establecido en el sistema jurídico de Argentina además de lo establecido en el artículo 2.2.6.12.4.7. del Decreto 1227/15 que versa sobre las reglas de corrección, se debe expedir la escritura pública, y seguir el trámite correspondiente para la modificación en el nuevo folio, así como también la modificación por parte de la RNEC. El término previsto en el artículo anteriormente citado de 5 días hábiles es prudente y dentro de los términos previstos tanto en el sistema jurídico de Argentina, como en el de Uruguay y Malta.

Esto resulta importante para la posibilidad de que la persona que solicita el cambio registral en su estado civil también pueda contar con una armonización en otros documentos en donde también se encuentra consignada la categoría “sexo” y lo cual le puede generar alguna discriminación o desigualdad frente a otras personas de la sociedad, así como no ir en concordancia con su vivencia y exteriorización de género. Entre los documentos que resalta el artículo recién nombrado se encuentran: licencias de conducir, pasaportes ordinarios, títulos académicos, permisos de trabajo para personas extranjeras, inscripciones y facturas, contratos de trabajo, registros penitenciarios, carnés institucionales y correspondencias y documentación interna y externa en centros de trabajo. De esta forma puede lograrse una verdadera y efectiva armonización en los documentos de identidad de la persona interesada, quedando de manera legal y social su identidad de género correspondiente, permitiéndole así desarrollarse de una forma más íntegra y completa en la sociedad.

CONCLUSIONES

La Sentencia T-033/22 marca un precedente importante en materia de corrección del Estado Civil de una persona “trans”, lo que supone una responsabilidad del Estado colombiano materializar esta posibilidad a

todas las personas que soliciten dicho trámite, siendo imprescindible un procedimiento que no sea discriminatorio, violatorio del individuo y dispendioso. Ergo, ante la inexistencia de dicho procedimiento, el derecho comparado resulta en una valiosa herramienta para que se analicen casos exitosos de procedimientos para este tipo de requerimiento, con la posibilidad de que el Estado colombiano los adopte y reforme su sistema jurídico actual, en el procedimiento actual contemplado en el Decreto 1227/15. De esta manera, aunque siguen siendo muchos otros aspectos los que quedan en incertidumbre para un ejercicio y goce efectivo del derecho humano a la identidad de género, es un punto de partida provechoso para otros cambios que deben darse en materia pensional, de seguridad social, régimen militar, entre otros más, los cuales se espera que tome las riendas el legislativo y promulgue una ley especial para personas trans, y en especial las personas no binarias, tal como se hizo con éxito en Uruguay y Argentina, entre otros países.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARGENTINA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 26.743. (23, mayo, 2012). Establécese el derecho a la identidad de género de las personas. Buenos Aires, 2012.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-033. (2022). p. 30.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-504. (1994).
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-063. (2015).
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-099. (2015).
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1861. (04, agosto, 2017). POR LA CUAL SE REGLAMENTA EL SERVICIO DE RECLUTAMIENTO, CONTROL DE RESERVAS Y LA MOVILIZACIÓN. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2017.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-006. (2019).
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-447. (2019).
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-440. (2021).
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100. (23, Diciembre, 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1993. 41.148.
- COLOMBIA, MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Decreto 1227. (04, Junio, 2015). “Por el cual se adiciona una sección al Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, relacionada con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2015.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-033. (2022).
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política de República de Colombia. (20, julio, 1991). Constitución Política de Colombia. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1991. N° 116.
- COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1010. (06, junio, 2000). Por el cual se establece la organización interna de la

- Registraduría Nacional del Estado Civil y se fijan las funciones de sus dependencias; se define la naturaleza jurídica del Fondo Social de Vivienda de la Registraduría Nacional del Estado Civil; y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2000. 44.034. p. 2.
- COSTA RICA, TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES. N.º 7-2018. (14, mayo, 2018). REFORMA AL REGLAMENTO DEL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL Y AL REGLAMENTO DE LA CÉDULA DE IDENTIDAD CON NUEVAS CARACTERÍSTICAS. 2018.
- COSTA RICA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO EJECUTIVO N° 41173-MP. (28, junio, 2018). ADECUACIÓN DE TRÁMITES, DOCUMENTOS Y REGISTROS AL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL Y DE GÉNERO. San José, 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-24/17. (24, noviembre, 2017). IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO. 2017.
- ITURRI, Itziar. Aproximación a las vivencias de género no binarias. Trabajo Fin de Máster. Navarra: Universidad Pública de Navarra, 2021.
- KRIVA, Maria. The recognition of the nonbinary gender. A socio-legal analysis of the third gender legislation in Malta and Germany. Master's program in Law, Gender & Society. Umeå University. 2019. 19 p.
- MALTA, LEĠIŻLAZZJONI MALTA. CHAPTER 450. (14, abril, 2015). GENDER IDENTITY, GENDER EXPRESSION AND SEX CHARACTERISTICS ACT. p. 01
- PALOMARES, Jorge y ROZO, Camila. El registro civil de las personas y el modelo no binario. En: Revista Ius et Praxis. Junio, 2019. Vol. 25. N° 3, p. 121
- O'FLAHERTY, M, comp. PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA. 2007.
- OROZCO, Jesús. El derecho de identidad de personas transgénero en procedimientos de corrección de actas del registro civil. Una propuesta de sentencia estructural de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En: Revista Mexicana de Derecho Constitucional. 2020. Vol. 43. no.
- OSPINA, Diana y LÓPEZ, Federico. TERCER GENERO EN COLOMBIA: RETOS DEL SISTEMA HETERONORMATIVO ANTE LAS IDENTIDADES DE GENERO DIVERSAS, 2021.
- URUGUAY, PODER LEGISLATIVO. Ley N° 19684. (07, noviembre, 2018). APROBACION DE LA LEY INTEGRAL PARA PERSONAS "TRANS". 2018.
- URUGUAY, PODER LEGISLATIVO. Decreto N° 104/019. (09, mayo, 2019). REGLAMENTACION DE LA LEY 19.684, LEY INTEGRAL PARA PERSONAS "TRANS". 2019.
- VILLABELLA, Carlos. LOS MÉTODOS EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA. ALGUNAS PRECISIONES. En: Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2015. p. 940

ECOSISTEMAS CONSTITUCIONALES: DE LA EXCLUSIÓN A LA PLURALIDAD EN EL PROCESO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

*Jean Valery Bonilla Ramírez*¹
Universidad Cooperativa de Colombia
Colombia
jean.bonillm@campusucc.edu.co
ORCID: 0000-0001-5184-6063

*Nazly Catalina Lozano Arismendy*²
Universidad Cooperativa de Colombia
Colombia
nazly.lozano@campusucc.edu.co
ORCID: 0000-0001-6192-0626

*Victor Manuel Gómez Moreno*³
Universidad Cooperativa de Colombia
Colombia
victor.gomezm@campusucc.edu.co
ORCID: 0000-0001-6676-1783

RESUMEN

Desde el contexto del derecho contemporáneo afincado en el proceso de constitucionalización, la presente investigación aborda el desafío de contribuir al desarrollo de modelos interpretativos que respondan a dinámicas socio-jurídicas, garanticen el acceso a la justicia, definan un marco para la protección de principios y garantías fundamentales y permitan la consolidación del precepto de seguridad jurídica.

Tal propósito, requiere reconceptualizar el sistema de fuentes del derecho, hoy caracterizado por la positivización excluyente; y adoptar en su lugar uno que permita la integración sistémica de sus componentes en respuesta a todo fenómeno socio-jurídico; sustentado en la interdependencia entre fuentes; tal como ha ocurrido con la introducción del concepto “bloque de constitucionalidad” en los ordenamientos jurídicos de los países parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

Por ende, se afrontará el problema: *¿Es posible desarrollar un modelo sistémico de interpretación aplicable a la resolución de fenómenos socio-jurídicos?*, empleando la metodología sistémico-estructural-funcional, con el objetivo de estructurar un marco metodológico para la

1 Estudiante del Programa de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, campus Ibagué. Correo Institucional: jean.bonillaram@campusucc.edu.co; Código ORCID:0000-0001-5184-6063

2 Estudiante del Programa de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, campus Bogotá, D.C.; Correo Institucional: nazly.lozano@campusucc.edu.co; Código ORCID:0000-0001-6192-0626

3 Licenciado en Educación y Abogado especialista en Derecho Administrativo; Master en Derecho Procesal constitucional. Docente del Programa de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, campus Ibagué. Correo Institucional: victor.gomezm@campusucc.edu.co Código ORCID:0000-0001-6676-1783

interpretación y análisis jurídico, entre cuyos resultados se cuentan: un conjunto de instrumentos de análisis multifactorial aplicable en todos los niveles del sistema judicial para la resolución de eventos que involucren derechos fundamentales; y un modelo para la enseñanza de técnicas de interpretación socio-jurídica.

Conclusión preliminar de este trabajo ha sido la construcción de un modelo interpretativo que, desde el concepto de ecosistemas constitucionales, permite solucionar fenómenos socio-jurídicos sin crear reglas de derecho para cada caso.

Palabras clave: hermenéutica jurídica; constitucionalismo; interpretación constitucional; ponderación; ecosistema constitucional.

ABSTRACT

From the context of contemporary law rooted in the constitutionalization process, this research addresses the challenge of contributing to the development of interpretive models that respond to socio-legal dynamics, guarantee access to justice, define a framework for the protection of principles and fundamental guarantees and allow the consolidation of the precept of legal certainty.

Such purpose requires reconceptualizing the system of sources of law, today characterized by the exclusionary positivization; and instead adopt one that allows the systemic integration of its components in response to all socio-legal phenomena, through an interpretation model based on the interdependence between sources; as has happened with the introduction of the concept of “constitutional block” in the legal systems of the countries that are part of the Inter-American Human Rights System (IACHR).

Therefore, the problem will be faced: *Is it possible to develop a systemic model of interpretation applicable to the resolution of socio-legal phenomena?*, using the systemic-structural-functional methodology, through multifactorial analysis techniques, with the objective of structuring a framework methodological for interpretation and legal analysis, whose results include: a set of multifactorial analysis instruments applicable at all levels of the judicial system for the resolution of events involving fundamental rights; and a model for teaching socio-legal interpretation techniques.

Preliminary conclusion of this work has been the construction of an interpretive model that, from the concept of constitutional ecosystems, allows to solve socio-legal phenomena without creating rules of law for each case.

Keywords: legal hermeneutics, constitutionalism, constitutional interpretation, weighing, constitutional ecosystem.

Sumario: I. Los conceptos de derecho y principio. II. La necesidad de expansión del sistema de fuentes del derecho. III. Un modelo de interpretación, desde la perspectiva de ecosistemas constitucionales. VI. Metodología. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

Uno de los mayores obstáculos para la consolidación de la democracia constitucional ha sido el empleo de modelos de interpretación constitucional fundados en una limitada comprensión del sistema de fuentes que subyace a tal concepto. La antigua perspectiva de un sistema jerarquizado de fuentes, no se compadece con las diversas realidades que a diario plantean nuevos retos a los ordenamientos; y estos a su vez han trascendido el ámbito de lo jurídico para interactuar armónicamente con otros sistemas en pos del armónico desarrollo.

Así las cosas, el ordenamiento jurídico actual tiene un carácter estructural, dinámico e intersubjetivo, muy distante de aquel diseñado desde “la concepción de un estado sobre el cual recae de forma exclusiva la potestad de concretar el derecho, desconociendo en tal proceso las necesidades posibilidades y aspiraciones de los asociados” (Calderon villegas, 2021).

Deconstruir la perspectiva desde la cual se concibe el derecho, implica un cambio de paradigma en al menos tres de sus componentes estructurales: *el concepto, el sistema de fuentes y el modelo de interpretación*. El presente trabajo abordara de forma particular el tercero, pues fue a partir de la investigación en esta materia, que el equipo de trabajo de, Semillero de Derechos Humanos de la UCC-IBAGUE, trasegó la senda que condujo a formular la propuesta que para los dos restantes, se plantea en este documento.

Así las cosas, se ha formulado un concepto de derecho que acoge la complejidad biopsicosocial del individuo, cuyo pleno desarrollo implica la construcción colectiva de preceptos reguladores de la conducta, liberados de la tradicional separación entre derecho, moral y política.

Este ejercicio conlleva el desarrollo de un marco metodológico de corte científico-prospectivo, basado en el empleo de técnicas de análisis multifactorial aplicadas a las ciencias sociales. Con tales instrumentos, la presente formulación pretende entender al derecho como un sistema cognitivo-conductual que permite la creación, transformación o extinción de relaciones jurídicas indispensables para garantizar la armónica coexistencia entre individuos y sus entornos.

Esta nueva perspectiva requiere entender los principios, no como generales del derecho, sino como proposiciones que prescriben derechos. (Vid la- porta, , 1995), lo que a su vez, demanda concebir un sistema de fuentes que se deriva del proceso de constitucionalización: carente de jerarquías mutuamente excluyentes o subsidiarias, dentro de un modelo de estado que se distancia del clásico modelo de separación de poderes heredado de la Revolución Francesa.

El sistema de fuentes que se propone implica comprender al Estado como estructura dinámica, conformada por órganos que ejercen transversalmente sus competencias en los órdenes ejecutivo, legislativo, judicial, de seguridad y defensa nacional, banca central, electoral o de control, entre otros. Este modelo de Estado deja atrás el concepto de separación de poderes y de contrato social fundados en relaciones de poder y no en interacciones entre los individuos y el colectivo; este factor constituye -a la vista del presente trabajo-, el factor que más contribuye a la actual crisis derivada de la creciente brecha entre derecho y realidad, cuya consecuencia natural es la imposibilidad fáctica de alcanzar el ideal de justicia, entendida en los amplios términos que devienen de los sistemas constitucionales basados en derechos.

A los cambios antes señalados, se une la necesidad de estructurar un proceso de interpretación constitucional conducente a la obtención de decisiones de amplio contenido material, formuladas sobre premisas racionales construidas mediante la aplicación de un modelo cuyas técnicas hermenéuticas tengan un carácter no determinístico, es decir aquel diseñado sobre la pretensión de alcanzar la única respuesta plausible, aun cuando aquella implique que para hacer realidad un principio/derecho es necesario el sacrificio proporcional de otro.

La constitucionalización del ordenamiento ha permitido comprender que no es necesario el sacrificio total o parcial de un derecho para garantizar un mínimo tolerable de otro (u otros) en un caso en particular, sino que es posible su coexistencia armónica, en garantía del mayor nivel posible de respeto y desarrollo de esos mismos derechos para la totalidad de los individuos y no solo para grupos diferenciales de estos. Ejemplo de esta postura se encuentra en la reciente decisión de la Corte Constitucional de Colombia frente al caso del aborto consentido (Corte Constitucional de Colombia, 2022, pág. 2). Es por ello que la presente propuesta reconoce la necesidad de un sistema de interpretación aplicable a la resolución de fenómenos socio-jurídicos y en tal virtud, [...] pretende avanzar en la construcción de un modelo interpretativo aplicable a los sistemas constitucionales basados en principios.

LOS CONCEPTOS DE DERECHO Y PRINCIPIOS

Como se ha indicado previamente, los actuales modelos de interpretación constitucional se han construido sobre la concepción del derecho como estructura jerarquizada, compuesta de niveles normativos excluyentes entre sí; lo cual es característico en sistemas jurídico-políticos que asimilan principios a reglas o subreglas subjetivamente aplicables según el resultado de fórmulas que determinan la razonada y proporcional

reducción parcial o total de derechos. Tal es el caso de la Teoría de la Ponderación, desarrollada por el jurista germano Robert Alexy, a partir de las tesis de Ronald Dworkin y Jürgen Habermas entre otros referentes. Este modelo hermenéutico consta de tres elementos a saber: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga argumentativa.

Aún bajo el más exigente modelo analítico, la ponderación está sujeta a concluir a través de un ejercicio argumental que depende casi exclusivamente del conjunto de conocimientos, valores, principios o aspiraciones propios de quién lo realiza individual o colegiadamente. En consecuencia, sus resultados son difícilmente generalizables sin acudir paradójicamente a la técnica de la subsunción a efectos de resolver fenómenos socio-jurídicos, a los cuales concibe como producto de relaciones binarias entre elementos del fenómeno (entre ellos los principios), en lo que se concibe como “dependencia condicionada”, que restringe de plano desarrollo de las enunciadas garantías y limita ostensiblemente su ejercicio por parte de los asociados.

Este marco interpretativo, se distancia diametralmente del paradigma estructural sobre el cual descansa el concepto de “ecosistema constitucional”. Más aún, puede decirse que la ponderación separa abiertamente al derecho de la realidad, haciéndolo ideal y abstracto, justificando de paso la perspectiva según la cual, los principios constituyen “mandatos de optimización”, (Alexy, 2017) para cuya satisfacción basta con garantizar estándares mínimos, compuestos por sub reglas de derecho cuya aplicación deviene en el reconocimiento diferencial de derechos o garantías, en menoscabo de los mismos derechos o garantías generales. De allí que pueda entenderse el interés de la interpretación constitucional como un ejercicio dirigido a la creación de una tercera regla (o subregla) expresada en la forma de principio/derecho de aplicación condicionada a la existencia de condiciones específicas, restando validez y aceptación al proceso.

Es para ello indispensable, partir de un concepto de derecho concebido desde una óptica que comprende los principios fundamentales, como indicadores del desarrollo universalmente aplicables a todo individuo o colectivo que algunos autores denominan: Principios fundantes o necesarios (López, 2020).

En tal virtud, ha sido necesaria la construcción de un concepto de derecho que se ajuste con mayor holgura a las exigencias propias de un modelo cuyo sistema de fuentes ya no privilegia las tradicionales normas positivizadas, sino que reconoce en todas ellas y sobre todo en sus interacciones el potencial de convertirse en generadores de Marcos normativos colectivamente aceptados. En este contexto, se

entiende al derecho como sistema cognitivo-conductual que permite la creación, transformación o extinción de relaciones jurídicas indispensables para garantizar la armónica coexistencia entre individuos y sus entornos, bajo el entendido de que ya no encuentra limitado a reglas o normas codificadas bajo los parámetros del positivismo clásico; ni a las resultas de ejercicios argumentales auspiciados por la iluminación proveniente de agentes externos, propios de la dialéctica iusnaturalista, sino que incorpora cada vez con mayor importancia, el componente sustancial como instrumento para la comprensión de la dimensión universal, abstracta y determinante de los preceptos constitucionales.

La implementación de la Constitución de 1991 en Colombia ha demostrado que no basta con la simple enunciación de principios o derechos para garantizar su materialización en el cotidiano actuar del estado o de la sociedad. Ello se debe especialmente a que “los principios por sí mismos no expresan condiciones imperativas particularmente significativas” (López, 2020). Es por ello que la definición de su alcance y consecuente garantía en el orden social requiera la concurrencia de una serie de herramientas metodológicas que les confieran sentido y significado, en especial cuando en presencia de un fenómeno socio-jurídico, aquellos parecen “colisionar”.

Como se indicó previamente, la resolución de tales conflictos se ha encargado especialmente a partir de la segunda mitad del siglo anterior, a la aplicación de la tesis de la ponderación, misma que en la actualidad no se ajusta adecuadamente a la necesidad de encontrar soluciones a dinámicas sociales que requieren regular, explicar u ordenar el comportamiento individual y colectivo, dada su insuficiencia interpretativa resultante de comprender los principios como entidades de tipo particular, inmaterial, intangible y, por tanto, abstractas.

Vale la pena destacar en este punto del análisis, la importancia del contexto filosófico en el cual abrevan los diversos modelos interpretativos actualmente en uso: la idea de que los derechos fundamentales están constituidos por la resultante de sustraer las garantías mínimas exigibles del Estado de aquellas concebidas constitucionalmente como máximas aspiracionales compuestas por garantías que pueden llegar a colisionar entre sí (el modelo conflictivista de los derechos). Puede entonces afirmarse que todos estos diseños interpretativos de corte igualmente conflictivista, entienden los derechos como entidades autónomas, y que cada uno de ellos opera sobre componentes distintos de la realidad o sobre manifestaciones particulares de un mismo fenómeno socio-jurídico.

Asumen también estos modelos que las formas en que tales principios/ derechos se expresan en la realidad material son excluyentes; y que los derechos pueden ser jerarquizados en función del conflicto que se pretende resolver. De allí que los modelos derivados del conflictivismo como la subsunción, la exegesis o la ponderación, aborden los fenómenos socio-jurídicos mediante la supresión o reducción “motivadamente racional y proporcional” de los derechos o garantías bajo la arbitraria férula del test de proporcionalidad realizado por el operador jurídico. Tal postura entiende al ordenamiento jurídico como un sistema externo a la realidad social, que opera con independencia de todos los demás sistemas que la integran.

LA NECESIDAD DE EXPANSIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO

La Constitución de 1991 trajo consigo profundas transformaciones en los conceptos de Estado, democracia y cultura, a los cuales instituyó como subordinados del respeto por los principios, garantías y valores fundamentales, y en consecuencia, subsidiarios de la prevalencia constitucional consagrada en el artículo 4° de la CP, como primera norma jurídica del ordenamiento. En este marco conceptual, era necesaria también una concepción de democracia fundamentada en principios y garantías más allá del simple respeto por la ley. La resultante de esta transformación es un Estado concebido como dinamizador y corresponsable del desarrollo. Todo lo anterior, implica que la supremacía de los derechos, principios o valores fundamentales incorporarse armónicamente a todos los escenarios de la vida nacional, En este contexto es inadmisibles la restricción total o parcial de un derecho; aun si el fin que dicha restricción persigue se basa en el principio de igualdad ante la ley como base del sistema de fuentes del derecho. Tradicionalmente, “los sistemas constitucionales han concebido a la norma positiva como fuente principal de derecho, asignando roles auxiliares o secundarios a la doctrina, la costumbre o la jurisprudencia” (Bobbio, 2008, págs. 69-70).

El desarrollo de estos sistemas constitucionales, parte del reconocimiento de que la conducta no es producto exclusivo de una relación condicionada entre dos variables sino de la confluencia dinámica de múltiples interacciones entre elementos constitutivos de diversos entornos (la sociedad, la escuela, la familia) y entre éstas y el conjunto de regulaciones que determinan la adecuación o no de tales comportamientos (el ordenamiento jurídico).

A este inicial reconocimiento, debe sumarse la incapacidad del ordenamiento positivo para satisfacer los requerimientos de la realidad fáctica; y la consecuente imposibilidad de determinar con precisión

el alcance de los principios constitucionales; factor este que se encuentra íntimamente ligado al carácter abstracto de los principios, del cual deviene la necesidad de ampliar también el sistema de fuentes del derecho, buscando darle alcance y cobertura a la infinita red de interacciones que se pueden presentar entre principios cuando estos actúan como integrantes de un fenómeno socio-jurídico (que también puede analizarse como un sistema complejo de comportamientos mutuamente recíprocos). En consecuencia, no puede comprenderse la norma constitucional como orientadora de un sistema de fuentes en el cual cada una de las subordinadas actúa de forma independiente, excluyente y subsidiaria a las demás; debe estructurarse un sistema de fuentes que comprenda la normativa constitucional como integrante de un conjunto más amplio denominado “ecosistema constitucional”, conceptos que “corresponden en mayor o menor medida a los principios de igualdad de acceso a la justicia, participación, dignidad humana, soberanía y supremacía constitucional, ubicados en lo más alto de los ordenamientos constitucionales modernos” (Bernal Pulido, 2020). Este viraje hacia el lenguaje de los derechos instituye:

Una serie de garantías tanto sustanciales como procesales dirigidas a establecer entre otros, un sistema de pesos y contrapesos que regule equitativamente las relaciones entre el estado y los ciudadanos en desarrollo de los preceptos constitucionales entendidos ahora como fuente y eje de todo el ordenamiento (Bernal Pulido, 2020)

En este proceso, conocido como constitucionalización, los principios asumen un rol como articuladores de las garantías que habrá de protegerse y proveerse a los asociados en cumplimiento de las funciones que la carta política entrega al estado, como dinamizador del desarrollo y responsable directo de la unidad nacional y el bienestar colectivo (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). En este orden de ideas, “la subsunción heredada de la tradición Napoleónica ya no resultaba aplicable a la realidad jurídica de un estado social basado en derechos” (López, 2020).

A la abstracción propia del lenguaje constitucional; así como “al complejo y universalista conjunto de instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento nacional por vía del Bloque de constitucionalidad instituido en el Artículo 93 de la Carta” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, pág. 62), era necesario dotarla herramientas interpretativas que hicieran pronto, próximo y real el disfrute de los recién estrenados derechos.

En torno a ellos, las altas cortes han estructurado un conjunto de líneas jurisprudenciales, que responden al modelo constitucional actual. Común denominador de la jurisprudencia proferida por estos colegiados son: la ratificación de los derechos fundamentales como núcleo

esencial de la supremacía constitucional; el carácter inherente de los derechos; el reconocimiento de los derechos y garantías como factores constitutivos de la dignidad humana y, en especial, el reconocimiento de la interdependencia entre dignidad humana y derechos humanos, en virtud del cual se estatuyen diversos tipos de medios e instrumentos de protección que van desde las acciones administrativas hasta las judiciales. Estos mismos pronunciamientos jurisprudenciales proveen a los jueces de las herramientas para la resolución de los casos sometidos a su estudio, entre las que se destaca el carácter vinculante del precedente judicial (López, 2020) y entrega al ciudadano la garantía de seguridad jurídica, indispensable para la consolidación de la democracia.

Para tal efecto, es necesario estructurar un sistema de fuentes de derecho que facilite a los operadores de justicia armonizar conceptos diversos, conservando una relativa unidad de criterio en el tratamiento de los asuntos sometidos a su consideración. Se deriva de lo expuesto, que el modelo de ecosistema constitucional fortalece la seguridad jurídica en tanto el usuario del sistema judicial podrá prever (bajo criterios de razonabilidad y certeza), que ante determinadas circunstancias e instrumentos jurídicos se obtendrán los mismos resultados que en los casos precedentes.

En merito a lo expuesto, el modelo propuesto estará conformado por el conjunto de criterios estándar necesarios para garantizar la adecuada interpretación de principios/derechos fundamentales; afianzar el carácter dinámico del derecho moderno; asegurar la evolución del ejercicio judicial y mitigar el impacto derivado del ejercicio jurisdiccional, función claramente expresada por Alexy al indicar que “sin estándares a la autoridad legislativa, el poder de los principios materiales sería ilimitado” (Alexy, 2017).

UN MODELO DE INTERPRETACIÓN, DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS ECOSISTEMAS CONSTITUCIONALES

Señalar, como anteriormente se hizo, al carácter subjetivo fase conclusiva de la ponderación como una de sus mayores debilidades, no conlleva un desvalor sobre la argumentación como ejercicio dialectico indispensable para el avance del derecho. La referencia alude al carácter subjetivo del proceso argumental, que deja a criterio del operador jurídico la construcción de respuestas a los fenómenos socio-jurídicos. Para efectos de esta investigación, argumentar implica para todo individuo, asumir una posición, a jugar un rol respecto del cual habrá de sustentar dicha postura, demostrando la validez de sus premisas más allá de toda posibilidad de negación o refutación por parte del interlocutor.

La dimensión universal de la argumentación es aplicable a su relación con otras disciplinas; así, se relaciona con la filosofía, en cuanto a la claridad

conceptual, con la lógica en cuanto a la relación formal y material del argumento, que se manifiesta mediante una relación sintáctica y semántica entre los signos (letras) para formar palabras y la relación entre estas para estructurar juicios, oraciones, proposiciones y con ellos, argumentos. De ahí que se evidencia su naturaleza discursiva representada en el silogismo, pilar fundamental de la argumentación en Aristóteles.

El modelo construido

En oposición al conflictivismo tradicional, se propone un modelo de tipo comprensivo, que concibe al derecho como un sistema resultante de interacciones entre elementos que, a su vez, componen estructuras intrasistémicas (o dimensiones), que, interactúan recíprocamente a través de entornos transversales a todas ellas, en la misma forma que en la naturaleza operan los ecosistemas. Es decir que el derecho se compone de infinitas interacciones entre elementos constitutivos de las dimensiones: normativas, sociales, morales, cognitivo/conductuales (por solo citar algunos), que coexisten con entornos transversales para regular las relaciones del individuo consigo mismo, con los otros y con lo otro. Consecuentemente, no puede reducirse el impacto de un fenómeno socio-jurídico, a la simple colisión entre dos componentes de la realidad social, que se resuelve mediante la derrota necesaria de uno de ellos.

Apartir de esta concepción, surge el concepto de ecosistemas constitucionales para referirse al conjunto de interacciones entre estructuras normativas, morales, culturales dogmáticas o comportamentales presentes en un fenómeno socio-jurídico y los diversos entornos y dimensiones de los principios/derechos fundamentales que ellas desarrollan. Bajo ese concepto, se entiende la realidad como totalidad de formas en que se desarrollan las relaciones al interior de la sociedad. Desde esta óptica, el conflicto no constituye un elemento disruptor de la realidad sino otro de sus componentes.

METODOLOGÍA

Esta investigación se desarrolló bajo el diseño general de un estudio descriptivo-correlacional. En desarrollo de esta modalidad, parte de la estructuración de un sistema unificado de variables a través de las cuales se caracterizan aspectos formales y materiales de los derechos fundamentales, y las demás normas que integran el ordenamiento jurídico. Se aplica un método sistémico-estructural-funcional, mediante técnicas de análisis multifactorial, con el objetivo de construir un marco metodológico para la interpretación y análisis jurídico, entre cuyos resultados se cuentan: un conjunto de instrumentos aplicable en todos los niveles del sistema judicial para la resolución de eventos que involucren derechos fundamentales; y un modelo para la enseñanza de técnicas de interpretación socio-jurídica.

Este modelo considera que en todo fenómeno socio-jurídico coexisten dimensiones y entornos transversales, cuya covarianza caracteriza un determinado conjunto de interacciones que conducen a diversas manifestaciones del fenómeno sobre la realidad material. Para efectos del modelo interpretativo, se proponen cinco dimensiones: (cognitivo/conductual, dogmático/conceptual, jurídico/sustantiva, jurídico/adjetiva y jurídico/convencional). Cada una se analiza a partir de su interacción con los denominados entornos transversales que son cuatro a saber: individual, social, moral y político. A partir de estos elementos se obtiene un total de 20 categorías cuyo análisis correlacional permite la determinación de escenarios de impacto sobre el fenómeno socio-jurídico sujeto de resolución. Radica en ello una de las mayores diferencias con los modelos interpretativos tradicionales, que sólo consideran la dependencia condicionada entre dos principios simultáneamente y por consiguiente sólo derivan en resultados cuyo punto de partida es la supresión “racionalmente proporcional” de uno o todos los derechos/principios en conflicto.

CONCLUSIONES

A manera de colofón del presente escrito, iniciase por afirmar que es posible considerar al derecho como un sistema cognitivo; es decir como una disciplina científica que incorpora la comprensión de todos los elementos constitutivos de los fenómenos que pretende estudiar. De allí que para su ejercicio en el contexto de las modernas democracias constitucionales sea menester reconceptualizar el sistema de fuentes de derecho, adaptándolo no solo a las condiciones sociales, políticas o económicas presentes en un momento histórico particular, sino también a los desarrollos surgidos del análisis de las dinámicas socio-jurídicas que de ellas se derivan y que enmarcan la comprensión del concepto de derechos fundamentales.

A continuación, se muestra un ejemplo de aplicación de los instrumentos construidos, mediante el análisis de un caso tipo:

La Sentencia C-055 de 2022: Aplicación del modelo propuesto

En el caso de la colisión entre el derecho a la vida del nonato y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la gestante, presentado ante la Corte Constitucional colombiana, esta corporación profiere en el año 2006, la Sentencia C-355. Esta decisión, determina un desarrollo evolutivo en la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, al señalar la inexistencia de responsabilidad penal por la conducta tipificada como aborto en el artículo 122 del ordenamiento penal colombiano, en tres condiciones excepcionales: (a) cuando peligra la vida o la salud de la mujer madre; (b) para cuando se presenta malformación del nasciturus incompatible con la vida y (c) para cuando el embarazo es producto de abuso, violación, incesto, transferencia de óvulo o inseminación no consentida (Corte Constitucional de Colombia, 2006, pág. 301).

Al decidir sobre la demanda, la Corte delimita un marco que permite al Estado ponderar la protección que se debe dar al *nasciturus* ante la garantía de los derechos de la mujer en embarazo, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la vida y a la integridad personal, puesto que la vida del *nasciturus* está protegida. (Corte Constitucional de Colombia, 2006, págs. 29, 301 , 414).

El conflicto jurídico aparece con la prohibición absoluta, ya que con ello se afecta la autonomía de la mujer embarazada, desconociendo sus derechos y de contera su dignidad humana, meritorios estos de protección.

Se evidencia una nueva valoración en el significado material de la constitución política y se presenta una variación en el contexto normativo en que se enmarca la norma demandada.

Respecto a la variación en el significado material de la constitución. Señala la corte que:

Se han producido documentos en el ámbito internacional que contienen elementos más amplios que los de las tres excepciones establecidas en la sentencia C- 355 de 2006, ampliando así el marco de referencia interpretativo. (Corte Constitucional de Colombia, 2022, pág. 3).

En este amplio escenario, caracterizado a la manera de un ecosistema constitucional, la corte en el caso de la Sentencia C-055 de 2022, no realiza un ejercicio de ponderación, sino un ejercicio interpretativo de integración como el propuesto en el presente trabajo. Planteado de esta forma el problema jurídico, la corte acude entonces a la naturaleza misma de la Carta Constitucional, a su fundamento teleológico del cual emanan los principios y derechos referidos en los cuatro cargos, planteando la tensión entre la finalidad de protección del bien jurídico de la vida con la penalización del aborto consentido. En consecuencia, la corporación no valora una colisión cuya resultante sea la afectación “racionalmente proporcional” y tolerable de uno o varios derechos respecto de otro o de otros y, más importante aún, indica que tal proceder restaría eficacia material a la Constitución.

Se demuestra entonces, que es posible la construcción de un modelo interpretativo alternativo a la tradición conflictivista: Para ello es necesario comprender que los derechos fundamentales no son mandatos de optimización al decir de Alexy, sino dinamizadores del desarrollo social. En tal virtud, debe cuestionarse la existencia de conflictos entre ellos. El presente trabajo ha permitido construir un primer acercamiento al análisis hermenéutico de los derechos fundamentales desde un ejercicio analítico constituido por el conjunto de interacciones entre componentes de un mismo fenómeno, que involucre las dimensiones cognitivo/conductual, material, jurídico/sustantiva, jurídico/adjetiva y jurídico/convencional; cada una

constituida por cuatro entornos transversales (individual, social, moral y político). La correlación entre ellos constituye un ecosistema constitucional, comprensible y susceptible de intervenciones que potencialicen su desarrollo, sin desnaturalizarlo mediante la supresión o limitación de derechos o la afectación diferencial de un sector de la población respecto de las demás.

Llegar a este punto implica, tal como se observa en recientes decisiones de la Corte Constitucional, avanzar hacia la consolidación de un sistema de fuentes de derecho que incorpore entender que el sentido material del ordenamiento jurídico y en especial del constitucional, no es estático, sino que varía acorde con la dinámica propia del conglomerado social que los ha adoptado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (11 de 10 de 2017). *El carácter autoritativo de los precedentes deviene solo de su poder argumentativo*. (L. G. Jaramillo, Ed.) Recuperado el 01 de 05 de 2020, de Legis, Ambito Juridico: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/invitado/constitucional-y-derechos-humanos/el-caracter-autoritativo-de-los-precedentes>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia* (Vigesimo Quina ed.). Bogotá, D.C., Colombia: Leyer.
- Bernal Pulido, C. (Dirección). (2020). *Conferencia: El precedente judicial* [Película]. Colombia. Recuperado el 20 de 05 de 2021, de <https://youtu.be/WtB2hA-dGvA>
- Bobbio, N. (2008). *Estado, Gobierno y Sociedad*. Mexico, D.F.: Fondo de Cultura Economica.
- Calderon villegas, J. (2021). Roberet alexy, La Corte Constitucional y los desafios a la Optimizacion: Entre Democracia y Derechos. En J. Gonzalez Jacome , & N. Parra Herrera (Edits.). Bogota, D.C.: Legis.
- Congreso de la Republica. (24 de 07 de 2000). Codigo Penal Colombiano., Ley 599 de 2000. *Publicada en Diario Oficial No. 44.097, Bogota, D.C., 24 de julio de 2000*. Recuperado el 20 de 05 de 2021, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr008.html
- Corte Constitucional de Colombia. (10 de Mayo de 2006). *Sentencia de Constitucionalidad C-355/2006*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (21 de Febrero de 2022). *Sentencia de Constitucionalidad c- 055/2022*. Obtenido de [orteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%20de%20prensa%20Sentencia%20C-055-22%20-%20Febrero%2021-22.pdf](https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%20de%20prensa%20Sentencia%20C-055-22%20-%20Febrero%2021-22.pdf)
- Henao, H. J. (2001). Panorama del Derecho Constitucional Colombiano. En H. J. Henao, *Panorama del Derecho Constitucional Colombiano- Decimocuarta Edicion* (págs. 318-353). Bogotá, D.C.: Temis S.A.

- López, C. C. (Productor). (2020). *5-Diego Lopez (Diálogos con el mundo)* [Película]. Colombia. Obtenido de https://youtu.be/o_bymliWezs.
- Rawls, J. (1996). *Liberalismo político*. Recuperado el 05 de Marzo de 2022, de Universidad del Rosario. Revistas: <https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73339787004/index.html#:~:text=En%20este%20horizonte%20la%20Corte,marco%20del%20bloque%20de%20constitucionalidad>
- Vid la- porta, , F. (1995). . En F. V. porta, .*Entre el Derecho y la moral. Segunda edición.* (págs. 39 - 40.). México, Distrito Federal: Distribuciones Fontamara.

LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA COMO MECANISMO DE REFORMA CONSTITUCIONAL O COMO MECANISMO DE EFICIENCIA DE LA MISMA

*Jhoni Shang Castilla Colquehuanca*¹
Universidad Nacional del Altiplano de Puno
Perú
jcastilla@unap.edu.pe
ORCID: 0000-0003-1267-7775

RESUMEN

En el presente espacio de estudio o exposición se reflexiona sobre el rumbo que está tomando el derecho, como producto de los cambios sufridos en el mismo por influjo de la teoría contemporánea del derecho o, si se quiere, del paradigma jurídico que se pretende acuñar; ello, en esta ocasión, a partir de abordar el tema de las mutaciones constitucionales que, si bien es un tema que se está produciendo dentro del derecho constitucional o, de manera más acotada, de la interpretación constitucional, no deja de ser de asaz importancia, en la medida que, como producto del así llamado fenómeno de constitucionalización del derecho (en particular, las condiciones de fuerza vinculante de la Constitución, la sobre interpretación de la Constitución, la aplicación directa de las normas constitucionales y la interpretación conforme de las leyes), se advierte que el entero ordenamiento jurídico -y nos referimos puntualmente al ordenamiento jurídico ordinario- se verá afectado, lo cual se agudiza, si nos referimos al tema de la interpretación evolutiva, la que, según veremos, consiste en la atribución de un significado a la disposición normativa diverso del histórico (del que tenía en el momento de su creación) y también siempre mutable, para adaptar así el contenido normativo a las cambiantes exigencias políticas y sociales. Hoy en día, en el derecho actual se muestra aún más preponderante la interpretación jurídica, que ya no supone una actitud estática del intérprete, sino una actitud dinámica, dialógica entre las disposiciones jurídicas y la realidad concreta, para generar normas jurídicas más eficientes y eficaces, que respondan de manera más pronta a las exigencias de las relaciones sociales en un mundo que es de aquí y ahora, que está en constante cambio y que no puede y no quiere esperar por soluciones que no satisfagan pronto sus requerimientos. Siendo

1 Posdoctorando por la Universidad de Bolonia de Italia. Doctoris Scientiae en Derecho y Magister Scientiae en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por el Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno - Perú (docente ordinario en dicha casa de estudios en pre y posgrado). Estudios de Maestría en Derecho Procesal por la Universidad Nacional del Rosario de la Argentina. Correo personal: jhon_new18@hotmail.com. / Correo institucional: jscastilla@unap.edu.pe

así, es necesario discutir sobre la conveniencia o no de mecanismo de reforma constitucional mucho más ágiles y, por su puesto, de sus límites o, de nuevos instrumentos que nos permitan hacer más eficiente la actividad jurídica; sin lugar a duda, si se considera la interpretación evolutiva, puedo encajar en uno de los dos supuestos para afianzar la eficiencia de las normas jurídicas, que es lo que tanto nos exige la realidad de hoy. Como sabemos, la actividad jurídica de la interpretación constitucional se efectúa a través del proceso de inconstitucionalidad, por lo que, se aprecia la vinculación entre la tendencia actual del derecho y el derecho procesal, lo cual merece un tratamiento o discusión; siendo así, se trabajó también desde un enfoque interdisciplinario, fundamentalmente, bajo el método hermenéutico y analítico. Se busca lograr reflexionar, cuando no proponer, sobre un nuevo mecanismo de reforma constitucional que busque la eficacia, antes bien que sólo la validez de la Constitución.

Palabras clave: constitución, interpretación jurídica, interpretación constitucional, reforma constitucional, interpretación evolutiva.

ABSTRACT

In this space of study or exhibition, we reflect on the direction that Law is taking, as a product of the changes suffered in it by the influence of contemporary law theory or, if you will, of the legal paradigm that is intended to be coined; This, on this occasion, from addressing the issue of constitutional mutations that, although it is an issue that is occurring within constitutional law or, in a more limited way, of constitutional interpretation, is still of considerable importance. , to the extent that, as a product of the so-called phenomenon of constitutionalization of Law (in particular, the conditions of binding force of the Constitution, the over-interpretation of the Constitution, the direct application of constitutional norms and the consistent interpretation of laws), it is noted that the entire legal system -and we are referring specifically to the ordinary legal system- will be affected, which becomes more acute if we refer to the issue of evolutionary interpretation, which, as we will see, consists of the attribution of a meaning to the normative disposition different from the historical one (from the one it had at the time of its creation) and also always mutable, to thus adapt the content or normative to changing political and social demands. Today, in current Law, legal interpretation is even more preponderant, which no longer supposes a static attitude of the interpreter, but a dynamic, dialogical attitude between legal provisions and concrete reality, to generate more efficient and effective legal norms., that they respond more quickly to the demands of social relations in a world that belongs to the here and now, that is constantly changing and that cannot and does not want to wait for solutions that do not soon satisfy their requirements. This being the case, it is necessary to discuss the convenience or not of a much more

agile constitutional reform mechanism and, of course, its limits or new instruments that allow us to make legal activity more efficient; Without a doubt, if the evolutionary interpretation is considered, I can fit into one of the two assumptions to strengthen the efficiency of legal norms, which is what today's reality demands so much of us. As we know, the legal activity of constitutional interpretation is carried out through the process of unconstitutionality, therefore, the link between the current trend of law and procedural law is appreciated, which deserves a treatment or discussion; being so, we also worked from an interdisciplinary approach, fundamentally, under the hermeneutic and analytical method. It seeks to achieve reflection, when not proposing, on a new constitutional reform mechanism that seeks effectiveness, rather than just the validity of the Constitution.

Keywords: constitution, legal interpretation, constitutional interpretation, constitutional reform, evolutionary interpretation.

Sumario: I. Introducción. II. La interpretación jurídica. III. Mutación (constitucional) e interpretación evolutiva. IV. La interpretación evolutiva como mecanismo de reforma o eficiencia de la constitución. V. La mutación jurídica como medio de eficiencia del derecho (constitución). VI. Conclusiones. VII. Referencias.

INTRODUCCIÓN

En general, la interpretación es una construcción humana, o un constructo propio de lo humano, es decir, obedece al concepto o está dentro del concepto de cultura humana, por lo que, solo se puede predicar la misma respecto del mundo de lo humano (o el reino de lo humano -Álvarez Gardiol², 2005, p. 17-), claro está, en el entendido de que es el ser humano (ente racional) el único sujeto cognoscente de la realidad y, por tanto, el único que puede atribuirle sentido o significado a la misma o a los diferentes tipos de entes que habitan ella; y, no en el sentido que sólo lo humano sea interpretable, es decir, nos referimos al “objeto” de la interpretación o, mejor aún, a los “objetos” que pueden ser interpretables, puesto que se podría observar entes de la realidad natural, como por ejemplo un león o un paisaje y atribuirle cierto significado, esto es, decir que el león representa fuerza o el paisaje tranquilidad; aquí debemos hacer hincapié que ello es posible, en una concepción lata o amplia

2 Dicho filósofo argentino, enseña que en los primeros tiempos todo fue naturaleza física y viviente, de tal manera que existía solo una ciencia, la ciencia de la naturaleza; empero, que tal mundo único y natural sufre un desgarramiento decisivo, producido por el hombre cuando consigue salir de su dominio, como otro ser de su universo, fundando así su propio mundo constituido por la esfera de la actividad (de lo que es sólo creación humana). De este modo, se conforman el reino de la naturaleza y el reino de lo humano, esto es, dos objetos diferentes que, en consecuencia, generan las ciencias de la naturaleza y las ciencias de lo humano (o cultural).

de interpretación. Ahora bien, con relación al mundo de lo humano, observamos que constantemente se emplea el término interpretación. Veamos unos ejemplos a continuación. Se dice que se interpreta: un tema de una canción, una nota musical, los resultados de los análisis médicos, un poema, un texto, etc.

Vista, así las cosas, podrían plantearse algunas interrogantes como: ¿en tal concepción de la interpretación, presupone conocer el objeto interpretar? o, tal vez, ¿es lo mismo o denotan lo mismo interpretar y comprender o conocer?

Hemos expresado tal cuestionamiento adrede, ya que, a ese respecto, se dio una discusión muy conocida que involucró, de una parte, a uno de los juristas italianos más importantes del siglo pasado, nos referimos a Emilio Betti, quien no sólo destacó por sus aportes al derecho privado, en temas como son la teoría del negocio jurídico (es sabido que éste autor es el ponente de la teoría preceptiva del negocio jurídico) o teoría de las obligaciones, entre otros, sino también en sus trabajos sobre la interpretación del negocio jurídico o interpretación jurídica o, incluso, en generar una teoría general de la interpretación no sólo válida para el ámbito jurídico; y, de otra parte, el filósofo alemán, y prominente discípulo del filósofo Martín Heidegger (ponente de la filosofía fenomenológica), como lo es Hans Georg Gadamer. A guisa de ejemplo, podemos señalar, entre otros, que además de pertenecer dichos autores a corrientes filosóficas distintas y que coinciden en el hecho de que interpretar es comprender (y que llevaron a la hermenéutica a un siguiente nivel), Betti tenía la convicción de encontrar los presupuestos de la racionalidad del entender, lo que se podía lograr siempre que el intérprete únicamente tuviera presente la observancia de unos criterios metódicos o lo que él llama cánones fundamentales del entender, que son los idóneos para dirigir el proceso de interpretar, entendido como proceso de entender, de tal manera que, sostiene, la posibilidad de alcanzar una racionalidad u objetividad en el entender, creencia que le lleva a proponer consecuentemente un método para conseguirlo. Diríase que pone énfasis en la parte metodológica de la interpretación para lograr su racionalidad; dicha tesis no fue aceptada por Gadamer, quien, enfáticamente, replica afirmando que la misma lo único que busca es la reducción metódica de la hermenéutica o reduccionismo metodológico de la misma o, en términos más claros, reducir la hermenéutica a método, puesto que aquella es, más bien, una filosofía (Picontó Novales, 1992, 242-243).

Al respecto, Gadamer (1998, p. 20-24.), explicando su frase acuñada de “el ser que puede ser comprendido es lenguaje”, dejaba entrever que la misma significaba que lo que es nunca se puede comprender del todo, así como que lo mentado por un lenguaje rebasa siempre aquello que se

expresa; así, lo que viene al lenguaje permanece como aquello que debe ser comprendido, pero sin duda es siempre captado, verificado como algo; es decir, que la dimensión hermenéutica en la que se muestra el ser es la del comprender, y comprender es algo más que un mero recurso metodológico para describir un sentido determinado. La amplitud de la comprensión, dentro del carácter dialogal del lenguaje, deja atrás el punto de partida de la subjetividad del sujeto, incluido el del hablante en su referencia al sentido, así lo manifestado en el lenguaje no es la mera fijación de un sentido pretendido, sino un intento en constante cambio o, más exactamente, una tentación reiterada de sumergirse en algo con alguien. Así, cuando estamos frente a un texto, significa algo más que la sola reflexión sobre la metodología de las ciencias filológicas, pues un texto no es sólo el título de un campo de objetos de la investigación literaria y, por consiguiente, la interpretación es algo más que la técnica de la exposición científica de los textos, implica, pues, la indagación sobre la enigmática relación entre el hablar y el pensar; y, en la medida que el mundo intermedio del lenguaje aparece frente a las ilusiones de la autoconciencia y frente a la ingenuidad de una concepción positivista de los hechos como la verdadera dimensión de la realidad, a la luz de la interpretación algo se convierte en hecho y una observación comienza a poseer carácter informativo. De tal suerte que, se descubrió en la propia percepción la comprensión hermenéutica de algo como algo. Con lo cual, en definitiva, la interpretación no es un recurso complementario del conocimiento, sino que constituye la estructura originaria del “ser en el mundo”. De este modo, la interpretación viene a ocupar un lugar clave en la filosofía.

De igual forma, Betti aseveró, en cuanto a las funciones de la interpretación, que existían nueve tipos de la misma, como son: la filológica, la histórica, la técnica en materia histórica, la dramática, la musical, la jurídica y la teológica, además de otras, colocadas todas a un mismo nivel, ya que en ellas se trata siempre de entender la *objetivización* de una espiritualidad por nosotros mismos o por otros; contrariamente a ello, Gadamer estaba convencido en la existencia de un único proceso de interpretación, por tanto, no era posible distinguir entre interpretación reconocitiva, reproductiva y normativa, debido a que ninguna de ellas es una forma autónoma de interpretación, con la atingencia de que tal autor tomó como modelo, con cierta particularidad, a la interpretación jurídica y a la teológica, puesto que realizan el procedimiento hermenéutico con mayor claridad y plenitud, en tanto en ellas se da con más nitidez la vinculación del intérprete al texto en el momento de su aplicación (Picontó Novales, 1992, 243).

Empero, más allá del referido debate y otros aspectos que se presentan, se advierte que interpretar consiste en la actividad humana de atribuir

o consignar significado (como vimos la racionalidad y objetividad de la misma, depende de la postura teórica o filosófica o, incluso, ideológica, cuando no metodológica que se adopte) a los diferentes objetos (que también importa discusión, a nivel de la teoría, con relación al objeto de la interpretación) animados o inanimados que existen en la realidad (aunque debemos hacer hincapié en que, esta sería un concepción muy genérica o *latissima* de interpretación, hasta, a lo mejor, imprecisa, pero que la hacemos intencionalmente y únicamente, al fin académico de mostrar la discusión que hay sobre ella). De esta manera, se aprecia que, entonces, la interpretación no es restrictiva o exclusiva del mundo jurídico.

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Notas sumarias sobre la interpretación jurídica

Continuando con lo indicado en el último párrafo *in fine* del ítem anterior, tampoco el estudio, en particular, de la interpretación jurídica, resulta pacífica, en tanto que uno de los primeros problemas sobre la interpretación jurídica, consiste en dilucidar si la misma es parte de lo que podríamos llamar la “teoría general de la interpretación” o si, por el contrario, no tiene que ver con la misma o es independiente de aquella, lo que implica importantes consecuencias teóricas (doctrinarias), además de metodológicas y prácticas.

Así, en este punto encontramos posturas a favor como posturas en contra, todas las cuales no desarrollaremos por cuanto no es la consigna de este trabajo, bastando, de pronto, con hacer referencia de algunos autores sólo para demostrar la afirmación hecha.

En la postura que considera que la interpretación jurídica está dentro de la interpretación en general, encontramos a los siguientes juristas.

- Betti (2018, p. 101-102), quien describiendo que, ciertamente, puede haber un objeto genérico de la interpretación dentro de lo que llama “formas representativas”, considera que la evolución de la hermenéutica deviene en construir una teoría general de la interpretación, la cual reflejando críticamente el proceso que atravesó, trata de dar cuenta de sus fines y métodos, lo que también se denomina con el nombre de “teoría hermenéutica”, misma que ha florecido en los diversos campos de las ciencias del espíritu, apareciendo en cada punto de emersión con orientaciones diferentes, según el diverso interés de cada una, por lo que, entonces se aprecia en la conciencia de cada uno de sus respectivos cultivadores, como se refleja en sus propios métodos de investigación y de trabajo, una hermenéutica filológica, histórica, técnica (o morfológica) en función histórica (o sea, particularizando, artística, literaria, científica, económica, sociológica, etc.), además de una hermenéutica jurídica, etc.

- Wróblewski (2018, p. 27-30) afirma que, respecto de la interpretación jurídica, se pueden hablar de tres concepciones, influenciadas por el uso del término y por ideas semióticas generales: i) la interpretación *sensu largissimo* definida como la comprensión de un objeto en tanto que fenómeno cultural, o también interpretación cultural, precisamente, usada en las ciencias humanas y que requiere una base filosófica adecuada; ii) la interpretación *sensu largo* que denota la comprensión de cualquier signo lingüístico, en donde a algo, en primer lugar, se le trata como signo de un lenguaje (interpretación en el sentido más amplio) y, luego, atribuirle un significado al comprenderlo (interpretación en sentido amplio), agrega que, la sinonimia entre interpretación y comprensión es utilizada en el campo de la semiótica contemporánea; e, iii) interpretación *sensu stricto* la que se da para la determinación de un significado de una expresión lingüística cuando existen dudas referentes a este significado en un caso concreto de comunicación, siendo que, en el campo jurídico, suele suceder que hay reglas legales que no presentan duda en cuanto a su significado, lo que se llama situación de isomorfia, y en el caso de que presenta duda se habla propiamente de situaciones de interpretación; concluye el autor que, la elección de cualquiera de dichas concepciones se da dentro del marco conceptual de una determinada teoría, por tanto, adscribe a la primera concepción, debido a que corresponde al uso del referido término en el lenguaje del discurso jurídico-práctico, en general, y de uso en la justificación de las decisiones judiciales, en especial, asimismo, porque es conveniente diferenciar las situaciones de duda de las que no lo son, además de que dichas situaciones requieren de actos concretos de comunicación y no pueden ser consideradas en abstracto.
- En hispanoamérica, García Máynez (2002, p. 325) también entiende que la interpretación de la ley es una especie (si bien *sui generis*) de la interpretación en general o es un problema más de la interpretación, puesto que no sólo se interpreta la ley sino, en general, toda expresión que encierre un sentido, como puede ser una frase, una actitud, un escrito filosófico, etc., de lo que apreciamos que primero se debe conocer el concepto general de interpretación, para después incoar el examen de los textos legales, problema que es una de las numerosas cuestiones que el hombre se plantea; de ahí que, el problema de determinar en qué consiste interpretar no es uno exclusivamente jurídico, sino uno de orden filosófico, que cabe plantear concretamente, en atención a los preceptos de un determinado sistema jurídico.

De otra parte, en la postura que sostiene que la interpretación jurídica es un fenómeno distinto a tal teoría general de la interpretación, encontramos a los juristas que a continuación se detallan.

- Tarello (2013, p. 34-35) para quien, incluso, tal discusión es insulsa o baladí, pues el fenómeno jurídico-normativo es totalmente distinto, al señalar que algunos juristas discuten sobre si la interpretación jurídica es parte de un género, comprensivo de otras especies de interpretación (literaria, artística, filosófica, etc.), pues discuten sobre un pseudo-problema (problema mal planteado), en la medida que ni la interpretación jurídica ni las otras pretendidas especies del pretendido género “interpretación” son entidades unitarias; además, en tales discusiones se evita definir con precisión; y, en cuanto a la tesis del “género común”, respecto de la tesis de los géneros separados, no tiene implicancia práctica alguna, ni de su aceptación se derivan consecuencias relevantes.
- Guastini (2014) agrega, enfáticamente, que el reunir todas las posibles actividades humanas en un lenguaje común de “interpretación” resulta, por demás, decepcionante, constituyendo, más por el contrario, síntoma y fuente de confusión mental, y cualquier teoría que busque ello correrá la suerte de ser un fracaso.
- Así también, en América, Álvarez Gardiol (1986, p. 173-174) enseña que, la tarea de la hermenéutica legal parte de un texto que le es dado al intérprete de manera inequívoca, por lo que, el propósito, por tanto, del quehacer interpretativo, es circunscribirse a ese objeto, cuyo esclarecimiento y captación de sentido procura. No obstante, si bien es cierto que hay ciertas teorías interpretativas, como la que tiene una fuerte tendencia (representada con estricta fidelidad por la exégesis francesa) a limitar la tarea hermenéutica a la indagación de la voluntad histórica del legislador, u otra que preocupa el sentido inmanente de la norma interpretable (como es el caso del pandectismo germano), o la que a partir de fórmulas sustancialmente distintas llega a técnicas interpretativas equivalentes (como ocurre con la libre investigación científica, el derecho libre, el realismo), postulando una adecuación de la ley al tiempo actual y al caso sometido a decisión; también lo es, que las mismas, más que una simple diferencia metodológica implica una distinta consideración sustancial del fenómeno jurídico, por lo que, con propiedad desbordan el concepto de interpretación jurídica que, en todo caso, según apuntó el autor, está dado por la especificidad de su objeto al cual debe circunscribirse, de donde se infiere que no se consideraría a la misma como parte de una interpretación general.

Lo cierto es, al margen de tal discusión, que la interpretación jurídica es sumamente importante en el discurso jurídico dogmático o doctrinario, como en el discurso práctico; es más, Recaséns Siches (1997, p. 210), sobre el estudio de la interpretación del derecho, señaló que el mismo era no sólo importante, sino un tema esencial o vital, lo mismo para la teoría que para la práctica del derecho, tanto, que, sin interpretación, decía, sencillamente no hay en absoluto ninguna posibilidad de que exista de hecho ni funcione en la práctica ningún orden jurídico.

Interpretación y positivismo jurídicos (el formalismo interpretativo)

Modernamente, en el derecho se suele definir a la interpretación jurídica, ya como la actividad jurídica consistente en la atribución de un significado a los textos o documentos normativos o textos jurídicos, en general, o ya como como el resultado o producto de dicha actividad, es decir, el significado mismo (Guastini, 2014, p. 25); sin embargo, esta definición no siempre fue así, es decir, si observamos el antiguo Derecho Romano, advertiremos que la labor de los jurisconsultos no era propiamente la de atribuir significado a las leyes, sino, y más bien, decir el derecho que es tanto como construir el derecho o, de modo más acotado, las reglas jurídicas a aplicar. Se indica, al respecto, que la expresión “interpretari” (expresión que se usaba en el Derecho Romano) no significaba la atribución de un sentido a un mensaje documentado, ni los modos de atribución por parte de quien fuere, sino que importaba la específica emisión de un mensaje de particular cualidad -verbigracia, *ius dicere*, por parte de quien podía, era capaz de, estaba legitimado para, emitirlo- (Tarello, 2013, p. 34).

Sin perjuicio de ello y volviendo a la concepción moderna que se tiene de interpretación, la misma también muestra ciertos problemas o complejidades. Es pertinente, con relación a dicha concepción, advertir dos problemas, además de otros, que deja entrever la misma. El primero, es el referido a si la interpretación jurídica describe una actividad (consistente en la atribución de significado o sentido) o un resultado (el producto que se obtiene por realizar esa actividad). El segundo, correlacionado al primero, describe la problemática de que, podría, desde cierta perspectiva, tenerse la idea de que la interpretación -en sentido lato o latísimo, equivaliendo a entender o comprender algo- es un concepto más amplio que el de argumentación, ya que en este caso no envuelve ningún tipo de argumentación, y que solamente cuando se trata de la interpretación en sentido estricto (en cuanto aclaración de algo -de alguna entidad susceptible de tener un significado- que se haya vuelto dudoso) aparece también la idea de argumentación, en cuanto procedimiento (o resultado de ese procedimiento) para aclarar esa duda (para pasar, por ejemplo, del enunciado a interpretar al enunciado interpretado); empero, también se podría plantear lo inverso, es decir,

a partir de considerar que el derecho como una serie de decisiones (en relación con ciertos problemas prácticos) cuya justificación requiere la producción de argumentos o de razones en favor de esas decisiones, siendo que, dentro de esas razones o argumentos, algunos tendrían carácter interpretativo, pero otros no, como sucede con el argumento deductivo (digamos, la justificación interna de una decisión) y, por lo menos hasta cierto punto, tampoco serían argumentos interpretativos los que se usan para resolver problemas de prueba, de calificación o de relevancia, entre otros (Atienza, 2017, p. 18-21).

Como es harto conocido, la corriente filosófica de pensamiento o teoría general del derecho que imperó durante parte del siglo XX y que vino desde, al menos, de la segunda mitad del siglo XIX hasta la actualidad, es el así denominado positivismo jurídico. Si seguimos a Dworkin (1989, p. 32), una teoría general del derecho (que, en inglés, es lo mismo que filosofía del derecho), debe ser, a la vez, conceptual y normativa, es decir, debe procurar abarcar en completitud la problemática jurídica; si esto es así, tal teoría también debe tener, entre otros, una teoría de la interpretación o abordar el problema interpretativo del derecho. Pues bien, el positivismo jurídico tenía una teoría de la interpretación comúnmente conocida como el formalismo interpretativo o teoría formalista de la interpretación. Explicó Bobbio (1992, p. 13 y ss) que, en contra de una apreciación más restrictiva conceptualmente hablando, existe el denominado “formalismo jurídico”, el cual podía ser entendido, al menos, en cuatro acepciones, una de las cuales hace referencia al formalismo interpretativo. Esta última, describe una manera de comprender a la interpretación, esto es, que la interpretación es una actividad cognitiva-descriptiva del derecho, lo que se basa en el postulado de comprender que tanto forma y contenido son lo mismo o que continente y contenido están fusionados, de modo que la fórmula textual del artículo (continente) es igual a la norma jurídica o regla jurídica (contenido), o sea, que texto escrito de la ley es igual a norma jurídica que, entonces, es positiva, puesta por el hombre *-positum-* (y no tomada o emanada de algún tipo de fundamento metafísico), lo que da lugar al nombre “positivismo” y que describe la tesis más fundamental del positivismo jurídico, que es la tesis social, que sindicada la idea de que el derecho es puesto, de que es hecho derecho por la actividad de los seres humanos (Raz, 1985, p. 56).

Se puede apreciar que, en cuanto a este tema los positivistas han adoptado las teorías que en determinados momentos fueron mayoritarias: así, en el siglo XIX, con posterioridad a la codificación, el positivismo técnico (la doctrina y la jurisprudencia que aplican los códigos), se adhirió a la *tesis del formalismo interpretativo*, la cual considera que las disposiciones

tienen un solo significado, además de que todas las cuestiones de derecho tienen una y solo una respuesta correcta; después, en los siglos XIX y XX el informalismo ingenuo fue criticado y se dio lugar al *escepticismo interpretativo*, el cual indica que toda disposición jurídica admite diferentes interpretaciones, y toda cuestión de derecho diversas respuestas, siendo que, algunos positivistas teóricos -críticos de la doctrina tradicional- se unieron a esta tesis, como ocurrió con Kelsen, para quien cada disposición proporciona sólo un marco de sentidos, dentro del cual el intérprete escoge la norma a aplicar mediante una discrecionalidad más amplia en el caso del legislador que aplica la Constitución, y más restringida en el caso del juez que aplica la ley; con posterioridad a ello, se afirma que, al menos desde Hart -que distinguió entre formalismo y escepticismo, para proponer una posición intermedia-, la mayoría de los positivistas defiende la teoría mixta, según la cual hay casos fáciles, donde el derecho tiene un solo sentido, pero también casos difíciles, donde admite interpretaciones diferentes. (Barberis, 2015, p. 31-32)

A lo dicho, viene, en consecuencia, lo sostenido por los iuspositivistas de que, al ser el Derecho igual a norma jurídica positiva -en realidad, a orden jurídico de la conducta humana, que es un conjunto de normas jurídicas positivas (Kelsen, 1995, p. 3)-, el único objeto de estudio es dicho derecho positivo, por lo que, derecho es igual a derecho positivo, el cual se erige como su único objeto de estudio. Ahora bien, el hecho de entender a ese derecho positivo no sólo como una teoría de la norma jurídica, sino como una teoría del ordenamiento jurídico, es decir, no centrarnos en el criterio de determinar si un sistema normativo lo es porque cada norma o la norma que lo compone es jurídica, sino por el criterio de pertenencia de una norma a un sistema u orden jurídico, se lo debe a Bobbio (p. 144-154), quien indicó que ambas teorías forman una completa teoría del derecho (y nótese acá, como se resalta el objeto de estudio del derecho), si bien desde el punto de vista formal, ya que la primera estudia a la norma jurídica considerada aisladamente, mientras que la segunda la estudia en conjunción con otras como sistema u ordenamiento jurídico, lo cual justifica por la comprobación en la realidad de que las normas jurídicas no existen nunca solas, sino siempre en un contexto de normas, que poseen entre sí relaciones particulares, por lo que, se usa la palabra derecho tanto para referirse a las normas jurídicas como al ordenamiento jurídico, ergo, dando una definición de derecho, manifiesta que lo que generalmente denominamos derecho es una característica de ciertos ordenamientos normativos que de ciertas normas, consiguientemente, el problema de la definición del derecho se convierte en un problema de definición del ordenamiento jurídico y de sus problemas que son el de la unidad, la jerarquía, del sistema, la coherencia, la plenitud, etc.

Continuando, se habrá notado, que la interpretación formalista presupone una cierta concepción de la norma jurídica, cuando no del ordenamiento jurídico, así como del derecho, y, a su vez, en el caso de este último, una concepción iusfilosófica del mismo.

Así, pues, esa comprensión filosófica era la del positivismo jurídico -que fue consolidada por la filosofía del derecho neokantiana, dominante en su tiempo (Álvarez Gardiol, 2010, p. 290)- que, como vimos, recientemente, da respuesta a todos los problemas generales y particulares del derecho, a través de sus tesis y postulados, uno de los cuales es, justamente, el del formalismo interpretativo. Pero esto no queda ahí, también el modo de razonar el derecho o el razonamiento jurídico es un problema del derecho en general que debió abordar el positivismo jurídico, lo que, en efecto, ocurrió, se propugnó un tipo de razonamiento jurídico que, acorde con lo indicado, sea factible de realizar, el cual tendió a un razonamiento más lógico-jurídico, de ahí que, las obras de derecho que se han escrito al respecto se titularan como “lógica jurídica”, antes bien que “razonamiento jurídico” que puede ser una acepción un tanto más amplia y no tan específica como la primera mencionada que, si bien es un tipo de razonamiento jurídico, también lo es que se trata de uno en particular.

Sólo como muestra de ello, se expresó que, parafraseando a Habermas, en el eventual conflicto dado entre la racionalidad discursiva de la norma y la racionalidad del juez, la solución estaba en favor de la primera, ya que, mientras la norma legal democrática es fruto de la efectiva articulación de la racionalidad comunicativa como racionalidad intersubjetiva, las valoraciones del juez, por mucho que se pretendan racionales y universalizables, no llevan el aval de ser el resultado de un procedimiento discursivo efectivamente desenvuelto y por ello fruto del interés general y de la neutralidad (Álvarez Gardiol, 2010, p. 271).

Prosiguiendo, la necesidad de comprender al derecho como sistema de “reglas jurídicas” -se expresa que, una regla es una regla jurídica porque pertenece a un sistema de reglas que posee el carácter de derecho (Raz, 1986, p. 6)-, obedeció a una necesitada coyuntural y propia del contexto en el que se dio, de lo cual puede dar perfecta cuenta la explicación o descripción que supuso el tránsito del paradigma del *Anciem* régimen o Estado absolutista al Estado de derecho, el que implicó la convivencia en una sociedad organizada jurídica y políticamente, regida por la voluntad de la ley (su sujeción a la misma) y no por la voluntad de un hombre u hombres (y su supeditación o subordinación al mismo), que además manipulada el contenido de la norma o ley cada cuanto y cada vez que se le antojaba, pasando del estado o situación de esclavitud, vasallaje o subyugación al estado o situación de libertad. Había, entonces, la necesidad de limitar el

ejercicio del poder público o estadual, y la manera que se encontró fue la de generar un instrumento que sirviera a tal cometido, o sea, la “ley”, el gobierno *sub legem* o *per legem*, que importa un estado bajo el gobierno o imperio de la ley, el Estado de Derecho -conquista del paradigma positivista, que sostiene la identidad entre el Derecho y el Estado, puesto que ambos coinciden en el orden que regula la conducta humana que llamamos orden jurídico, así el Estado es orden jurídico centralizado (Kelsen, 1995, p. 224)-, en el que las leyes se dan para todos y todos la acatan y cumplen sin modificar su contenido, incluso, los mismos gobernantes o, principalmente, ellos; todo lo cual, posteriormente, el positivismo jurídico se encargó metodológicamente, digamos, de perfeccionar o llevar a sus últimas consecuencias, pues es bastante sabido que el positivismo jurídico, en cuanto a la producción y validez de las normas jurídicas, exige que haya un procedimiento predeterminado por ley, una formalidad y autoridad social creadora de derecho, también preestablecidos por ley, por lo que, una tal o cual norma creada en tales condiciones es o debe ser obedecida o cumplida, como se ve, de este modo, por el principio de autoridad.

Volviendo al tema, en lo que nos interesa al razonamiento jurídico, habida cuenta de que se trata con un sistema de reglas, las cuales por su naturaleza describen definiciones exactas de lo que se dice o establece o manda (por lo cual, se cumplen, en una suerte de todo o nada), como correlato, demandaban también un tipo de razonamiento adecuado para su aplicación u operacionalización, que es el de un razonamiento jurídico lógico, el cual es idóneo para las reglas, de tal manera que se llega a hablar del famoso silogismo jurídico. Ello porque las reglas son claras, exactas o definidas, es decir, no se debe cambiar su contenido, solo advertir que en términos “formales” (y aquí se debe recordar todo lo ya indicado) estén bien redactadas con la mejor técnica legislativa, por consiguiente, se puede exigir una inferencia en términos formales o, más propiamente, sólo se exige una corrección formal -así, la lógica (formal, deductiva), no evalúa la corrección de las premisas (su contenido), sino su paso a la conclusión (Pacheco Mandujano, L. A., y Almanza Altamirano, F., 2018, p. 165)- en el razonamiento jurídico y no material -la lógica deductiva se desentiende respecto de las cuestiones materiales o de contenido (Atienza, 2004, p. 43)-, puesto que las premisas están dadas y son válidas desde el inicio, no son construidas. A este respecto, recuérdese la estructura del silogismo jurídico: en el que, la premisa mayor es la norma jurídica, la cual está dada; que, la premisa menor es el hecho jurídico concreto, empero el cual sólo puede ser relevante para el derecho si es un hecho jurídico el que, a su vez, también ya está dado o contemplado en la norma (si bien en abstracto y que con el hecho concreto aportado por los sujetos se convertirá en hecho jurídico concreto); y, que, la síntesis

o conclusión, lo son o la consecuencia jurídica o el efecto jurídico, empero, ambos, también previstos por ley. De este modo, se aprecia claramente también el razonamiento lógico-jurídico.

A ello debemos agregar el concepto de dogmática jurídica, y que, a modo de ejemplo, abordaremos, para abreviar y evitar mayores citas al respecto, en el sentido que lo conceptúa Bacigalupo (2020), para quien la dogmática jurídica (refiriéndose a la materia penal, que nos sirve porque nos ilustra cómo se da en el derecho ordinario) es sistema de conceptos que los juristas emplean como instrumento para lograr la aplicación racional de la ley (en procura de los valores jurídicos de seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación) o, lo que es lo mismo, racionalizar la práctica de la aplicación de la ley; por tanto, su objeto lo constituye el derecho positivo. Así, la dogmática reconoce en la ley el carácter de dogma, por consiguiente, no puede ser puesta en duda; de ello, se sigue que la ley es un dogma que debe ser interpretado para ser aplicado a casos individuales. Dicha interpretación debe ser llevada a cabo de modo que represente la voluntad del legislador y no del intérprete, puesto que éste no está autorizado a crear derecho (es el legislador el que crea, con lo que la interpretación cumple un fin institucional, en tanto garantiza la división de poderes), lo que se logra usando los métodos de interpretación o hermenéuticos para la aplicación de la ley, esto es, que se advierte la distinción entre texto y texto interpretado. Luego de interpretado el texto de la ley, viene a juego la aplicación de esta a un caso concreto, lo que supone que se identifique el concepto (definición) de cada elemento del texto y verificar si esos elementos se dan en el caso concreto, por citar un caso, en lo que corresponde al delito de hurto, se debe determinar el concepto de “cosa mueble”, “sustracción” y “apoderamiento”, para lo cual se recurre, entonces, a la dogmática jurídica. Así, para aplicar una ley a un caso concreto, entra en asistencia el *sistema dogmático*, es decir, el orden racional y lógico en que deben ser planteados los distintos problemas, sistema que no está previsto de modo expreso en la ley. Para seguir con el ejemplo, en materia penal se tiene la dogmática jurídica penal que nos ofrece la teoría del delito, a cuyo orden debe someterse el análisis de cualquier caso a fin de que el mismo constituya delito, orden que es el siguiente (según el autor que se consulta, y de modo muy genérico): primero se analiza la conducta, en términos objetivos (acción, omisión, etc.) y subjetivos (problemática del dolo, exclusión de error de tipo, etc.); luego, se revisa la teoría de la tipicidad y de la subsunción (si el hecho está previsto en la ley, si se dan los elementos del tipo penal exactamente en el caso); después, se revisa la antijuricidad (causas de justificación); enseguida, de cumplirse lo anterior (conducta típica y antijurídica), se plantea la culpabilidad (imputabilidad, problemática del error de

prohibición, etc.); y, por último, la punibilidad (en algunos casos la ley objetivamente condiciona la aplicación de las consecuencias jurídicas). De este modo, entre el texto y el caso concreto están dichas categorías dogmáticas, sin las cuales la aplicación del derecho será insegura y dudosamente racional. Ahora, tales categorías obedecen a concepciones filosóficas (como la del positivismo jurídico). A ello, hay que agregar que se debe conocer las formas de argumentación jurídica (analógica, a contrario, etc.).

En atención a nuestro tema de estudio, la interpretación jurídica bajo este paradigma o, de modo más preciso, la interpretación operativa, también se realizada de la manera descrita o bajo dicho paradigma positivista, de tal manera que la interpretación era pues formalista, es decir, consistía en atribuir significado a un documento normativo, sea buscando la intención del legislador o la descripción o cognición de la regla jurídica implícita en el texto de la ley. Por ello, se ha sostenido siempre que la interpretación jurídica no es subjetividad o apreciación subjetiva del intérprete, nada más equivocado; incluso, algunos autores como García Amado (2017, p. 141) que, entendiendo a la interpretación como la atribución a un enunciado jurídico de un significado preciso como para que una norma y su consecuencia sea aplicada para la resolución de un caso (en el caso, de la interpretación operativa, aunque también existe la teórica o puramente dogmática), ha señalado a los métodos interpretativos clásicos como cánones o límites a la actividad interpretativa que lleva a cabo el intérprete. En efecto, tan importantes son las reglas metodológicas de la interpretación, las cuales dan la posibilidad de control racional de los resultados de las decisiones judiciales (cuya fuerza de persuasión es innegable), que han sido de ocupación de los juristas desde que existe el derecho y el poder de los jueces. Aquí, pues, fue de vital importancia la contribución de Friedrich Carl Von Savigny (como sabemos ponente de la Escuela Histórica del Derecho, además de Ministro de Justicia en Prusia), quien, en la ciencia jurídica alemana, donde se encontraba la discusión metodológica, resaltó la existencia de cuatro elementos de la interpretación (que ya cumplían un papel importante como criterios de interpretación objetiva durante el derecho romano y el derecho italiano de la Edad Media), que llamó: el elemento gramatical, el elemento lógico, el elemento histórico, y el elemento sistemático de la interpretación. Tales elementos fueron explicados por él, de la siguiente forma: el gramatical lo ve como una explicación del lenguaje legal utilizado por el legislador; el lógico, que apunta a la división del pensamiento, es decir, como la relación lógica que existe entre las distintas partes de este pensamiento; el histórico, se refiere al ligamen de la ley con la situación jurídica general, tal y como se presenta respecto a la materia en el momento en que se emite la ley;

y, el sistemático, toma como base la relación interna que une todos los institutos y las reglas jurídicas a una unidad mayor, partiendo de lo que se llama posteriormente la unidad del ordenamiento jurídico (Rüthers, 2018, p. 341-343). Desde entonces, los mismos, rigen como cánones válidos en la interpretación de la ley hasta nuestros días, si bien como métodos interpretativos.

Interpretación jurídica e interpretación constitucional (a propósito del constitucionalismo contemporáneo)

Con la aparición del “constitucionalismo contemporáneo”³ y el elenco de tesis y postulados que, a cuyo propósito se han desarrollado y que han hecho entrar al derecho en cuestionamiento, respecto de la teoría que lo fundamentaba, o sea, el positivismo jurídico, como son: la concepción normativa de la Constitución (y no solamente como mero documento político declarativo de derechos) que implicó su realidad normativa o como verdadera norma aplicable, con lo que se impulsó el fenómeno de constitucionalización del derecho; el Estado constitucional, que trajo a colación el paradigma de la “Constitución” en detrimento (y aclaramos, pero no desaparición, en absoluto) del paradigma de la “Ley”; la clasificación de las normas-regla y las normas-principio (que cambió la teoría de las normas -en tanto que el Derecho no sólo está integrado por un tipo de normas, a saber las reglas jurídicas- y del ordenamiento jurídico, así como valores como la seguridad jurídica o certeza jurídica, además, del carácter exacto del derecho); la teoría de la ponderación (como una técnica de interpretación y razonamiento para el caso de las normas-principio) al frente del silogismo jurídico; la distinción entre disposición (texto escrito de la ley o fórmula textual) y norma jurídica (texto de la ley interpretado); entre otros, también se aprecia que hay un cambio en cuanto a la teoría de la interpretación jurídica que, de esta suerte, ya no se muestra, al menos, no íntegramente formalista o dentro de la consideración iuspositivista, tal cual la caracterizamos en el acápite anterior, lo cual se evidencia con toda magnitud en la denominada “interpretación constitucional”.

Ahora bien, la interpretación constitucional, tampoco es una cuestión pacífica, hay maneras y modos de presentar su estudio o abordar su estudio. Una muestra de ello, es lo planteado por Comanducci (2016, p. 27), quien expresa que, para responder a qué se puede entender por la expresión “interpretación constitucional”, existe una respuesta,

³ Temática a la que ya nos hemos referido en anteriores trabajos, por lo que, hacemos la advertencia metodológica de que, únicamente, procederemos a hacer recuento de las tesis y autores, sin hacer citas a fin de no dilatar y aprovechar el espacio de estudio de manera más óptima a nuestro cometido, máxime, si tales tesis y autores son de estudio y conocimiento muy recurrente hoy en día, tanto en la teoría como en la práctica jurídica.

ciertamente, estandarizada -empero que como veremos importa mucha complejidad- que es recurrir a una definición por género y diferencia, comprendiéndose por el género a la interpretación -o bien la interpretación jurídica, problema éste al que nos hemos referido ya anteriormente- y siendo dada la especie por la cualidad del objeto que se interpreta o que es materia de interpretación, en este caso, el objeto “Constitución”, la misma que ofrecería peculiaridades frente a otros textos susceptibles de interpretación como la ley, la sentencia, el contrato, el acto administrativo, el testamento, el tratado, etc. Por tanto, las discusiones contemporáneas sobre la “naturaleza” de la interpretación constitucional, obedecerían a la configuración del género (la teoría interpretativa que se adopte o una cierta postura o perspectiva), del objeto “Constitución” (la concepción de esta que se tenga) o de ambos (que se articulen una tal o cual teoría de la interpretación con un cierto tipo de concepción de la Constitución).

De manera breve, entonces, con relación al género “interpretación”, se tienen en cuenta solo dos casos paradigmáticos -aunque sin olvidar que hay varias concepciones intermedias y muchos matices que se pueden realizar- las cuales son: i) la interpretación cognitiva, comprendida como actividad de comprensión del significado, o bien como actividad de descubrimiento del significado “correcto” de los documentos normativos; y, ii) la interpretación decisional, entendida como actividad de decisión del significado -es la postura del escepticismo radical-, o bien de elección de uno de los significados posibles -es, entre otros, la postura de Kelsen-, o bien de elección discrecional del significado en caso de dudas o de discusión, cuando hace falta argumentar a favor de la elección que se realice -es la postura de Hart-. Ahora corresponde revisar lo referente a la diferencia u objeto. Con respecto a ello, se habla de dos pares de modelos: a) modelo descriptivo/modelo axiológico de Constitución, en tanto en ambos “Constitución” designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que respecto a las otras reglas jurídicas son fundamentales -es decir, fundantes de todo el ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas-, empero que para el segundo caso se agrega la condición de que (la Constitución) posee determinados contenidos a los que se atribuye un valor específico (un valor intrínseco, ella es un valor por sí misma) -debemos agregar que este par de modelos adquirió plena autonomía cuando se asentó el positivismo jurídico en el siglo xix-; y, b) Constitución como orden/ Constitución como norma, en este modelo se concibe la Constitución como un documento normativo que presenta características específicas que lo distinguen de los otros documentos normativos, y particularmente de la ley, como son de verla como la norma

jerárquicamente superior en términos cualitativos, es un sistema de reglas pero también de principios, tiene una relación especial con la democracia, funciona como puente entre el derecho y la moral, así como su aplicación se hace mediante la ponderación. Este segundo par de modelos surge a partir de la posguerra. Una vez, dejado en claro lo pertinente al género y a la diferencia y conjugándolas, se tiene, al menos cuatro, respuestas diferentes a la pregunta sobre la naturaleza de la interpretación constitucional, las cuales se configuran del siguiente modo: interpretación cognitiva del modelo descriptivo de Constitución; interpretación decisional del modelo descriptivo de Constitución; interpretación cognitiva del modelo axiológico de Constitución; e, interpretación decisional del modelo axiológico de Constitución (Comanducci, , p. 29-34).

Es preciso, ahora, señalar que la mayoría de países, bajo el constitucionalismo contemporáneo, adoptan un modelo de Constitución axiológico, y en cuanto a la interpretación -en específico, constitucional- optan por una decisional, aunque, en el derecho ordinario ello no es así, por lo que, según el esquema planteado, se tendría cierta tendencia hacia un modelo de interpretación decisional del modelo axiológico.

Empero, no sólo ello pasa con la interpretación constitucional, sino que, además, a diferencia de la interpretación legal ordinaria, la interpretación constitucional cumple ciertas funciones específicas como son: función de ordenación (que consiste en ofrecer una información acerca de qué comportamiento es acorde o contrario a las reglas constitucionales), función de aplicación (que aparece en la interpretación operativa de la Constitución cuando sus reglas son bases normativas de decisión), y función de control (en el caso de que haya determinadas instituciones cuya tarea consista en controlar la observancia de la Constitución) -Wróblewski, 2018, p. 87-88-.

Pues bien, teniendo en cuenta lo descrito, lo cierto es que la interpretación constitucional muestra complejidad, atendiendo al tipo de concepción de constitución que se tiene actualmente, es decir, de considerarla como una norma jurídica o un cuerpo compuesto de normas-reglas y normas-principios, cuya diferenciación podemos explicar atendiendo a un consideración de corte estructural, esto es, que siendo que toda norma jurídica tiene un supuesto de hecho, un nexo causal y una consecuencia jurídica, las normas-principios a diferencia de sus primas las normas-reglas, tienen un supuesto de hecho abierto (impreciso, indeterminado), por lo que, necesitan de una actividad jurídica determinadora o que precise dichos supuestos de hecho, lo que se efectúa a través de la interpretación constitucional, la cual exige no sólo una labor de cognición o descripción, sino, y antes bien, de construcción del supuesto de hecho y, por tanto, de

cara al caso concreto, de la regla jurídica, puesto que de suyo importa construir el contenido del supuesto de hecho, valga la redundancia. Esto, de manera, por demás, manifiesta contraviene a toda la lógica y razonamiento jurídico que hemos descrito precedentemente, bajo el paradigma del positivismo jurídico.

MUTACIÓN (CONSTITUCIONAL) E INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA

Si acaso, la palestra jurídica interpretativa en la que se aprecia la ductilidad del derecho es en el ámbito del derecho constitucional o, más puntualmente, en la interpretación constitucional.

Como ya anotamos, en los cimientos de la fundamentación del Derecho (por tanto, a nivel de la filosofía del Derecho) se han producido cambios o, al menos, cuestionamientos que son innegables, en la medida que lo que podemos llamar la filosofía de “lo constitucional” por ponerle alguna denominación al pensamiento jurídico filosófico contemporáneo (por no usar, otros nombres ya empleados como constitucionalismo contemporáneo, neoconstitucionalismo, constitucionalismo principialista, filosofía no positiva del derecho o post positivista, etc., claro está con las particularidades que cada uno tiene, empero que coinciden en tomar como punto nuclear o tesis nuclear a *lo constitucional*, con todo lo que ello implica, pues incluso el así llamado garantismo constitucional también pone énfasis en lo constitucional).

Describimos tal marco teórico-filosófico del Derecho o el panorama jurídico actual, ya que únicamente en dicho contexto jurídico es posible hablar con propiedad de una interpretación evolutiva del derecho positivo -si bien, en este primer momento, del derecho constitucional, pero que, por influjo del fenómeno de constitucionalización, podría ser también de todo el derecho ordinario-, en la medida que en el contexto del positivismo jurídico (con todo lo que implica, como ya anotamos líneas atrás) no es posible dicho tipo de interpretación.

Empero, últimamente, no sólo se trata de crear el supuesto de hecho de las normas-principios, en el sentido de precisar su contenido o alcance, porque aquel es abierto, sino que, aún más, se está yendo mucho más allá de esto, es decir, se procura también modificar el contenido de las disposiciones constitucionales o de sus instituciones, incluso, al margen de las formalidades de la misma Constitución o, aún, en contra de esta. De esto da cuenta, la denominada interpretación evolutiva. Guastini (1999, p. 86) ha indicado que la misma consiste en la atribución de un significado diverso del histórico (del que tenía en el momento de su creación) y

también siempre mutable, para adaptar así el contenido normativo a las cambiantes exigencias políticas y sociales.

Ahora bien, para abordar el tema de la interpretación evolutiva, se debe tener en cuenta dos cuestiones, que servirán para contextualizar mejor su explicación, las cuales son: el concepto de Constitución viviente y el concepto de mutación constitucional.

En cuanto al primer punto, el mismo se enmarca dentro de la controversia existente entre lo que podríamos llamar el originalismo (o interpretivismo) y el no originalismo (o no interpretivismo), una riña teórica antigua y que, en las últimas décadas, el debate ha sido especialmente intenso en Estados Unidos, seguramente en razón de la antigüedad de la Constitución en vigor (1787); el primero, postula que los jueces, vía interpretación, deben resolver los casos ateniéndose a las disposiciones establecidas en el texto o claramente implícitas en la Constitución escrita -en esta, a su vez, hay distintas posturas: los que prefieren el respeto al texto escrito, los que apuntan a la intención de sus redactores, y los que, como Scalia, se focalizan en el significado original de las disposiciones constitucionales, entendiendo que este significado debe buscarse en las prácticas históricas y pensamientos del tiempo de creación de la disposición y no en la visión de los redactores, además de originalismos estrictos y otros moderados y los que generan puntos de acercamiento entre las dos posiciones enfrentadas-; y, la segunda, va más allá de las referencias anteriores y la interpretación puede basarse en disposiciones que no aparecen dentro del texto constitucional. En ésta última, se ubica a la denominada Constitución viviente (que admite también variantes: los que consideran que el texto es un límite a la evolución interpretativa, y otros que aceptan soluciones que implican directamente la mutación constitucional), definida por Strauss como una Constitución que se desarrolla, que va cambiando con el tiempo, se adapta a las nuevas circunstancias sin necesidad de ser formalmente modificada (Risso Ferrand, 2017, p. 220-221).

De lo dicho se advierte, nítidamente, que el concepto de Constitución viviente, se acuñó en el sistema jurídico del *common law*, que sabemos es un derecho más judicial o jurisprudencial.

Por su parte, la noción de mutación ha venido siendo objeto de estudio, en especial por la doctrina alemana, desde el siglo XIX. En general, se menciona como uno de los precursores a Laband, aunque en esta línea se encuentran Jellinek, Heller, Hsü Dau Lin, Stern, Hesse, etc. Ellos se refieren a la mutación para describir las modificaciones del contenido o significado de las disposiciones constitucionales sin cumplir con los procedimientos formales de reforma y, también, para

aquellos casos de interpretación evolutiva o novedosa dentro del marco constitucional (otros refieren a proceso informal de reforma). Jellinek expresó que, la reforma de la Constitución era la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas, y que la mutación de la Constitución era la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación. Por su lado, Hbü Dau Lin distinguió las mutaciones permitidas y exigidas por la Constitución (mutaciones impropias o formales), de las otras que aun cuando sean indeseables e inconstitucionales (mutación en sentido estricto o materiales), resultan inevitables. Se suma a ello el análisis de Heller, que conceptuaba a la Constitución como realidad social, y entendiendo por organización la acción social concreta de dar fuerza a la cooperación de los individuos y grupos que participan en el todo; luego, situándose en el mundo del ser y en el del deber ser, señaló que, dentro del concepto de Constitución política total, debían distinguirse, como contenidos parciales de aquella, la Constitución no normada y la normada siendo que, la primera aparece en el terreno de la realidad y está íntimamente vinculada con los similares valores culturales, de sangre, históricos, económicos, etc., mientras que la Constitución normada se sitúa en el terreno del deber ser, que aparece como una normalidad de la conducta normada jurídicamente o extrajurídicamente -por la costumbre, la religión, entre otros-. Por último, Konrad Hesse señalaba que las constituciones son letra muerta si no se incorporan a la conducta humana, por lo que, requiere ser “realizada”, que se transforme en un orden vivido, formador y conformador de la realidad histórica, agregando que, la fuerza normativa de la Constitución se encuentra condicionada a la posibilidad de realización de los contenidos de la Constitución (Risso Ferrand, 2017, p. 225-229).

Como se aprecia, en este caso, tal concepto se desarrolla propiamente en los países de la tradición germano-románica o de los sistemas de *civil law*, así como advertimos que, lo manifestado se puede realizar mediante la interpretación constitucional, es decir, la interpretación evolutiva, la cual aparecería como una subespecie de las mutaciones constitucionales, es decir que una de las maneras de lograr esa mutación constitucional es por medio de la interpretación, por tanto, evolutiva de la misma.

Se notará, además, que, si bien ambos conceptos son de distintas familias, lo cierto es que son implicantes o, al menos, describen el hecho de que una interpretación de tal magnitud requiere de un cierto concepto de Constitución, de un cierto tipo o teoría de interpretación, todo lo cual está enmarcado dentro de un fundamento teórico-filosófico

jurídico. Es posible, así también, tal construcción en la medida que actualmente hay un acercamiento de ambas familias jurídicas (*common law* y *civil law*), lo que ha significado la importación mutua de doctrinas y modelos jurídicos. Así, la interpretación propia de la filosofía “de lo constitucional” es una interpretación que cambia el paradigma interpretativo estático, formalista, cognitivo o descriptivo, por un paradigma “dinámico” de interpretación, constructivo-prescriptivo.

Un caso concreto de la magnitud y dimensión de este tipo de interpretación, es el ocurrido en España, donde se emitió la sentencia número 198, de fecha 6 de noviembre del año 2012, en la que el Tribunal Constitucional español rechazó el recurso presentado el 30 de septiembre del año 2005, por más de setenta miembros del Grupo Popular -el grupo parlamentario del Partido Popular, en ese momento parte de la oposición y ahora del gobierno- contra la reforma legislativa, llevada a cabo por la Ley 13/2005, de 1 de julio del mismo año, que extiende el matrimonio a las parejas formadas por personas del mismo sexo a través de la modificación de algunas disposiciones del Código Civil (Mastromartino, 2013).

Este tema concitó bastante debate y, en suma, trataba de que se analizó una disposición de la Constitución española que reconocía el derecho al matrimonio al hombre y la mujer, respecto de la cual salió una ley que modificó su Código Civil en el que se estableció la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, aplicando, justamente, la interpretación evolutiva, para hacer evolucionar una institución constitucionalmente consagrada, como lo es la institución del matrimonio, respecto de la cual varios juristas civilistas tienen una concepción relacionada al vínculo entre parejas heterosexuales.

LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA COMO MECANISMO DE REFORMA O EFICIENCIA DE LA CONSTITUCIÓN

Como habíamos señalado, la dogmática jurídica también se mostraba como un instrumento para la racionalización de la ley, es decir, que es importante en el discurso jurídico práctico y teórico, pues permite construir y argüir argumentos racionales para, por ejemplo, decidir un caso. La racionalidad del discurso jurídico se ha logrado, en gran medida, por la construcción de conceptos lógico-jurídicos en la ya mencionada dogmática (o doctrina jurídica, en una acepción más omnicompreensiva). Alchourrón y Bulygin (2012, p. 11) decían, la explicación o reconstrucción racional de un concepto es el método por medio del cual un concepto inexacto y vago -que pertenece al lenguaje ordinario o a una etapa preliminar en el desarrollo de un lenguaje científico- es transformado en un concepto exacto o, por lo menos, más claro o exacto que el primitivo, o, más correctamente

hablando, la sustitución de un concepto más o menos vago por otro más riguroso. Pues bien, la dogmática jurídica ha procurado esa exactitud, así como el positivismo jurídico, al desarrollar las diferentes categorías conceptuales predicadas de las normas jurídicas positivas; sin embargo, como hemos visto, con la consagración de la Constitución como norma jurídica y el desarrollo de la filosofía de “lo constitucional” propugnada por el constitucionalismo contemporáneo, la textura de las normas-principio es abierta, inexacta, por lo que, aún en un escenario jurídico, un tanto de convivencia y pacífico, esto es, la coexistencia entre lo exacto y lo inexacto del Derecho, se observa una paradoja. Siempre hemos sostenido que pareciera que el Derecho estuviera dividido en dos grandes grupos, el Derecho Constitucional y el Derecho Ordinario, cada uno con lógica y razonamiento jurídico distintos. Si reparamos en esto, un momento, notaremos que ello se evidenciará y manifestará por medio de la interpretación jurídica. A partir de aquí, podemos señalar que los mecanismos de reforma de la Constitución no pueden ser estáticos, sino también deben ser dinámicos o activos, a fin de garantizar mayor eficiencia de la Constitución.

Derecho ordenado (legislativo) y derecho espontáneo (constitucional-judicial)

Tal reconfiguración del Derecho, de igual forma, también ha generado, nuevamente, el ya viejo debate entre la justicia y la seguridad jurídica. Recaséns Siches (1997, p. 137) planteaba dicha cuestión, señalando que, cuando surgen conflictos entre la justicia y la seguridad, nos hallamos ante un caso superlativamente dramático, ya que, por una parte, no cabe duda de que el fin supremo del Derecho es la realización de la justicia y del séquito de valores por ésta implicados -y sólo cuando un Derecho cumple relativamente este fin aparece como justificado ante nuestra conciencia, y resulta obligatorio en conciencia-; pero, de otro lado, adviértase que ningún orden jurídico positivo -en tanto que obra humana- puede resultar absolutamente justo, a lo más a que se puede aspirar es a un Derecho relativamente justo, en la medida de lo posible y de lo viable. Esta limitación adquiere un sentido y un alcance decisivos, al contemplar los conflictos entre seguridad y justicia.

La seguridad jurídica, de un parte, genera previsibilidad, certeza y estabilidad en las situaciones jurídicas subjetivas de los sujetos de derecho; y, por su lado, la justicia propugna un sentido comunitario de realización que necesariamente debe satisfacerse mediante el Derecho, para tener la sensación de eficacia y eficiencia de este. Sabemos, muy bien, por filosofía del derecho que el acogimiento de una u otra importó la adscripción a ciertas corrientes de pensamiento *iusfilosófico*. Esta situación genera también una contradicción en el Derecho, pues se ha discutido sobre esto bastante a nivel de la teoría

o filosofía del Derecho, esto respecto a la teoría de la justicia: qué es lo justo o qué es justicia, el Derecho tiene que ver o no con la misma o es, más bien, sólo un valor jurídico, el norte, como la luna que guía al marinero, aunque nunca se la pueda alcanzar.

Empero, al margen de ello, es conveniente señalar que, la primera, proclama un derecho ordenado, organizado, previsto *a priori*, porque se cree en la capacidad de que se puede regular todo de manera anticipada; en cambio, la otra, nos pone en un contexto de un derecho que debe ser espontáneo, en tanto la Constitución y su interpretación importa que haya una conexión a cada caso concreto, puesto que se debe buscar su realización concreta, entonces, se tiene un derecho que se va dando jurisprudencialmente, de caso en caso, de acuerdo a las exigencias y necesidades requeridas de la realidad que siempre es cambiante. Así, se da otra contradicción entre un derecho ordenado o espontáneo, o se debe procurar una coexistencia de ambos, de ser posible, no obstante, se mantiene dicha situación de contraste o paradójica. Nuevamente, si nos detenemos a pensar, un instante, podremos advertir que, esta contradicción también se pone en evidencia a través de la interpretación jurídica.

LA MUTACIÓN JURÍDICA COMO MEDIO DE EFICIENCIA DEL DERECHO (CONSTITUCIÓN)

A *grosso modo* hemos intentado dar a conocer la importancia que tiene la interpretación, para el derecho en su conjunto, porque está presente no sólo en la labor más álgida del derecho que es el de su aplicación, donde se pone en contacto con la realidad, sino también en la generación de la explicación de la realidad, o sea, en la construcción de los conceptos que explican los comportamientos y situaciones de la realidad y que se desarrollan en la doctrina jurídica, a todo nivel (tanto en la dogmática jurídica, la teoría del derecho, así como la filosofía del derecho).

En el derecho actual se muestra aún más preponderante la interpretación jurídica, que ya no supone una actitud estática del interprete, sino una actitud dinámica, dialógica entre las disposiciones jurídicas y la realidad concreta, para generar normas jurídicas más eficientes y eficaces, que respondan de manera más pronta a las exigencias de las relaciones sociales en un mundo que es de aquí y ahora, que está en constante cambio y que no puede y no quiere esperar por soluciones que no satisfagan pronto sus requerimientos.

Con todo lo expuesto, podemos intentar dar una respuesta, que nos permita otear hacia dónde va el derecho o el pensamiento jurídico contemporáneo -según la prospección que hemos hecho, al menos,

panorámicamente-, y, conforme vimos, la tendencia actual es la de ir hacia las “mutaciones jurídicas” en el derecho, en general, comprendida en los términos de la mutación constitucional descrita, según la filosofía de “lo constitucional”, acuñada por el constitucionalismo contemporáneo (y todas las tesis y postulados que la inspiran), lo cual se logrará por medio de la interpretación jurídica -evolutiva- (y de la argumentación, cuando se necesita sostener una postura o persuadir sobre algún tipo de interpretación), pues, precisamente, dicha interpretación evolutiva es la que constituye la cúspide o el horizonte jurídico de toda la revolución jurídica actual. Sostenemos ello, debido a que, según el bastante conocido fenómeno de constitucionalización del derecho, con todo lo que implica, terminará por invadir todas las ramas y áreas del derecho, es decir al derecho ordinario en su conjunto. Tal interpretación evolutiva sobrepone el ser al deber ser o, en otros términos, que la tendencia es ir al razonamiento práctico jurídico. Siendo así, claramente vemos que la Constitución misma no puede escapar a dicha tendencia, así como sus mecanismos de reforma, puesto que, incluso, si revisamos la jurisprudencia, notaremos que, en realidad, en la praxis jurídica ya se ha utilizada varias veces la interpretación evolutiva, aunque sea de modo tímido o disimulado, para reformar las constituciones. Por ello es importante que ya se reflexione sobre el tema, para que luego no se incurra en lo que ya se ha llamado el constitucionalismo abusivo por indebida reforma de la Constitución (Landau, 2015, p. 15 y ss.), pues muy bien podría afirmarse que el Tribunal Constitucional (Salas o Cortes, según corresponda) pueden ejercer un poder constituyente secundario (Roznai, 2017, p. 229 y ss.), para dicho efecto; así como se pensó genuinamente en el Tribunal Constitucional como legislador negativo y luego se erigió como legislador positivo, muy bien puede migrar de ser un reformador negativo (en el sentido de que sólo controla la constitucionalidad de las reformas) y aun reformador positivo (en el sentido de efectuar directamente reformas). Introducimos la idea para el análisis y debate.

CONCLUSIONES

La interpretación es un fenómeno cultural complejo y vasto, no exclusiva del mundo del derecho, de relevancia teórica, metodológica, filosófica e ideológica.

La interpretación jurídica en la actualidad reviste una complejidad y amplitud, tanto más, por el cambio operado en la teoría contemporánea del derecho, o sea, el constitucionalismo contemporáneo y su filosofía de “lo constitucional”, lo que, a su vez, ha significado un cambio en la concepción de la interpretación jurídica, donde encuentra su máximo esplendor.

La interpretación evolutiva es la clave para entender y palpar el cambio de paradigma por el que está atravesando el pensamiento jurídico contemporáneo, la que de suyo nos indica la orientación o dirección del derecho en la actualidad, esto es, las mutaciones jurídicas o la mutación jurídica, por lo que, aquella, se presenta como el mecanismo de reforma y eficiencia de la Constitución, correspondiendo, por ello, su estudio o atención.

REFERENCIAS

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos - Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Editorial Atrea.
- Álvarez Gardiol, A. (1986). *Introducción a una teoría general del derecho - El método jurídico*. Editorial Astrea.
- Álvarez Gardiol, A. (2005). *Derecho y Realidad - Notas de teoría sociológica*. Editorial Juris.
- Álvarez Gardiol, A. (2010). *Epistemología jurídica*. Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas.
- Atienza, M. (2004). *Las razones del derecho*. Palestra Editores.
- Atienza, M. (2017). *Interpretación constitucional*. Universidad Libre.
- Bacigalupo, E. (2020). ¿Qué es la dogmática jurídica? Breves consideraciones sobre la racionalidad de la práctica de las profesiones jurídicas. Fundación Fide. Recuperado 28 agosto 2020, de https://www.fidefundacion.es/Que-es-la-dogmatica-Breves-consideraciones-sobre-la-racionalidad-de-la-practica-de-las-profesiones-juridicas-por_a929.html
- Barberis, M. (2015). *Introducción al estudio del Derecho*. Palestra Editores.
- Betti, E. (2018). *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Ediciones Olejnik.
- Bobbio, N. (1992). *El problema del positivismo jurídico*. Editorial Fontamara.
- Bobbio, N. (2013). *Teoría General del Derecho*. Editorial Temis.
- Comanducci, P. (2016). *Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Editorial Ariel.
- Encyclopedist (2020). *Diccionario de filosofía*. Recuperado 29 agosto 2020, de http://www.ferratermora.org/ency_concepto_ej_evolucion.html
- García Máynez, E. (2002). *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Porrúa.
- García Amado, J. (2017). *Razonamiento jurídico y argumentación*. Zela Grupo Editorial.
- Gadamer, H. (1998). Texto e interpretación. Cuaderno Gris. Epoca III, 3, 220-224. Recuperado 29 agosto 2020, de <https://repositorio.uam.es/handle/10486/283?show=full>
- Guastini, R. (1999). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

- Guastini, R. (2014). *Interpretación y argumentar*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. Imprenta Universitaria de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Landau, D. (2015). *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*. Universidad Externado de Colombia.
- Mastromartino, M. (2013). *Sobre la interpretación evolutiva de la Constitución*. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 36, 153-175.
- Pacheco Mandujano, L. A., y Almanza Altamirano, F. (2018). *Razonamiento lógico y argumentación jurídica*. Ideas Solución Editorial.
- Picontó Novales, T. (1992). *Teoría general de la interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer*. *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 242-243.
- Raz, J. (1985). *La autoridad del derecho - Ensayos sobre derecho y moral*. Imprenta Universitaria de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Raz, J. (1986). *El concepto de sistema jurídico - Una introducción a la teoría del sistema jurídico*. Imprenta Universitaria de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Recaséns Siches, L. (1997). *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Porrúa.
- Roznai, Y. (2017). Reformas constitucionales inconstitucionales: los límites al poder de reforma. Universidad Externado de Colombia.
- Risso Ferrand, M. (2017). *Mutación e interpretación evolutiva de la Constitución*. *Estudios Constitucionales*, Año 15, N° 1, 217-254. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-5200201700010008
- Tarello, G. (2013). *La interpretación de la ley*. Palestra Editores.
- Wróblewski, J. (2018). *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Ediciones Olejnik.

LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO CRITERIO OBJETIVO PARA LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS DE GÉNERO DE PERÚ

THE INCORPORATION OF THE GENDER PERSPECTIVE AS AN OBJECTIVE CRITERIA FOR THE ASSESSMENT OF EVIDENCE IN GENDER CRIMES IN PERU

Livyn Yurely Aguinaga Vidarte¹

Universidad de San Martín de Porres
Perú

liyurely_02@hotmail.com

ORCID: 0000-0001-5020-3162

RESUMEN

En el Perú aún existen estereotipos de género que infravaloran y discriminan principalmente a la mujer. Algunos estereotipos de género se han visto evidenciados en comentarios vertidos en el caso denominado “violación en manada en Surco”, en el que cinco sujetos abusaron sexualmente de una joven, dado que al conocer las circunstancias de dicho caso se vertieron opiniones destinadas a culpar a la mujer y no a los sujetos infractores de la ley penal.

En ese sentido, se considera que los estereotipos de género pueden influir en las decisiones que adopten los operadores de justicia (principalmente jueces y fiscales), debido a que, en determinados casos por más que se presenten medios de prueba idóneas, pertinentes y conducentes; puede ocurrir que en atención a los estereotipos no se admitan dichos medios y, por lo tanto, no se logre el esclarecimiento de los hechos, menos que se imponga una pena de ser el caso que se determine la culpabilidad del sujeto infractor de la ley penal; razón por la cual, se busca la inclusión de la herramienta racional denominada perspectiva de enfoque de género como criterio objetivo en la valoración de la prueba.

Palabras claves: estereotipos de género, perspectiva de género, operadores de justicia, y valoración de la prueba.

ABSTRACT

In Peru there are still gender stereotypes that undervalue and discriminate mainly against women. Some gender stereotypes have been evidenced in comments made in the case called “gang rape in Surco”, in which five subjects sexually abused a young woman, given that upon learning

1 Doctoranda del quinto ciclo del doctorado en la Universidad San Martín de Porres. Maestra en Derecho Civil y Empresarial por la Universidad Privada Antenor Orrego. Fiscal adjunta provincial provisional de la Fiscalía Suprema de Control Interno.

of the circumstances of said case, opinions were expressed aimed at blaming women and not to offenders of criminal law.

In that, it is considered that gender stereotypes can influence the decisions of meaning adopted by justice operators (mainly judges and prosecutors), because, in certain cases, no matter how suitable, pertinent and conducive means of evidence are presented ; It may happen that, due to stereotypes, said means are not admitted and, therefore, the clarification of the facts is not achieved, unless a sentence is imposed, if it is the case that the guilt of the offender of the criminal law is determined; For this reason, the inclusion of the rational tool called the gender approach perspective is sought as an objective criterion in the evaluation of the test.

Keywords: gender stereotypes, gender perspective, justice operators, and evaluation of the evidence.

Sumario: I. Introducción. II. Caso “La manada” SURCO. Presencia de estereotipos de género. III. Noción de perspectiva de género. IV. Prueba y perspectiva de género. V. Incorporación de la perspectiva de género en el Perú. VI. A modo de conclusión. VII. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

Nos encontramos ante una sociedad machista llena de estereotipos de género, muchos de ellos, relacionados a infravalorar y discriminar principalmente a la mujer. Ello, debido a que se ha considerado por mucho tiempo que la mujer no tiene la posibilidad de tener las mismas condiciones de ascender a un puesto laboral en comparación con el varón, o que tiene que quedarse en casa mientras el varón sale a obtener un sustento, estableciéndose de esa manera, determinados roles o patrones dependiendo del género.

En los últimos años, se ha advertido la presencia de los estereotipos de género en el desarrollo de casos penales, donde los actores principales son los operadores de justicia (jueces y fiscales). Los estereotipos de género se hicieron notar con mayor preponderancia en España en el caso controvertido denominado “Caso La Manada”, donde cinco jóvenes abusaron sexualmente de una mujer, grabando dicho hecho delictivo y difundiéndolo en un WhatsApp grupal denominado “La Manada”.

Durante el desarrollo del mencionado caso, se recibieron fuertes críticas por las expresiones vertidas por uno de los magistrados que se avocó al conocimiento de la causa, puesto que en sus argumentos se consignó estereotipos de género direccionados a determinar que por el hecho que la víctima no opuso resistencia, brindó su consentimiento de los hechos que delictivos denunciados.

Los sucesos antes referidos no han sido ajenos a nuestro país, dado que, casi en similar contexto existe un caso que ha generado conmoción en la sociedad peruana, en el que una mujer de 21 años fue agredida sexualmente por cinco jóvenes en el distrito de Surco, y, que en lugar de recibir apoyo fue objeto de muchas críticas en el sentido de culparla o responsabilizarla por los hechos de los cuales había sido víctima, todo por aceptar estar en una reunión con pluralidad de varones que se encontraban ingiriendo bebidas alcohólicas y consumiendo drogas (marihuana y cocaína).

Es a raíz de estos acontecimientos que surge la idea de postular la inclusión de la perspectiva de género como un criterio objetivo que debe utilizar el magistrado en el momento de la valoración de la prueba cuando se analice los delitos de enfoque de género, dado que el no incluirla en circunstancias puede originar que se nubla la visión del magistrado, quien decide la causa y determina la responsabilidad penal de los sujetos desobedientes de la ley penal, en el sentido de declarar la inocencia a pesar de existir medios de prueba determinantes que comprueban su responsabilidad penal o en otros que se prosiga del ejercicio de la acción penal.

CASO “LA MANADA” ESPAÑA VS CASO “LA MANADA” SURCO. PRESENCIA DE ESTEREOTIPOS DE GÉNERO

El ataque sexual producido en el denominado caso “La Manada España” ocurrió durante las populares fiestas de San Fermín, que se celebran a partir de cada 7 de julio en la ciudad española de Pamplona. (BBC News Mundo, 2019).

Durante la madrugada, cinco amigos llevaron a una joven madrileña de 18 años que estaba en estado de ebriedad a un portal y allí la desnudaron y la penetraron por vía bucal, anal y vaginal. También grabaron toda la situación en 6 videos con una duración total de 39 y 59 segundos y dos fotos, marchándose con su celular. No terminando ahí, la situación de esta agresión sexual ocurrida, puesto que los videos realizados en el hecho delictivo fueron compartidos por WhatsApp con sus amistades, en un grupo de chat llamado “La Manada”, del que eran miembros los cinco acusados. (Guerrero, 2018)

La Fiscalía pidió 22 años y 10 meses de cárcel para cada uno de los hombres por violación en grupo. El voto singular emitido en el citado caso, fue lo que provocó muchos cuestionamientos no sólo de la población nacional sino también internacional, dado que el magistrado Ricardo Javier Gonzáles, sobre los hechos probados, argumentó que de la apreciación de las imágenes en los videos, la víctima por mantenerse callada y con los ojos cerrados siempre adoptó una actitud

de sometimiento y pasividad, sin mostrar disconformidad, haciendo creer en todo momento, que estaba conforme con los actos sexuales que entre ellos mantuvieron, sumado a que de las declaraciones efectuados por los denunciados se expresa que las relaciones que mantuvieron fueron consentidas por la víctima. (Guerrero, 2018).

Cuestionando la actitud de la víctima por no hacer nada ante el hecho ocurrido en su contra, lo que significó aceptación tácita de lo que estaba ocurriendo, aunque el silencio no pueda verse como una reacción o respuesta afirmativa. La gente salió a realizar marchas multitudinarias en rechazó de dichos argumentos teniendo en cuenta la forma de reacción de la víctima que, aunque no formaba parte de los fundamentos vertidos por parte de un magistrado decisor, pues se había realizado través de un voto singular, causó indignación en la sociedad como si hubiera sido el fallo mayoritario. (Guerrero, 2018).

Similar situación aparece el caso peruano denominado “Manada en Surco”, en el cual cinco jóvenes agredieron sexualmente de una joven de 21 años, quienes fueron condenados a 20 años de prisión privativa de la libertad. En dicho caso, si bien no se emitió un voto singular por parte del magistrado decisor, la sociedad cuestionó a la joven por haber aceptado quedarse en una reunión con pluralidad de sujetos varones que habían bebido alcohol y consumido drogas, es decir, la responsabilizaron por los hechos delictivos que se cometieron en su contra.

Es en bases a dichas circunstancias que se advierta la continuidad de los estereotipos de género, los que tiene su origen en la violencia estructural y cultural que posteriormente originaría la concepción machista predominante en nuestra sociedad, por la desigualdad para el acceso a la propiedad; la diferente determinación de los salarios para hombres y mujeres a igual capacidad y experiencia (presente en la idea anterior); y a las diferencias en el acceso a las posiciones de poder y tomar de decisiones. (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2016).

Por tales consideraciones, sostenemos que existe la posibilidad de la interferencia de los estereotipos de género en la actividad de valoración de la prueba que realiza el juzgador, quien puede verse nublado al momento de emitir la decisión de un caso, razón por la cual, aparece la idea de la inclusión de la perspectiva de género (herramienta racional) como criterio objetivo en la valoración de la prueba en los delitos de enfoque de género.

NOCIÓN DE PERSPECTIVA DE GÉNERO

El concepto de la perspectiva de género no es nuevo, toma relevancia a partir de 1995 luego que la Cuarta Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, adopta como una de sus principales metas la eliminación de las inequidades entre hombre y mujeres. (Poder Judicial República de Chile, 2018).

La perspectiva de género hace referencia a una forma de ver o analizar una determinada situación o de tener un punto de vista sobre la forma cómo la sociedad entiende que deben comportarse los sexos. En relación, por ejemplo, al hecho de que la mujer deba ocuparse de la familia mientras el hombre trabaja, así como otras circunstancias basadas en las desigualdades sociales (Educo, 2019).

Es concebida como una herramienta que busca erradicar las desigualdades sociales por género que ocasionan discriminación y que llegan adquirir efectos en todos los ámbitos de la cultura: en lo laboral, familiar, político, las organizaciones, el arte, las empresas, la salud, la ciencia, la sexualidad, la historia. (Mujeres en Red. El periódico Feminista, 2008).

Asimismo, es concebida por Santisteban (2020), como aquella herramienta que permite conocer y explicar las causas o circunstancias que generan las desigualdades que se dan entre hombres y mujeres en la sociedad, y que permiten que se tomen medidas para superar esas diferencias de género”.

Cuando expresamos que la perspectiva de género tiene por finalidad erradicar las desigualdades sociales por género, se hace referencia precisamente la deconstrucción de los estereotipos de género que infravaloran y discriminan principalmente a la mujer estando insertos de forma sutil e irreflexiva, pero arraigadamente en la cultura. (Arbeláez de Tobón, 2018).

Ahora se debe precisar que la mirada de género no está supeditada a que la adopten las mujeres ni está dirigida exclusivamente a ellas. Tratándose de una cuestión de concepción del mundo y de la vida, lo único definitorio es la comprensión de la problemática que abarca las desigualdades sociales. (Mujeres en Red. El periódico Feminista, 2008).

La perspectiva de género implica resolver los casos donde se traten temas con enfoque de género, con las normas plasmadas en los tratados y convenios que conciernen a los Estados en su integridad y que llegan a definir por ejemplo que la violencia contra las mujeres constituye una forma de discriminación. (Mujeres en Red. El periódico Feminista, 2008).

Sobre lo antes expuesto, el Tribunal Constitucional ha señalado que desaparición de las desigualdades es un desafío social y es un objetivo cuyo cumplimiento involucra principalmente al Estado, pero también a todos sus integrantes en conjunto. En ese sentido, sostiene que la perspectiva de igualdad de género debe ser entendido como una nueva mirada a la desigualdad y a la situación de vulnerabilidad de las mujeres, se presenta como una herramienta metodológica que necesariamente debe ser empleada en el ámbito institucional (y también en el ámbito privado), ya que ayuda a la materialización de las medidas públicas adoptadas para lograr una real igualdad en derechos entre hombres y mujeres. (Expediente N° 1479-2018-PA/TC LIMA, en su fundamento 9).

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el referido expediente precisa que la perspectiva de género es un instrumento ético que dota de legitimidad a las decisiones institucionales que se tornen en aras de alcanzar una sociedad más justa e igualitaria. Cuando hace alusión a las instituciones no solo se refiere al Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional del Perú, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y Ministerio de Justicia y derechos humanos. (Expediente N° 1479-2018-PA/TC LIMA, en su fundamento 9).

Aunado a lo expuesto, el Tribunal Constitucional señala que la perspectiva de igualdad de género es, pues, una nueva forma de análisis que evidencia cómo es que determinados hechos o situaciones afectan de manera distinta a los hombres y a las mujeres, vale decir, un análisis con sensibilidad de género y motivado por lograr la equidad entre hombres y mujeres. Siendo su propia definición conceptual la que explica por sí sola la necesidad de su incorporación en el ámbito institucional. (Expediente N° 1479-2018-PA/TC LIMA, en su fundamento 10).

El Tribunal Constitucional precisa que su adopción en el ámbito de la administración de justicia supondría la creación de una jurisdicción y fiscalía especializadas, así como exigiría de un análisis con perspectiva de género presente en el razonamiento que sustenta las decisiones de jueces y fiscales al momento de impartir justicia y perseguir e investigar el delito. (Expediente N° 1479-2018-PA/TC LIMA, fundamento jurídico 11).

PRUEBA Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

La aplicación de la perspectiva de género en la prueba es aún incipiente en la tradición continental, particularmente en Latinoamérica y España. Dicha concepción ha sido incorporada por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana, la Corte Penal internacional y el Comité de CEDAW, especialmente en

el ámbito del derecho penal y los delitos sexuales, aunque también en áreas de familia y derecho civil. (Santisteban, 2020).

La vinculación de la prueba y la perspectiva de género se ha hecho notorio en el momento en que el juez de la causa valora los medios probatorios, quien, en algunos casos, por razones ideológicas o convicciones basados en roles o estereotipos de género, no valora adecuadamente dichos medios a pesar que resultaba pertinente, idóneo y conducente, para demostrar el ilícito penal.

A partir de ello, la perspectiva de género se ha convertido en un método o herramienta de análisis destinado al estudio de las construcciones culturales y las relaciones sociales que se tejen entre hombres y mujeres, denominados roles y estereotipos de género, identificando aquellas formas de interacción que marcan pautas de desigualdad y discriminación entre los géneros. (Arbeláez de Tobón, 2018).

Esta perspectiva de género no se ha creado exclusivamente para y desde las mujeres, como quieren hacer pretender algunas corrientes feministas, sino que busca que todas las situaciones, las políticas, las leyes deberían ser revisadas a la luz de dicha perspectiva, y seguramente sería más fácil identificar la desigualdad y discriminación. (Arbeláez de Tobón, 2018).

Con la perspectiva de género se pretende que esta no sea opción al momento de resolver la comisión de los delitos con enfoque de género, sino que debe convertirse en un requisito obligatorio para resolver con imparcialidad y objetividad dichos delitos. (Arbeláez de Tobón, 2018).

Ahora bien, en relación con la inclusión de la perspectiva de género en la administración de justicia, específicamente en el momento valorativo de la prueba, el Poder Judicial República de Chile establece que es un reto necesario cuya intención debe continuar fortaleciéndose bajo el entendimiento de que este constituye un proceso para asegurar la equidad, la igualdad y la justicia de género en todas las esferas vitales de los seres humanos; con la finalidad de garantizar que los administradores de justicia puedan valorar con objetividad e imparcialidad los medios probatorios que puedan presentar las partes procesales en los delitos con enfoque de género, y resolver libres de sesgos y estereotipos; siempre y cuando estos cumplan con los requisitos de pertinencia, conducencia, utilidad y licitud, aunque este último puede limitarse en algunas excepciones. (Arbeláez de Tobón, 2018).

Finalmente, (Arbeláez de Tobón, 2018) señala que el análisis de la perspectiva de género debe ser aplicado en la sentencia aun y cuando las partes involucradas en el caso no la hayan contemplado en sus alegaciones, y también debe guiar el ejercicio argumentativo de

quienes imparten justicia para que puedan materializar los tratados internacionales en realidades jurídicas y generar respuestas en derecho efectivas en defensa de los derechos humanos y especialmente encaminadas a brindar un verdadero acceso a la justicia.

INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL PERÚ

A nivel nacional expresa Santisteban (2020), que desde el año 2007, se encontraba vigente la Ley N°28983 (Ley de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres); donde se pone énfasis en el acceso a la justicia para las mujeres.

En el año 2012, Santisteban (2020) menciona que se aprobó el Plan Nacional de Igualdad de Género (2012-2017), el busca que las diferentes instituciones del Estado incorporen dicho enfoque como política pública.

El referido autor señala también que, en el año 2015, se promulga la Ley N°30364 (Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar), siendo la primera norma que define el enfoque de género, la cual es tomada en cuenta para crear la comisión de justicia de género del Poder Judicial, en el año 2016, pero su creación no fue como consecuencia de dicha normativa, sino que la respuesta acelerada durante la convocatoria a la marcha “Ni una menos”, el cual se creó al no obtener fallos judiciales justos por parte del Poder Judicial. (Santisteban, 2020).

En el Perú, antes de la creación de dicha comisión se han incorporado el enfoque de género en diferentes órganos del Estado, centrándose en 3 ministerios: Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Ministerio de Educación; los cuales han creado una instancia con la finalidad de institucionalizar el enfoque de género. (Santisteban, 2020).

En el caso del Poder Judicial como uno de los poderes del Estado, previamente a la creación de la referida comisión se instauró políticas con la finalidad de fomentar el acceso a la justicia de personas vulnerables donde se incluía a las mujeres, pero no se desarrolló específicamente ningún tema relacionado con el enfoque de género (Santisteban, 2020).

Para la creación de la comisión se ha tomado en cuenta el incremento de violencia contra las mujeres y las decisiones judiciales que se emitían sobre los referidos tópicos en clara afectación al debido proceso.

La Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial, creada en el año 2016, a propósito de la marcha “ni una menos” suscitado a raíz del caso Arlette

Contreras y de la sentencia de Ronny García quien fue sentenciado a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida, pese a haber golpeado hasta desfigurar a Lady Guillén, en los cuales se ha criticado por haber emitido sentencias tan endeblas a pesar de que existían pruebas fehacientes de la violencia que habían sufrido las mujeres. (Santisteban, 2020).

Cuando se creó la referida comisión los Presidentes del Poder Judicial que trabajaron dichos programas se centraron en la atención al usuario ya sea antes o después de que se aperture o admita un proceso judicial, pero no se brindó la debida importancia en la capacitación sobre el enfoque de género, a pesar que se encontraba latente en la Ley N°30364, la definición de enfoque de género, el cual siempre evidenció poco interés en su difusión y su propagación, en algunos casos se debe a que siempre en el Poder Judicial se ha tenido la figura masculina en los altos cargos, pero sobre todo a que todavía tienen ciertos estereotipos muy marcados donde se cree que no se debe sobrevalorar a las mujeres pues ello siempre generará una polémica que no debe existir en la administración de justicia. (Santisteban, 2020).

Al crearse la Comisión de Género se buscó teniendo en cuenta la experiencia internacional la necesidad de tener un “protocolo de género”, es decir, un instrumento que tenga la finalidad de ser una guía para los jueces y trabajadores judiciales a fin de que puedan y sepan aplicar criterios normativos en materia de género en los procesos judiciales que lo amerite, y que cumplan dichos parámetros. (Santisteban, 2020).

Para el año 2021, la Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial organizó diferentes capacitaciones, entre estas, el Curso Taller “Retos y Acciones al 2021 de las Comisiones Distritales de Justicia de Género del Poder Judicial”, en donde se destacó la importancia de unificar criterios para mejorar el acceso a la justicia con igualdad de género y garantizar los derechos fundamentales y oportunidades para mujeres y hombres usuarios en este poder del Estado. (Corte Suprema de la República, 2021).

Toda vez que cabe recordar que el objetivo general que tiene el Plan de Trabajo 2017-2021 de la Comisión de Justicia de Género, es de “Implementar la transversalización del enfoque de género en la planificación institucional y en los procesos internos”, y como objetivo específico “Promover la creación y fortalecimiento de instancias para la implementación de políticas de igualdad de género en el Poder Judicial, garantizando el derecho al acceso a la justicia”. (Corte Suprema de la República, 2021).

En ese sentido, Ticona (2021) sostiene que siempre estuvo presente la necesidad de crear un protocolo para juzgar con perspectiva de género, considerándose pertinente que existe un monitoreo de la aplicación del referido protocolo, el cual se debe realizar a través de indicadores: a) número de argumentos de enfoque de género, b) número de tipo de reparación de

daño, c) número de medidas de protección, entre otros factores, lo cual quedará en manos de los operadores de justicia el cumplimiento de su aplicación; de ahí la importancia de la presente propuesta.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La incorporación de la perspectiva género como criterio objetivo para la valoración de la prueba en los delitos de género, pretende la eliminación de los estereotipos de género que permanecen en nuestra sociedad, y que pueden influir en las decisiones de los operadores de justicia (jueces y fiscales).

Con la perspectiva de género no se pretende sustituir los criterios utilizados por el juzgador pueda realizar inferencias probatorias y valorar las pruebas sin prejuicios ni estereotipos de género.

La inclusión de la perspectiva de género en la valoración de la prueba no puede emplearse para subsanar la insuficiencia de un medio probatorio, dándole un mayor peso probatorio que el que amerita, lo que se busca finalmente es otorgar el valor que corresponde a cada medio probatorio.

La decisión del juzgador basada en estereotipos de género puede ocasionar a la víctima a un daño psicoemocional mayor al que sufrió, pues en algunas ocasiones los casos van a ser resueltos con ausencia de objetividad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Referencias de blogs en internet

BBC News Mundo (28 de junio 2019). “La manada”: la carta alentadora de la víctima violada en España por un grupo de hombres. Recuperado <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-48806905>.

Educo (27 de diciembre de 2019). ¿Qué es la perspectiva de género y porque es importante? [Mensaje en blog]. Recuperado de <https://www.educo.org/Blog/Que-es-perspectiva-de-genero-y-su-importancia>.

Mujeres en Red. El periódico Feminista (1 de marzo de 2008). ¿Qué es la perspectiva de género y los estudios de género? [Mensaje en blog]. Recuperado de <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article1395>.

Fuentes hemerográficas

Guerrero Aguirre, F (2018). *El análisis de la voluntad de la víctima en los casos de agresión sexual: Del “No” es “No” al “Solo “Si” es “Si” (CEDAW): Caso La Manada*. Perú: Lima, Escuela del Ministerio Público.

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2016). *Violencia basada en Género. Marco Conceptual para las Políticas Públicas y la Acción del Estado*. Perú: Lima, Biblioteca Nacional del Perú.

Fuentes electrónicas

Arbeláez de Tobón, L (2018). Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las Sentencias. Una contribución para la aplicación del derecho a la igualdad y la no discriminación. Poder Judicial República de Chile. EURO SOCIAL Programa para la cohesión social en América Latina. http://secretariadegenero.pjud.cl/images/documentos/Eurososial_PJUD/CBP_CHILE24AGOSTO2018.pdf.

Corte Suprema de la República (2021). Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/genero/s_cgen/as_atencion_ciu/as_actividades_difusion/cs_n_uniendo_esfuerzos_institucionalizacion_del_enfoque_de_genero+labor_judicial.

Ticona Luna, R. (2021). Juzgando con perspectiva de género. Conferencia en la Academia de la Magistratura. <https://www.amag.edu.pe/>.

Tesis

Santisteban Ormeño, G (2020). *La comisión de Justicia de Género del Poder Judicial: Dinámicas y dificultades para su creación* (Tesis de maestría). Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (2019). Expediente N° 1479-2018-PA/TC LIMA.

DESEQUILIBRIO ENTRE LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTES, GÉNERO, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA”

IMBALANCE BETWEEN THE PRINCIPLES OF THE JUSTICE SYSTEM “BEST INTEREST OF THE CHILD AND ADOLESCENT, GENDER, PRESUMPTION OF INNOCENCE”

*Lorena Martínez Martínez*¹
Universidad de Guadalajara
México
lorenamm@cusur.udg.mx
ORCID 0000-0002-7991-3173

*Karina del Carmen Chávez Ochoa*²
Universidad de Guadalajara
México
Karina.chavez@cusur.udg.mx
ORCID: 0000-0002-1359-8051

RESUMEN

Los derechos humanos plantean un plano de igualdad donde no se negocien ni supediten criterios orientados a anular la presunción de inocencia, lo cual de igual manera se identifica en instrumentos jurídicos que buscan equilibrar los derechos de las personas más vulnerables donde el abuso de estos representa una omisión en el ejercicio del derecho y la equidad. A partir de ello se planteó como objetivo analizar el desequilibrio entre los principios del sistema de justicia sobre el interés superior del niño, niña y adolescente, género y presunción de inocencia, ello por medio de un estudio dogmático jurídico basado en la normativa vigente sobre el sistema procesal en general y en particular el caso mexicano. Entre los resultados se identificó que la normativa internacional vinculante para diversos Estados, como el mexicano, resalta los principios de igualdad y libertad al ser reconocidos en un rango de primer nivel que trasciende al tema de la administración de justicia en el sistema procesal para plantear un equilibrio entre los principios señalados y lo cual no se refleja en la práctica al privilegiar uno sobre el resto. Concluyendo

- 1 Doctora en Derecho, profesora de tiempo completo e investigadora SIN nivel I, docente de pregrado y posgrado de la Universidad de Guadalajara en el Centro Universitario del SUR. Correo electrónico: lorenamm@cusur.udg.mx ORCID 0000-0002-7991-3173
- 2 Doctorante en Derecho. Enlace de los Derechos Universitarios y Profesora de Asignatura “B” en el Centro Universitario del Sur. Correo electrónico: Karina.chavez@cusur.udg.mx ORCID 0000-0002-1359-8051

en la pertinencia de utilizar herramientas de valoración donde se establezcan criterios orientados a lograr un verdadero equilibrio para respetar los derechos humanos sin menoscabar uno sobre otro de tal manera que no se transgreda la presunción de inocencia ni se afecte el interés superior del menor ni el tema de género manteniendo objetividad en todo momento.

Palabras clave: Principios del sistema de justicia, Interés superior del niño, niña y adolescente, género, presunción de inocencia.

ABSTRACT

Human rights propose a level of equality where criteria aimed at overriding the presumption of innocence are not negotiated or subordinated, which is likewise identified in legal instruments that seek to balance the rights of the most vulnerable people where their abuse represents an omission in the exercise of law and equity. Based on this, the objective was to analyze the imbalance between the principles of the justice system on the best interest of the child and adolescent, gender and presumption of innocence, by means of a legal dogmatic study based on the current regulations on the procedural system in general and the Mexican case in particular. Among the results, it was identified that the binding international norms for various States, such as the Mexican State, highlight the principles of equality and freedom as they are recognized in a first level rank that transcends the issue of the administration of justice in the procedural system to propose a balance between the aforementioned principles, which is not reflected in practice by privileging one over the rest. Concluding in the pertinence of using valuation tools where criteria are established oriented to achieve a true balance to respect human rights without undermining one over the other in such a way that the presumption of innocence is not transgressed nor the best interest of the minor nor the gender issue is affected, maintaining objectivity at all times.

Keywords: Principles of the justice system, best interests of the child and adolescent, gender, presumption of innocence.

Sumario: I. Introducción. II. Los derechos fundamentales. III. Investigar para sancionar. IV. Principio de proporcionalidad de las personas. V. La racionalidad, valoración libre y lógica. VI. Interés superior del niño y adolescente, alcances de este principio. VII. ¿La perspectiva de género, supera el principio de presunción de de inocencia?. XIII. Conclusiones. IX. Lista de referencias.

INTRODUCCIÓN

Los ultrajes a los derechos humanos, derivado, del desconocimiento y el menosprecio, ha representado un antecedente en el cambio de paradigma en los derechos humanos, y que, considerando la historia de los mismos, hemos comprendido que la permanencia y vigencia no están supeditados a las autoridades que los protegen, promueven y respetan, sino a que su origen deviene de la misma naturaleza humana en reconocerlos y dignificarlos como lo señala la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDDHH) proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III) de 10 del mes de diciembre del año 1948.

De ahí que los artículos 1, 2.2, 7, 10, así como el 11.1 de la DUDDHH (1948) señalan los derechos de todo ser humano que deberán ser protegidos y garantizados por el Estado donde reside bajo principios de igualdad ante la ley evitando prácticas de discriminación de cualquier tipo, asimismo de protección y justicia donde se encuentra inserta la presunción de inocencia.

Considerando un plano de igualdad los derechos humanos, no pueden negociarse y supeditarse a criterios orientados a anular la presunción de inocencia, por instrumentos que si bien son necesarios para equilibrar derechos de los o las más vulnerables, pero el abuso de los mismos, representaría una omisión en el ejercicio del derecho y la equidad; porque si bien encontraremos conflictos, choques o discusiones que pongan en duda cual derecho implica mayor importancia sobre otro.

Ello invita a utilizar herramientas necesarias de valoración, criterios orientados a lograr un verdadero equilibrio, en el afán de respetar los derechos de los integrantes del Estado, sin menoscabar un derecho u otro basándose en discursos, argumentos y resoluciones respaldados en principios, dejando del lado un análisis exhaustivo, imparcial y de fondo en el que se involucren de manera sistemática los instrumentos jurídicos existentes para emitir una determinación que no transgreda la presunción de inocencia, pero que tampoco, se vea afectado el interés superior del niño, niña y adolescente o el tema de género.

Si la libertad e igualdad se colocan en un rango de primer nivel como se señala en el artículo primero de la declaración, luego entonces, el parámetro se encuentra establecido para partir al tema de la administración de justicia en el sistema procesal vigente en México, porque el reconocimiento de los derechos no solo parte de la DUDDHH sino de los instrumentos que se han reconocido y se han adoptado en su calidad normativa al país, y que por ende en ese equilibrio resultan ser acordes a lo ahí señalado. Bajo esa tesitura, hablar de los tratados

internacionales que México ha suscrito, implica un compromiso, a atender el contenido de los instrumentos internacionales para garantizar los derechos fundamentales. Lo anterior queda puntualizado al remitirnos a lo que señala el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

A partir de ello, a continuación, se presentan apartados donde se inicia con la conceptualización de los derechos fundamentales, seguido de una reflexión sobre el investigar para castigar. Asimismo, se retoma el principio de proporcionalidad, la racionalidad, valoración libre y lógica como antecedente para analizar el principio superior del niño, niña y adolescente. Esto permite abordar una primera respuesta a la interrogante ¿la perspectiva de género supera el principio de presunción de inocencia? Finalmente se presentan algunas reflexiones al respecto a manera de conclusiones.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La concepción de los derechos fundamentales determina, de este modo, la propia significación del poder público, al existir una íntima relación entre el papel asignado a tales derechos y el modo de organizar y ejercer las funciones estatales. Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana en su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho) o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad corolario de la componente social y colectiva de la vida humana (Estudio Social de Derecho, Luño, s. f.).

Es aquí donde prevalece la obligación de los poderes públicos en garantizar la estricta aplicación de las normatividades en concordancia con el compromiso internacional, al legitimar la presencia de normas internacionales que robustecen el sentido de la dignidad humana, con el anhelo de que prevalezca el derecho del ser humano. Por ello, corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las fórmulas constitucionales del Estado de derecho, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática; en otros términos, su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al derecho (Luño, s. f.).

La institución de la jurisdicción constitucional se articula, aunque de diversas maneras, principalmente en dos direcciones; la normativa

y la institucional. En la primera, el control de la institucionalidad se entiende como un control de compatibilidad entre normas y preponderantemente, de la adecuación de todas las normas a la constitución. Desde esta óptica los órganos jurisdiccionales que tiene a su cargo el control de constitucionalidad se convierten en “juzgadores de la ley” y representan un complemento desde el punto de vista organizacional al Estado de derecho, al asegurar la efectividad de la Constitución y, garantizar los derechos de los ciudadanos (Melgarejo, 2016).

Por su parte el control de convencionalidad implica confrontar los actos y las situaciones generados en el ámbito nacional, con los tratados internacionales de los que un Estado es parte. En este sentido, este tipo de control tiene que ver con el análisis de los actos, en relación con las normas, principios y valores contenidos y derivados de los tratados internacionales. Así a través del control de constitucionalidad se procura conformar la actividad del poder público y, eventualmente, de los agentes sociales al de orden constitucional, a través del control de convencionalidad se presente conformar esa actividad al orden internacional al ejercicio de su soberanía (Melgarejo, 2016).

Ahora bien, la naturaleza de nuestro sistema de control constitucional (concentrado o difuso) ha sido bastante discutida por las particularidades del orden jurídico mexicano y los mecanismos de protección constitucional que contempla. Se señala que solo los órganos jurisdiccionales federales, actuando en los procedimientos especiales para ello, podían estudiar si un determinado acto de autoridad se ajustaba a la Constitución y esta competencia estaba vedada a los tribunales locales e incluso a los federales cuando actuaban en procedimientos ordinarios.

Sin embargo, este paradigma de concentración orgánica y procesal de control de constitucionalidad mexicano se rompió por sucesos acaecidos entre el año 2009 y 2011; 1) Las cuatro sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que se condena a todos los jueces mexicanos a ejercer control de convencionalidad de manera oficio y dentro de sus respectivas competencias. 2) La reforma constitucional del 10 de junio del año 2011 en materia de derechos humanos, especialmente por el nuevo contenido normativo del artículo 1º Constitucional. 3) El cumplimiento por parte de Suprema Corte de Justicia de la sentencia de la Corte Interamericana relativa al *caso Radilla Pacheco*, al resolver el expediente varios 912/2010, modificando su interpretación tradicional de la segunda parte del artículo 133 constitucional. 4) Dejar sin efectos la tesis jurisprudencial tradicional que impedía el control difuso de constitucionalidad a los jueces y tribunales locales.

Por ello, la progresividad como característica esencial de los derechos humanos, hace que se evolucione en la aplicación del derecho y en este sentido, las diversas reformas en el sistema de justicia penal, han adoptado las posturas que al respecto se han generado en materia de derechos humanos, como se pretende hacer notar en el presente trabajo, en el cual si bien se reconocen cambios de gran importancia, también lo cierto es que los principios generales de derecho, las fuentes de derecho, la valoración de la prueba de manera libre y lógica, las máximas de la experiencia, inciden en los conceptos de presunción de inocencia, los temas de género, e interés superior del niño.

INVESTIGAR PARA SANCIONAR

La investigación ha evidenciado diversas deficiencias que gravan a la doctrina penal, entre las cuales destaca la mezcla de facticidad y normatividad en la teoría del delito y en la teoría de la pena. En la primera, cuyo objeto de conocimiento es, precisamente el delito, se incluye el estudio del tipo penal que es parte integrante de la norma penal y, por tanto, es objeto de conocimiento de la teoría de la norma penal. El delito es un hecho particular cometido por una concreta persona, por lo cual pertenece aun mundo fáctico; el tipo penal, en cambio, es una mera descripción general y abstracta elaborada por el legislador y por ello pertenece al mundo normativo. Son dos mundos diferentes (Mariscal, 2017).

Es ahí donde debe iniciar un análisis que determine hasta donde la norma encaja en el hecho o el hecho encaja en la norma; pues desde la perspectiva de lo que señala la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 14 señala: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

Entendiendo que la exacta aplicación de la ley deviene de una norma, ¿cómo entonces, interpretar los principios que emanan con un sistema de justicia que atiende a derechos humanos”. ¿Es exacta la aplicación de la ley?, ¿se interpreta?, ¿se suple?, ¿se asume? Y el análisis que resultaría al caso concreto debía razonarse tal como lo es al caso concreto.

Pero en el mundo de derecho penal mexicano, encontramos principios cobijados por los tratados internacionales que México ha suscrito y es parte, principios que la Constitución hace alusión y que el mismo Código Nacional de Procedimientos Penales reitera. En el artículo 17 se señala que “toda persona tiene derecho a que se le administre

justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial”.

Y en un Estado de derecho, democrático el conflicto surge de tales posiciones que siempre será atendido por tribunales independientes e imparciales, capaces de generar criterios científico – jurídicos que en teoría resolverán de mejor manera en conflicto (García, 2013). Pero resolver no es un término fácil, pues finalmente los jueces respaldan sus resoluciones de juicios de valor para dotar de significado a conceptos como proporcionalidad y razonabilidad, por ello, hablar del tema de la presunción de inocencia, obedece a una obligación normativa, pues la ley lo establece de manera clara en todos los niveles legales.

Ya que la reforma constitucional en materia de derechos humanos, que diera origen en el año 2011, transita a un cambio de paradigma en cuanto a los derechos humanos, en donde coloca como eje central al titular de esos derechos, con fin único de respetarlo, promoverlos, garantizarlos y en caso de violentarlos existe la obligación de repararlos por parte del Estado, pero luego entonces a la llegada del sistema de justicia penal para el país de México, según el documento expedido por el Senado de la República mexicana, estima que la reforma en materia de “seguridad y justicia” atiende a varios factores que generaban reiteradas violaciones a los derechos de los usuarios de la justicia, además de los múltiples hechos de corrupción, las cárceles olvidadas y los eternos procesos penales, y luego se pensó en ese cambio donde no imperaba la reina de las pruebas, como la confesional, como en este nuevo contexto la carga probatoria se revierte al que investiga olvidándose de concepto “demostrar la inocencia”, en consecuencia, el órgano investigador se obliga a rendir cuentas al Estado por medio de investigaciones, imparciales, objetivas, eficientes, que exploten todas las líneas de investigación para llegar a un último fin: “la verdad de los hechos, proteger al inocente, que el culpable no quede impune y que los daños ocasionados por el delito se reparen”.

Para comprender lo que se aborda en esta temática es como se equilibra la justicia en un Estado de derecho basado en normas y principios, donde tanto, será importante obtener la verdad, como presumir la inocencia, que no se genere la impunidad y que exista una verdadera reparación del daño. Se señala que en lo particular se puede general un choque de derechos, un choque de principios y se tendrá que realizar un juicio de ponderación ante una eventual circunstancia de esta naturaleza.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. SUS DIFERENCIAS CON LA PRUEBA DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHOS FUNDAMENTALES

En aquellos casos en los que sea posible de empelar medios distintos para imponer un límite o éste admita distintas intensidades en el grado de su aplicación, es donde debe acudir al principio de proporcionalidad porque es la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco. A través de este principio se asegura que la intención de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo de manera que el límite cumpla su función, sin que ese límite constituya un remedio de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo (Gil, 2008).

En cuanto a este punto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el registro digital 2007342 señala en una tesis aislada Constitucional, Penal. El término “proporcionalidad” es ambiguo, ya que puede predicarse de la prueba de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales, o de las penas, en términos del artículo 22 constitucional. Así, en el primer caso, lo que se analiza es una relación entre principios, entendidos como mandatos de optimización que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida posible (de acuerdo con las posibilidades fácticas y normativas existentes).

Los conflictos entre principios (o entre derechos así concebidos) deben resolverse aplicando una prueba de proporcionalidad, que viene a ser una especie de meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico. Ese principio consta, a su vez, de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. Significa que una medida, esto es, una ley o una sentencia, etcétera, que limita un derecho o un bien constitucional de considerable importancia para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad y necesaria, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un costo menor.

El tercer subprincipio, por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas. En cambio, en el caso de la proporcionalidad de penas, regularmente se analiza una regla (el tipo penal de que se trate) frente a un principio constitucional (el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 22 constitucional), con la finalidad de determinar si aquella -la regla- satisface o no la exigencia del principio constitucional; concretamente, si la pena es acorde o no en

relación con el bien jurídico afectado. En estos casos, es posible adoptar cualquier metodología encaminada a la justificación exigida por el artículo 22, dejando fuera, naturalmente, un análisis de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales, dado que en este tipo de casos no se está ante la colisión de dos principios.

Señala el mencionado autor Sánchez Gil, que ante la colisión de estos principios no es fácil resolver, pues se necesita un análisis profundo y sutil sobre las formas que se desarrolla cada caso concreto, los bienes jurídicos que tutelan las normas fundamentales que confluyen en él. Sin embargo, la solución de tal conflicto no debe abandonarse a la intuición o peor aun a la buena voluntad de los operadores jurídicos, sino que requiere pautas metodológicas que contribuyan a moderar en una manera justa de “igualdad proporcional” la relación de intereses del conflicto y las normas jurídicas que los apoyan.

LA RACIONALIDAD, VALORACIÓN LIBRE Y LÓGICA

El paralelismo entre la lógica y la jurisprudencia permite situar en el centro la función crítica de la razón. Un buen argumento, un argumento bien fundado, es aquel que resiste la crítica y a favor del cual puede presentarse un caso que satisfaga los criterios requeridos para merecer un veredicto favorable.

Justificar una decisión en un caso difícil significa algo más que efectuar una operación deductiva consistente en extraer una conclusión a partir de premisas normativas y fáctica y por otro lado con la opinión de que los jueces o los jurados no justifican ni podrían justificar propiamente sus decisiones, sino que las toman de forma irracional y posteriormente lo someten a un proceso de racionalización (Atienza, 2005).

Es meridiano que la ponderación ni garantiza una perfecta objetividad. Ello se debe, sobre todo, al hecho de que la perfecta objetividad es un ideal que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo y mucho mejor en un ámbito tan controversial como el de los principios, tan estrechamente vinculados con las ideologías. Un sistema jurídico ideal solo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinasen por el completo el contenido de los principios. En un sistema semejante, la Constitución y las demás fuentes jurídicas establecerían explícitamente normas individuales que prescribirán con exactitud que está permitido, prohibido u ordenado para cada supuesto de hecho concebible y, como consecuencia, atribuirían a cada decisión judicial una justificación objetiva (Pulido, 2008).

Es de trascendencia hacer un análisis de cada premisa en el asunto particular, si nos remitimos a que en cada caso los actores del proceso, tienen una teoría fáctica de acuerdo con sus pretensiones legales, ello no

representa que, por la sola argumentación normativa, la inferencia de reglas o principios, empleados estos como premisa mayor y como premisa menor los hechos, y llegando entonces a su resolución mediante puros razonamientos. Lo que agrava desde luego a la situación jurídica de las partes en el proceso, al advertir que, en el desarrollo de la investigación procesal, se atiende a impulsos jurisdiccionales, prejuicios políticos, económicos o morales.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE. ALCANCES DE ESTE PRINCIPIO

En 1989 se aprueba la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, documento que reconoce y protege los derechos de los niños, se torna importante la existencia de un instrumento de protección de los derechos de los niños y adolescentes en donde se busca sea efectiva esa protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos.

En la actualidad es obligación de los Estado el promover y garantizar su protección igualitaria con relación a los derechos humanos de todas las personas incluyendo a los niños y adolescentes, por ende, el principio de igualdad reconoce en este caso la existencia de derechos específico y protecciones jurídicas a grupos específicos como los son los niños y adolescentes.

Ahora bien, surge el derecho de la infancia - adolescencia en América Latina pretende la exigibilidad y protección efectiva de aquellos derechos contenidos en la Convención. Y ante esta situación los Estados parte de una Convención se encuentran obligados a garantizar la protección mas amplia hacia el menor y, ya en el curso del proceso, y ante ese choque de principios, encontramos que el interés superior es un indicador especial a considerar por los tribunales, y en ese sentido los alcances de este principio los localizamos en los criterios emitidos por la suprema Corte de Justicia de la Nación en una jurisprudencia de carácter civil (162563).

El sistema jurídico mexicano establece diversas prerrogativas de orden personal y social en favor de los menores, lo que se refleja tanto a nivel constitucional como en los tratados internacionales y en las leyes federales y locales, de donde deriva que el interés superior del menor implica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones vinculadas a esa etapa de la vida humana, se realicen de modo que, en primer término, se busque el beneficio directo del niño a quien van dirigidos.

Y bajo este criterio y lo que en la realidad pudiera acontecer y acontece, es que la colisión de principios representa una responsabilidad del Estado en una protección realmente mas amplia al derecho humano de cada

uno de los actores en un proceso penal, de lo que podemos advertir que la crisis de violencia e impunidad, está orillando a juzgadores locales y federales, a emitir resoluciones previas y sancionadoras que analizan solo el contenido de principios, mas no el contenido factico de cada hecho, el material probatorio y circunstancias.

¿LA PERSPECTIVA DE GÉNERO, SUPERA EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA?

La Suprema Corte de Justicia de la Nación dentro del registro digital 024878 de la undécima época el 22 de junio del presente año, los Tribunales Colegiados de Circuito emiten una tesis en materia penal. En dicho criterio los hechos planteados consisten en que el quejoso promovió juicio de amparo directo contra una sentencia definitiva dictada en el sistema penal acusatorio que lo condenó a una pena privativa de libertad por el delito imputado (feminicidio, previsto en el artículo 242 Bis del Código Penal del Estado de México), en donde para acreditar este y su responsabilidad penal se realizó un ejercicio inferencial lógico extraído de la información obtenida de las diversas pruebas que fueron desahogadas en juicio, en las que no existió un señalamiento directo en su contra respecto a las circunstancias de ejecución de hechos.

El análisis jurídico planteado determina que, para sostener una sentencia de condena en el sistema penal acusatorio, es correcto que la autoridad responsable realice un ejercicio argumentativo inferencial sobre la valoración de las pruebas desahogadas en juicio y, con mayor razón, tratándose de asuntos en los que es necesario juzgar con perspectiva de género, pero el resultado de ese ejercicio debe satisfacer el umbral probatorio de culpabilidad más allá de toda duda razonable.

Además, ante la ausencia de prueba directa, los juzgadores tienen la obligación de examinar escrupulosamente si el conjunto de indicios, debidamente relacionados, pudieran llevar a la conclusión de la responsabilidad del agente agresor, lo cual implica per se un análisis sensible, exhaustivo y con un amplio criterio por parte del juzgador con la finalidad de no generar impunidad en este tipo de delitos que requieren un análisis valorativo con perspectiva de género pero, a su vez, respetando el principio de presunción de inocencia en su vertiente de regla probatoria, para no llegar al ámbito de la arbitrariedad.

Por tanto, si de la totalidad de los medios de prueba se obtiene información relevante, es decir, que de ellos emanaron una serie de inferencias lógicas extraídas del hecho acreditado, porque fueron obtenidos de manera legal indicios unívocos, concurrentes,

convergentes e interrelacionados entre sí; entonces, permiten un razonamiento razonable, certero y fiable, más allá de toda duda sobre la intervención del sujeto activo en la comisión del hecho delictuoso.

Entre las justificaciones se señala que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dispuesto que en los casos en que no exista prueba directa, es legítimo el uso de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones para fundar una sentencia, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos.

CONCLUSIONES

En el análisis de los derechos fundamentales, desde un enfoque objetivo, implica que los juzgadores al emitir sus resoluciones atiendan el fondo del asunto, pues para los actores del proceso penal los tratados internacionales representan una esperanza, en el sentido de que se adopten razonamientos al caso con concreto y particular y no solo se emitan sentencias, o resoluciones respaldadas en principios generales, sino que debe valorarse la proporcionalidad y ponderación, como herramientas indispensable en el caso concreto, sin que los prejuicios rebasen las máximas de la experiencia.

Que se dé una condición de igualdad, de acceso a la justicia, en un estricto apego al respeto de los derechos humanos de las personas, que el juicio no se rebase por pensamientos subjetivos y que las autoridades en el ejercicio de sus atribuciones de decir el derecho comprometan a las normas a la condición especial de cada persona, que el efecto de acudir a un Tribunal, en primera, o segunda instancia o ante el Órgano de Control Constitucional, sea para dilucidar un hecho, no una persona, una presión social, una indicación colectiva, como en la actualidad realmente se suscitan sentencias o resoluciones que no trastocan la condición real de las personas y menos aún el hecho, en el que la legalidad, y sobre todo los derechos humanos como la presunción de inocencia, el principio interés superior o el género, se desequilibran por inclinarse a un principio en particular, que impida que la visión sea clara, porque en la actualidad, el contenido de las resoluciones de los jueces locales o federales, se respaldan en cuestiones generales protegidas en los principios, y dejan de citar elementos trascendentes que afectan la esfera jurídica de los involucrados, en este sentido se quiere dejar claro que las resoluciones que se emiten en principios generales que no dilucidan el fondo del asunto garantizando una visión integral de los derechos humanos, no puede considerarse que se está cumpliendo con la justicia.

LISTA DE REFERENCIAS

- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación, México, 28 de mayo de 2021. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Declaración Universal de los derechos humanos. Resolución 217 a (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. 10 de diciembre de 1948. https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- García, A. D. (2013). *Presunción de inocencia*. Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Gil, R. S. (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito.
- Luño, A. E. (s. f.). *Los derechos fundamentales*. Tecnos.
- Malgarejo, F. S. (2016). *Derecho procesal constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Mariscal, O. I. (2007). Modelo lógico del derecho penal. En O. I. García Ramírez (Ed.), *Panorama sobre justicia internacional sobre justicia penal, política criminal, derecho penal y criminología* (pp. 385-398). Universidad Autónoma de México.
- Pulido, C. B. (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito.
- Senado de la República. (s. f.). *Tratados internacionales aprobados*. https://www.senado.gob.mx/64/tratados_internacionales_aprobados/zona/organismos_internacionales.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2022). *Tesis 2024878*. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024878>

EFICACIA DE LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA EN LOS ACUERDOS DE TRANSACCIÓN INTERNACIONAL: COSTA RICA Y COLOMBIA

*Mabelle Lorena Palacio Castiblanco**
Universidad Cooperativa de Colombia
Colombia
mabelle.palacio@campusucc.edu.com
ORCID: 0000-0003-1458-234x

*Fiorella Rodríguez Solórzano***
Universidad Latina de Costa Rica
Costa Rica
fiorella.rodriguez3@ulatina.net
ORCID: 0000-0002-3578-4904

RESUMEN

La mediación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual un tercero neutral permite que las partes involucradas en un conflicto puedan resolverlo basándose en sus intereses; por ello, en la presente investigación, se busca evaluar la efectividad de los acuerdos transaccionales derivados de la mediación; así como la incidencia y el alcance en el ámbito internacional producto de la Convención de Singapur; toda vez que, durante años el procedimiento ha sido modificado en varias ocasiones con el fin de que la mediación sea más efectiva, en especial en el área comercial internacional.

Para efectos de esta investigación en los acuerdos de transacción internacional, se agrega una nueva sección de la Ley Modelo CNUDMI, permitiendo que la mediación sea utilizada en los acuerdos de transacción internacional, y como ha sido mencionado en la convención de Singapur, la mediación internacional debe ser efectiva, sin embargo, la normatividad internacional no ha previsto de forma taxativa que la mediación en los acuerdos de transacción pueda llevarse a cabo de forma remota a través de las tecnologías de la información y la comunicación.

Así mismo, varios países, en especial de América Latina, no han logrado ratificar esta ley modelo, puesto que, suscita vacíos legales para las partes ubicadas en estados diferentes que decidan acudir a la mediación con el fin de celebrar un acuerdo transaccional, que, por consecuencia, resulte ineficaz al no reconocerse la Convención de Singapur; lo cual afecta el uso de la mediación como método de resolución de conflictos.

Palabras clave: mediación, acuerdos de transacción, convención, eficacia.

ABSTRACT

Mediation is a conflict resolution mechanism through which a neutral third party allows the parties involved in a conflict to resolve it on the basis of their interests; therefore, in this investigation, seeks to assess the effectiveness of mediated settlement agreements, as well as the international impact and scope of the Singapore Convention; for years the procedure has been modified several times in order to make mediation more effective, especially in the international commercial area.

For the purposes of this investigation into international settlement agreements, a new section of the UNCITRAL Model Law is added, which allows mediation to be used in international settlement agreements, and as mentioned in the Singapore Convention, international mediation must be effective, However, international regulations have not strictly provided that mediation in international transaction agreements can be carried out remotely through information and communication technologies.

In addition, several countries, especially in Latin America, have not succeeded in ratifying this model law, since it creates legal gaps for parties located in different states who decide to go to mediation in order to conclude a compromise agreement, which is therefore ineffective in the absence of recognition of the Singapore Convention, which affects the use of mediation as a method of conflict resolution.

Keywords: mediation, compromise agreements, convention, effectiveness.

Sumario: I. Introducción. II. Metodología. III. Conclusiones. IV. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, los mecanismos alternativos de solución de controversias han tenido una indudable relevancia a nivel nacional e internacional en la resolución de distintas disputas comerciales; principalmente con posterioridad a la creación y entrada en vigor de la Convención de Singapur, lo han sido los acuerdos de transacción internacional que de forma concreta se materializaron a través de la mediación; incorporada en la Ley Modelo CNUDMI surge la Convención de Singapur ante la necesidad de desarrollar las relaciones comerciales en el ámbito internacional ante la pluralidad de sistemas jurídicos distintos, por lo que su objetivo se basó en la unificación de las normas de forma armónica con la finalidad de que se llevara a cabo la ejecución de acuerdos resultantes de la mediación

que permitan abarcar la mayor cantidad de Estados para que así el proceso llevado a cabo sea eficaz, célere y disminuya los gastos de las partes involucradas en la controversia.

No obstante, la Convención no determinó la inclusión de un procedimiento llevado a cabo en un entorno digital ni en los requisitos para hacer valer un acuerdo de transacción, ni en el procedimiento que se llevará a cabo para hacerlo efectivo, así como tampoco se ha contemplado en la normatividad internacional; por lo anterior, ante el avance de las tecnologías de la información y comunicación, por medio de esta investigación se pretende determinar si la mediación electrónica es eficaz ante el reconocimiento y ejecución de los acuerdos de transacción resultantes de la misma y si a su vez genera a las partes mayor previsibilidad y certeza jurídica haciendo uso de los diferentes medios electrónicos o digitales a su disposición. Por consiguiente, el problema jurídico abordado en la presente investigación versa sobre, ¿Cuál es la eficacia de la mediación electrónica en los acuerdos de transacción internacional de forma concreta en Costa Rica y Colombia?

Por lo anterior, dentro de la investigación se analizará la eficacia de la mediación electrónica en la ejecución de los acuerdos de transacción a nivel internacional y de forma concreta en la legislación de Costa Rica y Colombia a través de la conceptualización de los términos de mediación electrónica y acuerdos de transacción internacional, se determinará si la Convención de Singapur es implementada en los estados mencionados con anterioridad para la redacción de acuerdos conciliatorios examinando la legislación de Colombia y Costa Rica, su regulación con relación a la mediación electrónica y su ratificación con la Convención de Singapur.

METODOLOGÍA

La metodología abordada en esta investigación es teórica con un enfoque cualitativo mediante el cual se llevará a cabo un método de análisis y síntesis que permita recolectar, analizar e interpretar la información concerniente a la ejecución de los acuerdos de transacción internacional llevados a cabo a través de la mediación electrónica con el fin de determinar si es eficaz y vinculante en Costa Rica y Colombia. El método de análisis y síntesis es desarrollado a través de un estudio con enfoque crítico permitiendo la separación de los elementos fundamentales sobre la eficacia de los acuerdos de transacción internacional derivados de la mediación, haciendo uso de las diferentes fuentes de carácter doctrinal, legislativo y jurisprudencial con el fin de que la composición de sus elementos permita dar respuesta al problema de investigación planteado. Finalmente, a lo largo de la misma se podrá constatar como las conclusiones van de lo general a lo particular.

La mediación electrónica

La mediación es un mecanismo voluntario orientado a la resolución alterna de conflictos, a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución amistosa de sus diferencias, con la asistencia de un tercero neutral y calificado, denominado mediador. Generalmente en las mediaciones las personas se reúnen en una sala neutral, y discuten las diferentes formas de solución al problema, hasta que se llega a un acuerdo, el cual todos deben firmar, haciendo que este acuerdo produzca cosa juzgada material.

Por otro lado, como su término lo indica, la mediación electrónica es un mecanismo de resolución alterna de conflictos por medio del cual dos o más personas buscan una solución a sus problemas con la ayuda de un tercero neutral conocido como mediador. Salvo la diferencia, de que las partes se verán reunidas por algún medio electrónico o digital, esto facilitará que las partes en diferentes lugares puedan reunirse y solucionar sus conflictos, sin tener que invertir tiempo y dinero en traslados hacia el lugar en el que se llevaría a cabo la mediación.

Bibiana Beatriz Luz Clara en su artículo define,

La mediación electrónica, por su parte, conlleva los mismos rasgos que la mediación en general, pero se lleva a cabo mediante herramientas electrónicas en línea. En una sala virtual que provee el centro de resolución de conflictos, las partes se comunican con la ayuda del mediador. Algunas de las plataformas que prestan servicios de mediación en línea son The Mediation Room, Square Trade y Web Mediate. (Clara, 2017)

La mediación en línea se remonta a los años 70, en EE. UU., tiene su origen en los procedimientos de resolución de conflictos llamados ADR, que posteriormente con el uso de la tecnología informática pasaron a denominarse ODR (Online Dispute Resolution) (Elisavetsky, 2016). Por consiguiente, se crean dos tipos de mediación electrónica que son conocidas como sincrónicas y asincrónicas; las sincrónicas se llevan a cabo en un tiempo y espacio utilizando un medio electrónico o digital, este tipo de mediación se caracteriza por tener a las partes reunidas al mismo tiempo aunque estén en diferentes lugares y por otro lado la mediación asincrónica ocurre cuando no se coincide en tiempo y espacio, mediante la cual se utilizan métodos como correo electrónico o mensajes en donde la contraparte debe responder en un plazo prudencial.

La mediación electrónica se crea con el fin de que las partes puedan establecer un acuerdo sin que sea necesario coincidir en lugar y hora para llevarla a cabo. Cada vez que, por temas de desequilibrio de poder, tiempo, dinero, entre muchas otras razones, no se puede llevar a cabo una mediación tradicional y se recurre a los medios electrónicos

para dar solución a la disputa. La mediación virtual lleva todo un proceso en el cual se debe hacer una solicitud y las partes tienen que aceptar, para que la misma pueda desarrollarse a través de medios virtuales, después se procede a acordar una audiencia virtual, en donde las partes se van a reunir y van a solucionar el problema; esto en el caso de las mediaciones sincrónicas. Por otro lado, en las mediaciones asincrónicas no se llega a acordar una audiencia virtual, ya que todo el proceso se lleva a cabo mediante mensajes de datos.

Acuerdos de transacción

El acuerdo de transacción es un sistema autocompositivo que permite que dos o más personas involucradas en un conflicto dispongan de aquello que es más conveniente incluso cuando ya se haya iniciado un proceso judicial, por consiguiente, el acuerdo o contrato busca evitar un eventual litigio o en su defecto finalizar al ya iniciado siempre y cuando opere la autonomía de la voluntad en ambas partes, puesto que su intención es “sustituir una relación jurídica controvertida, por otra cierta y no controvertida, extinguiendo los derechos y acciones de las que trae causa y originando nuevos vínculos y obligaciones” (San Cristóbal, 2011, p. 280), para efectos de esta investigación los acuerdos de transacción nacerán a la vida jurídica a través de la mediación y asimismo solo es posible que se vean afectadas las partes que de forma expresa transigieron sus obligaciones, por lo que su alcance se encuentra sujeto a lo expresado de forma determinada dentro del arreglo que se haya llevado a cabo.

Dicho acuerdo se caracteriza por ser bilateral, oneroso, consensual y obligatorio; por lo tanto, es necesario que a su vez se cumplan los requisitos para que sea válido, siendo estos: capacidad, objeto lícito y causa lícita sobre lo cual se pretende transigir. Finalmente, el acuerdo podrá llevarse a cabo en diferentes etapas de la controversia, como lo describe San Cristóbal (2011):

- *Preprocesal*: Cuando su finalidad es evitar un eventual litigio.
- *Procesal*: Cuando el acuerdo es homologado por el juez que tenga conocimiento del proceso, poniendo fin a éste.
- *Extraprocesal*: Cuando no se homologue dentro del proceso judicial, pero su finalización repercute a causa del uso de otros mecanismos, como lo es la mediación.

Por lo anterior, con el fin de dar cumplimiento al acuerdo realizado por medio de una mediación, se crea la Convención de Singapur la cual establece que el acuerdo será válido cuando el mismo conste por escrito, por lo que indudablemente es necesario que las partes dejen constancia del contenido en la forma que consideren pertinente, haciendo también uso de mensajes de datos por lo que contempla la

posibilidad que se efectuó por medio de comunicaciones electrónicas que se puedan consultar con posterioridad.

La convención ha establecido en los requisitos de validez de los acuerdos de transacción resultado de la mediación, los siguientes:

- a. El acuerdo de transacción firmado por las partes;
- b. Pruebas de que se llegó al acuerdo de transacción como resultado de la mediación, por ejemplo:
 - i. La firma del mediador en el acuerdo de transacción;
 - ii. Un documento firmado por el mediador en el que se indique que se realizó la mediación;
 - iii. Un certificado expedido por la institución que administró la mediación; o
 - iv. A falta de las pruebas indicadas en los incisos i), ii) iii), cualquier otra prueba que la autoridad competente considere aceptable.

Además de ello, la Convención será aplicable cuando el acuerdo de transacción sea resultado de una controversia que se ha suscitado en Estados diferentes y que se haya elegido la mediación como solución de éste. Ahora bien, teniendo en cuenta que no es un recurso muy utilizado en el ámbito internacional, probablemente por la ausencia de un marco regulatorio integral que garantice la vinculatoriedad de los acuerdos a los Estados que se han sometido a firmarla, es evidente la ausencia de una regulación normativa rigurosa que permita que su ejecución sea efectiva y eficiente en cabeza de los Estados que decidieron firmar la Convención mencionada con anterioridad.

La mediación electrónica en los acuerdos de transacción internacional

Siendo la mediación electrónica un mecanismo que permite que ambas partes puedan llegar a un mutuo acuerdo con celeridad y menor repercusión en los gastos, permite que a su vez se preserven las relaciones comerciales que en algún momento llegaron a ser afectadas, permitiendo además que se reduzca de forma significativa la impartición de justicia por parte de los Estados involucrados haciendo que las partes inmersas en el conflicto se vean beneficiadas con el acuerdo realizado, aunque la mediación no tiene una gran participación internacional es necesario incentivar su uso, como se ha venido realizando con el arbitraje por medio de la Convención de New York, se busca que la Convención de Singapur incentive el uso de la mediación en el ámbito comercial a nivel internacional, por lo que es indispensable que los Estados que deciden ratificarla estén obligados a hacer cumplir los acuerdos de transacción resultantes de la mediación según sus propias normas nacionales, aún a través de un procedimiento judicial simplificado, según lo previsto en la Convención.

En última instancia, la Convención de Singapur tiene como objetivo facilitar el comercio internacional haciendo de la mediación un método eficiente y confiable para resolver controversias, junto con el arbitraje y el litigio. Por consiguiente, se analizará el marco normativo de Costa Rica y Colombia con el objetivo de evaluar si hay una regulación con relación a la mediación electrónica, su ratificación y cumplimiento con relación a la Convención de Singapur.

Convención de Singapur

La Convención de Singapur en el ámbito jurídico internacional es bastante reciente al punto de que no ha sido ratificada por muchos de los Estados firmantes, su entrada en vigor fue el 12 de septiembre de 2020 producto de la Ley Modelo sobre Conciliación Internacional, por lo anterior, en busca de la resolución de conflictos de forma alterna por parte de sujetos ubicados en países distintos y con el fin de evitar la judicialización; la CNUDMI decidió adoptar una Convención que permitiera abarcar todo lo relacionado a la mediación incluyendo a todos los Estados en aquella implementación, toda vez que, la mediación no ha sido un método muy utilizado para la controversias en la esfera internacional, por ello, ante la diversidad de distintos sistemas jurídicos en cada legislación, la Convención busca armonizar los ordenamientos jurídicos de los Estados partes de la Convención donde el objeto principal es la “unificación de las normas sobre ejecución internacional de acuerdos resultantes de la mediación” (Tasende, 2020, p. 73), que como resultado de la Convención se establezca “un régimen armonizado internacional que facilita la libre circulación –en los países que lo han ratificado– y la inmediata efectividad de los acuerdos comerciales transnacionales obtenidos con la asistencia de carácter no dirimente de un tercero” (Sánchez, 2020, p. 1408).

La ratificación de la Convención por parte de los Estados conlleva a su vez la responsabilidad y obligación de la armonización normativa de su legislación interna con relación a la materia, lo que permite que la Convención sea eficaz es el reconocimiento y ejecución de los acuerdos comerciales de transacción que se han celebrado por medio de la mediación electrónica. Ahora bien, para fines de esta investigación se determinará si la Convención de Singapur es eficaz en los ordenamientos jurídicos de Colombia y Costa Rica.

Regulación de la mediación en Costa Rica

En Costa Rica desde 1997 la mediación está regulada gracias a la ley 7727, Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, gracias a esta ley en Costa Rica se cuenta con una amplia regulación en el tema de la mediación ya que desde su artículo primero

la ley aclara que por medio de la mediación se busca la construcción permanente de la paz en el Estado, así como también el respeto de los derechos humanos, abriendo una amplia gama de solución de diferencias en donde las personas tienen derecho a recurrir al diálogo y la negociación para llegar a un acuerdo y solucionar los conflictos. Por otra parte, estos acuerdos tendrán ciertos requisitos contemplados en el artículo 12 de la ley, que contempla:

- a. Indicación de los nombres de las partes y sus calidades.
- b. Mención clara del objeto del conflicto y de sus alcances.
- c. Indicación del nombre de los mediadores, los conciliadores y, si se aplica, el nombre de la institución para la cual trabajan.
- d. Relación puntual de los acuerdos adoptados.
- e. Si hubiere proceso judicial o administrativo iniciado o pendiente, indicar, expresamente, la institución que lo conoce, el número de expediente y su estado actual y la mención de la voluntad de las partes de concluir, parcial o totalmente, ese proceso.
- f. El conciliador o mediador deberá hacer constar en el documento que ha informado a las partes de los derechos que se encuentran en juego y les ha advertido que el acuerdo puede no satisfacer todos sus intereses.

También deberá hacer constar que ha advertido a las partes sobre el derecho que las asiste de consultar, el contenido del acuerdo, con un abogado antes de firmarlo.

- a. Las firmas de todas las partes involucradas, así como la del mediador o conciliador.
- b. Indicación de la dirección exacta donde las partes recibirán notificaciones.
- c. Haber cancelado el monto correspondiente por costas y/o honorarios por los servicios prestados por la Defensa Pública, de conformidad con los artículos 153 y 154 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 7333, de 5 de mayo de 1993, y sus reformas.

En general la mediación es un medio de resolución altamente efectivo que por medio de la normatividad establecida brinda una idea básica de cómo se debe llevar a cabo el proceso de mediación.

En Costa Rica no hay una ley que contemple la mediación electrónica, ya que la misma fue creada desde 1997, pero para efectos prácticos se recurre a utilizar la ley de resolución alterna de conflictos, o los reglamentos internos de cada uno de los Centros de conciliación. En Costa Rica no se tiene una regulación propia para la mediación electrónica ya que, es un tipo de mediación que se empezó a utilizar hasta junio de 2020, cuando fue aprobada por la DINARAC. Por lo tanto, cada centro tiene su propia regulación, como la cámara de

comercio, la cual entre sus artículos menciona como se manejará la convocatoria a la mediación virtual:

Artículo 15.- Convocatoria

La convocatoria será enviada por colaboradores del CCA, mediante correo electrónico, con suficiente antelación, y en esta se detallará lo siguiente:

- a. La fecha y hora de la audiencia de conciliación.
- b. La fecha y hora de la sesión de prueba técnica (si hubiese sido solicitada).
- c. La aplicación o plataforma para utilizar.
- d. El enlace o dirección electrónica para unirse a la(s) videoconferencia(a).
- e. Los requerimientos tecnológicos que deben tener los participantes para el desarrollo óptimo de la audiencia en el entorno virtual, con las instrucciones correspondientes que se detallan en el siguiente artículo.
- f. Un número telefónico directo del CCA, por si requieren comunicar cualquier inconveniente que se les presente durante la audiencia de conciliación.

A pesar de que existe la “Convención de Singapur sobre la mediación” desde el 2018 en Costa Rica dicho tratado no se ha aprobado, lo que genera un vacío legal impidiendo que las personas puedan beneficiarse de dicho tratado “la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, aprobada en diciembre de 2018 y conocida también como la “Convención de Singapur sobre la Mediación” (en adelante, “la Convención”) se aplica a los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación (“acuerdo de transacción”). La Convención establece un marco jurídico armonizado para el derecho a invocar acuerdos de transacción, así como para su ejecución.

La Convención es un instrumento para facilitar el comercio internacional y promover la mediación como método alternativo y eficaz de solución de controversias comerciales. Como instrumento internacional vinculante, se espera que ofrezca certeza y estabilidad al marco internacional en materia de mediación, lo que contribuirá al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, principalmente al Objetivo 16. La Convención está abierta a la firma de los Estados y las organizaciones regionales de integración económica (a los que se hace referencia como las “partes”).” (Naciones Unidas, 2018)

Por lo tanto, en Costa Rica se tienen como referentes o modelos a tomar en cuenta, pero no son legislación interna, de esta forma, es usual que se utilicen tanto la ley modelo, como *Los Estándares Éticos y Principios del Consejo Internacional de Resolución de Disputas en Línea*.

Regulación de la mediación en Colombia

Actualmente en Colombia la mediación no ha tenido dentro de su ordenamiento jurídico un desarrollo concreto que permita conocer su definición y parámetros sobre los cuales se llevará a cabo el uso de este método alternativo de solución de controversias; sin embargo, la Cámara de Comercio ha dado un acercamiento al mismo, definiendo la mediación como un MASC a través del cual un tercero ajeno al problema interviene entre las personas que se encuentran inmersas en un conflicto para escucharlas, ver sus intereses y facilitar un camino en el cual se encuentren soluciones equitativas para los participantes en la controversia, que puede también ser suscitada en el ámbito comercial, dentro de las características principales de esta figura se da a conocer:

- Es un procedimiento no adversarial.
- Es pacífico.
- Es cooperativo de resolución de conflictos.
- Se logran un acuerdo rápido.
- No son necesarios altos costos en tiempo, dinero y esfuerzo.
- Es una instancia voluntaria a la que la parte puede o no asistir con su abogado, no es impuesta

Debido a la ausencia de una regulación normativa dentro del Estado colombiano con relación a la mediación, no se ha contemplado dentro de la misma su desarrollo a través de comunicaciones electrónicas, por lo que para que su aplicabilidad sea válida se hace necesario indagar en la doctrina y las diferentes fuentes de derecho nacional e incluso internacional, para conocer sus requisitos cuando sea necesario que se compruebe su constancia en un documento escrito. Por lo que, siendo el objetivo de esta investigación los acuerdos de transacción celebrados en el ámbito internacional que se concreten por medio de una mediación, de forma concreta se analiza el proceso que se debe llevar a cabo en el Estado colombiano para que el acuerdo de transacción derivado de una mediación electrónica sea acorde a lo contemplado en la Convención de Singapur, que permita preservar las relaciones comerciales celebradas en Estados distintos.

La ley modelo CNUDMI se crea a razón de la necesidad de los estados de modernizar los métodos de resolución de conflictos relacionados con el comercio internacional dando lugar a “La Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación” denominada Convención de Singapur, la cual ha sido firmada por 55 Estados, de los cuales solamente en 7 de ellos la han ratificado permitiendo que entre en vigencia, aunque Colombia hizo parte de los Estados que decidieron firmarla no ha sido ratificada, lo que significa que no sería ejecutable un acuerdo de transacción que se haya concretado a través de una mediación, lo que inequívocamente obstaculiza el objetivo de que las partes que han decidido acceder a un proceso de mediación

por voluntad y en el que su carácter sea internacional se vean afectadas al no tener la certeza jurídica de cómo se aplicarían los términos de la Convención en la normatividad colombiana.

Toda vez que, como se dio a conocer con anterioridad la mediación no es una figura que se encuentre regulada en términos legales como si lo es la conciliación y el arbitraje, convirtiéndolo en un mecanismo flexible y conveniente para las partes que les permita acomodar sus necesidades a la misma lo que conlleva a que el acuerdo carezca de validez; por lo que la solución a dicha problemática versa sobre la adherencia y ratificación de la Convención en el ordenamiento jurídico colombiano, permitiendo que su normatividad se acople a lo aceptado dentro de la misma, así, las partes tendrán la seguridad jurídica de que su acuerdo será válido y ejecutable en los términos contemplados en la Convención.

CONCLUSIONES

Con base en lo expuesto en los acápite anteriores, la mediación surge como un mecanismo alternativo de solución de conflictos novedoso, ya que durante los últimos años el arbitraje ha gozado de protagonismo tanto a nivel nacional como internacional con la creación y entrada en vigor de la Convención de Nueva York; lo que llevó a la CNUDMI a la creación de una Convención que permitiera el desarrollo en el ámbito comercial de las partes que se encuentran involucradas en una controversia y debido a que su ubicación se encuentra en Estados diferentes con el objetivo de evitar un eventual litigio deciden celebrar un acuerdo de transacción por medio de la mediación, la cual debe llevarse a cabo por medios electrónicos de comunicación que permita la celeridad, flexibilidad y seguridad jurídica a los involucrados dentro del conflicto que como resultado busca que dicho acuerdo pueda ser ejecutado.

Sin embargo, teniendo en cuenta el análisis realizado en los países de Colombia y Costa Rica, ambos presentan una carencia legislativa con relación a la mediación *online* y a la ratificación de la Convención de Singapur, en ninguno de los dos Estados el legislador introdujo concretamente el procedimiento que se debe llevar a cabo en la mediación a través de medios electrónicos, lo que tampoco permite que se configure lo establecido en la Convención con relación a los requisitos de validez para la ejecución en los acuerdos transaccionales. Por tanto, es evidente que debe haber un cambio en los ordenamientos jurídicos internos de cada uno de los Estados que incluyan las normas que se consideren necesarias para la regulación de la mediación desarrollada a través de plataformas digitales y su procedimiento, asimismo adaptar la normatividad a lo contemplado en la Convención, lo que permitiría el reconocimiento de acuerdos surgidos de una alternativa no confrontativa de solución de controversias comerciales, a través de la mediación.

Sin embargo, debemos recordar, que la Convención de Singapur es relativamente nueva, por lo tanto, es una convención que los estados aún están adoptando y configurando para involucrar en sus sistemas legislativos. Como ejemplo tenemos a Honduras el cual ya agregó en su base legislativa a la convención, la cual les da mayor eficacia y efectividad a sus acuerdos. Estas medidas que ha tomado Honduras nos enseñan que aún tenemos esperanza en que poco a poco la ratificación de este convenio se extienda por toda Latinoamérica incluyendo a Costa Rica y Colombia entre ellos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- García Salazar, L., & Reyes Sánchez, A. (2017). Resolución alternativa de conflictos: Mediación en línea como protección a los derechos del consumidor electrónico. *IUSTITIA*, (14), 117-131. <https://doi.org/https://doi.org/10.15332/iust.v0i14.1682>
- Sánchez López, B. (2020). La eficacia transfronteriza de los acuerdos de mediación y la Convención de Singapur: ¿grandes esperanzas? *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 12(2), 1406-1445. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5677>
- Martos Martínez, C.B., & Muñoz Guarasa, M. (2020). Importancia de las capacidades dinámicas en el proceso de internacionalización: el caso de los KIS. *Revista De Economía Mundial*, 65-86.
- Chéliz Inglés, M.D. (2021). La Convención de Singapur y los acuerdos de mediación comercial internacional. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. DOI 10.17103/reei.41.08
- Ibáñez, S.J. (2001). LA IRRUPCIÓN DE LAS NEGOCIACIONES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: TRANSACCIONES, CONVENIOS, ARBITRAJES.
- Tasende Iturvide, I. (2020). Reflexiones sobre la nueva convención de las Naciones Unidas sobre los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación (“Convención de Singapur”). *Revista De Derecho*, 19(37), 71-91. <https://doi.org/10.47274/DERUM/37.4>
- Díaz Reyna, J. M. (2020). Transacción y homologación. / Transaction and homologation. *Revista De Derecho Notarial Y Registral | Universidad Blas Pascal*, (6 (2019), 51-63. [https://doi.org/10.37767/2362-3845\(2019\)004](https://doi.org/10.37767/2362-3845(2019)004)
- Arocca, J.P. (2018). La extensión del acuerdo de arbitraje a terceros aparentes en el Arbitraje Comercial Internacional. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532018000200201>
- Esplugues Mota, C. (2020). La Convención de Singapur de 2018 sobre mediación y la creación de un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva: una apuesta novedosa, y un mal relato. 53-80. Reglamento del centro de conciliación. (2013, 9 de diciembre). Poder judicial de la República de Costa Rica. Circular n° 43-2014. http://camara-comercio.com/ws/wp-content/uploads/2020/09/REGLAMENTO_DE_CONCILIACION_CCA_2020.pdf

DESARROLLO PROCESAL DEL PREACUERDO FRENTE A LOS TIPOS PENALES DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES EN MENORES DE EDAD

Mariana Pérez Roa
Universidad Cooperativa de Colombia
Colombia
mariana.perezroa@campusucc.edu.com
ORCID: 0009-0007-5611-7397

Laura Nayibe Criollo Achinchoy
Universidad Cooperativa de Colombia
Colombia
laura.criolloa@campusucc.edu.co
ORCID: 0009-0004-4261-2811

RESUMEN

El sistema procesal penal acusatorio (Ley 906 de 2004) adoptado por Colombia, como sistema de justicia criminal, se ajusta a los estándares internacionales de administración de justicia criminal; este sistema permite la celebración de negociaciones y acuerdos entre la fiscalía y la defensa, tendientes a terminar anticipadamente el proceso penal en virtud de una aceptación total o parcial de cargos que comportan una rebaja en la pena a imponer.

Estos acuerdos entre fiscalía y defensa, legalmente regulados se han visto afectados a través de las reformas legales y el desarrollo jurisprudencial que ha limitado el ejercicio y aplicación del preacuerdo ya que en algunos casos, no comporta ningún beneficio para el procesado penalmente, tal como es el caso de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cuando el sujeto pasivo de la conducta es menor de edad; en este caso, así el sujeto activo acepte los cargos no comportará rebaja alguna por disposición expresa de la Ley 1098 de 2006.

Estas prohibiciones implican una vulneración a los fines del proceso penal; se hace necesario adelantar una investigación cualitativa descriptiva con un enfoque hermenéutico (Gadamer) para establecer si dichas limitantes de negociación deben mantenerse o si por el contrario en aplicación de la finalidad de humanización de la justicia, se requiere que dichos preacuerdos comporten beneficios punitivos por aceptación total o parcial de cargos y evitar de esta forma la destrucción material del mecanismo procesal de los preacuerdos

Palabras Clave: sistema procesal penal acusatorio; preacuerdo; reformas legales; humanización de la justicia.

ABSTRACT

The accusatory criminal procedure system (Law 906 of 2004) adopted by Colombia, as a criminal justice system, is in line with international

standards for the administration of criminal justice; this system allows for negotiations and agreements between the prosecution and the defense, tending to terminate the criminal process in advance by virtue of a total or partial acceptance of charges that entail a reduction in the penalty to be imposed.

These agreements between prosecution and defense, legally regulated, have been affected through legal reforms and jurisprudential development that has limited the exercise and application of the pre-agreement since in some cases, it does not entail any benefit for the criminal defendant, such as in the case of crimes against freedom, integrity and sexual formation when the passive subject of the conduct is a minor; in this case, even if the active subject accepts the charges, it will not entail any reduction by express provision of Law 1098 of 2006.

These prohibitions imply a violation of the purposes of the criminal process; it is necessary to carry out a descriptive qualitative research with a hermeneutic approach (Gadamer) to establish whether such negotiation limitations should be maintained or whether, on the contrary, in application of the purpose of humanization of justice, it is required that such pre-agreements entail punitive benefits for total or partial acceptance of charges and thus avoid the material destruction of the procedural mechanism of pre-agreements.

Keywords: accusatory criminal procedure system; pre-agreement; legal reforms; humanization of justice.

Sumario: I. Antecedentes del pre acuerdo en el sistema acusatorio colombiano. II. Procedencia y viabilidad del preacuerdo en la ley 906 de 2004. III. Precedente juris prudencial en materia penal. IV. El preacuerdo frente a los tipos penales contra la libertad, integridad y formación sexuales de menores de edad. V. Algunas conclusiones. VI. Fuentes de información.

ANTECEDENTES DEL PREACUERDO EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO

Colombia en el año 1991 se consolidó como un Estado social y democrático de derecho, lo que hace que la estructura de su constitución este enmarcada por una mayor estructuración de protección de los derechos y garantías de sus habitantes, lo que obligó al Estado colombiano, a través del órgano legislativo a realizar un proceso de actualización de su ordenamiento jurídico, en especial al relativo al sistema de justicia criminal, como quiera que tanto el código de penal como el código de procedimiento penal, eran anteriores a la Constitución Política de Colombia vigente.

Siendo una Constitución Política que contempló un Estado social de derecho, una de sus mayores exigencias fue en materia de justicia penal, máxime cuando el artículo 29 constitucional es una clara manifestación de acogimiento a los estándares internacionales de justicia criminal, como quiera que la normatividad en comento, cimienta las garantías penales y procesales penales que se deben respetar como evidencia de un Estado social de derecho donde el ciudadano está por encima de las leyes y estas al servicio del pueblo.

En este orden de ideas, el derecho penal se eleva a rango constitucional tal y como lo señalan Jaime Bernal C. y Eduardo Montealegre L. (2013) cuando señalan que,

En 1991, al igual que en el 2002, el constituyente consideró pertinente elevar a rango constitucional una serie de disposiciones que inciden claramente en la política criminal del Estado. El proceso penal, además del sistema de garantías (derechos constitucionales fundamentales), tiene una estructura básica elevada a rango constitucional (P. 189),

y de esta manera dar cumplimiento a los tratados internacionales que tienen incidencia en materia de justicia penal, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), celebrado del 7 al 22 de noviembre de 1969, y adoptada por el Estado colombiano mediante Ley 16 (1972) a través de la cual se adoptó la referida convención.

De esta forma, mediante Acto Legislativo 03 (2002) se dispuso la implementación de un sistema procesal penal de corte acusatorio, el cual se desarrolló a través de la Ley 906 (2004), la cual introdujo al ordenamiento jurídico del Estado colombiano, el Sistema Procesal Penal Acusatorio el cual implementó un sistema dispositivo con estructura acusatoria adversarial que permitió la aplicación de figuras procesales novedosas para el Estado colombiano, tales como el allanamiento a cargos, el principio de oportunidad, la preclusión de la acción penal, los preacuerdos y negociaciones a través de los cuales se acepta la responsabilidad penal a cambio de unos beneficios punitivos que la fiscalía ofrece como representante del Estado y que de ser aceptados por el penalmente procesado, serán validados por parte de un juez penal con función de conocimiento de encontrarlos ajustados a derecho.

Estos mecanismos procesales, propios del sistema acusatorio, que en aplicación de los principios de justicia consensuada, economía procesal, justicia premial, permite que el órgano persecutor del Estado pueda realizar este tipo de ofrecimientos en búsqueda de una pronta y efectiva justicia en favor de las víctimas y del Estado, así como el mejoramiento de las condiciones punitivas para el ciudadano que dispuso el quebrantamiento del sistema social de regulación de comportamiento social y penalmente reprochable.

De esta forma, los preacuerdos de responsabilidad penal, buscan en su filosofía terminar de manera anticipada y efectiva los procesos penales, para que de esta forma la eficacia y eficiencia en el sistema de enjuiciamiento tenga mejores resultados, lo cual generará el cumplimiento de uno de los fines del contrato social.

No obstante, la eficacia y eficiencia en la terminación anticipada del proceso, no se podrá lograr si a cambio, la persona que está siendo juzgada no recibe ninguna clase de beneficio o estímulo que la lleve a aceptar la posibilidad de aceptar los cargos para generar una economía procesal en la administración de justicia, motivo por el cual a través de la aplicación del principio de justicia consensuada, se dispone la posibilidad que en el marco de una negociación jurídica en virtud de la cual, una persona acepta la comisión de un determinado delito del cual es acusado por parte de la Fiscalía General de la Nación, podrá aceptar la responsabilidad penal en la comisión del mismo, lo que significa al renuncia a varios de los derechos y garantías procesales establecidos mediante Ley 906 (2004) como lo es el derecho a ser enjuiciado de manera pública, oral, concentrada, sin dilaciones injustificadas, con pruebas legalmente recaudadas y demostrando más allá de toda duda, lo que implica la necesidad de desvirtuar el principio de presunción de inocencia.

Así como se genera una economía procesal, entonces se ocasiona un bienestar para el procesado penalmente, que en últimas se traduce en una reducción en la pena imponible por la aceptación de cargos lo que se traduce en una denominada justicia consensual, ello a través de una negociación jurídica entre fiscalía y defensa, lo que implica una verdadera y activa participación en la resolución de la situación jurídica del procesado.

PROCEDENCIA Y VIABILIDAD DEL PREACUERDO EN LA LEY 906 DE 2004

El preacuerdo se desarrolló a través del artículo 348, que establece las reglas generales y fines del preacuerdo en el sistema procesal penal, de la siguiente manera:

Artículo 348. Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.

El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento. (Congreso de la República, Ley 906 (2004), Artículo 349).

De esta forma, en su forma primigenia, el derecho a realizar un preacuerdo de responsabilidad penal, no tenía más limitaciones que las establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, con ocasión de aquellos delitos donde existió incremento patrimonial, donde para la procedencia de la celebración del preacuerdo, se requiere con requisito sine qua non de procedencia, la devolución del valor incrementado, por lo menos en cuantía de la mitad del incremento patrimonial obtenido con la comisión de la conducta punible; de esta forma se busca la recuperación de dichos activos cuyo origen es ilícito y se busca impactar en la criminalidad.

ARTÍCULO 349. IMPROCEDENCIA DE ACUERDOS O NEGOCIACIONES CON EL IMPUTADO O ACUSADO. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente. (Ley 906 (2004), artículo 349).

Como se dijo, en principio la única prohibición para la celebración del acuerdo fue la señalada en dicho artículo 349, así mismo, naturalmente, la aplicación de esta figura esta limitada a los parámetros legalmente establecidas, lo que implica que las diferentes formas de realización de preacuerdos están reguladas en los artículos 350, 351 y 352 del código de procedimiento penal, lo que implica que los beneficios a otorgar al penalmente procesado, obedecen ya sea a la etapa procesal donde se celebra el acuerdo, a la degradación del tipo de participación, a la variación de la calificación jurídica a través de la eliminación de una circunstancia agravante o el reconocimiento de una circunstancia atenuante y ello permite establecer claramente los parámetros de aplicación de los preacuerdos en el proceso penal.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN MATERIA PENAL

Ahora bien, Colombia tiene un sistema jurídico europeo occidental, motivo por el cual nuestra tradición jurídica implica necesariamente la positivización del derecho, sin embargo, también contamos con la posibilidad que en aquellos casos donde existen vacíos de omisión legislativa, se puede suplir dichos vacíos con los criterios de interpretación como es el precedente jurisprudencial, para lo cual se requieren de tres (3) pronunciamientos importante por parte de la Corte Suprema de Justicia para que dicha línea jurisprudencial se de imperativa aplicación, tal y como lo dispone la Ley 153 de 1887 en su artículo 10, que fue subrogado por el artículo 4 de la Ley 169 de 1889:

ARTÍCULO 10. Artículo subrogado por el artículo 4. de la Ley 169 de 1889, el nuevo texto es el siguiente: Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

En este sentido, cuando existen vacíos legislativos o dudas acerca del criterio de interpretación de la ley, la Corte Suprema de Justicia bajo el cumplimiento de lo establecido en la norma comentada, puede orientar con efectos vinculantes la forma de interpretación de la ley.

Esto puede ser una problemática, por cuanto en algunas oportunidades puede haber un criterio de sustitución legal por jurisprudencial lo cual será objeto de otro estudio, pero no podemos dejar de señalar, que en oportunidades la Corte ha emitido criterios de interpretación legal, en casos donde no existen vacíos de omisión legislativa, variando de manera sustancial la forma de interpretación y aplicación legal en los casos en concreto.

Sin embargo, es necesario manifestar que desde la promulgación y entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, muchas han sido las sentencias de Constitucionalidad que la Corte Constitucional Colombiana ha generado y han declarado la exequibilidad de una norma “en el entendido de” muchas que por vías de sentencias S.U. han dado criterios de orientación en materia de interpretación legal en materia penal y por supuesto, con base en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, en lo relativo a procesos de responsabilidad penal.

En materia de preacuerdo, no ha sido pacífica la jurisprudencia, ya que tanto en materia de Constitucionalidad como en materia de precedente jurisprudencial se han sentado bases y criterios de interpretación de la aplicación de la figura del preacuerdo asemejando incluso la figura del allanamiento a cargos, pero que serán objeto de otra investigación, pues es claro que al respecto existe una sustitución jurisprudencia por el ordenamiento jurídico penal.

EL PREACUERDO FRENTE A LOS TIPOS PENALES CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES DE MENORES DE EDAD

Como se indicó, desde la promulgación de la Ley 906 de 2004, que contiene el código de procedimiento penal, muchas han sido las reformas que el Congreso de la República de Colombia ha generado con ocasión del ejercicio de la facultad de configuración legislativa en materia de *ius puniendi*.

Una de las reformas más significativas y con mayor impacto en el sistema procesal penal, fue la Ley 1098 de 2006, que consagra el Código de Infancia y Adolescencia como el mecanismos sustancial y procedimental a aplicar a aquellos niños y adolescentes que se ven incurso como víctimas o presuntos victimarios en la comisión de una conducta punible.

Con este código se regulan diferentes aspectos relativos a niños y adolescentes entre ellos, de manera indirecta se realizan modificaciones al sistema procesal penal y se implementan decisiones de política criminal que va a afectar en parte el desarrollo del proceso penal.

Claro resulta, que el numeral séptimo, del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, regula aspectos en esta norma, pero que tienen impacto en el sistema procesal penal:

ARTÍCULO 199. BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

(...)

7. No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.

Se ha presentado un criterio de interpretación coloquial erróneo que es, que esta normatividad desaparece la posibilidad de los preacuerdos, lo cual no es correcto y tampoco es una interpretación legal, sino por el contrario, es una conclusión empírica respecto de la disposición legal.

Al respecto, la norma no prohíbe la celebración de preacuerdos, simplemente, dispone que en caso que se realicen los preacuerdos, estos no podrán consolidar ningún tipo de beneficio punitivos en virtud del mismo, lo que se materializa en el hecho, que el preacuerdo, será dispondrá efectividad formal, más no material por cuanto el único beneficio que comportará, será el partir del mínimo de la pena imponible sin que le sea dable al Juez con Función de Conocimiento la dosificación de la pena, situación distinta al allanamiento a cargos, donde es este último, quien dispone la pena y ello puede hacer que la pena varíe de manera sustancial.

Sabiendo esto, traemos a colación que permitir que la evolución normativa modifique la figura procesal del preacuerdo, al punto de no comportar beneficio en determinadas eventualidades, a pesar de estar amparado bajo el argumento de la especial protección constitucional y legal de los niños, niñas y adolescentes, contenidas en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, no menos cierto es, que afecta de manera directa uno de los propósitos y fines del sistema acusatorio como lo es, lograr una eficacia y eficiencia en el juzgamiento, pues por política criminal, un penalmente procesado que no comporte beneficios en su pena por el hecho de aceptar los cargos, le dará igual llevar el proceso a instancia de juicio oral o terminarlo de manera anticipada por cuanto la pena imponible si bien es cierto puede variar, no será una variación tan significativa que motive a aceptar de manera anticipada los cargos con el propósito de generar economía procesal.

ALGUNAS CONCLUSIONES

Esta normatividad, que si bien es cierto, propende por aplicar criterios de especial protección para los niños, niñas y adolescentes, desconoce situaciones propias del debido proceso, por cuanto, genera un criterio diferenciador entre las personas que son procesadas por la presunta comisión de una conducta punible, desconociendo la igualdad ante la ley, como posibilidad que la persona tome la decisión de aceptar los cargos enrostrados por parte de la Fiscalía General de la Nación y a cambio obtener beneficios punitivos, circunstancias que como se indicaron son propias de un sistema dispositivo acusatorio, que propende por hacer que los procesos sea resueltos antes incluso del juicio oral y que solo un pequeño porcentaje de procesos lleguen a sede de juicio oral y con este tipo de acciones legales, *contrario sensu* lograr, desincentivar la posibilidad de terminación anticipada del proceso, atentando contra los principios propios de un sistema acusatorio, adversarial de partes, lo que implicaría desconocer el derecho fundamental al debido proceso del imputado o acusado, desaparecer y desnaturalizar la esencia de la figura jurídica en mención, además de destruir el contenido material de la misma y constituir límites al ordenamiento jurídico premial y a la justicia de un país cuyo sistema procesal penal, en cumplimiento de los estándares internacionales sobre administración de justicia implican el reconocimiento de la posibilidad de negociar jurídicamente la pena como forma de participación del procesado en la forma de resolución de su situación jurídica, toda vez que limitar el ejercicio de esta institución jurídica procesal que, garantiza una seguridad jurídica para las partes, sería abrir camino a la destrucción material y procesal por inaplicabilidad por defecto de su pragmatismo debido a las constantes limitaciones que la ley y la jurisprudencia han desarrollado a través del tiempo, por lo cual se requeriría que el preacuerdo de responsabilidad penal, no debería tener este tipo de limitantes procedimentales que afectan la teleología del sistema.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Bernal y Montealegre, (2013), El proceso penal: fundamentos constitucionales y teoría general.

Consejo Superior de la Judicatura, (2005), Acuerdos y Preacuerdos. Acto Legislativo 03. (2002). Congreso de la Republica.

Ley 906 de 2006, Código de Procedimiento Penal. (2006). Congreso de la Republica.

Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia (2006). Congreso de la Republica.

Ley 153 de 1887. (1987). Congreso de la Republica.

Ley 169 de 1889. (1889). Congreso de la Republica.

Ley 16 de 1972. (1972). Congreso de la Republica.

Pacto de San José de Costa Rica, celebrado del 7 al 22 de noviembre, 1969.

CRITERIOS JUDICIALES PARA APLICAR JUSTICIA CON ENFOQUE DE GÉNERO. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO DE EL SALVADOR

Morena Guadalupe Quintana Marxelly¹
Universidad Americana
Nicaragua
lupitamaxelly@gmail.com
ORCID: 0000-0003-4633-8771

El tiempo es inherente al Derecho, a su interpretación y aplicación, el Derecho que busca regir las relaciones humanas y todo tipo de situación. El Derecho, al regir los conflictos que se presenten, es, en el tiempo, el transmisor de la solidaridad entre las generaciones que se suceden. Si es el tiempo que permite, en última instancia, superar obstáculos y alcanzar la realización de la justicia, es la conciencia humana que mueve el Derecho en este propósito, sobreponiéndose a toda malicia. (párr. 7).

Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú (2006).
Voto razonado del exjuez Cançado Trindade.

RESUMEN

El presente estudio contiene un análisis que relaciona los estudios de género y la administración de justicia en El Salvador. Presenta un problema socio-jurídico sobre derechos fundamentales de la mujer en el curso y resolución de procesos judiciales.

A partir de estudios teóricos, jurisprudencia y derecho comparado, la autora sostiene la necesidad de elaborar criterios para la actuación judicial con perspectiva de género, dirigidos al sector de la administración de justicia de El Salvador.

Para sustentar los argumentos expuestos en el trabajo, se analiza la realidad en la que la autora se desempeña, El Salvador, pero también retoma experiencias de otros contextos legales como México, Cuba, Chile, Argentina, Guatemala y Nicaragua.

Se rescata para el estudio la *Guía teórico-práctica de aplicación del enfoque de género y prevención de la violencia en el ámbito jurídico*, elaborada en Cuba por González Ferrer y Pérez Gutiérrez (2021) y la

1 La autora es Máster y Doctoranda del programa de Doctorado en Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Relaciones Internacionales, de la Universidad Americana UAM. Nicaragua con Cotutela de la Universidad de Salamanca, España. 2022. Conferencista Nacional e Internacional en materia de justicia y género. Email: lupitamaxelly@gmail.com. ORCID: 0000-0003-4633-8771.

guía elaborada por la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia de la Cumbre Judicial Iberoamericana (2015), titulada: *Guía para la aplicación sistemática e informática del modelo de incorporación de la perspectiva de género en las sentencias*, diseñada para la aplicación de la metodología en clave de género que permitirá a los funcionarios judiciales tomar las decisiones judiciales con visión de género.

Se encuentra en este escrito un análisis de los efectos negativos que provoca en la vida de las mujeres salvadoreñas, el que no se verifique en los casos concretos la situación de vulnerabilidad, discriminación y desigualdad que sufren en los procesos judiciales, por razón de su género.

Palabras clave: justicia, género, desigualdad, discriminación, criterios jurisprudenciales.

ABSTRACT

This article contains an analysis that relates gender studies and the administration of justice in El Salvador. It presents a socio-legal problem regarding the fundamental rights of women in the course and resolution of judicial processes. Over the basis of theoretical studies, jurisprudence and comparative law, the author argues about the need to develop criteria for judicial action with a gender perspective, aimed at the sector of the administration of Justice in El Salvador. To support positions in the work, the reality in which the author works is analyzed: El Salvador, but also takes up experiences from other legal contexts such as Mexico, Cuba, Chile, Argentina, Guatemala and Nicaragua.

The *Theoretical-practical guide for the application of the gender approach and prevention of violence in the legal field*, written in Cuba by González Ferrer and Pérez Gutiérrez (2021) and the Guide prepared by the Permanent Commission on Gender and Access to Justice of the Iberoamerican Judicial Summit (2015), titled: *Guide for the systematic and computerized application of the "Model for incorporating the gender perspective in sentences"*, designed for the application of the gender-based methodology that will allow judicial officials make judicial decisions with a gender perspective. It is found in this writing an analysis of the negative effects caused in the lives of Salvadoran women, the fact that the situation of vulnerability, discrimination and inequality that they suffer in judicial processes, due to their gender, is not verified in specific cases.

Keywords: justice, gender, inequality, discrimination, jurisprudential criteria.

Sumario: I. Introducción. II. Aplicar justicia con perspectiva de género. III. Criterio en clave de género para la actuación judicial. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo recoge y desarrolla los problemas planteados en un artículo de investigación escrito por esta autora a inicios del corriente año, en el que se reflexionó sobre los problemas relacionados con el acceso a la justicia familiar de las mujeres sujetas a violencia de género en El Salvador. Ambos artículos se producen en el marco de la formación doctoral de su autora. El primer artículo ubica la problemática de la mujer tocante al acceso a la justicia y sirve para contextualizar el presente trabajo, que pretende ser continuidad de aquel.

En esta oportunidad, el objetivo es definir unos criterios jurídicos que permitan aplicar justicia con enfoque de género en la praxis judicial salvadoreña para la mejor tutela de los derechos de la mujer. Dicho objetivo cobra sentido ante el problema de investigación que puede formularse con la siguiente pregunta: ¿cuáles son los criterios judiciales para aplicar justicia con perspectiva de género, con base en la metodología de análisis en clave de género?

Según hallazgos de este estudio, se tiene como resultado que en el contexto jurídico salvadoreño no se dispone de una sistematización de criterios judiciales con enfoque de género, lo que provoca asimetrías en la aplicación de las normas legales y vulnera derechos fundamentales de la mujer en todas sus edades, agravado cuando son niñas y adolescentes.

En contraste, se establece como hipótesis que, si en el contexto jurídico salvadoreño se proveyeran criterios judiciales para aplicar justicia con perspectiva de género, los derechos fundamentales de la mujer serían mejor respetados, porque los operadores de justicia dispondrían de instrumentos jurídicos útiles para aplicarlos en el curso y resolución de casos judiciales concretos, en los que se ventile sobre derechos de la mujer.

Los referidos criterios judiciales serían aplicados por el sector judicial en todas las áreas del Derecho y esto colaboraría con el deber jurídico del Estado de erradicar la violencia contra la mujer y revertir los efectos negativos de la desigualdad y discriminación que sufren las mujeres salvadoreñas y sus familias por razón de su género.

Dicho deber estatal se establece desde la Convención contra todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante, CEDAW), suscrita por El Salvador en el año de 1981. El art. 7 de esta Convención establece que: “Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres [...]” (ONU, 1979).

Al respecto, esta autora estima que si se contara con guías de actuación jurídicas claras se contribuiría a unificar la incorporación del género en

todo el proceso judicial: desde la calificación del delito, la valoración de la prueba y el fallo judicial en los casos concretos de violencia contra la mujer.

Asimismo, esto probablemente ayudaría al poder judicial a desplegar su enfoque protector a las personas en situación de vulnerabilidad, especialmente a las niñas, mujeres y adolescentes, pues de no hacerlo, esto implicaría un quebrantamiento del derecho a la tutela judicial efectiva.

De esta manera, en la búsqueda de los derroteros jurídicos, esta problemática se aborda desde la ciencia del derecho, utilizando la hermenéutica jurídica y el derecho comparado con soporte en fuentes doctrinales, jurisprudenciales y legislativas en materia de derechos humanos, justicia y género.

Asimismo, resulta que no todas las personas que imparten justicia tienen una definición clara sobre el contenido y alcance del principio de igualdad y de los deberes jurídicos relativos a la erradicación de la violencia y discriminación contra la mujer.

Todo por no contar con una figura legal que contenga una guía, criterios jurisprudenciales basados en los derechos fundamentales, a la igualdad, a la no discriminación, a la vida y a la integridad personal, todos reconocidos desde las constituciones políticas e instrumentos internacionales de derechos humanos, que permiten aplicar una justicia equitativa.

Conviene decir que en el contexto del derecho salvadoreño se cuenta con un marco supranacional suficientemente amplio y con un cuerpo normativo robusto en el derecho interno para la protección de las personas en situación de vulnerabilidad frente a la discriminación y violencia. Por ello, esta autora adelanta que el problema jurídico se provoca por la ineficacia en la interpretación de las formulaciones del derecho positivo.

Desde este momento se adelanta, como hallazgo de esta investigación, que en la práctica jurisdiccional de El Salvador se observan decisiones judiciales permeadas de estereotipos de género, discriminatorios hacia las mujeres solo por el hecho de haber nacido mujer. Estereotipos que no permiten verificar la situación de vulnerabilidad de la mujer en los procesos judiciales y dotarla de las garantías procesales con base al principio de igualdad y no discriminación.

Para el abordaje del problema planteado se ha establecido como objetivo general fundamental, desde los estudios teóricos, jurisprudenciales y de derecho comparado, los criterios judiciales que deben seguirse para aplicar justicia con perspectiva de género, a fin de que puedan ser aplicados en la práctica judicial de El Salvador y que colaboren con erradicar la violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes.

Las ideas presentadas y resultados de este trabajo se sustentan en una investigación de tipo cualitativa y teórica, con empleo de los siguientes métodos de investigación, elaborados por Villabella Armengol (2016): En primer lugar, el método análisis-síntesis, ha servido para hacer interpretaciones de las normas legales y emitir juicios de opinión sobre su aplicación práctica y definir brechas que tiene la justicia de El Salvador en materia de género.

En segundo lugar, el método inductivo-deductivo, ha permitido hacer análisis inductivos sobre la actuación judicial y deducir las causas de las mismas para proponer medidas correctivas; por otra parte, el método de derecho comparado permitió tomar referentes de protocolos de actuación para aplicar justicia con perspectiva de género en los procesos judiciales.

Y, finalmente, el método de la observación participativa de la autora permitió incorporar a este escrito afirmaciones sobre la práctica judicial de El Salvador con base a la experiencia acumulada por esta autora debido a su desempeño en el sector policial de este país. La técnica de investigación empleada ha sido la documental.

Es este un trabajo original y novedoso para El Salvador, porque no se encuentran estudios precedentes que analicen este tema puntual; si bien, se ubica jurisprudencia nacional que permite el análisis estudios elaborados por la Corte Suprema de Justicia (2021), de El Salvador, en *Compilación y análisis de criterios jurisprudenciales sobre una vida libre de violencia para mujeres y niñas*.

En donde la Suprema Corte salvadoreña presenta los criterios jurisprudenciales aplicados en sentencias emitidas por la Sala de lo Penal, Sala de lo Constitucional, juzgados especializados para una *Vida libre de violencia para las mujeres* y de la jurisdicción ordinaria; siendo este esfuerzo una fuente documental para las personas operadoras del derecho en el marco del desarrollo de los procesos en todo el ámbito judicial.

La pertinencia de esta investigación se sustenta por un problema existente en el contexto nacional: el déficit de los estudios que razonen y propongan soluciones a un problema socio-jurídico sensible que afecta a la mujer en todas sus etapas de vida, como consecuencia de patrones culturales patriarcales y machistas, estereotipos de género culturalmente asentados que discriminan y violentan sus más fundamentales derechos.

A pesar de que los temas de género y procesos judiciales cuentan con estudios en Latinoamérica, en El Salvador no se identifican estudios de esta clase que expongan con claridad, cómo aplicar justicia con enfoque de género en el ámbito de los procesos judiciales. Siendo los estudios de género un área de relativo reciente surgimiento del pensamiento científico en las ciencias sociales.

Esta investigación aporta lo siguiente a la comunidad jurídica salvadoreña, a) bibliografía actualizada sobre estudios de género y administración de justicia, b) una sistematización de la jurisprudencia regional y nacional sobre derechos fundamentales de la mujer; y, c) criterios judiciales, con base en estudios teóricos, la jurisprudencia, el derecho comparado y la realidad nacional, que sirven para ser aplicados en práctica judicial de El Salvador a favor de los derechos de la mujer.

Son muchos los retos en clave de género para lograr la incorporación de la perspectiva de género en las sentencias de El Salvador. Esta autora considera que el problema jurídico no es causado por la falta de leyes, sino, más bien, que es un problema de aplicación de la ley, mismo que debe ser retomado como elemento de debate y objeto de análisis desde la ciencia jurídica.

Aquí vale la pena decir que el derecho y la justicia deben servir como instrumentos de cambio social. Deben contribuir de manera significativa al reconocimiento de los derechos de las personas y a la lucha contra la discriminación. Asimismo, deben hacer posible avanzar hacia una cultura de paz, equidad y seguridad.

El derecho juega un papel relevante, en tanto transformador, hacia la construcción de prácticas adecuadas y pertinentes a las demandas sociales y a los intereses del desarrollo de los seres humanos. La academia y la investigación no pueden quedarse al margen de este contexto.

Por ello, esta autora pone en relieve la necesidad de robustecer la normativa vigente en El Salvador para brindar importantes alternativas a las personas en situación de vulnerabilidad y a las víctimas de la violencia de género y sus familias.

La propuesta es transitar de la teoría a la praxis, utilizando la clave del género en las decisiones judiciales como una metodología vinculante a la justicia equitativa, para comprender y utilizar los estándares jurídicos nacionales y supranacionales, aplicables a cualquier rama del derecho y que contengan garantías procesales idóneas en favor de la víctima y, así posicionar a El Salvador como un país con uno de los mejores marcos legales en la protección y tutela de los derechos humanos de las niñas y mujeres en la región centroamericana.

APLICAR JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Para construir la idea que da título al acápite es requerido definir primero qué es género, para después visibilizar el impacto que tienen los prejuicios y estereotipos discriminatorios por razón de género en el sistema judicial, para luego indicar qué significa aplicar justicia con perspectiva de género.

Numerosos autores de la región han ofrecido definiciones sobre qué es administrar justicia con perspectiva de género. Esta autora no pretende elaborar una definición nueva, sino más bien recrear lo que otras autoras han definido y con lo que se coincide. En este sentido se destacan: Facio (2000), Kemelmajer de Carlucci (2017), Medina (2016), Poyatos (2019) y González Ferrer y Pérez Gutiérrez (2021).

Entre ellas se destaca González Ferrer y Pérez Gutiérrez, quienes aportan esta definición:

Argumentación con enfoque de género es el procedimiento que dota de herramientas a quien plantea o dirime una situación conflictiva para la detección de posibles condiciones de violencia, discriminación o vulnerabilidad; implica el reconocimiento de sesgos, roles y estereotipos de género en la norma a aplicar y exige una acción niveladora por parte de quienes interpretan y aplican la norma. (González Ferrer y Pérez Gutiérrez, 2021, p. 62).

Desde la posición de Medina se establece que,

El concepto de género es importantísimo para instruir un proceso judicial, para valorar la prueba y en definitiva para decidir un caso, ya que, si no se parte de entender el concepto de género, no se puede comprender las leyes que garantizan los derechos de las mujeres por el hecho de serlo [...] Es preciso juzgar con perspectiva de género porque los magistrados no pueden ignorar la existencia de patrones socioculturales. (Medina, 2016, pp. 3-4).

Desde el punto de vista de Poyatos se define que,

Juzgar con perspectiva de género puede definirse como una metodología de análisis de la cuestión litigiosa, que debe desplegarse en aquellos casos en los que se involucren relaciones de poder asimétricas o patrones estereotípicos de género y exige la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, en la búsqueda equitativa ante situaciones desiguales de género (Poyatos, 2019, p. 7).

Los estudios antes referidos, generados en el ámbito de las ciencias sociales, han provocado también un reflejo y recepción en las ciencias jurídicas y, particularmente, en el derecho procesal, que es el objeto directo de estudio de este artículo.

Al llegar a este punto, es necesario visibilizar el impacto que tienen para las mujeres las actuaciones judiciales basadas en estereotipos de género socialmente dominantes, las cuales se agravan cuando se encuentran en los razonamientos de autoridades.

Teniendo en cuenta lo expuesto por el Comité de la CEDAW (2015) en su recomendación general No. 33 en donde se afirma que:

Las instituciones judiciales deben aplicar el principio de la igualdad sustantiva o de facto consagrada en la Convención y deben interpretar las leyes [...] El establecimiento de estereotipos afecta también a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos. Esos estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa. (CEDAW, 2015, párr. 26).

En función de lo anterior, se afirma que los estereotipos y los prejuicios de género en el sistema judicial tienen consecuencias de gran alcance para el pleno disfrute de los derechos humanos de las mujeres.

Es por eso por lo que empleando las palabras de la Corte IDH (2018) en el caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, en donde se pronuncia sobre el efecto perjudicial de los estereotipos en materia de justicia, siendo que la Corte, los ha catalogado como causa y consecuencia de la violencia de género, expresando que:

Los estereotipos de género se refieren a una preconcepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres [...] La Corte ha identificado, reconocido, visibilizado y rechazado estereotipos de género que son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y respecto de los cuales los Estados deben tomar medidas para erradicarlos”. (Corte IDH, 2018, párr. 294).

En este sentido, podría afirmarse que existe una clara vinculación entre los estereotipos, el género, la desigualdad, violencia contra la mujer y la discriminación, lo cual incide en prácticas judiciales discriminatorias que perpetúan y refuerzan la desigualdad en la vida de las mujeres salvadoreñas y sus familias.

Con ello resulta, según hallazgos de esta investigación, que, se observa que el reconocimiento de la desigualdad histórica por motivos de género alcanza el acceso a la justicia, ya que, según la tesis sostenida por esta autora, los estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen defectuosamente y esto tiene consecuencias de gran alcance. Una de estas consecuencias, puede ser, por ejemplo, que, en cualquier rama del derecho, los perpetradores no sean considerados jurídicamente responsables de las violaciones de los derechos de la mujer, perpetuando de esta forma una cultura de impunidad.

Siendo que, en todas las esferas de la ley, los estereotipos comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema judicial, que a su vez puede

dar lugar a la denegación de justicia incluida la revictimización de las denunciantes.

De manera que la eliminación de los estereotipos judiciales en los sistemas de justicia es una medida esencial para asegurar la igualdad y la justicia para las víctimas y sus familias.

Hasta aquí lo dicho y para dar respuesta a interrogante inicial, aplicar justicia con perspectiva de género es un criterio de análisis e interpretación en el ámbito de la administración de justicia de relativa reciente aparición, que combina los saberes del derecho procesal con los estudios de género.

Es decir, que utiliza la teoría de género para aplicar correctamente el principio de igualdad entre las partes, ya que a partir de la explicación de las diferencias específicas entre hombre y mujeres se visibiliza tanto la forma en que unos y otras enfrentan a una problemática concreta, así como los efectos diferenciados que producen en unos y en otras ciertas normas.

En la perspectiva planteada, la aplicación de la visión de género en la justicia tiene su sustento legal. No es algo opcional que dependa del estado de ánimo de las personas que imparten justicia. Es imprescindible para acatar el mandato constitucional de igualdad y no discriminación. Es una obligación *erga omnes*, que alcanza a todos los órganos del Estado, fundada en los compromisos internacionales asumidos por el Estado al ratificar los tratados internacionales. Es donde la justicia tiene que ser capaz de transformar las condiciones que impiden que sean garantizados los derechos de todas las personas y en especial de la mujer.

Siendo, según hallazgos de este estudio, que, ante la ineficacia judicial frente a casos de violencia contra las mujeres, esto propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general, asimismo envía un mensaje según mi punto de vista en donde urge la utilización en el contexto salvadoreño de una metodología de análisis jurídico para incorporar la visión del género en sus decisiones judiciales, lo cual supone un requisito esencial para avanzar en el cumplimiento de los compromisos constitucionales y convencionales para eliminar las barreras socioculturales vinculadas al género.

Resultando que, la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir. (Corte IDH, 16 de noviembre de 2009, Sentencia del caso G. y Otras Vs. México, de

fecha 16/11/2009). Por lo que esta autora suscribe las citadas definiciones teóricas y de ellas se rescatan los siguientes elementos en los que todas coinciden:

- Para aplicar justicia con perspectiva de género se debe partir de comprender el concepto de género, como construcción social, siendo la única forma de interpretar las leyes a favor de los derechos de la mujer.
- Juzgar con perspectiva de género es una metodología de análisis jurídico que debe ser aplicada en los procesos judiciales y de instrucción policial. Esta metodología permite detectar condiciones de vulnerabilidad de la mujer, que puede ser violencia u otra forma de discriminación.
- Implica que el juzgador reconozca sesgos, roles y estereotipos de género en las normas legales a aplicar y exige una acción niveladora por parte de quienes interpretan y aplican las normas legales respecto de personas en situación de vulnerabilidad.
- Exige la integración del principio de igualdad y no discriminación en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico.
- El Estado debe, como lo establece la CEDAW, desistir o impedir toda práctica que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el ejercicio por la mujer, del derecho humano al acceso a la justicia.

En armonía con lo expresado, lo que determina si un caso o proceso se debe o no aplicar la perspectiva de género es la existencia de situaciones asimétricas de poder, o bien de contextos de desigualdad estructural basados en el sexo, el género o las preferencias/orientaciones sexuales de las personas. En donde el Estado debe, como lo establece la CEDAW, dejar de hacer o impedir todo aquello que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el ejercicio por la mujer, del derecho humano al acceso a la justicia.

En suma, aplicar justicia con perspectiva de género no se reduce a una única materia, como por ejemplo la familiar, o penal, sino que es aplicable a todas las áreas del derecho donde se presenten situaciones como la antes descrita. Siendo así se aplica a todos los procesos, sean civil, administrativo, constitucional, laboral, agrario o mercantil, etc. y en cualquiera de sus etapas.

A juicio de esta autora, incorporar la perspectiva de género en la función judicial implica hacer realidad el derecho a la igualdad y no discriminación, respondiendo a la obligación constitucional y convencional de erradicar la discriminación hacia la mujer y combatir las relaciones asimétricas de poder y los esquemas de desigualdad desde el quehacer jurisdiccional.

Por tanto “juzgar con perspectiva de género” debe ser el horizonte interpretativo dirigido a las personas que imparten justicia para que puedan sentar precedentes fundamentales en la búsqueda y el avance progresivo del desarrollo de los derechos humanos de las mujeres para garantizar el acceso a la justicia y remediar, en un caso concreto, situaciones asimétricas de poder. Es aplicar, en síntesis, el logro efectivo de la igualdad de facto.

Finalmente, retomando las palabras de Medina “es preciso juzgar con perspectiva de género porque los magistrados no pueden ignorar la existencia de patrones socioculturales [...] porque si no se incorpora la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales seguiremos fracasando en la lucha por la igualdad real de las mujeres”. (Medina, 2016, p.3).

¿Qué significa administrar justicia con perspectiva de género?

Juzgar con perspectiva de género es una metodología de análisis jurídico de aplicación e interpretación de las normas genéricas y convencionales de protección de derechos humanos reforzado para las mujeres niñas y adolescentes vinculante a la justicia equitativa. Se trata de un método de traslación y aplicación del principio de igualdad y de los estándares jurídicos constitucionales y supranacionales de protección reforzada para poblaciones en situación de discriminación para ser aplicado e interpretado en todas las normas, procesales y sustantivas.

Al respecto, se estima que es necesario incorporar herramientas, criterios judiciales para que las personas operadoras jurídicas comprendan las categorías: “mujer”, “sexo”, “género”, y “estereotipos”, ya que carecen de una significación unívoca, y en múltiples usos, ellas expresan concepciones teóricas bien diferenciadas y muchas veces antagónicas. Me refiero a la necesidad de disponer de una guía que contenga los conceptos básicos para juzgar con perspectiva de género y que sirvan para valorar la prueba correctamente y así dictar una sentencia justa y acorde a derecho.

De lo hasta aquí dicho resultan, como hallazgos de esta investigación, los siguientes criterios judiciales relevantes para juzgar con perspectiva de género:

1. El concepto de género es importantísimo para instruir un proceso judicial, para valorar la prueba y en definitiva para decidir un caso, ya que, si no se parte de entender el concepto de género, no se puede comprender las leyes que garantizan los derechos de las mujeres por el hecho de serlo.
2. Existe el deber de debida diligencia con alcances adicionales en casos de feminicidio y otras formas de violencia contra la mujer.
3. Obligación de incorporar la perspectiva de género en toda la conducción del proceso penal de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer.

4. El uso de lenguaje claro e inclusivo en las sentencias.
5. Desarrollar el concepto de reparación integral
6. Valor reforzado de la víctima y sus familiares bajo el interés superior de la víctima.
7. Existe el deber de relacionar las investigaciones cuando las violaciones responden a un patrón estructural o sistemático, como ocurre en un contexto de violencia contra la mujer.

Administración de justicia con perspectiva de género en el derecho salvadoreño

Un análisis de las sentencias de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia salvadoreña y de las de la jurisdicción ordinaria, realizado por esta autora, revela la vulneración al derecho de igualdad, en perjuicio de la mujer y que, aunque se declaren igualdades formales, declaradas desde las normas legales, al momento de resolver casos judiciales concretos, la desigualdad se perpetúa y vuelve a las resoluciones judiciales violatorias de los derechos de las mujeres. En muestra de lo expresado se mencionan los siguientes casos.

La sentencia No. 45-2012 del año 2015, dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, trató de un conflicto sobre el orden que debían llevar los apellidos de los hijos, es decir, si debía ser primero el materno o el paterno.

Aunque la sentencia razona sobre aspectos de género y a favor de la madre, termina emitiendo una resolución discrepante con el razonamiento efectuado anteriormente, porque decide que en definitiva el apellido paterno sea el que prevalezca, en cuyo caso mantiene a la mujer en una situación de desigualdad infundada. En la citada sentencia puede leerse así:

La “igualdad jurídica de los cónyuges” fue incorporada a la regulación constitucional salvadoreña desde 1950 [...] en sintonía con el reconocimiento del principio de “igualdad de derechos de hombres y mujeres”, en la Carta de las Naciones Unidas (1945) y en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); reconocimiento internacional que fue precedido de intensas y esforzadas luchas sociales dirigidas por los movimientos feministas de la época [...] Al respecto, El Salvador ha ratificado la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [...] en cuyo preámbulo se reconoce que: “para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia” (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2015, p.6).

Hasta aquí la sentencia que se comenta presenta argumentos a favor de la equidad de género, no obstante, el fallo del máximo tribunal fue el siguiente:

Declárase que en el 21 de la de la Ley del Nombre de la Persona Natural no existe la inconstitucionalidad alegada, respecto a la supuesta violación del principio de igualdad jurídica entre hombres y mujeres (arts. 3 y 33 inc. 1° Cn.), porque al someter la utilización del apellido del esposo a la decisión autónoma de la mujer es ella, y no el legislador, quien determina la valoración o importancia asignada al apellido de su pareja, con lo cual se equilibra la situación de ambos cónyuges en este asunto. (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2015, p. 11).

En resumen, se lee en la sentencia bajo comentario, existen serias fragilidades que colisionan con el texto constitucional. Con la sentencia en cuestión se hace evidente el problema jurídico de esta investigación, al encontrar ineficacia en la aplicación de la igualdad material hacia las mujeres, todo por no contar con una guía de aplicación de los criterios judiciales en clave de género.

Al mismo tiempo, en el ámbito jurisprudencial de El Salvador se ubican sentencias que ilustran pronunciamientos sobre el alcance conceptual de la aplicación de la perspectiva de género en las decisiones judiciales.

Como muestra de ello, la Corte Suprema de Justicia de El Salvador (2018) en la sentencia definitiva ref. 24-COMP-2018, expone: “La perspectiva de género en las decisiones judiciales, cuando el sujeto pasivo sea mujer, es una obligación legal de carácter constitucional para todos los juzgadores y no solo para esta jurisdicción especializada” (Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2018, p.3).

La cita sentencia indica, desde el derecho salvadoreño, la obligatoriedad de la integración de la dimensión de género en todo el ámbito jurídico, ya que es una actividad que vincula a todos los poderes del Estado y que la misma debe desplegarse en tres fases jurídicas concretas: en la tramitación del proceso, en la valoración de las pruebas y en la aplicación de la norma sustantiva. De ahí que la perspectiva de género deba ser aplicada aun cuando las partes involucradas en un caso concreto no la hayan incorporado en el proceso.

Debe remarcar que la obligación de juzgar con perspectiva de género excede el ámbito del derecho penal y de familias, ya que es una obligación de carácter constitucional para los juzgadores en cualquier jurisdicción y no necesariamente en la jurisdicción especializada.

Por otra parte, en el Juzgado Especializado de Sentencia para una Vida Libre de Violencia y Discriminación, en la sentencia definitiva ref. EDA. 69 /2019 (SM-1), (2020) se expone que:

La equiparación que me he referido, su efectividad en la presente sentencia, a través de la valoración de la prueba, se realiza con un enfoque de género, debiéndose comprender por tal, como «... Una nueva visión que permite analizar y comprender las características que definen a mujeres y hombres en sociedad de manera específica, sus semejanzas y diferencias [...] es decir, que, el enfoque de género es el estudio de las mujeres y los hombres por separado. (Juzgado Especializado de Sentencia para una Vida Libre de Violencia y Discriminación, 2020, p. 64).

De igual forma, en la *Ley Especial Integral para una Vida libre de Violencia para las Mujeres* (2011) se establece:

Artículo 7. Para la aplicación e interpretación de esta ley, se presume que los tipos y modalidades de violencia contemplados en la presente ley, tienen como origen la relación desigual de poder o de confianza; en la cual, la mujer se encuentra en posición de desventaja respecto de los hombres, consistiendo las mismas en:

- a. Relaciones de poder: Son las caracterizadas por la asimetría, el dominio y el control de una o varias personas sobre otra u otras.
- b. Relaciones de confianza: Son las que se basan en los supuestos de lealtad, credibilidad, honestidad y seguridad que se establecen entre dos o más personas.

(Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011).

En función de todo lo planteado, se sostiene que administrar justicia con enfoque de género es una obligación legal y un deber ontológico inexcusable, una obligación *erga omnes*, la cual alcanza a todos los órganos del Estado, en donde la persona juzgadora deberá utilizar la metodología de análisis jurídico con perspectiva de género en los casos concretos para hacer una motivación reforzada en cualquier rama del derecho, considerando la condición de vulnerabilidad de las mujeres que sufren violencia basada en género.

Otro de los aspectos que revela el estudio de decisiones judiciales en El Salvador es que se asume que aplicar justicia con perspectiva de género es solo aplicable en la jurisdicción especializada y no en la jurisdicción ordinaria. Como ejemplo de lo anterior, se encuentra en una compilación presentada por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador (2021), en la que se señala que:

[...] es necesario advertir que el Juez sentenciador, no aplicó directamente ese corpus iuris en el caso de vulneración a la integridad e indemnidad sexual de una niña, dicha circunstancia lo llevó a aplicar normas de valoración probatoria propias e improcedentes para declaración de este grupo etario en condición de vulnerabilidad y tuvo como consecuencia una decisión con enfoque adulto centrista [...] (Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2021, p. 21).

Este fallo fue recurrido en apelación y el tribunal superior corrigió adecuadamente el desacierto del juez ordinario, devolviendo el asunto para su conocimiento y ordenando aplicar la perspectiva de género en el asunto tratado; así se pronunció el tribunal superior:

[...]. Deberá declararse la anulación de la sentencia objeto de alzada, así como de la vista pública que le dio origen, ya que la errónea valoración de la prueba vertida en juicio, lícitamente obtenida y legalmente ingresada al proceso, implica la inobservancia del principio básico de legalidad del proceso (Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2021, p. 22).

El caso anteriormente planteado permite a esta autora esclarecer y corregir la posición del judicial ordinario, coincidiendo con la adoptada por el tribunal de apelación. Es propicio este espacio para afirmar que la justicia con perspectiva de género debe ser aplicada en todas las sedes judiciales donde se ventilen derechos de la mujer, que puedan estar en situación de vulnerabilidad.

La postura del Juez ordinario, descrita en la sentencia que se comenta, se opone al mandato expreso contenido en los artículos 4, 11 y 57 de la “Ley especial integral para una vida libre de violencia”, Ley publicada en El Diario Oficial No. 2 Tomo 390 del año 2011.

Siendo el derecho aplicable que se debe elegir al momento de la respuesta judicial, es la ley más favorable nacional o internacional que más favorezca a las mujeres que por razón de su género y por su condición de vulnerabilidad son discriminadas.

En la ley citada se ordena integrar en todos los procesos judiciales las normativas especializadas y las garantías procesales para las mujeres que enfrentan hechos de violencia. Dichas leyes lo que hacen es desarrollar derechos de la mujer contenidos en los Tratados internacionales de derechos humanos que protegen derechos de las mujeres y que han sido ratificados por el Estado de El Salvador.

Otro aspecto que se encuentra de la revisión de decisiones judiciales de El Salvador, son procesos donde se aprecia impunidad de los agresores, revictimización de las víctimas sobrevivientes de violencia, denegación de justicia, invisibilización de las necesidades y vivencias de las mujeres y obstaculización del acceso a una justicia igualitaria.

Hasta aquí lo dicho, con los ejemplos antes citado se evidencia que, la ausencia de la perspectiva de género en los procesos judiciales, manifestada a lo largo de todas las etapas que se deben atravesar hasta la obtención de una decisión judicial.

En este sentido, se puede advertir que todavía se encuentran normas, teoría y prácticas jurídicas permeadas con estereotipos discriminatorios

inmersos en todo el proceso jurisprudencial. Ya sea que se trate de juzgar, de impulsar la acción desde la fiscalía, o incluso en el ejercicio de la defensa, se advierten ciertos obstáculos que dificultan el acceso a la justicia de las personas involucradas.

En síntesis, la perspectiva de género aplicada a todo el proceso judicial, desde la denuncia o demanda, hasta el dictado de una sentencia con autoridad de cosa juzgada, implica identificar si existen prejuicios o estereotipos de género que perjudican como se presta la actuación del servicio de justicia, tanto al momento de analizar las presentaciones de las partes, las pruebas producidas y aportadas, su valoración y carga probatoria que todavía se encuentran normas, teoría y prácticas en el derecho salvadoreño que incumple con las obligaciones constitucionales, supranacionales y legales en materia de los deberes jurídicos para erradicar la violencia contra la mujer.

A partir de los casos referenciados, esta autora concluye que, en el contexto jurídico de El Salvador, el problema sobre administración de justicia, con perspectiva de género, no es provocado por la ausencia de leyes, sino por aplicación de las leyes vigentes, dado por la ausencia, en el poder judicial, de criterios jurisprudenciales de actuación en clave de género. Y de ahí, la justificación del presente estudio que se propone proveer de esos criterios en falta.

Sin menoscabo de las dificultades reales antes descritas que se aprecian en la práctica judicial de El Salvador, corresponde mencionar, para hacer el equilibrio, que también se aprecian avances. Destacar los esfuerzos, tanto desde estudios teóricos a cargo de la sociedad civil como otros esfuerzos a cargo del Poder Judicial de El Salvador.

Los avances se ubican en estas áreas: en la producción normativa y en la suscripción por parte del Estado de instrumentos internacionales sobre derechos humanos de la mujer. Sobre estos puntos se desarrolló en el primer trabajo que antecede a este artículo, porque no corresponde en este momento reproducirlo.

En función de lo antes expuesto, se observa que son cinco los criterios jurisprudenciales propuestos por la Corte, así:

1. Reconocimiento de la violencia sistemática o estructural contra las mujeres en El Salvador.
2. Aplicación de la perspectiva de género y aplicación del principio de igualdad y prohibición de la discriminación por motivos de sexo.
3. Integración e interpretación desde la perspectiva de género.
4. Valoración probatoria con perspectiva de género.
5. La reparación por graves violaciones a derechos humanos.

Este trabajo impulsado desde el Poder Judicial salvadoreño, con la compilación y análisis de sentencias en el contexto salvadoreño, es meritorio; no obstante, esta autora señala que quedan muchas interrogantes, principalmente, sobre cuál es el método de análisis jurídico con perspectiva de género a utilizar, y sus herramientas para aportar los siguientes elementos:

1. ¿Cuál es el estándar o la prueba de categorías sospechosas de discriminación por razón de género?
2. ¿Cuál es el examen de proporcionalidad que permita buscar prejuicios discriminatorios, tanto propios como los normativos, para superarlos en los pedidos y decisiones que competen al ámbito jurisdiccional?
3. ¿Cuál es el lenguaje inclusivo y no discriminatorio para utilizar en la actuación judicial?
4. ¿Cuáles son los estándares internacionales de aplicación para juzgar con perspectiva de género?

Por tanto, esta autora estima que dicho esfuerzo es aún incipiente y necesita el refuerzo, por parte del poder judicial salvadoreño, concretamente en la sensibilización y fortalecimiento sobre el conocimiento básico sobre cómo incorporar la perspectiva de género en las sentencias, además de sistematizar los criterios, establecer una guía/protocolo que explique el paso a paso para aplicarlos. Los ejemplos de Cuba, Argentina, Chile, Guatemala y Nicaragua muestran una forma en la que se puede evolucionar este primer esfuerzo de El Salvador, puesto que esta investigación señala que no se encuentra en el contexto salvadoreño una guía que sistematice el modelo de incorporación de la perspectiva de género en las sentencias.

En definitiva, la idea que esta investigación defiende es que juzgar sin perspectiva de género equivale a no hacer justicia, por lo que esta autora señala que las personas que imparten justicia en el contexto del derecho salvadoreño tienen la obligación constitucional y convencional de realizar una motivación reforzada, utilizando la perspectiva de género como método analítico para el desarrollo de la función jurisdiccional para lograr detectar la existencia de las categorías sospechosas de discriminación por razón del género y considerar los hechos de la violencia basada en género en un contexto específico, utilizando los principios rectores propuestos en este estudio para lograr consagrar en sus sentencias la perspectiva de género independientemente de la materia de que se trate. Hacia la tutela efectiva de los derechos a la igualdad, no discriminación y acceso a la jurisdicción.

CRITERIOS EN CLAVE DE GÉNERO PARA LA ACTUACIÓN JUDICIAL

Los criterios jurisprudenciales con perspectiva de género, son pautas o guías de actuación frente a la violencia de género, que se transforman en fórmulas de protección a las personas en situación de vulnerabilidad, cuya salvaguarda, según esta autora, no encuentra un amplio desarrollo en la actual legislación, ni en materia procesal, civil, penal ni en derecho de familias, ni tampoco se cuenta con las garantías idóneas para reducir el grado de ineffectividad en la aplicación de los deberes jurídicos relativos a la erradicación de la violencia y discriminación para garantizar el debido proceso en favor de las víctimas.

Al respecto es relevante preguntar ¿cuáles pueden ser las fórmulas de protección a personas en situación de vulnerabilidad? Esta autora propone, según los hallazgos de esta investigación como principales fórmulas de protección en el proceso judicial y como elementos que reflejen el alcance de la justicia de género, las siguientes:

1. Definición clara de los actos constitutivos de violencia de género;
2. La calificación jurídica de dichos actos;
3. La valoración de la prueba con visión de género;
4. Garantías procesales idóneas con perspectiva de género:
 - a. La participación de la víctima en condición de parte, con derecho a la defensa propia e independiente de la representación fiscal y la posibilidad de comparecer como coadyuvante de la Fiscalía.
 - b. La defensa desde el inicio del proceso.
 - c. Aplicación de medidas de aseguramiento y protección, con ampliación del catálogo cautelar al incluir la orden de alejamiento.
5. Fallo judicial con perspectiva de género. La inclusión de la perspectiva de género en la determinación de las reparaciones para las violaciones de los derechos humanos de las mujeres.

CONCLUSIONES

Son muchos los retos en clave de género para lograr la incorporación de la perspectiva de género en las sentencias de El Salvador. Esta autora considera, según hallazgos de este estudio, que el problema jurídico no se debe a la falta de leyes, sino que es un problema de la aplicación de la ley, el cual debe ser retomado como elemento de debate y objeto de análisis desde la ciencia jurídica.

Teniendo como precedente los estudios teóricos que se han mencionado a lo largo de este trabajo, la posición que ha mostrado la Corte IDH en materia de derechos de la mujer y sus notables pronunciamientos que abogan por aplicar justicia con perspectiva de género, unido a la realidad que observa

en su diario bregar sobre derechos de la mujer en la justicia de El Salvador, es que esta autora afirma la importancia de contar, en el Poder Judicial salvadoreño, de unos criterios claros, mediante guías o protocolos de actuación, que garanticen la aplicación de justicia con perspectiva de género y que se lean en las sentencias que dictan, con empleo de una metodología que permita a las personas que imparten justicia tomar decisiones judiciales equitativas y garantes de los derechos de mujeres, niñas y adolescentes.

La perspectiva de género aplicada a todo el proceso judicial, desde la denuncia o demanda, hasta el dictado de una sentencia con autoridad de cosa juzgada, implica identificar si existen prejuicios o estereotipos de género que perjudican como se presta la actuación del servicio de justicia, tanto al momento de analizar las presentaciones de las partes, las pruebas producidas y aportadas, su valoración y carga probatoria; sin embargo, según hallazgos de este estudio todavía se encuentran normas, teoría y prácticas en el derecho salvadoreño que incumple con las obligaciones constitucionales, supranacionales y legales en materia de los deberes jurídicos para erradicar la violencia contra la mujer.

Se resalta la importancia de comprender que aplicar la justicia en clave de género constituye un instrumento jurídico que contribuye a avanzar hacia la igualdad, siendo está una de las principales dificultades para lograr la deconstrucción de los estereotipos que discriminan a la mujer por razón de su género.

Con fundamento en los estudios teóricos sobre género, la experiencia que lega la Corte IDH, los referentes de derecho comparado y el análisis hecho por la autora de sentencias dictadas en El Salvador, esta autora sistematiza los siguientes criterios para juzgar con perspectiva de género que pueden ser aplicados en la práctica judicial de El Salvador:

- Se debe tener en consideración que el concepto de género es importantísimo para instruir un proceso judicial, para valorar la prueba y en definitiva para decidir un caso, ya que, si no se parte de entender el concepto de género, no se puede comprender las leyes que garantizan los derechos de las mujeres por el hecho de serlo.
- Es necesario tramitar el proceso y resolver a favor del mayor y mejor interés superior de la víctima: La mujer.
- Hay que considerar la interseccionalidad de los derechos humanos. En un caso determinado, puede confluir la violencia de género con otras vulnerabilidades, como la condición de niñez, migrantes, o discapacidades.
- Existe el deber de extrema diligencia debida con mayor énfasis en los casos de feminicidio y otras formas de violencia contra la mujer.
- Debe ser obligatorio incorporar la perspectiva de género en toda la conducción del proceso penal de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer; y en los procesos judiciales de toda clase, civil, familiar, sucesoria, etc.

- Emplear en la redacción de las sentencias un lenguaje claro e inclusivo. No referirse a la mujer, o a la niña, desde el género masculino. La primera forma de invisibilizar a la mujer es cuando no se le menciona en el lenguaje, asumiendo que está incluida en el género del varón.
- Desarrollar el concepto de reparación integral.
- Se deben relacionar las investigaciones cuando las violaciones responden a un patrón estructural o sistemático, como ocurre en un contexto de violencia contra la mujer.
- Es necesario que equipos de expertos y grupos interdisciplinarios, elaboren protocolos de actuación judicial, o guías, que orienten en los pasos a seguir para garantizar los derechos de la mujer y que eviten su revictimización.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fuentes doctrinales

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Estándares Jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los Derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Desarrollo y aplicación. Actualización del 2011 – 2014*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10240.pdf>
- Corte Suprema de justicia de El Salvador. (2021). *Compilación y Análisis de criterios Jurisprudenciales sobre una vida libre de violencia para mujeres y niñas*. <https://americalatinagenera.org/wp-content/uploads/2021/05/COMPILACION-Y-ANALISIS-DE-CRITERIOS-JURISPRUDENCIALES-SOBRE-UNA-VIDA-LIBRE-DE-VIOLENCIA-PARA-MUJERES-Y-NIN%CC%83AS.pdf>
- Facio, A. Alda. (1992). *Cuando el género suena, cambios trae. (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. 1a. ed. ILANUD: San José. https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/16_DiplomadoMujeres/lecturas/modulo2/1_Alda%20facio_Cuando_el_gen_suena_cambios_trae.pdf
- Facio, A. (1999). “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal.”, en Facio, A. y Frías, L. (Editoras) *Género y Derecho*, pp. 99-136. Ediciones LOM. https://www.agencianuba.com/equis/wp-content/uploads/2016/01/S_1_1.pdf
- Facio, A. (2000). “El acceso a la justicia desde la perspectiva de género”. San José. Plataforma digital única del Estado Peruano. Poder Judicial. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/57fe9f8043f84b0e9b94bf009dcddef12/13.+El+acceso+a+la+justicia+des+de+la+perspectiva+de+genero.pdf?MOD=AJPERES>
- González Ferrer, Y. (2020). *Discriminación por estereotipos de género (Herramientas para su enfrentamiento en el Derecho de las familias)*. Olejnik.

- González Ferrer, Y. y Pérez Gutiérrez, I. (2021). *Guía teórico-Práctica de aplicación del enfoque de Género y prevención de la violencia en el ámbito jurídico*. UNFPA. Cuba. <https://cuba.unfpa.org/es/publications/gu%C3%ADa-te%C3%B3rico-pr%C3%A1ctica-de-aplicaci%C3%B3n-del-enfoque-de-g%C3%A9nero-y-prevenci%C3%B3n-de-la-violencia>
- Kemelmajer de Carlucci A. (2017). “Una sentencia brasileña con visión de género”. *Revista de Bioética y Derecho. Universidad de Barcelona* (39), pp. 153-177. <https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n39/1886-5887-bioetica-39-00153.pdf>
- Kemelmajer de Carlucci A. (2019) “Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos de las mujeres”. *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences*. (30) 1, pp.15-60 <https://www.cairn.info/revue-journal-international-de-bioethique-et-d-ethique-des-sciences-2019-1-page-15.htm?contenu=resume>
- Lamas, M. (compiladora). (2013). *El género: La construcción cultural de la diferencia sexual*. Programa universitario de estudios de género, Porrúa. <https://www.legisver.gob.mx/equidadNotas/publicacionLXIII/El%20genero.%20La%20construccion%20cultural%20de%20la%20diferencia%20sexual.pdf>
- Medina, Graciela. (2018). “Juzgar con Perspectiva de Género, ¿por qué juzgar con perspectiva de género? Y ¿cómo juzgar con perspectiva de género?”. *Pensamiento Civil*. <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/09/Doctrina3804.pdf>
- ONU MUJERES, 2012. *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (feminicidio)*. ONU Mujeres. <https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Publications/2014/Modelo%20de%20protocolo.pdf>
- Poyatos M, G. (2019). “Juzgar con perspectiva de género: Una metodología vinculante de justicia equitativa.” *Revista de Género e Igualdad*, 2019, 2, pp. 1-21. <https://revistas.um.es/igual/article/view/341501/257391>
- UNESCO. (s/f). “Metodología para Juezas y Jueces sobre aplicación perspectiva de género en decisión judicial.” Cátedra UNESCO de derechos humanos de la UNAM. https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres_ORIGINAL/metodologia/metodologia.pdf
- Armengol, C. M. (2008). *Metodología de la investigación socio jurídica*.

Instrumentos jurídicos salvadoreños

- Asamblea Legislativa de El Salvador (9 de junio de 1981). *Decreto Legislativo No. 705. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de la Discriminación contra la Mujer (1981). CEDAW. Ratificada por el Gobierno de El Salvador y publicado en el Diario Oficial No. 105, Tomo No. 271, del 9 de junio de 1981*. <https://isdemu.gob.sv/wp-content/uploads/2020/10/CEDAW.pdf>

- Asamblea Legislativa de El Salvador (1983). Constitución Política de El Salvador. https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_072857074_archivo_documento_legislativo.pdf
- Asamblea Legislativa de El Salvador (1990). *Ley del Nombre de la Persona Natural (1990)*, Decreto legislativo No 450 publicada en *Diario Oficial No. 103, Tomo 307* el 04/05/1990. <http://www.sansalvador.gob.sv/phocadownload/userupload/12a5d4978b/LEY%20DEL%20NOMBRE%20DE%20LA%20PERSONA%20NATURAL.pdf>
- Asamblea Legislativa de El Salvador (23 de agosto de 1995). *Decreto Legislativo N° 430, La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará (1995). Ratificada por el Gobierno de El Salvador.* https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_073547156_archivo_documento_legislativo.pdf
- Asamblea Legislativa de El Salvador (8 de abril de 2011). *Ley de Igualdad y Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las mujeres (2011)*, Decreto Legislativo N.º. 645, publicado en el D. O. N.º. 70, Tomo 391, de fecha 8 de abril de 2011. <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/els156066.pdf>
- Asamblea Legislativa de El Salvador (25 de noviembre de 2011). *Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres (2011). Decreto Legislativo No. 520, de fecha 25 de noviembre 2010* https://oig.cepal.org/sites/default/files/2011_decreto520_elsvd.pdf
- Asamblea Legislativa de El Salvador (2016). *Decreto Legislativo No 286- 2016, “Creación de Jurisdicción Especializada para una Vida libre de Violencia y Discriminación para las mujeres.”* Publicada en D. O. N° 60 Tomo N° 411. https://oig.cepal.org/sites/default/files/2016_slv_d_286.pdf

Jurisprudencia salvadoreña

- Corte Suprema de Justicia de El Salvador (2018). Sentencia definitiva ref. 24-COMP-2018. Sobre obligatoriedad de juzgar con perspectiva de género. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2018/05/CDCEC.PDF>
- Juzgado Especializado de Sentencia para una Vida Libre de Violencia y Discriminación (2020). Sentencia definitiva del año 2020. Ref. 69-2019- SM-1. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2020-2029/2020/02/E4C8C.PDF>
- Sala de lo Constitucional de El Salvador (2012). Sentencia de Inconstitucionalidad N° 45-2012. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2015/07/B3C56.PDF>

Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador (2020) Sentencia No. 400C2019. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2020-2029/2020/06/E1B62.PDF>

Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador (2021). Sentencia No. 468C2019. <https://app.vlex.com/#vid/901832304>

Instrumentos jurídicos internacionales consultados:

Comité de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW (1992). *Recomendación General No.19: la violencia contra la mujer. 11º Período de sesiones, 1992.* https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres3/html/cedaw/Cedaw/3_Recom_grales/19.pdf

Comité de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW (2015) *Recomendación General No.33: sobre el acceso a de las mujeres a la justicia.* <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>

Comité Naciones Unidas de la CEDAW (2012) Recomendación general N.º 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CEDAW_Recomendaci%C3%B3n_General_28_ES.pdf

Comité Naciones Unidas de la CEDAW (2004) Recomendación general N.º 25 sobre el Párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - Medidas especiales de carácter temporal. [https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(Spanish\).pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(Spanish).pdf)

Cumbre Judicial Iberoamericana. (2013) *Modelo de Incorporación de la Perspectiva de Género en las Sentencias. Comisión Permanente y Acceso a la Justicia.* <https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/otrasPublicaciones/Modelo%20de%20Incorporaci%C3%B3n%20de%20la%20Perspectiva%20de%20G%C3%A9nero%20en%20las%20Sentencias%20.pdf>

ONU (1979). Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW). https://www.ohchr.org/sites/default/files/cedaw_SP.pdf

ONU (1993). *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.* <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-vlence-against-women>

ONU (1995). Declaración y Plataforma de Beijing (1995) aprobadas en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995 <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/9853.pdf>

ONU (2008). *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de Vulnerabilidad*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

Suprema Corte de la Nación de la Ciudad de México (2020). *Protocolo para Juzgar con perspectiva de género*. <https://www.scjn.gob.mx/derechoshumanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf>

Jurisprudencia interamericana

Corte IDH (2005). Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia de 20 de junio de 2005. (p. 126) https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf

Corte IDH. (2006). Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 25 de noviembre de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

Corte IDH (16 de noviembre de 2009). Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 16 de noviembre de 2009. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Corte IDH (24 de noviembre de 2009). Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 24 de noviembre de 2009. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf

Corte IDH (2018). Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia de 9 de marzo de 2018 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf

Jurisprudencia extranjera

Superior Tribunal de Justicia, Jujuy, Argentina (2018) *Sentencia del Expediente: CF-14246-2017*, http://www.justiciajujuy-juris.gov.ar:8081/frm_resultado_out_sentencias.aspx?id=335045

GARANTÍAS LABORALES DE LAS TRABAJADORAS SEXUALES EN COLOMBIA: PROSTITUCIÓN Y MODELAJE *WEBCAM*

Hernando José Caraballo Ramírez
Universidad Cooperativa de Colombia
Colombia
hernando.caraballo@campusucc.edu.com
ORCID: 0009-0003-7103-5390

Claudia Patricia Álvarez León
Universidad Cooperativa de Colombia
Colombia
claudia.alvarezleon@campusucc.edu.co
ORCID: 0009-0002-1326-7313

Valentina Pinzón Pinzón
Universidad Cooperativa de Colombia
Colombia
valentina.pinzonp@campusucc.edu.co
ORCID: 0009-0003-9801-2682

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo principal identificar las garantías que, en materia laboral, tienen las personas que ejercen el trabajo sexual en Colombia bajo las modalidades de prostitución y modelaje *webcam*. Lo anterior debido a que las tendencias actuales sobre el comercio sexual se han ido renovando avocando así su atención a servicios mediante plataformas *online* y digitales, transformando las dinámicas en las que se ejercía de forma tradicional el trabajo sexual. Por consiguiente, resulta pertinente hacer estudios jurídicos sobre el tratamiento normativo que le ha dado el Estado a esta modalidad de trabajo, la cual involucra aspectos de comercio digital, plataformas web, prestación de un servicio, entre otras características relevantes.

Así entonces, se empleará una metodología cualitativa de revisión documental, además de aplicar métodos como el hermenéutico para poder comprender y analizar los avances normativos en la materia, aquellas deficiencias y demás aspectos donde aún no existe una legislación atinente y necesaria conforme a las dinámicas actuales de la sociedad, en donde se involucra esta modalidad de trabajo en Colombia.

Al respecto de lo anterior, Sampieri et al. (2014) mencionan la siguiente característica del estudio cualitativo:

El enfoque cualitativo puede concebirse como un conjunto de prácticas interpretativas que hacen al mundo “visible”, lo transforman y convierten en una serie de representaciones en forma de observaciones, anotaciones, grabaciones y documentos. Es naturalista (porque estudia los fenómenos y seres vivos en sus contextos o ambientes naturales y en su cotidianidad) e interpretativo (pues intenta encontrar sentido a los fenómenos en función de los significados que las personas les otorgan) (Pág. 9).

Como resultados parciales se cuenta con que en la actualidad hay una inexistente regulación normativa enfocada en las personas que ejercen el trabajo sexual en Colombia, bajo las modalidades de prostitución y modelaje *webcam*. Sin embargo, y aunque se ha considerado diversos pronunciamientos de la jurisprudencia como un avance, aún no se regula en plena forma debido a falta de voluntad política del legislativo; ergo, las garantías con las que cuenta este sector poblacional son reducidas.

Palabras clave: Trabajadores sexuales, modelo *webcam*, derecho laboral, derecho comparado.

ABSTRACT

The main objective of this research is to identify the labor guarantees that sex workers have in Colombia under the modalities of prostitution and webcam modeling. This is due to the fact that current trends in the sex trade have been renewed, focusing their attention on services through online and digital platforms, transforming the dynamics in which sex work was traditionally exercised. Therefore, it is pertinent to conduct legal studies on the regulatory treatment given by the State to this type of work, which involves aspects of digital commerce, web platforms, provision of a service, among other relevant characteristics.

Thus, a qualitative methodology of documentary review will be used, in addition to applying methods such as hermeneutics in order to understand and analyze the regulatory advances in the matter, those deficiencies and other aspects where there is still no relevant and necessary legislation in accordance with the current dynamics of society, where this modality of work in Colombia is involved. As partial results, there is currently a non-existent normative regulation focused on people who practice sex work in Colombia, under the modalities of prostitution and webcam modeling. However, and although several jurisprudence pronouncements have been considered as an advance, it is still not fully regulated due to lack of political will of the legislature; ergo, the guarantees available to this population sector are reduced.

Keywords: Sex workers, webcam model, labor law, comparative law.

Sumario: I. Introducción. II. Abordaje inicial acerca del trabajo sexual. III. Normatividad actual de los ASP. IV. Precedentes jurisprudenciales sobre las ASP. V. Hacia la promulgación de una ley integral para las ASP. VI. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

Las actividades sexuales pagas (ASP) tales como la prostitución, damas de compañía, modelaje *webcam*, entre otras más, son fenómenos que han estado presentes en las sociedades durante siglos, desarrollándose con

dinámicas en las que se encuentran inmersas personas que intercambian servicios sexuales a cambio de una remuneración, así como también un entramado económico en el que se ha sumergido la prostitución, trata de personas, pornografía, inducción a la prostitución de niños, entre otras más prácticas que han envuelto a las ASP en una actividad poco deseada, quedando relegada a una periferia social de rechazo y estigmatización.

En ese orden de ideas, al ser una actividad que se practica en la sociedad, aunque con prácticas ocultas, poco visibles y sin buscar tener el mayor contacto con la sociedad en general, ha resultado en que no haya una regulación clara, eficaz y atinente a las necesidades de aquellos sujetos que pueden verse inmersos en las ASP, tales como la persona que ofrece sus servicios sexuales, el cliente que lo desea, y en algunos casos un intermediario que funge como puente entre la persona que ofrece sus servicios y el cliente. Ergo, al no haber una regulación y atención desde el Estado, se pueden evidenciar situaciones en donde se desfavorecen estas relaciones para transitar hacia una precarización en materia laboral de la actividad propia, violencia de toda índole a la persona que ofrece sus servicios sexuales y pérdida de garantías para desarrollar esta actividad que igual que otras en la sociedad tiene una oferta y demanda en sus servicios.

Es por ello que un análisis de las garantías laborales a que tienen lugar las personas que realizan ASP en Colombia es importante si se reconoce la existencia creciente y transformadora con nuevas actividades favorecidas por el internet y la globalización, tal como el modelaje *webcam*, que ha tenido gran acogida en el comercio sexual, además de prácticas de vieja data como la prostitución, como se expondrá más adelante, la cual es la forma que se concibe más tradicional de practicar las ASP. Además, lo anterior es conveniente analizarlo desde una perspectiva de derecho comparado, debido a que con este método de derecho comparado se puede evidenciar aportes, tratamientos y discusiones en torno a las ASP que se han dado en otros países y que resultados, en pro de la formalización de las relaciones y los vínculos laborales se han obtenido, para que de esta forma se puedan brindar elementos que aporten al sistema jurídico colombiano respecto a este fenómeno social en auge.

En razón de lo anterior, se plantea como objetivo general identificar las garantías en materia laboral que tienen las personas que ejercen el trabajo sexual en Colombia bajo las modalidades de prostitución y modelaje *webcam*, desde un análisis de derecho comparado. Asimismo, para dar un cumplimiento cabal a dicho objetivo, se establecen los siguientes objetivos específicos, a saber: Identificar el marco normativo vigente en torno a la prostitución y el modelaje *webcam* en Colombia; contrastar el ejercicio actual de la prostitución frente al del modelaje *webcam* en Colombia y, exponer las medidas legislativas implementadas a nivel internacional para reglamentar el ejercicio de la prostitución y el modelaje *webcam*.

ABORDAJE INICIAL ACERCA DEL TRABAJO SEXUAL

La prostitución ha sido históricamente uno de los temas que más polémicas y divisiones ha generado en la sociedad. Desde verse como algo desagradable, inhumano y antiético, a ser un trabajo, profesión y oficio que, en la generalidad de los casos, ejercen las mujeres. Es así que las sociedades han tomado la prostitución de manera prejuiciosa, como algo lleno de problemas para la sociedad y condenable desde todos los puntos éticos y morales. Esto tiene como consecuencia que año tras año la prostitución sea ejercida de manera oculta, en zonas periféricas y con la incidencia de otras problemáticas como la delincuencia, proxenetismo, trata de personas y tráfico de influencias, haciendo que las personas que ejercen este trabajo se vean vulneradas socialmente y sean objeto de problemas para poder desarrollarse y desenvolverse en los distintos lugares de la sociedad (Rubio, 2012).

En ese orden de ideas, la prostitución al convertirse en una problemática social sujeta a prejuicios y discriminación de las personas, hace menester que los estados tomen acciones que sean inclusivas, restaurativas y, sobre todo, delimite dentro de un contexto social determinado la prostitución y su ejercicio como algo legal.

Al respecto, históricamente se han tomado tendencias regulatorias a nivel mundial acerca de la prostitución, siendo las más importantes la tendencia prohibicionista, tendencia reglamentarista, tendencia abolicionista, y tendencia legalista. Estas tendencias son el resultado de dinámicas sociales que varían en países y contextos en los cuales se acepta en mayor medida el ejercicio de la prostitución, como también otras sociedades donde no se permite y acepta esta práctica.

En países de Europa como Suecia, Noruega, Islandia, Reino Unido y Francia se han adoptado medidas abolicionistas de la prostitución, mientras que países como Holanda y Alemania han decidido tomar medidas legalistas frente al ejercicio de la prostitución, teniendo esto un impacto en las personas que la realizan, y permitiendo así reconocer derechos y libertades humanas (Santoyo, 2015).

En lo que corresponde a Colombia, Becerra y Gómez (2016) mencionan que la prostitución:

Se encuentra implementado en sistema mixto, puesto que prohíbe la inducción a esta actividad, trata de abolir esta actividad, persiguiendo jurídicamente a las organizaciones que tiene destinados sus negocios a la prestación de servicios sexuales y, por último, al darse cuenta de que no puede acabar con este mal social, busca reglamentarlo con leyes para evitar efectos contra la salud, el orden social, la convivencia y las buenas costumbres.

Aun así, el estado colombiano no ha sido capaz de establecer un marco normativo claro, eficiente y directo que reconozca los derechos de las personas que ejercen la prostitución ya que como se menciona en la sentencia T-629 de 2010 de la Corte Constitucional de Colombia:

(...)estima la Corte también indispensable hacer requerir la participación de diferentes autoridades, para que en el marco de sus competencias adopten las medidas necesarias tanto para asegurar el cumplimiento de las órdenes concretas del caso, como el adelanto de las acciones necesarias para dar cumplimiento a los mandatos constitucionales, del Derecho internacional, legales y de carácter administrativo que deben regir la prostitución como fenómeno social tolerado, al ser la prostitución una actividad cuyo ejercicio no está prohibido, ni para quien la ejerce, ni para quien tiene un establecimiento de comercio dedicado a ella.

Es por esto que en Colombia se hace imperante una normatividad clara para regular el trabajo sexual de las personas que ejercen la prostitución, con el propósito de representar sus derechos laborales, sexuales y reproductivos, sanitarios, entre otros más, ya que como lo estima la Corte, en general las personas que ejercen esta actividad le son vulnerados de manera legal y social los (Tirado, 2014; Corte Constitucional, Sala Tercera, T-629 de 2010).

NORMATIVIDAD ACTUAL DE LAS ASP

De esta manera, uno de los principales artículos importantes y a tener en cuenta para el desarrollo de la presente investigación y el análisis de la realidad socio jurídica es el artículo 13, el cual dice lo siguiente:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Así entonces, se puede identificar en el derecho a la igualdad dos dimensiones importantes que vale la pena mencionar: La primera es una dimensión formal que establece la igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación bajo criterios sospechosos.

La segunda, una dimensión material o sustancial, que ordena, de una parte, la adopción de medidas positivas de promoción a favor

de grupos históricamente discriminados o marginados, para lograr la igualdad real y efectiva; y de otra, la protección especial a las personas que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta “por su condición económica, física, o mental”.

Asimismo, en la jurisprudencia desarrollada hasta el momento en el presente capítulo, se hace hincapié en los siguientes artículos de la C.P. como guías orientadoras para poder comprender el fenómeno de la prostitución desde una perspectiva objetiva, además de tener en cuenta criterios necesarios y fundamentales del estado social de derecho y cuál debe ser tenido en cuenta para todas las personas pertenecientes al país.

De primera medida se tiene el artículo 43 de la C.P. que menciona: “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación... El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

Con esto resulta importante tener en cuenta el carácter de género dentro del desarrollo del ejercicio de la prostitución, ya que la prostitución históricamente y en su desarrollo dentro de Colombia, ha tenido un total tendencia a ser desarrollada por mujeres (Tirado et al., 2019). Es por eso que el artículo 43 tiene un carácter trascendental en la regulación y reglamentación de la prostitución en Colombia como un trabajo sexual, puesto que en la jurisprudencia se ha reconocido ampliamente a la mujer que ejerce esta práctica como un sujeto discriminado socialmente, siendo así que desde el estado colombiano se deben aunar esfuerzos para que esta discriminación desaparezca, tal como lo menciona el artículo 43 de la C.P.

Además, en esta línea expuesta por la Corte Constitucional en donde reconocer el ejercicio de la prostitución como un trabajo sexual, el cual ha tenido poca reglamentación y regulación en materia laboral y sanitaria, es menester mencionar entonces el artículo 53 de la C.P. que afirma:

La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores...; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales...; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social...; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

... La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Con esto, la Corte Constitucional entiende que en el desarrollo del ejercicio a la prostitución confluyen relaciones y vínculos laborales, las cuales deben ser justas, legales y enmarcadas en un marco que permita un óptimo desarrollo de esta práctica para los actores involucrados y, como se mencionó anteriormente, en especial a la mujer que ejerza esta práctica.

PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES SOBRE LAS ASP

Para comenzar, desde una perspectiva normativa, la Corte Constitucional en la sentencia C-636 de 2009 indica que el ejercicio de la prostitución no es algo que esté prohibido en Colombia, siempre y cuando no se vea inmerso en las causales previstas en el artículo 213 del Código Penal que indica: “El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona,...”. En consecuencia de lo anterior, se permite diferenciar que en la esfera del ejercicio de la prostitución, la capacidad de la persona de decidir de manera libre, sin alguna presión o amenaza de un tercero es la diferenciadora entre que sea legal o ilegal esta práctica.

Con lo anterior, queda claro la legalidad de la prostitución, lo cual de manera pragmática no es algo prohibido o sancionatorio, y esto lo dispone así el Código de policía en su artículo 42 al indicar sobre el ejercicio de la prostitución lo siguiente:

El ejercicio de la prostitución como tal, no da lugar a la aplicación de medidas correctivas por razones de perturbación a la convivencia, toda vez que las personas en situación de prostitución se encuentran en condiciones de especial vulnerabilidad para ser víctimas de trata de personas, explotación sexual o feminicidios, todas formas de graves violencias de género contra población tradicionalmente discriminada, excepto cuando se incurra en los comportamientos contrarios a esta.

Con lo anterior, resulta evidente que de manera normativa hay unos avances históricos respecto al tratamiento del ejercicio de la prostitución, dejando entrever el cambio de paradigma, y la intención del estado colombiano por regularla y reglamentarla en el territorio nacional. Empero, es de tener en cuenta que la realidad normativa puede en algunos escenarios ser distante o contraria de lo que se tiene en cuenta de manera social, por lo que ser legal el ejercicio de la prostitución no significa per se una aceptación y legitimación social de la misma, lo cual es un elemento de suma importancia para tener en cuenta en las consideraciones e interpretaciones de los resultados de esta investigación.

De acuerdo a lo mencionado anteriormente, la Corte Constitucional en la sentencia C-636 de 2009 también recalca la diferenciación que se debe hacer bajo el principio de voluntariedad para encontrar legal o ilegal la práctica y ejercicio de la prostitución, ya que como menciona la Corte:

[...] para esta Corporación es evidente que frente al riesgo de ofensa de la dignidad personal, e incluso de la autodeterminación sexual y de la propia libertad personal, el consentimiento de la víctima es una salvaguarda insuficiente. La Corte entiende que la autodeterminación sexual puede conducir a una persona a ejercer la prostitución, pero encuentra legítimo que el legislador persiga la conducta del tercero que mediante sugerencias, insinuaciones u otro tipo de recursos obtenga provecho económico de esta opción, pues tal conducta se escapa del ámbito estricto de la autodeterminación personal para ingresar en el de la explotación de la persona humana.

En la sentencia de la honorable Corte Constitucional T-629 del 2010 uno de los pronunciamientos más importantes y trascendentales frente a la prostitución en Colombia, puesto que reúne muchas alternativas que se reconocen mediante la vía constitucional de la tutela lo que piden las personas que ejercen la prostitución como garantías y exigencias de sus derechos fundamentales al trabajo, vida digna, salud, entre otros.

Esta sentencia reúne dentro del marco legal, la protección del derecho al trabajo que reclaman las personas que ejercen la prostitución y otros derechos que se les violan por su estigmatización y discriminación social y legal. Además, prioriza que los derechos sean garantizados y que sean una realidad para las personas que ejercen esta labor en Colombia mediante un marco normativo que debe realizar la rama legislativa mediante el honorable Congreso de la República.

De igual manera se evidencia la legitimidad sobre la actividad del derecho al trabajo sexual, donde se deja claro un gran debate sobre la dignidad humana ante personas que ejercen la prostitución, como una opción legítima protegida por la constitución política de Colombia (C.P.), donde la corte señala que sus derechos no son protegidos actualmente, y más en escenarios donde no hay un contrato de trabajo de por medio entre la persona que ejerce la prostitución y alguna persona dueña de un establecimiento dedicado a tal actividad.

Por último, reitera en varias oportunidades que las personas que ejercen la prostitución no se les puede estigmatizar más en la sociedad, puesto que esta práctica dentro de los parámetros legales es permitida y no supone alguna vulneración para la sociedad si se realiza de la manera correcta como por ejemplo tener el principio de voluntariedad y autodeterminación de la persona para querer ejercer la actividad.

En apoyo de lo anterior, Tirado (2014) hace mención especial y en línea a lo dicho en la presente investigación respecto a esta sentencia de la Corte Constitucional:

Tanto en la tutela interpuesta que da origen a la Sentencia T-629 de 2010 como en la situación de trabajadores sexuales en general se encuentran realidades en las que ha existido una constante discriminación y nula protección de los derechos laborales ante la ausencia de contrato laboral o de mecanismos que amparen sus derechos, por lo que la Sentencia resulta primordial en la protección de los derechos fundamentales de esta población (P. 20).

Ahora bien, dentro de la misma Corte Constitucional hay un pronunciamiento significativo frente a la prostitución mediante la Sentencia T-736 del 2015 en donde se reclama la igualdad, que en el ordenamiento jurídico colombiano es un principio, valor y derecho humano, el cual es fundamental para la concreción del Estado social de derecho y guía el carácter y objetivo de la organización estatal, al ser fuente de obligaciones y límites para las autoridades. De esta manera, al establecer esta sentencia el carácter fundamental y necesario de la igualdad en el marco del Estado social de derecho, se recalcan algunos derechos fundamentales que se encuentran establecidos en la C.P.

HACIA LA PROMULGACIÓN DE UNA LEY INTEGRAL PARA LAS ASP

La investigación se encuentra en curso, por lo que no se ha conseguido con éxito el desarrollo total de este objetivo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Becerra Curtidor, L. J., y Gómez Gómez, S. (2016). Derecho Comparado entre Colombia y la Unión Europea frente al proceso de regulación laboral del trabajo sexual.
- Hernández Daza, V. (2021). La actividad de las modelos webcam en Colombia: Vulneración del derecho al trabajo y omisión al deber de corresponsabilidad.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2016). Metodología de la investigación. 6ta Edición Sampieri. Soriano, RR (1991). Guía para realizar investigaciones sociales. Plaza y Valdés.
- Morán Quiróz, L. C., & Cano Buitrago, S. M. (2021). La necesidad de reglamentar la relación contractual modelo-estudio para la protección de los derechos constitucionales de las modelos webcam en Colombia.
- Obando Camacho, S. R., & Chacón Gómez, C. G. (2022). Perspectivas sobre el trabajo de modelos webcam y sus repercusiones psicosociales.
- Orduz Ramos, P. D. (2021). De la virtualidad, las emociones y el trabajo sexual: un acercamiento desde el modelaje webcam. Trabajo social, 23(1), 153-172.

- Rodríguez De Arce, A. M., & Salazar Buitrago, A. L. (2021). Modelaje webcam trabajo informal y explotación del trabajador sexual.
- Santoyo, S. (2017). Modelos de Regulación de la Prostitución en la Unión Europea.
- Tirado, M. (2011). El debate entre prostitución y trabajo sexual: Una mirada desde lo socio-jurídico y la política pública. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, 6(1), 127-148. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1909-30632011000100007&lng=en&tlng=es
- Tirado, M. (2014) a. Contribuciones al debate jurídico del trabajo sexual en Colombia. *Novum Jus*, 8(1), 11-37. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2014.8.1.1>
- Tirado, M. (2014) b. El trabajo sexual desde una perspectiva de los derechos humanos: implicaciones del VIH/sida e infecciones de transmisión sexual. *Civilizar: Ciencias Sociales Y Humanas*, 14(27), 97-110. <https://doi.org/10.22518/16578953.182>
- Tirado, M., Laverde, C., y Bedoya, J. (2019). Prostitución en Colombia: hacia una aproximación sociojurídica a los derechos de los trabajadores sexuales. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 1(29), 289-315. doi:<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2019.29.13909>
- Rubio, F. J. (2012). Consumo y prácticas sociales “ocultas”: la prostitución. *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, 34(2). ISSN: 1578-6730. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=18126057006>

SISTEMA DE CONSTITUCIONALISMO PROCESAL DÉBIL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Ruth Angela Mendoza Medrano¹
Universidad San Martín de Porres
Perú
mendozamedranor@gmail.com
ORCID: 0009-0002-6383-2851

El Estado constitucional se basa en el principio de la distribución del poder. La distribución del poder existe cuando varios e independientes detentadores del poder u órganos estatales participan en la formación de la voluntad estatal.²

RESUMEN

¿Cómo es posible incentivar la partición ciudadana en Estados con modelos de control constitucional fuerte? en el caso peruano, el modelo procesal constitucional reconoce las decisiones de los/as jueces/az como los últimos grandes integrantes de la toma de decisiones de los procesos de tutela de derechos o controles concretos (normativos) donde sin generar consensos en la sociedad para ejercer el derecho a la participación ciudadana o incluirlos/as en los debates públicos se ejerce el uso excesivo del sistema democrático. Frente a esto la siguiente investigación se llevarán a cabo a la luz de las sentencias revisadas del Tribunal Constitucional Peruano y doctrina especializada para producir un estudio por los sistemas de forma débil comparado a la par de la discusión sobre el activismo judicial y la moderación en el contexto de nuevas instituciones que contribuyen a resolver problemas prácticos de gobernabilidad o solo un interés por buscar nuevos mecanismos procesales.

Palabras clave: derecho procesal constitucional, interpretación constitucional, constitucionalismo débil, estado de cosas inconstitucionalidad, justicia dialógica.

ABSTRACT

¿How is it possible to encourage citizen partition in States with models of strong constitutional control? In the Peruvian case, the constitutional procedural model recognizes the decisions of judges as the last major decision-makers of the processes of protection of rights or concrete

1 Estudiante del VII ciclo de la facultad de derecho de la Universidad San Martín de Porres.

2 Loewenstein, K. (s. f.). Teoría de la Constitución. Ariel.

(normative) controls. Where without generating consensus in society to exercise the right to citizen participation or including them in public debates is the excessive use of the democratic system. Faced with this the following research will be carried out in the light of the revised judgments of the Peruvian Constitutional Court and specialized doctrine to produce a study by the “weak” form systems compared to the discussion of judicial activism and moderation in the context of new institutions that contribute to solving practical problems of governance or only an interest in seeking new procedural mechanisms.

Keywords: constitutional procedural law, constitutional interpretation, weak constitutionalism, state of affairs unconstitutionality, dialogic justice.

Sumario: I. Introducción. II. Sobre el sistema de control constitucional en el constitucionalismo débil. III. El revisionismo judicial frente a las omisiones legislativas. IV. Sobre las omisiones legislativas y el revisionismo judicial en el caso peruano. V. Conclusión. VI. Fuentes de información.

INTRODUCCIÓN

En 1928³, se postula que las diferencias entre las funciones jurisdiccionales y legislativas radican en el hecho de que la primera crea normas generales, mientras que la segunda solo crea normas individuales. Siendo así, anular una ley implicaría colocar una norma de característica individual sobre una general, ya que dicha anulación tiene el mismo carácter de generalidad que la formación de la ley, llevando así una formación de signo negativo, según se refiere Kelsen.

No obstante, dicho paradigma positivista de la dogmática jurídica albergaría un espacio donde la “Teoría del Estado” y la “Teoría del Derecho Procesal” encuentran inconvenientes de fundamentación democrática y procedimientos a la hora de resolver de forma negativa la creación de normas para la tutela de los derechos fundamentales.

Por lo que considerando afirmaciones de Sánchez Viamonte en que la máxima expresión de poder es la soberanía del pueblo⁴, relacionando la idea de la voluntad o soberanía de la nación, como la voluntad o soberanía del pueblo, tenemos a autores como Pizzolo⁵ (sosteniendo a Sieyés⁶) se sustituye conscientemente la noción de soberanía del pueblo por la de

3 Sobre este tema escribe Kelsen en “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en “Escritos sobre la democracia y el socialismo”, Madrid, 1988, pp. 143 y 144.

4 Sánchez Viamonte, Carlos, El Poder Constituyente, origen y formación del Poder Constituyente universal y especialmente argentino, p. 587. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica. Argentina, 1957.

5 Pizzolo, Calogero, Sociedad, poder y política, p. 128. Buenos Aires, Ediar, 2004.

6 Sieyés, Emmanuel, ¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios, p. 149. Madrid, Alianza Editorial, 2003.

soberanía de la nación, a los efectos de introducir el mecanismo de la representación política y evitar la participación directa del pueblo; por lo expuesto debemos coincidir con la última postura, contrastado en la falta de incentivos en la sociedad para ejercer el derecho a la participación ciudadana o ser parte de los debates públicos se ejerce un uso excesivo del sistema democrático, llevándonos así a un replanteamiento del sistema de representatividad y de legitimidad de los modelos constitucionales fuertes donde la máxima expresión del poder no es ni por asomo reflejo de lo expresado por la soberanía del pueblo.

Por esta razón analizaremos desde el desarrollo teórico doctrinario de la “Teoría del Proceso” y de lo que conocemos ahora por “Teoría Constitucional”, en tanto estos conforman un binomio relativo al derecho procesal constitucional para generar reacciones del aparato estatal frente a la inoperatividad de sus representantes, sobre todo en contextos donde la desafección y desconfianza ciudadana en la política demuestra un déficit en la calidad democrática, deteriorándose en el continente latinoamericano, conforme se demuestra en el Informe Latinobarómetro 2021⁷. Al final del primer año de pandemia en 2020 se detiene la caída en el apoyo a la democracia que se venía registrando en la última década, por esa razón entre 2010 al 2018 el apoyo a la democracia había caído de 63% a 48%, y en 2020 se registra 49%.

Por otro lado, advertimos que este escrito no pretende formular debates entre los modelos de constitucionalismos fuerte o débil, menos compararlos; sino presentar uno de los modelos que propone una alternativa institucional en que se reformula ciertos alcances de los dilemas contra mayoritarios, para que finalmente se incentive la participación ciudadana para consolidar nuestro Estado constitucional de derecho, protegiendo (en consecuencia) los derechos fundamentales. Esto a la luz del estudio de diversas sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional Peruano y doctrina especializada en la materia.

SOBRE EL SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL CONSTITUCIONALISMO DÉBIL

En el actual modelo peruano la jurisdicción constitucional es de orden mixto, pues se encuentra compuesto por los controles constitucionales: i) concentrado y ii) concreto; donde el primero es ejercido (de forma exclusiva) por el Tribunal Constitucional o el órgano máximo de cierre, para el control de normas con rango de ley por medio de los procesos de inconstitucionalidad y competencial; mientras que para normas con rango infra legal: el proceso de acción popular, interpuesto ante la Sala Constitucional de Derecho Permanente del Poder Judicial. Siendo así, el segundo tipo de control constitucional es ejercido por el Tribunal

7 En referencia al caso peruano.

Constitucional y el Poder Judicial, para garantizar derechos fundamentales (de forma que los derechos se vuelvan concretizados). Así es como en el caso peruano los jueces tienen facultades de decisión, sobre el Poder Legislativo, es decir por una institución de representación que de manera más específica puede generar controversias sobre quién es el autor de la legitimidad del control judicial sobre objeciones contra mayoritarias como los últimos grandes integrantes de la toma de decisiones de los procesos de tutela de derechos o controles concretos (normativos).

Respecto a las ideas del constitucionalismo débil este no responde a la exclusión de competencias de los jueces en sus labores jurisdiccionales⁸, sino en replantear situaciones donde los jueces necesitan tener en cuenta los efectos de sus decisiones, permitiendo que mediante un grupo de mecanismos externos que permiten al legislador o al Poder Ejecutivo contestar las sentencias que excedan las competencias judiciales o afecten de forma grave la economía del país, es decir pasar a una reacción democrática, siendo que es la búsqueda de que los jueces no tengan la última palabra en la sociedad en las reformas constitucionales, por eso el constitucionalismo procesal debe descansar sobre la idea de construir medidas procesales y no caer en la tentación de que los jueces tienen que ser electos popularmente porque caeríamos también en la politización y no caer en la tentación de eliminar el Tribunal Constitucional porque estaríamos cediendo a la idea de perder una gran experiencia de la judicatura y de valorar los grandes aportes que han hecho pero también nos tenemos que dar cuenta de que por más fervor que tengamos más obsesión hay un gran déficit de legitimidad este constitucionalismo es un ejemplo de procesalismo deliberativo.

Uno de los antecedentes más destacables la Carta Canadiense de Derechos y las Libertades, adoptada en 1982, en la cual proporciona otra versión de la revisión judicial de forma débil, notablemente etiquetada como “dialógica” por Peter Hogg, en razón de que dicha carta enumera derechos fundamentales con dos disposiciones que crean una revisión de forma débil: i) en su sección 1 se proporciona que los derechos garantizados por la carta están sujetos a “limitaciones tales como están demostrablemente justificados en una sociedad libre y democrática” y ii) en la Sección 33 (denominada comúnmente como cláusula *notwithstanding*) establece que las legislaturas canadienses pueden hacer que los estatutos sean efectivos, para renovar importantes disposiciones constitucionales, reflejando un equilibrio entre la función de los representantes electos y los tribunales en la interpretación de los derechos, pues dentro de un sistema en que el poder judicial tenga la última palabra en todas las cuestiones relativas a los derechos afecta a un principio fundamental de la democracia.

⁸ Tushnet, Mark. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton University Press. 2008.

Estas disposiciones permiten dos tipos de respuesta a las interpretaciones constitucionales ofrecidas por tribunales. En relación a que en la primera sección refuerza el registro que respalda la legislación para que proporcione de una mejor a una más “demostrable” (la justificación del alcance de la ley). Por el contrario, la respuesta de la Sección 33 implica un diálogo sobre el sentido constitucional, siendo así que el Parlamento podría promulgar una anulación de la decisión del Tribunal conforme a la Sección 33 porque, en la legislación, las disposiciones de la Carta que tratan sobre libertades son simplemente inaplicables con supuestos donde se tienen controversias con derechos económicos o sociales, este uso de la Sección 33, como respuesta se basaría en un desacuerdo entre la Corte y la legislatura sobre lo que significa la Carta, no simplemente sobre cómo debe ser aplicada. Asimismo, existen mecanismos institucionales para la revisión judicial en el Reino Unido, Nueva Zelanda y Canadá que ciertamente parecen diferir de la revisión judicial en los Estados Unidos. Quizás, sin embargo, no son tan diferentes, pues se asume la posibilidad de que, tal como se implementan, estas formas aparentemente débiles de la revisión judicial en realidad será algo, tal vez incluso mucho, más fuerte de lo que uno podría pensar simplemente leyendo sus descripciones. Antes de participar en este desarrollo, describiré las diferencias analíticas (más que empíricas) del sistema débil con más detalle.

Mientras que los sistemas “fuerte” convergen en una finalidad que dan a las interpretaciones judiciales, aquí vuelvo al planteamiento de la cláusula “*notwithstanding*”, conocido con su traducción al castellano como la cláusula “no obstante” canadiense. Donde una legislatura puede hacer efectiva una ley a pesar del hecho de que, sin una anulación, el estatuto violaría los derechos protegidos por la carta. En esta formulación la carta constitucional permite a un o una legislador para hacer efectiva una ley a pesar del hecho de que los tribunales consideran que el estatuto viola los derechos de la carta, en ese entendimiento, las decisiones de los tribunales tienen finalidad normativa, que se han desplazado temporalmente por la anulación.

Así es como enfatizamos el papel de los movimientos sociales en la formación de constituyentes derecho internacional, como Robert Post y Reva Siegel, ofrecen un modelo en el que la conversación puede tener lugar en un plazo más corto. De acuerdo con este punto de vista, las sociedades influyen en el derecho constitucional albergando movimientos sociales que ofrecen visiones constitucionales distintivamente opuestas a la visión dominante en los tribunales, por lo que se ofrece una alternativa como mecanismo institucional para que los jueces observen el movimiento social y sus efectos en la sociedad, para cambiar sus puntos de vista sobre lo que significa

la Constitución. Debido a que la diferencia entre el modelo político y el modelo de movimiento social no depende de un cambio en la composición de la Corte o Tribunal para que haya un cambio de interpretación. De esa forma Bruce Ackerman ha ofrecido un modelo con un marco de tiempo aún más corto, el desarrolla una descripción general de la transformación constitucional dentro de un sistema constitucional establecido, en el “cambio en el tiempo” pues es importante, la historia, en líneas generales, así como un pueblo movilizado y su dirección política para promulgar su legislación que enfrenta desafíos constitucionales y frente a esto los tribunales defienden esos desafíos.

Los sistemas de forma débil se asemejan al modelo de Ackerman en la medida en que ambos implican la posibilidad de lo que podríamos considerar, que son conversaciones en “tiempo real” entre tribunales y legislaturas. Permitiendo la posibilidad de generar o incentivar conversaciones nacionales y proponer agendas públicas por colectivos que no son parte de la política nacional. Además, Ackerman propone que se puede implícitamente dar interpretaciones de carácter normativo, al menos durante los períodos prolongados de normalidad políticas que siguen los cambios en el tiempo, así el pueblo y sus líderes políticos centran su atención en conseguir control de los tribunales, frente a esa oposición, los tribunales abandonan sus interpretaciones constitucionales y adoptan las ofrecidas por las conversaciones.

En referencia al desarrollo en el que este sistema débil se formula es mediante sus componentes principales, en donde si se cuenta con: i) legitimidad democrática para adoptar decisiones con consecuencias sociales y económicas con nivel, ii) un movimiento que se aleja del sistema parlamentario “puro”, pero sin dar a los jueces la última palabra sobre el estándar constitucional de los derechos fundamentales legislación: los tribunales pueden hacer, como máximo, declaraciones de inconstitucionalidad, pero no declaraciones de nulidad (al menos no del tipo que no puede ser anulado por una ley ordinaria), iii) mecanismos que faciliten el ejercicio del poder constituyente, estos intentan reproducir el episodio original de elaboración de la constitución, y podría usarse para autorizar reformas constitucionales invalidadas judicialmente.

Asimismo, con la tesis defendida por Ronald Dworkin se cree que aunque las democracias fundamentalmente tienen que estar centradas en los derechos de las minorías y que esos derechos son cartas de triunfo frente a las mayorías, porque se llega a creer que un grupo minúsculo de jueces cuando estudian una problemática popular es como si el pueblo estuviera en la corte, (aun sabiendo que existen contextos multiculturales multitudinarios) nosotros podríamos creer

en esa “ficción” de que cuando el corte constitucional decide que la penalización del aborto, entre tantos dilemas constitucionales, el pueblo está ante la corte con los argumentos que ellos utilizan, siendo “representativos” de lo que nosotros pensamos o por el contrario la conveniencia y gusto por algunas decisiones nos hacen caer en una creencia de que ellos tienen una capacidad excluyente y que puede eliminar el autogobierno de los ciudadanos.

EL REVISIONISMO JUDICIAL FRENTE A LAS OMISIONES LEGISLATIVAS

En cuanto al derecho constitucional, la tradición sostiene que incluye necesariamente la protección de los derechos individuales principalmente en la elaboración de la lista de derechos fundamentales, en el marco de un rígido texto constitucional y una autoridad central donde se reserva el derecho de tomar decisiones finales sobre el alcance y el contenido de los derechos. Que el vínculo entre el ideal de los derechos fundamentales y el diseño institucional sea calificado como esencial, eso es exactamente lo que últimamente se ha convertido en algo completamente que no es muy claro. Para Jeremy Waldron, las decisiones del legislador no son en ningún caso revisable por el órgano no representativo, de lo contrario se vulnera el derecho a que todos puedan participar en la adopción de decisiones en la cual nos afecta y entre estas están en determinar qué derechos tenemos y cuales vendrían a ser su contenido, cosa que hacemos en el momento constituyente, pero de un modo que a Waldron le resulta contrario al ideal de los derechos, debido a que no permite reconsiderar tal decisión en el futuro (salvo en condiciones procedimentales que son muy costosas y por lo tanto desigualitarias).

Los sistemas políticos basados en la supremacía del juicio legislativo no “entienden a los derechos en términos del trazado de límites alrededor de individuos autónomos individuales, sino que celebran, en cambio, los derechos en el que un gran número de titulares de derechos actúan juntos para controlar y gobernar sus asuntos comunes, para esto Waldron considera más legítimo: la pura regla de la mayoría. Así bien, es en esta consecuencia, que nos llevaría a admitir la legitimidad del suicidio democrático, donde Juan Carlos Bayón⁹ ha encontrado la fisura con la que limitar la objeción “waldroniana” al constitucionalismo fuerte, y a partir de dicha crítica a la tesis de Waldron, formular su modelo de constitucionalismo débil.

Sin embargo, no todos creen que sea apropiado caracterizar la adopción de estas declaraciones de derechos como el triunfo del primer modelo

9 Al respecto lo señala Juan Carlos Bayón en “Derechos, Democracia Y Constitución” (2000).

de constitucionalismo liberal, con su énfasis en la revisión judicial al estilo estadounidense. Stephen Gardbaum argumenta en cambio que estas conversaciones recientes representan un nuevo término medio, que él caracteriza se plantea como el modelo de constitucionalismo de los países que integran la Comunidad de Naciones¹⁰. Así también enfatiza la capacidad del parlamento para estar de acuerdo con las interpretaciones judiciales de los derechos como una característica distintiva de este nuevo modelo. Otro elemento importante de este nuevo modelo constitucional es la adopción de la previsión de los derechos políticos, lo que implica nuevas responsabilidades e incentivos para que los funcionarios públicos y políticos evalúen la legislación propuesta en términos de su compatibilidad con los derechos protegidos.

Estas dos características: i) la capacidad de estar en desacuerdo con las interpretaciones judiciales de los derechos protegidos y ii) políticas revisión de los derechos civiles, representan potencialmente una incentivo democrático donde se origina de la capacidad de este modelo para generar opiniones más amplias y reflexivas sobre los juicios sobre cómo los derechos deben influir o limitar las decisiones legislativas y su aceptación, en teoría, de la legítima disidencia política de las interpretaciones judiciales.

Por otro lado, volviendo a la experiencia canadiense, de todas las jurisdicciones discutidas aquí, Canadá ha tenido la mayor experiencia con sentencias judiciales que impugnan la validez de la legislación desde una perspectiva de derechos. Sin embargo, lo más relevante es el cambio rotundo entre la política y la cultura desde que se adoptó la Carta. La siguiente evaluación refleja ideas extraída del análisis cualitativo de cuestiones de política impugnadas que involucran a las demandas de la Sección 33, donde se aborda los roles judiciales y parlamentarios con respecto a los asuntos de la Carta, y observaciones generales sobre el comportamiento político en materias que dan lugar a la reivindicación de derechos. La orientación jurídica del constitucionalismo canadiense lo hace difícilmente sorprendente apreciando que los políticos son reacios a tomar decisiones que ponen en riesgo ser tildado insensibles a los derechos. Esta forma particular de cultura niega el significado asociado con este modelo alternativo: de permitir por aportes políticos a juicios sobre derechos, encontrando formas de participar en un diálogo significativo.

Por otro lado, hacer la constitución significativamente rígida con un tipo de poder contra mayoritario de la rigidez no es suficiente para

10 Término original de Stephen Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism," 49.p (2001).

que sea eficaz. Si la constitución ha de ser suprema, y entonces la legislación ordinaria subordinada a ella, necesita de un sistema por el cual estas leyes incompatibles o contradictorias con el contenido de la constitución pueden ser declaradas inconstitucionales por lo que necesita ser interpretada y aplicada para que sea efectivo, pero la tarea de interpretar y hacer cumplir la constitución no debe dejarse en manos de una institución mayoritaria como el legislativo. Si el objetivo de los Tribunales o Cortes es prevenir que las mayorías se vuelvan tiránicas, debemos evitar la posibilidad de que puedan, por ejemplo, reinterpretando la constitución para adaptarla a sus preferencias o a su voluntad.

SOBRE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS Y EL REVISIONISMO JUDICIAL EN EL CASO PERUANO

Desde el 2008, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido en la Sentencia recaída en el Expediente 05436-2014-PHC/TC, lo siguiente:

Han pasado 8 años de tal sentencia (en alusión a la Sentencia 03426-2008-HC/TC) y aún no se aprecia ni la existencia, ni la efectividad, de una política pública que restablezca la capacidad institucional de las respectivas instituciones, tal como fue dispuesto por este Tribunal (fundamento 80).

Supuesto en que se indica por la misma jurisprudencia que el esfuerzo en conjunto por parte de la institucionalidad constitucional no llega a ser eficiente a la hora de proteger los derechos fundamentales debido a que los problemas estructurales, no coyunturales exigen acciones inmediatas y de corto a largo plazo. Supuesto en el cual no se permite por medio de algún pronunciamiento por el Tribunal o alguna Corte. Para si contabilizamos las 18 sentencias con declaratorias de “estado de cosas inconstitucionales”, se dejara de manera constatada el plazo en el cual el Tribunal Constitucional peruano demora en resolver estos casos de vulneración sistemáticas de los derechos fundamentales, en que se resuelven temas por medio de políticas públicas estructurales frente a omisiones legislativas o conductas estatales irregulares El resultado demuestra que entre el plazo más largo que se tiene de demora en resolver un expediente es de 2072 días y el aproximado de demora por expediente con vulneraciones estructurales entre 796 a 952 días entre el día de la recepción de la demanda y la publicación de la sentencia.

Como tal muestra la evidencia en que no solo la labor jurisdiccional debería ser el último garante de los derechos fundamentales, pues se suele incurrir en demoras en el plazo para sentenciar y falta de superación en los problemas en los efectos de la sentencia y la etapa de ejecución o cumplimiento. No obstante, en cuanto una constitución

escrita da a los jueces el poder de derogar la legislación, la revisión y el poder judicial se vuelve fuerte se vuelve aún más fuerte, la legislación que modifica la constitución no sería suficiente para anular todas las decisiones judiciales, así como declaraciones de nulidad.

CONCLUSIÓN

En el Derecho Procesal Constitucional peruano se tiene como tesis principal el de un modelo de Derecho Procesal concretizado¹¹, en el cual comprende al Código Procesal Constitucional como la concreción de diversas disposiciones constitucionales, asimismo, tiene por finalidad la protección de los derechos fundamentales, decir principios y valores por medio del garantismo y este mismo es una realidad viva que responde conflictos y tensiones que procedimientos políticos no pueden u omiten resolver, es así como prevalece el principio de supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales como consecuencia del modelo concretizado.

Sin embargo, este punto es bastante general, debido a que los mecanismos procesales son instrumentales y persiguen un conjunto complejo de objetivos, incluidos objetivos sustantivos como la aplicación de la ley y la protección de la fuerza normativa de la constitución. Por lo que cualquier cambio en el caso peruano en sus mecanismos procesales equivale a un cambio en los fines que persiguen, pero sin mayores niveles de eficiencia a la hora de tutelar los derechos. Por medio de sólo interpretaciones judiciales a las que las legislaturas responden cambiando sus estatutos también puede cambiar la mezcla de políticas públicas que busca el legislador. Tales interpretaciones podrían tener los efectos de política asociados con la revisión judicial de forma fuerte.

Talvez estos efectos de política podrían evitarse mediante la promulgación de una nueva disposición normativa, pero, aparte del hecho de que el legislador ya promulgó códigos procesales constitucionales que, a su juicio, mejor se adapte a los valores constitucionales y políticas no constitucionales, al hacerlo se enfrenta dos problemas adicionales. Pero entonces, ¿cómo puede responder una legislatura? Por supuesto que puede modificar el Código Procesal, pero supongamos que no estén de acuerdo con dicha valoración otras instancias judiciales y constituciones. La única respuesta, que al parecer, volvería a promulgar una disposición, como procedimiento alternativo que pudiera acercarse a lo que se denomina el constitucionalismo dialógico una línea que ha emergido desde propuestas si se quiere algunas anglosajonas. Decir la palabra considera no sólo los demás poderes

11 Peter Haberle - *Estudios sobre la jurisdicción constitucional: con especial referencia al Tribunal Constitucional Alemán*. (2005)

del Estado sino a la sociedad, en aspectos que vuelven a la democracia y sus integrantes del constitucionalismo débil con el derecho procesal es una propuesta importante para reunir aplica diálogos no sólo entre los poderes institucionales sino los diálogos sociales en un país que no dialoga y nos arrebatan la palabra.

He sugerido aquí algunas razones para pensar que los sistemas de revisión judicial de forma débil podrían proporcionar una preocupación que sin restricciones el congreso o el máximo órgano representativo no presta suficiente atención a los derechos humanos, o de que los sistemas fuertes de revisión judicial estén en tensión con los valores del autogobierno democrático. Aun así, pensar en sistemas de forma débil es ciertamente más interesante que reproducir la discusión sobre el activismo judicial y la moderación en el contexto de nuevas instituciones. Quizás este sistema de revisión judicial de forma débil contribuye a resolver problemas prácticos de gobernabilidad o solo un interés por buscar nuevos mecanismos procesales, así también es como el académico debe tomar en cuenta a la hora de criticar el modelo de derecho procesal constitucional de forma débil.

FUENTES DE INFORMACIÓN

- ALTERIO, A. M. (2021), “La inclusión en la teoría de la democracia de Roberto Gargarella. Preguntas sobre el principio de participación de todas las posibles afectadas en el caso Gelman vs. Uruguay”. Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia. N.º 49.
- BAYÓN, J. C. (2000), “Derechos, democracia y constitución”, Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional.
- CAPPELLETTI, M. (2010), “La jurisdicción constitucional de la libertad con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco”. Palestra Editores.
- COLÓN-RÍOS, J. I. (2014), “A new typology of judicial review of legislation”, Global Constitutionalism.
- DE LORA, P. (2000), “La posibilidad del constitucional thayeriano”, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N.º 23.
- DIXON, R. (2012), “Weak-form judicial review and American exceptionalism”, Oxford Journal of Legal Studies.
- EGUIGUREN PRAELI, F. (2000), “Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa”, Buenos Aires: CIEDLA/ Fundación Konrad Adenauer.
- FERRERES COMELLA, V. (2000). “Una defensa de la rigidez constitucional”. Revista Doxa, N.º 23.
- GARGARELLA, R. (2013), “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”.
- GARGARELLA, R. (1996). “La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contra mayoritario del poder judicial”.

- HIEBERT, J. (2004), “New constitutional ideas: Can new parliamentary models resist judicial dominance when interpreting rights?”, *Texas Law Review*.
- MARTÍ, J. (2014) “¿Is Constitutional Rigidity the Problem? Democratic Legitimacy and the Last Word”.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2010). “El derecho procesal constitucional a inicios del Siglo XXI en América Latina”. Universidad Externado de Colombia.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2003), “Justicia constitucional y derechos fundamentales”, Trotta, Madrid.
- ROA ROA, JORGE ERNESTO. (2015) “El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales”.
- ROMBOLI, R. (2012), “El nivel nacional: la relación entre la Corte constitucional y la autoridad de la jurisdicción común en el control de constitucionalidad de la ley”, *Revista peruana de derecho público*, N.º 13.
- TUSHNET, M. (2008), *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, PUP, Princeton.
- TUSSEAU, G. (2015) “La elección de un modelo de control de constitucionalidad: entre explicación y norma”. *Parlamento y Constitución* N.º 17.
- TUSHNET, MARK (2003) *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights and Democracy Based Worries*. *Wake Forest Law Review*, N.º 38.
- STEINBERGER, H. (1986) *Algunos rasgos fundamentales de la justicia constitucional en la República Federal de Alemania*. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*.
- WALDRON, J. (2018) “Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales”. *Siglo XXI Editores*.
- WALDRON, J. (2005), *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS DERECHOS HUMANOS DE CUARTA GENERACIÓN EN LA JUSTICIA DIGITAL COLOMBIANA

Sergio David Ríos Torres¹

Universidad Cooperativa de Colombia
Colombia

riosto@campusucc.edu.co

ORCID: 0000-0002-3149-8281

RESUMEN

Es una investigación teórica con enfoque cualitativo que tiene como propósito destacar los derechos humanos de cuarta generación en el marco de la justicia digital colombiana. El artículo se divide en dos partes: en la primera, se resalta la fundamentación conceptual de los derechos fundamentales y humanos, en suma, se abarca concisamente sobre lo esencial de la justicia digital. La segunda parte está destinada a identificar los derechos humanos pertenecientes a la generación objeto de estudio y como de manera indirecta están inmersos con la justicia y el proceso digital. El artículo expone algunas consideraciones sobre la pertinencia de un mecanismo para garantizar la protección de la cuarta generación de derechos humanos y finaliza expresando una recomendación para la protección de los referidos derechos en sede jurisdiccional y administrativa.

Palabras clave: cuarta generación, derechos humanos, digital, internet, justicia, protección, tecnologías.

ABSTRACT

It is a theoretical research with a qualitative approach that aims to highlight the fourth generation of human rights in the framework of Colombian digital justice. The article is divided into two parts: in the first, it highlights the conceptual basis of fundamental and human rights, in short, it covers concisely the essentials of digital justice. The second part is intended to identify the human rights belonging to the generation under study and how indirectly they are immersed with the justice and the digital process. The article sets out some considerations on the relevance of a mechanism to ensure the protection of the fourth generation of human rights and concludes by expressing a recommendation for the protection of those rights in jurisdictional and administrative headquarters.

Keywords: fourth generation, human rights, digital, internet, justice, protection, technologies.

¹ Estudiante de décimo semestre de pregrado en Derecho por la Universidad Cooperativa de Colombia, Campus Bogotá, D.C. Integrante del semillero de investigación de Derecho Procesal Cundumi Dembelé de la Facultad de Derecho de la misma universidad. Miembro estudiante del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, miembro de la Red Juvenil de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C., y miembro de la Red Interdisciplinaria Iberoamericana de Investigadores e Investigadoras Nodo Socio Jurídico. Correo institucional: Sergio.riosto@campusucc.edu.co | ORCID: 0000-0002-3149-8281.

Sumario: I. Introducción. II. El porqué de una cuarta generación y su relación con la justicia digital. III. Derechos humanos de cuarta generación inmersos en la justicia digital. IV. De la protección de los derechos humanos de cuarta generación. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

La administración de justicia no es indiferente a la adaptación de sus funciones respecto a los grandes avances tecnológicos y a la era digital, por lo que, desde finales del siglo pasado, de manera gradual, el poder legislativo y el órgano de administración de la Rama Judicial han adoptado medidas para modernizar el sistema judicial, haciendo que resulte viable la implementación de nuevas tecnologías en los procesos judiciales y, como aceptación de ello, el derecho procesal contemporáneo se adecúa a la disrupción tecnológica siendo posible afirmar que existe una justicia y proceso digital en constante progreso.

En las últimas dos décadas, de manera sistemática las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), las nuevas tecnologías y, en general, cualquier medio técnico predominan en diversas actividades sociales, sin que el servicio de justicia sea la excepción, de tal manera que, en la actualidad, los avances científicos y la innovación tecnológica es lo que posibilita referirse a una justicia digital en funcionamiento y por otra parte, es lo que permite enfatizar sobre una cuarta generación de derechos humanos, generación por medio de la surgen nuevos derechos en consideración del dinamismo propio de la invención del ser humano. Como efecto de lo anterior, se ha pasado por alto aspectos que requieren de análisis y discusión, tal como lo es la evolución y pertinencia de esta generación de derechos, la ausencia de taxatividad normativa, el alcance de aplicación y reconocimiento, la forma en la se involucran en el marco de un proceso digital, la existencia de mecanismos para la salvaguarda y restablecimiento de los derechos humanos de cuarta generación, entre otros, de ahí que la investigación formule como pregunta problema: ¿cómo en el ordenamiento jurídico colombiano se protegen los derechos humanos de cuarta generación que tienen incidencia con la justicia digital?

Para efectos de desarrollar lo anterior, la presente investigación plantea como objetivo general establecer el alcance de protección de los derechos humanos de cuarta generación en la justicia digital colombiana. Por su parte, son cuatro los objetivos específicos: el primero, desarrollar la fundamentación teórica sobre derechos fundamentales y derechos humanos de cuarta generación; el segundo, identificar la reciprocidad entre derechos humanos de cuarta generación y justicia digital; el tercero, distinguir los derechos humanos de la cuarta generación que se encuentran inmersos en la justicia digital y, cuarto, determinar cuáles son los mecanismos idóneos para garantizar la protección de estos derechos.

El contenido desarrollado en el artículo es de relevancia porque destaca la trascendencia de comprender los derechos fundamentales y de los derechos humanos desde la óptica teórica y procedimental; demuestra que actualmente la inmersión de la cuarta generación de derechos humanos no debe entenderse como algo venidero o en etapa de proyección, sino, más bien, en etapa de desenvolvimiento y progresión; abarca consideraciones históricas sobre la justicia digital en Colombia; especifica cuales son los derechos humanos de cuarta generación que de manera indirecta se involucran en el escenario de una justicia digital y del proceso digital; discute y hace una racionalización con relación al mecanismo idóneo para la protección de esta generación de derechos.

La metodología implementada consistió en la adaptación de las características propias de una investigación teórica con enfoque cualitativo. Se empleo el método histórico-lógico a fin de profundizar en los antecedentes jurídicos e inmediatos de la justicia digital colombiana y en los aspectos generales de su desarrollo; se utilizó el método inductivo con el propósito de llevar la investigación de lo particular a lo abstracto para obtener una conclusión generalizada a partir de la derivación inductiva. La ley, la jurisprudencia y la doctrina fueron las fuentes de información de consulta para realizar el artículo.

ALCANCES Y FUNDAMENTACIÓN CONCEPTUAL

Con el contenido de este apartado se pretende esbozar sobre las bases teóricas de los mencionados derechos y hacer énfasis en lo fundamental. Lo anterior, con el propósito de llevar al lector a una comprensión completa sobre el tema central de la investigación: los derechos humanos de cuarta generación en la justicia digital colombiana. Bien es conocido que los derechos más allá de su denominación de carácter humano, fundamental o constitucional son inherentes al ser humano por la simple condición de la existencia de una persona, es así como la estipulación expresa de cualquier derecho es necesaria por qué se requiere para la convivencia social y para la paz mundial, más aún cuando para Parra Quijano (2016) “el oxígeno de la paz es la justicia judicial con justicia social” (p. 24).

Los derechos fundamentales son innatos a la persona; al no tener ningún tipo de limitación, no puede haber una aplicación parcial, ni tampoco dependen del reconocimiento por parte del Estado; por su naturaleza, propenden a garantizar el pluralismo, la dignidad humana, la igualdad y la libertad del individuo. En otras palabras, “Los derechos fundamentales son aquellos de los que cualquier persona es titular, con lo que se estructuran como una noción antropológica, relacionada con la condición de la persona de ser en sí misma” (Huerta Gutiérrez, 2019, p. 73).

Siendo derechos que, como explica Delgado Mota (2019) se conciben, históricamente, como reivindicaciones que posibilitan la protección de las personas frente al poder del Estado, como una barrera contra la arbitrariedad y contra su conducta extralimitada, lo cual hace que el concepto indeterminado se establezca según su circunstancia de aplicabilidad. En Colombia, la Corte Constitucional (2016) por medio de la sentencia T-095 interpretó el postulado del jurista y doctrinante Luigi Ferrajoli respecto a lo que debe entenderse por el concepto de derechos fundamentales, para lo cual explicó que son aquellos,

[...] adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto a ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables. Por su parte, según la teoría del positivismo, son fundamentales todos aquellos que estén explícitamente consagrados en el ordenamiento jurídico (p.17).

Por su parte, esta investigación define los derechos humanos como aquellos que se caracterizan por tener un grado de aplicación y de protección universal dirigido a garantizar unas calidades de vida en condición de igualdad hacia todo individuo sin distinción de su género, raza, religión, nacionalidad, entre otros. Por demás, desde un punto de vista sociopolítico, los derechos humanos son determinantes a la hora de valorar y cuestionar la legitimidad de un Estado y de su ordenamiento jurídico. A partir del prisma estructural sobre la teoría de los derechos del hombre expuesta por el filósofo y escritor Norberto Bobbio, la explicación sobre la formación de los derechos humanos:

[...] ha de buscarse en su génesis histórica, que se articula en tres fases. En la primera, los derechos de libertad atribuyen a los ciudadanos algunas esferas de actividad, en las que el Estado no puede inmiscuirse sino parcialmente (por ejemplo, libertad de movimiento, de empresa, etc.). En la segunda fase, los derechos políticos atribuyen a los ciudadanos una esfera de autonomía respecto al Estado (por ejemplo, libertad de asociación, de voto, etc.). En la tercera fase, en fin, los ciudadanos obtienen mayor igualdad y bienestar a través de los derechos sociales garantizados por el Estado. Bobbio habla de libertad del Estado, en el Estado y mediante el Estado (Losano, 2014, p. 39).

EL PORQUÉ DE UNA CUARTA GENERACIÓN Y SU RELACIÓN CON LA JUSTICIA DIGITAL

En la doctrina, es posible encontrar varios acercamientos hacia el concepto adecuado de estos derechos, por lo que existen dos teorías al respecto: la primera, según Guerrero (2020) consiste en que los derechos humanos de cuarta generación “surgen a partir de las nuevas formas que cobran los derechos de primera, segunda y tercera generación en el entorno del ciberespacio” (p.1); la segunda teoría,

algo cercana a la primera, para Bailón Corres (2020) consiste en que “la cuarta generación de derechos humanos trata de nuevos derechos, empero a su vez trata de derechos ya enunciados y regulados anteriormente, pero redefinidos por las nuevas condiciones de la sociedad, la tecnología y la globalización (p.114).

A finales del siglo XX, la Corte Constitucional en sede de tutela, por medio de la ponencia del honorable magistrado Ciro Angarita Barón, hizo un notable pronunciamiento sobre esta generación de derechos, afirmando que:

[...] dentro de la perspectiva de crear y definir permanentemente nuevos derechos humanos que respondan a las exigencias de las diversas coyunturas históricas, se habla hoy de una cuarta generación de tales derechos que tendría como finalidad específica dar respuesta tanto a los desafíos científicos y del progreso tecnológico (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T414-1992).

A causa del funcionamiento de la administración de justicia en la actualidad, es posible inferir que la relación entre cuarta generación de derechos y justicia digital es que ambas dependen de un ecosistema digital y del empleo de las herramientas tecnológicas y nuevas tecnologías para cumplir su propósito funcional, esto implica, por supuesto, la preexistencia de innovación disruptiva, porque de lo contrario, el escenario sería limitado, a tal punto que, la doctrina, la jurisprudencia y la norma sustancial solo harían alusión a una tercera generación de derechos, sin ni siquiera plantearse a largo plazo la existencia de la cuarta generación; y lo mismo sucedería con la justicia tradicional y arcaica, donde la regla general sería la prevalencia de la presencialidad. Adicionalmente, téngase en cuenta que, como deduce Bustamante Donas (2007), la cuarta generación de derechos humanos está intrínsecamente relacionada con la capacitación de los ciudadanos para disfrutar de las posibilidades de realización personal que aportan las TIC. Hoy en día, estar digitalmente excluido significa estar socialmente excluido.

DERECHO HUMANOS DE CUARTA GENERACIÓN INMERSOS EN LA JUSTICIA DIGITAL

Los derechos humanos recobran envergadura en el marco de un litigio, implica, como efecto, que varios derechos de aplicabilidad universal transfiguren en el sistema judicial. Los siguientes apartados están destinados a identificar, concretamente, los derechos humanos de la cuarta generación que, en la actualidad, tienen relación con el proceso digital.

Derecho humano de acceso a la informática y a formarse en nuevas tecnologías

Como bien se mencionó anteriormente, de los derechos humanos de cuarta generación surgen nuevos derechos, dos de ellos es el acceso a la informática y a formarse en las nuevas tecnologías, el cual, al tenor de lo previsto en el artículo 8.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes (2007) prevé “el derecho a la ciencia, la tecnología y el saber científico, que garantiza el acceso a los conocimientos científicos, tecnológicos y humanísticos y a beneficiarse de los resultados de dichos conocimientos”(p.21). Es posible considerarlos como derechos humanos en virtud de que el trasfondo de estos comprende lo inherente a los derechos humanos de igualdad y dignidad humana, su reconocimiento y protección debería ser entonces de carácter universal; son derechos conexos porque para materializar su fin se depende de una aplicación conjunta, sin que se prescindiera de alguno.

La alfabetización en formación sobre tecnologías innovadoras y disruptivas es necesaria porque permite la efectividad del derecho humano de acceso a la informática y garantiza el consolidado y universal derecho humano al desarrollo, más aún cuando, según expresa García Sánchez & Reyes Añorve (2014), en los derechos humanos se ha incluido a la tecnología como un derecho humano adicional, como un recurso fundamental que sirva como medio para favorecer el desarrollo humano y la superación de las desigualdades sociales. Sobre el desarrollo como derecho humano, el órgano principal de las Naciones Unidas declaró que:

[...] es un derecho humano inalienable [en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él (Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 41/128).

Acceso y uso del internet como derecho humano

El internet es un fenómeno que desarrolló la individualidad del ser humano, convirtiéndose en una necesidad social, cultural, económica que trae consigo como exigencia para el legislador la efectiva protección en la innovación de amplitud de nuevos derechos humanos. En una sociedad digital cambia el modo de existir, cuestionando las estructuras tradicionales, pero sin perder el amparo de la dignidad humana. Por lo tanto, como indican Restrepo Tamayo y Gómez Agudelo (2020) “renunciar a los beneficios derivados del uso y del acceso a internet es incurrir en un retroceso innecesario, pues es signo de progreso en nuestra era” (p.121). Negar el acceso al internet es implementar nuevas

formas de desigualdad social; el acceso al internet, más allá de su función como servicio público, es posible considerarlo como otro de los derechos humanos que surgen de una cuarta generación, puesto que, está inmerso en el entorno digital y en las tecnologías.

Considera Rama Judicial (2020) que, aunque la aplicación de las TIC en la justicia digital tenga como objeto el dinamismo y utilidad de mecanismos como el expediente electrónico para generar así la transformación digital, señala Departamento de Derecho Laboral (2021) que no hay que dejar de lado aspectos como la cobertura energética y de internet en las ubicaciones de despachos judiciales en el país, así como también agrega Universidad de los Andes (2020) que la cantidad de personas que pueden acceder a las TIC en sus hogares, ya que éstos dependen y son evidencia de la gran brecha digital que afronta Colombia, coyuntura que se encuentra en contradicción directa con la cultura virtual que plantea la actualidad social.

La Organización de las Naciones Unidas en el año 2011 proclamó el internet como derecho humano, en diferentes Estados del mundo se ha reconocido el derecho del acceso al internet en el escenario de la formación y desarrollo de una sociedad de la información. Por ejemplo, en Centroamérica, Costa Rica es de los primeros Estados del continente americano que, mediante la vía jurisprudencial reconoce el acceso a Internet como un derecho fundamental, así lo declaró la Sala Constitucional por medio de la sentencia N°10627 de 18 de junio de 2010 por tratarse de un vehículo indispensable y necesario para transitar en la sociedad de la información. En Latinoamérica, México, a partir de la reforma en telecomunicaciones promulgada en 2013, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos artículo seis (6) reconoce como constitucional el derecho de acceso al internet; Brasil fue el segundo, siendo pionero en derechos digitales, cuando aprobó el *Marco de Derechos Civiles para Internet* en 2014, creando una amplia garantía de libertad de expresión *online*, estableciendo, por demás, principios sobre el acceso y la neutralidad de la red. Por su parte, la legislación argentina en el año 2019 presentó un proyecto legislativo para agregar a la ley 27.078 de 2014 (Argentina Digital) el internet como un derecho fundamental y no humano.

En Perú, un grupo parlamentario presentó el proyecto de ley 1736 de 2021, el cual fue aprobado en marzo de 2021 y se reconoció la importancia del Internet como derecho habilitador para otros derechos. En el caso de Colombia, actualmente el acceso al internet se encuentra sometido bajo el principio de sostenibilidad fiscal y su tratamiento es el propio de un servicio público esencial, aunque mediante el proyecto de

acto legislativo número 032 de 2020 el legislador pretende modificar el artículo 20 de la Constitución Política para establecer el Internet como derecho fundamental y garantizar su acceso y conectividad en todo el país. No obstante, a lo anterior, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en el fallo de tutela con radicado STC3586 de 2020, otorgó el calificativo al acceso al internet como derecho humano digno de protección para el acceso masivo.

Del derecho humano a la autodeterminación informativa

Como destaca Iraburu (2006), la intimidad, como la representación de lo más personal de cada persona que únicamente se compara con el consentimiento se convierte pues en un aspecto relevante y fundamental para legitimar cualquier sistema democrático, porque la esfera privada de ciudadanos y su protección definen el papel que desempeñan en el Estado y cómo contribuyen a este.

Las características del contexto digital sugieren una nueva interpretación. La autodeterminación informativa, siendo a juicio de esta investigación un derecho humano de la cuarta generación, se define como:

[...] el derecho que tiene toda persona de acceder y controlar la información personal registrada en bancos de datos públicos o privados, la autodeterminación informativa incluye las facultades de: a) Solicitar la corrección, rectificación, actualización o modificación de datos inexactos. b) Solicitar la cancelación de datos obsoletos, inapropiados o irrelevantes. c) Facultad de solicitar la cancelación de datos personales obtenidos por procedimientos ilegales. c) Facultad de exigir que se adopten medidas suficientes para evitar la transmisión de datos a personas o entidades no autorizadas.

Ciberseguridad en el contexto de un proceso digital cobra importancia para asegurar una protección alta y eficaz la información contenida en mensajes de datos y en portales web, gestión documental de las actuaciones procesales y, sobre todo, la información visible en un expediente electrónico, a saber:

[...] datos confidenciales de los litigantes tales como: números de identificación de personas naturales y jurídicas, números de cuentas bancarias, informes médicos y psicológicos; testimonios dentro de transcripciones y grabaciones selladas; propiedad intelectual y secretos comerciales; registros de deliberación judicial; datos de los servidores judiciales, datos financieros del sistema judicial, entre otros, que se constituyen en información sensible, puede contener información confidencial del Gobierno relacionada con la seguridad nacional (Rodríguez Márquez, 2021, p. 24).

DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE CUARTA GENERACIÓN

La protección de los derechos no depende únicamente de medidas administrativas o del acogimiento de políticas públicas, se requiere el uso adecuado y oportuno de mecanismos que permitan cumplir la garantía de amparo, acciones administrativas y acciones constitucionales existentes en el ordenamiento jurídico colombiano que, por sus características y funciones, permitirían realizar la protección ideal de los derechos humanos de cuarta generación.

Por ejemplo, la acción de tutela porque protege derechos constitucionales fundamentales según el artículo 2 del decreto 2591 de 1991, empero es susceptible de protección de derechos humanos porque el mismo artículo sugiere que la acción debe garantizar un derecho cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, además, porque en treinta años de empleo de esta acción los falladores en su garantismo y en uso pleno de sus poderes constitucionales, han sobrellevado sus decisiones hacia una protección de distintos derechos humanos de primeras generaciones que inclusive no se encuentran consagrados en la Carta Política, esto, para evitar no solo un menoscabo absoluto del derecho sino también que el accionante acuda innecesariamente al Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (SUDH).

CONCLUSIONES

Los derechos fundamentales y humanos son determinantes para valorar y cuestionar la legitimidad de un Estado y de su ordenamiento jurídico, por lo que la investigación determinó que el alcance de protección de los derechos humanos de cuarta generación en la justicia digital colombiana es reducido, débil y abstruso. Las razones tienen que ver con: carencia de una declaración universal de la cuarta generación de derechos que permita tener una taxatividad sustancial de la referida generación; implementación y uso inadecuado de las herramientas tecnológicas para el correcto funcionamiento de la justicia y del proceso digital; la implementación repentina y apresurada de la normatividad que puso en marcha el asentamiento responsable de la denominada justicia digital y, el incumplimiento del legislador para desarrollar a cabalidad su principal función constitucional que incumbe a su vez, en la imposibilidad de tomar iniciativas para garantizar de manera condescendiente, sólida y eficaz la protección de los derechos humanos de cuarta generación en la justicia digital colombiana.

La fundamentación teórica sobre los derechos fundamentales y los derechos humanos permite inferir que su divergencia radica en la jerarquía, el propósito, la garantía de cumplimiento y el ámbito

de aplicación efectiva, por cuanto los derechos constitucionales se conciben, principalmente, de los derechos fundamentales, siendo estos asimilados como reivindicaciones que posibilitan la protección de las personas frente al poder del Estado. Por su parte, los derechos humanos por su constante evolución se caracterizan por tener un grado de aplicación y de protección universal dirigido a garantizar unas calidades de vida en condición de igualdad hacia todo individuo. La reciprocidad entre derechos humanos de cuarta generación y justicia digital radica en el sometimiento mutuo sobre una esfera digital y de sobreponer la disrupción tecnológica para cumplir su propósito funcional.

En el criterio de la presente investigación, los derechos humanos de la cuarta generación que se encuentran inmersos en la justicia digital son: el acceso a la informática y a formarse en las nuevas tecnologías, los cuales, de manera conjunta, garantizan la formación y acceso a las tecnologías y al saber científico en aras de una superación de las desigualdades sociales; el acceso y uso del internet, el cual, al tenor de lo expresado por la Organización de las Naciones Unidas, no debe ser acogido como un derecho fundamental sino como un derecho humano, más aún cuando, este es un habilitador de resguardar los derechos fundamentales y asegura la inclusión digital, de ahí la importancia de que Estados como Colombia, supriman la categorización del internet como un servicio público esencial; por último, la autodeterminación informativa, el cual garantiza la no afectación de derechos como la intimidad y la protección de datos en el espacio digital. La investigación los considera derechos humanos y pertenecientes a la cuarta generación porque el trasfondo de estos comprende lo inherente a los derechos humanos de igualdad y dignidad humana, su reconocimiento y protección debería ser entonces de carácter universal.

Acerca de la pregunta problema que formuló la investigación, en el ordenamiento jurídico colombiano los derechos humanos de cuarta generación que tienen incidencia con la justicia digital se protegen a través del uso oportuno y adecuado de distintos mecanismos, estos pueden ser de naturaleza administrativa o procesal siempre y cuando preserven o restablezcan derechos humanos en concreto. Es viable e idóneo la protección a través del uso adecuado y oportuno de mecanismos como: recursos, acciones administrativas y acciones constitucionales existentes en el ordenamiento jurídico colombiano que, por sus características y funciones, permitirían realizar la protección de la referida generación de derechos. Analizado desde otra óptica, no es posible la protección de los derechos humanos de cuarta generación por medio de acciones constitucionales como las de grupo o populares, únicamente, la acción de cumplimiento y la acción de tutela son convenientes para tal propósito. Lo esencialmente importante es que los mecanismos cumplan con la garantía máxima de amparo.

La cuarta generación de derechos humanos es parte del presente de la humanidad, más aún para la administración de justicia, por ello la investigación formula una recomendación sugestiva con la intención de garantizar la protección de derechos humanos, incluida la cuarta generación. La recomendación consiste en la creación de un mecanismo de vigilancia para el restablecimiento de los derechos humanos cuando estos hayan sido transgredidos en sede jurisdiccional o administrativa. El mecanismo debe ser eficaz, sumario, expedito, desprovisto de cualquier formalidad, incoado a solicitud de parte y supeditado a un procedimiento especial. Por la naturaleza y el trámite, el mecanismo debería entenderse convenientemente como un mecanismo procesal o como un recurso de amparo, el cual debe velar por un bienestar e interés general en la medida de que este se incline por garantizar la promoción, prevención, interrupción o restablecimiento de todo aquel derecho humano, sin importar su generación, que sea susceptible de vulneración y ruptura en el contexto de la justicia digital.

La competencia y el ejercicio de las funciones del mecanismo debe ser asumida por la Procuraduría General de la Nación mientras ostente la condición de órgano de control externo y máximo organismo del Ministerio Público. Lo anterior es viable si se tiene en cuenta que, la Procuraduría desempeña funciones preventivas y de intervención imperativa, aunado a que, es viable si se analiza examina desde las funciones de este órgano de control, a saber: el interés público para la defensa del orden jurídico o de los derechos y garantías fundamentales, inclusive en la intervención de procesos y ante autoridades judiciales, tal como lo sugiere el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política de Colombia, la segunda función, siendo esta la más importante pero la menos ejecutada por omisión, promover la defensa de los derechos humanos, realizar labores preventivas para evitar graves vulneraciones de los derechos humanos e investigar vulneraciones a dichos derechos cuando ya se ha incurrido en el hecho generador de violación a un determinado derecho humano, así como lo insinúa el numeral 2 del mismo artículo constitucional.

Por demás, la creación del mecanismo es viable porque la Procuraduría tiene autonomía administrativa, financiera y presupuestal, aunque la viabilidad se mantendría mientras este organismo no se encuentre adscrito o vinculado a alguna de las tres ramas del poder público, de lo contrario, la competencia de ejecutar las funciones del mecanismo recomendado debería estar al frente de la Defensoría del Pueblo como órgano constitucional autónomo perteneciente al Ministerio Público, que tiene como objetivo según la Carta Política y la ley 24 de 1992, velar por la promoción, el ejercicio, la divulgación de los derechos humanos y recomendar las políticas para su enseñanza.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Bailón, M. (2009). Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales. *Revista Humanos México*; (12), 103-128. <http://www.scielo.org.co/pdf/frcn/v60n169/0120-1468-frcn-60-169-39.pdf>
- Blog del Departamento de Derecho Laboral. (2021). La digitalización de la justicia en Colombia: avances y retos. <https://derlaboral.uexternado.edu.co/noticias-relevantes/la-digitalizacion-de-la-justicia-en-colombia-avances-y-retos/>
- Bustamante, J. (2007). Los nuevos derechos humanos: gobierno electrónico e informática comunitaria. *Revista Enl@ce*; (14), 2-16. <https://www.redalyc.org/pdf/784/78435427002.pdf>
- Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. (1969). Convención americana sobre derechos humanos. <http://relapt.usta.edu.co/images/1969-Convencion-Americana-sobre-Derechos-Humanos.pdf>
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). (3ª ed.) Nueva Legislación.
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (16 de junio de 1992). Sentencia T- 414/92 [M.P: Angarita, C.].
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (13 de agosto de 1992). Sentencia T- 491/92 [M.P: Cifuentes, E.].
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (25 de febrero de 2016). Sentencia T- 095/16 [M.P: Linares, A.].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (4 de junio de 2020). Sentencia STC3586 [M.P: Villabona, L.].
- Consejo de Estado, Sección Segunda. (17 de febrero de 2022). S3976-2018 [C.P: Suárez, R.].
- Delgado Motoa, B. (2019). Aproximación a una conceptualización de los derechos fundamentales. *Revista Dixi*,(29), 1-13. <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2019.01.03>
- Fórum Universal de las Culturas. (2007). Declaración Universal De Derechos Humanos Emergentes. https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/04_Docentes_UdeO_ubicar_el_de_alumnos/Contenidos/Lecturas%20obligatorias/M.5_cont_3_DUDHE.pdf
- García, M, Reyes, J. (2014). Desafíos de las tecnologías de la información y derechos humanos. *Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanísticas*; (5), 44-64. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5055996>.

- Huerta, Leonardo. (2019). La falta de unidad significativa de los derechos fundamentales como posible causa de su desprotección. *Revista Vera Iuris*; (41), 65-76. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/4648>
- Iraburu, M. (2006). Confidencialidad e intimidad. *Revista Anales Sis San Navarra*; (29), 49-59. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1137-66272006000600006
- Losano, Mario. (2014). Un análisis de los derechos humanos en el contexto biográfico de Norberto Bobbio. *Revista Derechos y libertades*; (30), 14-42. <https://vlex.es/vid/lisis-humanos-fico-norberto-bobbio-487201654>
- OSPINA, W. (1996). *Dónde está la franja amarilla*. Random House
- Ramírez, L, et al. (2018). Debido proceso: derecho fundamental. En: El debido proceso como un derecho humano. <https://www.inej.net/publicaciones/el-debido-proceso.pdf>
- Rodríguez, M. (2021). Ciberseguridad en la justicia digital: recomendaciones para el caso colombiano. *Revista UIS Ingenierías*; (3), 19-46. <https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistauisingenierias/article/view/11485/11338>
- Sánchez, V, et al. (2020). El derecho de acceso a la administración de justicia: una perspectiva desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. *Revista Inciso*; (2), 203-226. <https://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/1086/1594>
- Tamayo, J, Gómez, D. (2020). La conectividad digital como derecho fundamental en Colombia. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicação*; (1), 113-125. <http://hdl.handle.net/11407/5941>
- Universidad de los Andes. (2021). Los retos de digitalizar la justicia colombiana. <https://uniandes.edu.co/es/noticias/gobierno-y-politica/los-retos-de-digitalizar-la-justicia-colombiana>

MATRIMONIO POR TIEMPO DETERMINADO COMO GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Yovana Yoselin Fajardo Manzo
Universidad de Guadalajara
México
yovana.fajardo@alumnos.edg.mx
ORCID: 0000-0002-8025-4160

RESUMEN

Generar un vínculo jurídico corresponde con el sentido de responsabilidad y capacidad de decisión, el poder elegir en la unión matrimonial, el tiempo en permanecer con el vínculo jurídico, el establecer condiciones vienen a ser parte de la libertad de elección y voluntad propia; por lo que es importante que en los ordenamientos jurídicos se contemplen figuras jurídicas que atiendan a los intereses de la sociedad.

Palabras clave: matrimonio, libre desarrollo de la personalidad, acceso a la justicia.

ABSTRACT

Generating a legal bond corresponds to the sense of responsibility and decision-making capacity, the power to choose in the marriage union, the time to remain with the legal bond, establishing conditions become part of the freedom of choice and free will; therefore, it is important that legal systems contemplate legal figures that serve the interests of society.

Keywords: marriage, free personality development, access to justice.

Sumario: I. Introducción. II. Contenido. III. Referencias.

INTRODUCCIÓN

El descenso que está teniendo la figura del matrimonio ante el incremento de la unión libre, y que a consideración de la alza de divorcios realizados se acentúa que el matrimonio es de vigencia temporal indeterminada, sujeta al cambio de voluntad ya sea por uno o ambos consortes, y que a beneficio durante el breve momento de su unión, su relación se mantuvo debidamente protegida, la posible disolución del mismo llega a generar en las parejas desajustes económicos, desgaste emocional, y cambios en el proyecto de vida a los consortes sin que se atribuya una responsabilidad de ello al cónyuge solicitante, atrayendo consigo una gran carga laboral al Poder Judicial, por las múltiples actuaciones que se derivan de cada juicio tramitado; bajo el contexto que el generar

un vínculo jurídico corresponde con el sentido de responsabilidad y capacidad de decisión, el poder elegir en la unión matrimonial, la permanencia de la unión así como el establecer condiciones vienen a ser parte de la libertad de elección y voluntad propia; por lo que es importante que en los ordenamientos jurídicos se contemplen figuras jurídicas que atiendan a los intereses de la sociedad; con el objetivo de analizarse si considerar el matrimonio por tiempo determinado podría resultar como un mecanismo de acceso a la justicia y que a su vez continúe garantizando el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

CONTENIDO

El matrimonio figura como vínculo de unión entre dos personas, que puede ser reconocido socialmente a nivel jurídico conforme a las formalidades legales o mediante ceremonias religiosas; se atrae su naturaleza jurídica desde aquellas connotaciones, observándose que la voluntad es el determinante en todas sus naturalezas descritas, y que la fijación del tiempo de mantenerse constituido el vínculo radica implícitamente su presencia en la voluntad.

La primera mención del matrimonio en la legislación mexicana fue en el año 1857, sin embargo, aún se recogía la idea de las nupcias conforme a la iglesia; dentro de la Ley del Registro Civil de 1857 establecieron lineamientos considerándolo como actividad del estado civil, al deber de estar registrado (Adame Goddard, 2004), introduciéndose la noción de que el matrimonio es un acto del estado civil, materializando la separación entre el sacramento del matrimonio conforme al derecho canónico; así como también que el matrimonio es el acto jurídico que se realiza y dura jurídicamente a temporalmente incierto en un medio social requerido por interesados en sus manifestaciones comunes ante los órganos del poder regidas por procedimientos.

Por lo que posteriormente se mostró que respecto a los sistemas jurídicos deberían de adecuarse a la realidad social, más adoptado a su esencia; que es la unión voluntaria de dos personas, acercándonos a la idea del contrato libremente pactado (Pallares, 2020), a fin de establecer el vínculo que los une desde la libertad individual de quienes lo conforman.

Cabe resaltar que en el Estado de Aguascalientes se presentó en el año 2005 una iniciativa a efecto de considerar otro tipo de unión, semejante al matrimonio; figurando como iniciativa de ley respecto de una figura de unión por tiempo determinado, por la diputada Paloma Amézquita Carreón, el cual se encuentra identificada como Ley de Unión Civil de Convivencia del Estado de Aguascalientes (Noticen Aguascalientes, 2020), mencionada propuesta de ley fue formulada en el mismo sentido en la que se encontraba en el Estado de Jalisco diseñada para personas

que tenían la intención de llevar su vida en común, de mutuo apoyo, socialmente se hacía presente dicho acto jurídico sin el limitante de la fijación de los sexos, resultando usual entre parejas de idéntico sexo, toda vez que el matrimonio equivalente era algo visualmente lejano de legislar, por ende, de tenerlo como una optativa efectiva.

Hasta el año 2013, posterior a algunos movimientos sociales se presentó iniciativa de reforma artículos del Código Civil Federal, con efecto de garantizar el ejercicio y salvaguarda de los derechos humanos, tendiente de ajustarse el matrimonio a las nuevas estructuras sociales; es así como el 21 de diciembre de 2009 la Asamblea Legislativa del D.F. afirmó el Decreto, mismo que se publicó a nueve días después en la Gaceta Oficial del D. F., quedando el numeral 146 en establecer el matrimonio como la libre unión de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, el cual se celebra ante el Juez del Registro Civil con las formalidades que se refieran en el mismo código (Senado de la República, 2018), cambio radical a lo que desde inicios se concebía la conformación del matrimonio, movimientos sociales propiciaron que se realizará este cambio en la normativa, ante los nuevos intereses que se han hecho presentes en algunos sectores de la sociedad, contemplándose el matrimonio igualitario, con la libertad de elección, así como adoptar su proyecto de vida, de reconocerse la libertad individual que no afecta a terceras personas.

Durante ese trascurso del tiempo en el Estado de México, el 27 de septiembre del 2011 los diputados Lizbeth Eugenia Rosas Montero y Leonel Luna Estrada presentaron la “iniciativa con proyecto de decreto para reformar diversas disposiciones del código civil del distrito federal” (Rosas Montero y Luna Estrada, 2011); expresando el matrimonio es una unión libre de dos personas con la finalidad de realizar una comunidad de vida, que así como se realizan convenios prenupciales, acuerdos de régimen patrimonial o arreglo con lo conducente al manejo del hogar, se ha de comprender que se necesitan acuerdos internos para que los consortes tengan una garantía y seguridad sobre la existencia del matrimonio, por lo que principalmente consideraron que sería factible anexar “capitulaciones familiares”, que correspondería al establecimiento de la forma que darían cumplimiento a las obligaciones, derechos y fines del matrimonio y como segundo punto, aunados al acuerdo anterior se encontrarán en referido acuerdo la duración del matrimonio con la limitante de que este lapso de tiempo no podía ser menor a dos años, esto bajo la intención de disminuir la carga de trabajo para las autoridades judiciales sobre los trámites de divorcio; por lo que la idea propuesta rondaba conforme a la voluntad de los consortes en todo momento dejándoles en aptitud de total elección de duración y de mantener o no el vínculo matrimonial.

Como podemos apreciar, el matrimonio es parte del reflejo de la sociedad; fortaleciendo los derechos humanos, que actualmente se encuentran debidamente protegidos por el Estado a favor de la dignidad humana, garantizándoles el acceso a la justicia, además de reconocer la fuerza que tienen actualmente algunos movimiento sociales, marcado etapas de transformación en la historia de las relaciones sociales; la transformación que se ha tenido en torno al desarrollo de la personalidad libre cómo se concibe actualmente el matrimonio, implicado por la evolución misma de la sociedad, así como de figurar dentro del sistema normativo otras formas de reconocimiento de las relaciones que se hacen presentes.

Puesto el acceso a la justicia como derecho elemental; esta expresión ante la pronunciación de la Corte a incorporación conforme a derechos humanos contemplados en los tratados internacionales se otorgó el rango constitucional, es así que se adicionaron otros dos párrafos en el artículo primero de la Carta Magna (2021), donde se menciona que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

Conforme a garantizarse la accesibilidad a la justicia, atendiendo a los cambios sociales a efecto de que se reconozcan derechos, se han propiciado transformaciones al marco normativo, aunado esto al desarrollo de la personalidad libre protegiendo la dignidad humana, por lo que ambos derechos humanos se encuentran ligados principalmente a esta amparo y defensa de toda persona; que en particular desde la conformación, la cualidad con la que se han presentado ante la sociedad contemplándose las atribuciones de derechos humanos, la forma del reconocimiento que se otorga ante la normatividad de las uniones entre parejas así como también para sus disoluciones.

De momento tomando que, conforme al matrimonio civil, acuerdo de voluntades para compartir un estado de vida, su disolución se encontraba condicionada a diversas causales, las cuales se debían de acreditar ante el juez para poder dar por concluida la relación marital, es así que no obstante que se garantizaba a ambas partes el poder acceder a un procedimiento jurisdiccional para poder solicitar cambiar su estado civil, se encontraba limitado a que no bastaba expresar la voluntad de terminar del vínculo, si no que debía de tener alguna motivación para no denegarle su solicitud; es así que en el año 2015 la Suprema Corte expuso como inconstitucionales las causales mediante jurisprudencia.

Los tipos de uniones conforme al derecho del desarrollo de la personalidad libre, en concepto de decisión propia el entablar un vínculo matrimonial, así como de disolverlo conforme a los ideales de vida, también se procura reconocer y determinar conforme a otros tipos de uniones que se llegan a formar dentro de la sociedad, las cuales son en un fin de índole personal; es así que se realizó un análisis de la figura del concubinato, la cual es la unión de dos personas libres de matrimonio, que comparten una vida en común por un lapso de tiempo prolongado en el que comparten un estado de vida sin formalizar la relación ante el Registro Civil, encaminándose por el reconocimiento de Corte del libre decisión de comenzar un concubinato, permanecer o concluirlo, es así que señalaron que "la exigencia de una declaración judicial para tenerlo por concluido constituye una restricción excesiva al derecho al libre desarrollo de la personalidad" (SCJN, 2018), al ser esto una condición desproporcionada al derecho humano.

Visto que la evolución de las formas en que se ventilan las convivencias sociedad implica el requerir cambios en la legislación; propiciando en todo momento el velarse por el valor de la dignidad humana, así como de salvaguardar, promover y garantizar los derechos humanos que son inherentes a todo ser humano, en su vida personal y jurídica, con la intención de brindar proteccionismo a las decisiones que toma cada individuo de la sociedad respecto de su individualidad, así como de analizar y predisponer medios de salvaguarda a los efectos que se puedan llegar a suscitar.

Se resalta que en un inicio el matrimonio se encontró moldeado a fin de cumplir con los intereses de la progresividad social; consecuentemente atendiendo a los altos mandos sociales, en virtud de que todo individuo llega a compartir con otros miembros de la sociedad ideales de la espiritualidad, como se apreció en la cultura Asteca con un acto formal y la aptitud de ser celebrado bajo condición resolutoria o por tiempo indefinido, la razón de contemplar el matrimonio provisional radicaba en la estabilidad familiar, permitiendo una disolución optativa, es por el mismo sentido en que se consideró uniones de más de dos personas, considerando las circunstancias de vida de cada miembro de dicha sociedad. Este matrimonio provisional se encontraba sujeto a la condición resolutoria ante el nacimiento de un hijo; durante esta forma de relación a la mujer se le llamaba *tlacallacahuilli*, quien, al dar a luz a un hijo, correspondía a los padres de ella la exigencia hacia el marido provisional contrajera nupcias con ella, a efecto de que se hiciera definitiva la unión (Kholer, 2010).

Posteriormente los movimientos religiosos tuvieron injerencia en relaciones sociales, sin embargo este se enfocó a los ideales un matrimonio firme con firmeza de perduración a lo largo de la vida

de los consortes atribuibles exclusivamente a la conformación de un hombre y una mujer; es así que consecuentemente atendiendo a la esencia del raciocinio humano en protección a la dignidad humana, se concede el cambio de que el matrimonio así como de ser sujeto al consentimiento de formalizar el vínculo afectivo, tener la libertad de instituirse también se pueda concluir a efecto de ser voluntario el no continuar con la relación, figurando una temporalidad incierta, ya que está será determinada por ambos o en su caso alguno de sus consortes, teniendo así otro cambio de la idea de que el casamiento es hasta que la muerte los aparte como se conocía coloquialmente, aceptable en virtud de que se aborda exclusivamente del vínculo jurídico entre ambos consortes.

Asimismo, referente al desarrollo de la personalidad libre, se ha obtenido el cambio trascendental conforme a las uniones entre individuos de semejante sexualidad, encontrándose el cambio en establecerse conformación como finalidad el respeto, el apoyo mutuo, manteniendo una vida en común, posicionándose así el matrimonio igualitario en la legislación de diversos países como en el nuestro.

Derivado al interaccionismo diario que tiene la persona dentro de la sociedad, suelen acontecer complementos en los proyectos de vida, resultando de esto, relaciones que pueden llegar a ser reconocidas jurídicamente; implicando cambios en la normatividad a efecto de propiciar regular sobre los intereses de la sociedad, específicamente en torno a las decisiones que toman las parejas en tanto a la formalización jurídica de la relación, y la libre determinación en sus proyectos de vida, buscando garantizar el desarrollo de la personalidad libre.

Tomando en torno al matrimonio, en la normatividad se contempla desde los trámites para la disolución del vínculo matrimonial, así como de contemplarse figuras afines que tiene a ser equivalentes a dicha institución como lo es el concubinato y el procedimiento para establecerse.

El divorcio transformándose a consideración del desarrollo de la personalidad libre, y el concubinato en el mismo sentido que el derecho humano en mención, a efecto de brindar la accesibilidad a la justicia por la libre elección de plan de vida; un derecho que se está adecuando las estipulaciones normativas, aunado a propiciar un mayor auge en lo que se puede percibir conforme a los esquemas del Instituto Nacional de Estadística y Geográfica, dejando con el paso del tiempo relegado a la figura jurídica del matrimonio.

Comprendiendo que entorno a la común convivencia libre del matrimonio se percibe conforme a datos del censo que se encuentran cercanos al nivel de las parejas que se encuentran bajo la figura del

matrimonio, al establecerse del censo del 2020 señalan en 38% de las personas está casada, 30% es soltera y 20% vive en unión libre; resaltando que conforme a las estadísticas de los censos del año 2000 al 2020, el porcentaje de la población casada ha disminuido, pasando de 49 a 38 por ciento, en tanto que las parejas en unión libre aumentó pasando de 11 a 20 por ciento (INEGI,2021).

En fijación a la a relación divorcios-matrimonios casi se quintuplicó entre los años 2000 y 2019, toda vez que se pasó de los 7 a 32 divorcios por cada 100 matrimonios, en el que para el último año referido casi el 63% de los divorcios se tipificaron por ser voluntarios unilaterales, mientras que el resto se dieron por mutuo consentimiento (INEGI, 2021).

Por lo que algunas parejas, por evitarse la tramitación para constituir el matrimonio, llegan a tomar la decisión de primeramente cohabitar sin el reconocimiento jurídico, a lo que se le es llamado como unión libre el cual no tiene ningún efecto jurídico, con la intención de primeramente conocer lo que es llevar la vida en común y de al poderse adaptar considerar entonces el matrimonio. Esto como se ha mencionado bajo la intención de conocer lo que es la vida en común, y considerar si es lo adecuado para su plan de vida, por lo que, de ser posible considerar constituirse en matrimonio, realizando la solicitud y de cumplir con los requisitos para dar reconocimiento a la relación; sin embargo, actualmente ante el auge que ha tenido el concubinato, por el paso del tiempo recurren al reconocimiento de dicha figura jurídica las parejas que continuaron con la relación para obtener los beneficios semejantes a que estuviere conformado como matrimonio una vez que lo ven necesario para acceder algún beneficio, por lo que a comodidad de algunas parejas perciben el matrimonio como una atadura que implica posteriormente un gasto económico y emocional de disolverse.

Consecuentemente se es necesario percibir respecto de dos casos que se ventilan entorno al matrimonio, permitiendo señalarlas como dos tipos de vertientes que se pueden llegar a suscitar como consecuencia a las decisiones que toman las parejas en tanto a la formalización jurídica de la relación, y libre determinación en sus proyectos de vida, previo al matrimonio y posterior a la celebración la terminación de este, que han incitado a relegar el matrimonio.

Complementándose con el influjo que ha tenido el divorcio respecto del matrimonio, para la disolución del vínculo jurídico, para el cual se requiere también de la intervención de la autoridad jurisdiccional, en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, se refieren como forma de tramitación de las únicas dos causales que actualmente se contemplan, por mutuo consentimiento, por requerimiento de uno de los cónyuges.

Como expresa el autor Gutiérrez y González (2004), que existen motivos por los que cada día se celebran menos contratos de matrimonio y en cambio la figura del concubinato se posiciona sobre el matrimonio, así como de percibirse cada día más divorcios; considerando que se establece un numeral de requisitos más amplio para el matrimonio que para el solicitar la declaración judicial del concubinato, y que no obstante, consideran la opción ,más simplificada, ante el conocimiento que la ley protege a su descendientes con los derechos como si se encontraran bajo el matrimonio, resultando indispensable el reconocimiento jurídico del concubinato solo en caso especial de ser necesario para acceder a algún beneficio.

Por lo que el considerar la figura del matrimonio por tiempo determinado, no como remplazo de la concepción normativa y social que se tiene actualmente, si no como un complemento que determine un plazo de convivencia previo jurídicamente reconocido podría atraer beneficios al concubinato, personas que pretenden contraer matrimonio sin soslayar el desarrollo de la personalidad libre permitiendo el acceso a la justicia.

Si bien se encuentra una investigación en Venezuela titulado “El matrimonio a término o temporal: algunas consideraciones iusfilosóficas en el marco del derecho civil venezolano”, realizado por Karime Rahme Coello y Javier González Reinoza (2016); su pretensión radicó en proponer una discusión desde el ámbito ético, religioso e ideológico sobre el matrimonio en el que el divorcio le ha otorgado una modalidad de tiempo incierto sujeto a la voluntad de los consortes, no obstante concluyó que el matrimonio temporal no es congruente con la doctrina jurídica y su evolución natural, que en relación al código civil refiere sobre la duración del matrimonio por muerte o divorcio, lo cual cierra que podría ser permisible reformar el matrimonio sujeto a un término, se tendría que realizarse bajo una interpretación exclusiva, acorde a la constitución, toda vez que no se contempla nada sobre la duración o permanencia del matrimonio, así como de no contemplarse la dignidad humana, creando una barrera para el establecimiento conforme al desarrollo de la personalidad libre, ya que esta situación se le deriva a las normas subconstitucionales.

En el mismo nivel internacional, en el país de España se diseñó un modelo de contrato matrimonial por el psiquiatra Jesús María Reiriz y la abogada Mercedes de la Puente (1992); el contrato se formuló bajo la idea de renovar el amor bajo los pilares de la afectividad, comunicación emocional y la sexualidad, con la intención de buscar resolver la crisis suscitada alrededor del año de 1998, en el que la tramitación de divorcios se había mantenido en alza, por lo que la idea de recurrir a un acuerdo tanto de unión como disolución la tendiente separación sería menos desgastante desde lo económico, sentimental, además de evitar trámites judiciales.

En tanto a nivel nacional, el autor Ernesto Gutiérrez y González (2004), en su libro “derecho civil para la familia”, realizó un análisis teórico a la figura del matrimonio; en la mencionada publicación expone su análisis de la figura del concubinato, relacionando este último al divorcio como tendientes a ser causantes de la decadencia del matrimonio en la sociedad; además de externar que el matrimonio tiene una temporalidad incierta, siendo participe en todo momento la voluntad, por lo que así mismo en caso de que una de ambas voluntades desistiera tiene la practicidad de disolver el vínculo matrimonial, sin que se le considere responsable de cambiar el proyecto de plan de vida que pudiera tener la otra persona, incluyendo dentro de su estudio la pertinencia de otorgarle una temporalidad determinada de cinco años al vínculo matrimonial como posibilidad de fortalecer el matrimonio, de otorgar una seguridad jurídica desde el conocimiento a los posibles cambios de su estado civil.

Por lo que el presente estudio implica en ascenso al estudio de la temporalidad que tiene el matrimonio civil, desde su evolución exclusiva del matrimonio, atendiendo en similar sentido los que ha implicado el divorcio y el concubinato como causas de atentar en el desestimar del matrimonio en la sociedad, pero en vista del derecho del desarrollo de la personalidad libre, implicando en los diversos cambios jurídicos relacionados a estas tres figuras jurídicas y de aplicabilidad a lo que se señala en la legislación mexicana, con el efecto de analizar la implicación de la vigencia temporal que tiene el vínculo del matrimonio, y como este derecho humano se presenta a efecto de la defensa a la dignidad humana, en voluntad de toda persona, por lo que se encuentra íntimamente ligado al matrimonio civil, que pudiera dar permisibilidad de atender a la protección jurídica de los individuos desde el pleno conocimiento del vínculo jurídico.

REFERENCIAS

- Adame Goddard, J. (2004). El matrimonio civil en México (1859-2000). Universidad Nacional Autónoma de México. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10297>
- Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM]. 28 de mayo de 2021. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>
- Gutiérrez y González, E. (2004). Derecho civil para la familia. Porrúa S.A. Instituto Nacional de Estadística y Geografía [INEGI]. 29 de noviembre del 2021. Tasa de nupcialidad. <https://www.inegi.org.mx/temas/nupcialidad/#Tabulados>
- Kholer, J. (2010). El derecho de los aztecas. PROCOELSA.
- Noticen Aguascalientes. 05 de octubre 2020. <https://www.noticen.com.mx/2020/10/avanza-en-el-congreso-del-estado.html>

- Pallares, B. (2020). El régimen internacional del matrimonio en el derecho de los países del cono sur del continente americano. <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/534/pallares-regimen-matrimonial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Rahme Coello, K, y González Reinoza, J. (2016). El matrimonio a término o temporal: algunas consideraciones iusfilosóficas en el marco del derecho civil venezolano. <https://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/44814/art9.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Reiriz, J. M. y Mercedes de la Puente. (1992). Modelo Reiriz. https://www.larazon.es/historico/3454-bodas-con-contrato-temporal-NLLA_RAZON_417104/
- Rosas Montero, L. E. y Luna Estrada, L. (septiembre 27, 2011). Iniciativa 17. iniciativa con proyecto de decreto para reformar diversas disposiciones del código civil del distrito federal. <http://www.aldf.gob.mx/archivo-2ff7909ddeedaca818f8a99950c70b59.pdf>
- Senado de la Republica. Legislatura LXII. De 30 abril del 2018. Iniciativa. Proyecto de decreto que reforma diversas disposiciones del Código Civil Federal. https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/44809
- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. (2015). Acreditación de causales cuando no existe consentimiento para divorciarse de uno de los cónyuges, vulnera derecho al libre desarrollo de la personalidad: primera sala. <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=3038>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. (2018). Concubinato. La exigencia de una declaración judicial para tenerlo por concluido constituye una restricción excesiva al derecho al libre desarrollo de la personalidad. <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=2016483&Tipo=1>

LA IMPORTANCIA DEL SECTOR PRIVADO COMO POTENCIALIZADOR DE LA SUSTENTABILIDAD PARA LA CONSECUCCIÓN DE LOS ODS EN MÉXICO

Rubén Oswaldo Lozano Díaz
Universidad de Guadalajara
México
ruben.abogadoinv@gmail.com
ORCID: 0000-0002-8740-8476

RESUMEN

En la evolución del mundo y el crecimiento imparabile de la industria, el desarrollo de la humanidad se ve segregado ante los entes corporativos que impactan en la sociedad, el medioambiente y el desarrollo económico, ante esto, encontramos a la vanguardia a los *Objetivos de Desarrollo Sostenible* (ODS), un plan de acción que promociona y promete un bienestar social a nivel mundial siempre y cuando se llegue a cumplir con la meta de la Agenda 2030, sin embargo para México, el objetivo de cumplir con estos objetivos para su fecha límite se muestra en una desfavorable probabilidad de éxito, sin embargo, la participación del sector privado resulta en una indispensable herramienta para nuestro país al tratar de conseguir un resultado eficaz ante el rezago del cumplimiento de los ODS, en la búsqueda de la respuesta a esta problemática, exponemos en esta investigación, que el trabajo en conjunto empresa-gobierno y el uso de herramientas sustentables por parte de las empresas, pueden propiciar un aumento en el cumplimiento de las metas y las evaluaciones para los ODS, obteniendo así un beneficio para la empresa, el gobierno y las personas en sociedad.

Palabras clave: desarrollo sostenible, empresa, organización y gestión sustentable

ABSTRACT

In the evolution of the world and the unstoppable growth of industry, the development of humanity is segregated before the corporate entities that impact society, the environment and economic development, before this, we find at the forefront to the *Sustainable Development Goals*, an action plan that promotes and promises a social welfare worldwide as long as it comes to meet the goal of Agenda 2030, however for Mexico, the goal of meeting these objectives for its deadline is shown in an unfavorable probability of success, However, the participation of the private sector is an indispensable tool for our country when trying to achieve an effective result in the face of the lag in the fulfillment of the SDGs, in the search for the answer

to this problem, we expose in this research, that the joint business-government work and the use of sustainable tools by companies, can lead to an increase in the fulfillment of the goals and assessments for the SDGs, thus obtaining a benefit for the company, the government and the people in society.

Keywords: sustainable development, enterprise, sustainable organization and management.

Sumario: I. Introducción. II. La sustentabilidad y la agenda 2030. III. El sector privado y el desarrollo sostenible. IV. Herramientas empresariales que propician el desarrollo sostenible. V. Conclusiones. VI. Referencias.

INTRODUCCIÓN

Actualmente las tendencias globales atraviesan por una crisis ante las condiciones ocasionadas por el crecimiento de población mundial y las empresas que nacen para satisfacer proporcionar productos y servicios que brinden un apoyo a la sociedad, a pesar de que los gobiernos han realizado acciones para dar frente a las problemáticas sociales que hoy en día nos acontecen, la realizar es que parece insuficiente la eficacia de estos hechos, la reactivación de la economía mundial, la protección al medioambiente y el cambio climático son paradigmas que hoy en día deben de abordarse desde diferentes propuestas ya no solo del sector público, sino también con el apoyo del sector privado, las empresa, estos entes corporativos tienen en su diseño administrativo metodologías que acceden a las tendencias de mejoramiento en el estado de la sustentabilidad social y los *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, además al tomar en cuenta que el sector privado busca como meta principal la obtención de riquezas en un mundo donde existen necesidades infinitas con recursos finitos, las empresas y sus directivos debe de comprender que ante el mejoramiento de su entorno ambiental, la inversión en el mejoramiento social, y la participación en el progreso económico del país, obtendrán como resultado un mejor escenario global que permita el crecimiento para el desarrollo de sus operaciones comerciales en donde a su vez desarrollarán competencias para mejorar las diferentes áreas dentro de la empresa.

LA SUSTENTABILIDAD Y LA AGENDA 2030

La sustentabilidad como visión para los negocios

El concepto de la sustentabilidad ha llegado a ser término moderno que se ha puesto en práctica con el fin de combatir las problemáticas

sociales que amenaza la preservación de nuestro mundo como hoy lo conocemos, la sustentabilidad en conjunto con la Agenda 2030 participan con el fin de contrarrestar los efectos de estas problemáticas, mismas que las podemos encuadrar en tres supuestos, lo social, lo económico y el medio ambiente.

La sustentabilidad fue implementada como un concepto técnico en 1987 a través de la Comisión de Brundtland [CdB], en donde se plasmaron las preocupaciones sobre el deterioro al medio ambiente, la capa de ozono, y el calentamiento global, problemáticas que fueron vinculadas o generadas a través del crecimiento mundial de población y las consecuencias de los avances globales en la industrialización. Para el mundo, la sustentabilidad o el desarrollo sostenible generó un nuevo rumbo a partir de la CdB ya que esta planteó un nuevo concepto para la interpretación y la aplicación de esta definición, misma que versa que la sustentabilidad son aquellas acciones que benefician al progreso social a partir de actos que ayuden a satisfacer las necesidades de las generaciones actuales sin perjudicar o afectar los intereses de las generaciones futuras (Naciones Unidas, 1987).

La definición de la sustentabilidad se encuentra vinculada desde tres enfoques o principios para su consecución, la sociedad, el medio ambiente y la economía, estructurando estos tres enfoques en una jerarquía igualitaria, es decir que para la sustentabilidad estos tres enfoques deben de trabajarse a la par para llegar a una sustentabilidad real, sin embargo la interpretación de esto se puede ver criticada desde diversos puntos subjetivos, en donde se presume que la sustentabilidad desde el enfoque y su evolución resulta en un decrecimiento en el progreso social debido a que lograr satisfacer los intereses del mundo actual sin afectar los intereses de las generaciones futuras es imposible conseguirlo sin comprometer el éxito de uno de los tres enfoques de la sustentabilidad (Calvente, 2007).

Este orden de ideas el enfoque que se presume mayormente comprometido, es el económico, esto debido a que para poder desarrollar un progreso social y mejorar las condiciones medioambientales, es necesario de recursos económicos para solventar los gastos para que estos dos enfoques puedan conseguirse eficazmente, sin embargo esta idea es incorrecta, el fin de la sustentabilidad es conseguir un equilibrio o armonía bajo estos tres enfoques con el objetivo que se plantea en la misma definición de la sustentabilidad, es decir si se concentran los esfuerzos y trabajos solo en conseguir un progreso social y medioambiental pero disminuyendo el progreso económico, no es sustentabilidad, puede ser considerado bajo otro tecnicismo, pero la sustentabilidad en estricto sentido se logra a través involucrar siempre el progreso en los tres enfoques (Calvente, 2007., Marum y Reynoso, 2007).

Por lo tanto para poder comprender el alcance de la sustentabilidad y los objetivos que persigue, primeramente se debe comprender que la sustentabilidad es un conjunto de actos que participan para un fin en concreto, y que por lo tanto al desvirtuar esta metodología, estamos aplicando otros instrumentos, excepto sustentabilidad. Sin duda, plasmar las necesidades básicas de las generaciones futuras puede resultar en una tarea complicada si partimos del hecho que no podemos contemplar todas las vertientes de las cuales se pueden basar estas necesidades futuras, sin embargo si partimos de la idea que estas necesidades se pueden comprender a partir desde cuestiones generales y no particulares, podemos establecer entonces una noción sobre qué podemos garantizar para las generaciones futuras (Navarro, s.f). Por ejemplo, la equidad social, una estabilidad económica, la conservación del medio ambiente, el consumo responsable de materiales, la integridad política y el desarrollo sostenible etc. son fines por los cuales la sociedad si puede enfocar sus esfuerzos para satisfacer sus intereses sin perjudicar los intereses de futuras generaciones, recordemos que el ser humano existe en un mundo de recursos finitos, en donde la explotación y uso de estos recursos debe de manejarse desde principios responsables en donde no se comprometa el desarrollo social (Navarro, s.f., Universidad Autónoma de Nuevo León, s.f).

Agenda 2030 y el desarrollo sostenible

Como acontecimiento histórico en relación a la sustentabilidad, el año 2000 nacen los Objetivos de Desarrollo del Milenio [ODM] 2000-2015, estos fueron creados a través de la Asamblea General de las Naciones Unidas, con el objetivo de mejorar circunstancias y resolver las problemáticas sociales, para lo cual se plasmaron 8 objetivos principales, la erradicación de la pobreza extrema, la promoción de la igualdad entre sexos, lograr una educación básica universal, la reducción de la mortalidad infantil, el mejoramiento o la protección de la salud de la maternidad, combatir el VIH SIDA, y la estabilidad del medio ambiente, cómo podemos interpretar estos objetivos a pesar de la noble misión que tenían, no lograron plasmar problemáticas sociales de una manera más general, si bien estos objetivos si fueron trascendentes, la realidad fue que los ODM se conceptualizaron sobre problemáticas muy concretas, en donde para su consecución se enfrentaron a múltiples retos, planeaciones deficientes, y la incompleta participación de los miembros participantes en los ODM (Naciones Unidas, s.f a).

Fue hasta el año 2015 que nace lo que hoy conocemos como la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible [ODS] 2015-2030, estos, a diferencia de sus predecesores, cuentan con 17 objetivos, en donde se

plasman temáticas generales y con apoyo de 169 metas incorporadas a estos ODS, logrando plasmar una metodología más adecuada para combatir las problemáticas sociales de una manera más concreta y eficiente, además para el monitoreo y medición del progreso de estas metas, se crearon 230 indicadores, los cuales además de lo anterior están integrados uno o más indicadores por cada ODS o meta, favoreciendo así a la cuantificación del progreso y pronóstico para la consecución de la agenda 2030 (Naciones Unidas - 2, s.f).

Dentro de los 17 objetivos de los ODS observamos temáticas como la erradicación de la pobreza y el hambre cero, la salud y bienestar, mejorar la educación y su calidad, igualdad de género, garantizar un acceso al agua limpia, conseguir el uso energías renovables no contaminantes, el crecimiento económico y la innovación de infraestructuras, ciudades sostenibles, el consumo responsable de materiales, acción por el clima, la vida marina y terrestre, lograr una paz y justicia internacional y la creación de alianzas estratégicas para los gobiernos del mundo, como podemos observar los ODS presentan una estructura más robusta y con un diseño mejor reestructurado que sus predecesores (Naciones Unidas , s.f b).



Nota: Tomado de Objetivos de Desarrollo Sostenible, elaborado por Naciones Unidas, s. f b.

En el caso de México, los ODS han resultado un reto, sin dudas los resultados obtenidos hasta el año 2022 no han sido los esperados y mucho menos los necesarios para poder llegar a pronosticar un porcentaje de éxito para el 2030, investigaciones por parte de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico [OECD], plasman y se analizan los datos disponibles de los indicadores nacionales y de los propios ODS, dando como resultado un probabilidad desfavorable para que la agenda 2030 por parte de México, por lo

anterior, es necesario plantear una nueva estrategia que dé un giro a esta situación y que genere un crecimiento tanto en consecución total de los ODS como la probabilidad de lograrlo sobre los objetivos que se han visto más rezagados por parte de México (OECD, 2022).

Por lo anterior podemos encontrar una relación directa y lógica con los ODS y la sustentabilidad, y la necesidad de nuevas estrategias para su consecución, y que esta es una herramienta fundamental para el crecimiento sobre el desarrollo social, económico y medioambiental de cualquier país., dicho lo anterior, en México podemos encontrar un claro escenario en donde la sustentabilidad puede llegar a ser un instrumento que pueda cambiar a las desfavorables circunstancias que tiene este país, la degradación ambiental, el aumento en los niveles de contaminación, estancamiento económico, aumento en la pobreza de las familias mexicanas, desigualdad social, corrupción, son temas que día a día observamos en la sociedad de esta nación (OECD, 2022).

Por ello desarrollar nuevas estrategias para aumentar la participación social en la sustentabilidad y los ODS es fundamental para lograr cumplir con el objetivo de la Agenda 2030, estrategias en donde es indispensable la participación de uno de los mayores participantes en la económica y generador de puestos de trabajo, en donde no solo se genera un ingreso para la subsistencia de las familias mexicanas, sino que es aquella entidad que genera vínculos sociales, fomenta los valores éticos y morales, y es uno de los mayores entes que generan un impacto en el medio ambiente, la empresa (Zambrano, 2011).

EL SECTOR PRIVADO Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE

Primeramente debemos definir al sector privado, este se comprende como aquella gama de individuos u organizaciones que no pertenecen al Estado o al sector público y que buscan principalmente el lucro, dentro de este grupo encontramos a la empresa, esta es aquella entidad formada a través de personas con fines y aspiraciones en común, que a través de acciones principalmente mercantiles satisfacen una necesidad social con una contraprestación lucrativa, por lo que para conseguir esto es necesario contar con una administración que desarrolla acciones encaminadas a cumplir los objetivos particulares de cada empresa (*Development Cooperation Network [DCN],2011*).

Comprendiendo lo anterior, podemos plasmar entonces que la empresa al buscar el lucro, genera acciones principalmente en beneficio de ella, sin embargo estas acciones pueden llegar a resultar en un impacto negativo al medio ambiente o a la sociedad, esto generado principalmente dentro de la producción o la elaboración y productos de productos o servicios, además en la búsqueda constante del mejoramiento de la

empresa, esta puede llegar a ello afectando inintencionadamente a los diferentes individuos o colectivos que existen y participan directa o indirectamente en la empresa (*Development Cooperation Network [DCN], 2011*).

En México más del 70% de los espacio laborales son generados por el sector privado, específicamente a través de las pequeñas y medianas empresas [Pymes], además de esto, las empresas son uno de los mayores estimuladores y promotores para el desarrollo económico del país, por lo tanto cuando hablamos de instituciones, participantes, o entidades que puedan favorecer al cumplimiento de los ODS, se debe de considerar sin lugar a dudas al sector privado., Las políticas públicas, la individualización de la participación de las personas en sociedad, la actuación directa del Estado, no son suficientes para lograr la meta que busca la Agenda 2030, se debe de contar con el sector que predomina la captación de acciones que pueden impactar mayormente al cumplimiento de las metas en los ODS (Hernández y Ortega, 2016).

Por lo tanto para lo anterior podemos asociar que la empresa es un elemento primordial para favorecer en el caso de México el cumplimiento de los ODS en los últimos 8 años que restan para la Agenda 2030., Esta participación del sector privado desde el enfoque del desarrollo sostenible debe de comenzar a partir de generar conciencia en los directivos de las empresas sobre el nivel de impacto que su empresa tiene en la sociedad, es decir, partiendo desde la idea que la empresa a través de sus acciones, su producción y sus metas, pueden influir en gran medida en el progreso social, económico y en la conservación del medioambiente, deben se implementar internamente acciones que favorezcan a estos tres enfoques.

La empresa para caso mexicano enfocado a la sustentabilidad, debe de desarrollar estrategias en donde sus acciones y decisiones resulten en un beneficio social sin afectar sus intereses, tomando así una responsabilidad en donde la empresa participe de manera consciente sobre su impacto ante los tres enfoques de la sustentabilidad., La empresa debe de lograr convertirse en un actor que participe dentro de la función de los ODS y la sustentabilidad, sin embargo este hecho puede ser difícilmente adoptado por el sector privado ya que puede no ser de interés o que no sea beneficioso para las empresas (Camarán et al., 2019). Sin embargo para que la empresa participe en los ODS no se requiere cambiar toda su estructura administrativa, de hecho, la existencia misma y la participación de la empresa en sociedad, ya genera acciones a favor de ciertos objetivos de la Agenda 2030, sin embargo esta participación resulta mínima cuando contrastamos los posibles resultados de empresas que si enfocan sus actividades

y estrategias para lograr una conducta socialmente responsable (Camarán et al., 2019).

Las empresas pueden combinar los ODS en su administración con el fin de dirigir, establecer metas y estrategias, mejorar actividades y procesos, y generar oportunidades de trabajo, recordemos que la empresa al ser un ente que busca la mayor captación de riqueza con las menores pérdidas posibles, los ODS y la sustentabilidad convergen en desarrollar y ofrecer soluciones innovadoras ante las problemáticas corporativas que enfrentan las empresas, para que así las pérdidas generadas en el proceso de la consecución de su meta lucrativa, sean mínimas, resultando así en una participación beneficiosa para ambas partes (Pacto global Red México, 2020).

HERRAMIENTAS EMPRESARIALES QUE PROPICIAN EL DESARROLLO SOSTENIBLE

Cuando hablamos de herramientas empresariales que ayuden al desarrollo sostenible nos referimos a aquellos instrumentos que sean utilizados internamente por la empresa, y que resulten en la reestructuración de los procesos que se generan en las diferentes áreas de la empresa, teniendo en cuenta que este cambio debe estar enfocado en mejorar las condiciones del modelo de negocio que la empresa esté utilizando, y transformarlo a uno en donde, al igual que la sustentabilidad, existan ejes rectores sociales, económicos y medioambientales.

Por lo tanto, estas herramientas las podemos encontrar tanto internacionalmente como nacionalmente, dentro del eje internacional encontramos primeramente a las *International Organization for Standardization* o normas ISO, dentro de estas múltiples normas, encontramos una que favorecen al desarrollo sostenible desde el sector privado, la ISO 14001, esta plasma criterios de comportamiento y la selección de actividades en donde predomina el comportamiento sustentable empresarial, si bien es cierto que esta ISO lleva por nombre Sistemas de Gestión Ambiental, no menoscaba que la materia de la cual trata, esta formaliza un documento en donde las empresas en búsqueda de la participación sustentable pueden basarse (ISO 14001, 2015).

Principalmente esta ISO plasma y propone cambios dentro de la gestión de procesos de producción, adecuando estos a un consumo provechoso y restringido de los materiales y bienes para conseguir el mismo nivel de calidad en el resultado final de la producción sin afectar o disminuir las condiciones previas a su aplicación. Otro instrumento que puede ser utilizado por el sector privado para la sustentabilidad es aquella denominada como *Triple Bottom Line* [TBL], esta herramienta

ayuda a la empresa a diagnosticar un estado actual de la situación de la empresa en base a los tres factores de la sustentabilidad, sociedad, económica y medio ambiente (Castro, 2016).

A diferencia de la ISO, la TBL es un preámbulo al accionar de la empresa para ser sustentable, la utilidad de este instrumento es que demuestra y genera un valor en base a estos tres enfoques para que la empresa se dé cuenta sobre el estado individual de estos enfoques, y por lo tanto expone a los directivos si existe una tendencia o descuido en los valores de la sustentabilidad. Para el desarrollo de esta herramienta la empresa a través de un experto, debe de analizar y valorizar diferentes ejes dentro de la administración y producción de la empresa (Castro, 2016).

Esta herramienta lleva por nombre cuenta triple debido a que los valores que se deben de analizar son tres principalmente, sociedad, ambiental, económico, y a partir de estos tres valores se toman en cuenta diferentes vertientes, dentro del primer eje, la sociedad de analiza la relación con beneficiarios, promotores y la misma sociedad, se toma en cuenta si la relación y se implemente una participación y enfoque consciente sobre el impacto que tienen sobre ellos (Castro, 2016).

Posteriormente en el valor económico se analizan los costes, beneficios e inversión en relación a todo lo relacionado con los estados financieros de la empresa, estableciendo así de manera presente si la empresa es financieramente estable y competitiva, y de manera futura si la empresa es suficientemente sólida financieramente para hacer frente a problemáticas que puedan llegar a afectar en este eje, además como complemento de este valor, se consideran el impacto en el desarrollo económico del área de impacto de la empresa, es decir si es una empresa local, nacional, transnacional, etc. (Castro, 2016).

Como último valor a analizar se encuentra el medio ambiente, dentro de este eje se toman en cuenta una cuestión mayormente cualitativo, es decir la percepción o la cultura sobre la participación e impacto de la empresa en lo ambiental, sin embargo también se toman en cuenta aspectos cuantitativos en donde se generan los sectores afectados por la empresa, temporalidades y niveles de impacto sobre los ecosistemas que pueden ser afectados por las actividades de producción de la empresa (Castro, 2016).

La misión principal de la TBL es como ya mencionamos anteriormente demostrar la situación actual de la empresa en relación a la sustentabilidad, y en base a los resultados que genere este instrumento es que la empresa debe de establecer un plan de trabajo en donde se predomine la viabilidad, la sostenibilidad, la equidad y la comunicación sobre las diferentes áreas de la empresa, predominando en la gestión administrativa, la atención al

cliente, la productividad, la igualdad de género, actividades sostenibles para las comunidades, gestión de residuos, consumo de energía, dando como resultado a partir de desarrollar mejor estas áreas, un aumento en las ganancias de la empresa, una mejor relación con la sociedad, y un impacto positivo al planeta.

Por todo lo anteriormente expuesto, se puede establecer como último instrumento aplicable para las empresas en búsqueda de la sustentabilidad, a las condiciones generadas a través del gobierno, si bien es cierto no es un instrumento tangible como tal, debemos comprender que las condiciones que establezca el gobierno para que las empresas se sumen a colaborar en esto, a través de un benéfico para ambas partes, propicia a que el interés por la que las empresas se sumen a esto es evidente.

Es decir, cuando el gobierno establece y genera políticas públicas en las cuales las empresas puedan sumarse para conseguir un aumento en el cumplimiento de los ODS, dando beneficios de interés para las empresas, su colaboración en estos proyectos se verá evidentemente acrecentada. Estos beneficios para las empresas pueden establecerse desde diferentes vertientes, como por ejemplo, incentivos o subsidios económicos, reducción en impuestos, generar oportunidades de crecimiento nacional o internacional a partir de vinculación estratégica, etc. generarán la participación del sector privado dentro de las acciones nacionales para los ODS.

CONCLUSIONES

El sector privado constituye una participación necesaria para la consecución efectiva de los ODS, sin duda la suma de las empresas en la colaboración y la suma de trabajos dará como resultados un incremento en lograr estos objetivos de desarrollo sostenible en los últimos años restantes de la Agenda 2030.

Las características de las empresas y su particular influencia en el desarrollo económico y social de México, dan como resultado un sujeto participativo en la Agenda 2030 idóneo para acrecentar los resultados obtenidos por los indicadores en los ODS.

Las empresas tienen acceso a múltiples herramientas e instrumentos que pueden fortalecer su participación en los ODS, incluso éstos mismos instrumentos además de generar beneficios para las empresas, muestran las condiciones administrativas, económicas y de impacto que generan frente a la sociedad, por lo tanto pueden diseñar a partir de esto innovaciones en planes de trabajo para su crecimiento competitivo.

La suma de esfuerzos por parte del sector privado y el apoyo de las instituciones gubernamentales a través de políticas públicas fomentarán un escenario idóneo para que las empresas se sumen por interés a la participación en el trabajo para la Agenda 2030.

REFERENCIAS

- Calvente, M. A. (2007) *El concepto Moderno de sustentabilidad*. <https://hopelchen.tecnm.mx/principal/sylabus/fpdb/recursos/r76250.PDF>
- Castro, D. P. (2016). *Desarrollo sostenible, basado en el concepto triple cuenta de resultados*. <https://expeditiorepositorio.utadeo.edu.co/handle/20.500.12010/3721>
- Camarán, M. L., Barón, L., y Rueda, M. P. (2019). *La Responsabilidad social empresarial y los objetivos del desarrollo sostenible (ODS)*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7013907>
- Development Cooperation Network (2011). *El sector privado y la eficacia del desarrollo*. https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/Secteur_Prive_francais_2_3_ES.pdf
- Hernández García A., Ortega Hernandez A. (2016). *Impacto de las nuevas tecnologías en el desarrollo de las Pymes de la región sur del Estado de Guanajuato*. Repositorio institucional de la universidad de Guanajuato. <http://repositorio.ugto.mx/handle/20.500.12059/2667>
- ISO 14001. *Gestión Ambiental Sostenible*. Organización internacional de normalización. Ginebra, Suiza. fecha. <https://www.nqa.com/medialibraries/NQA/NQA-Media-Library/PDFs/Spanish%20QRFs%20and%20PDFs/NQA-ISO-14001-Guia-de-implantacion.pdf>
- Maum E. E., y Reynoso C. E. L. (2004). *La importancia de la educación no formal para el desarrollo humano sustentable en México*. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S200728721471947X>
- Naciones Unidas. (1987). *Desarrollo y cooperación económica internacional: el medio ambiente, informe de la comisión mundial sobre el medio ambiente y el desarrollo*. https://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_LECTURE_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf
- Naciones Unidas. (s.f a). *Objetivos de Desarrollo del Milenio*. <https://www.un.org/development/desa/es/millennium-development-goals.html>
- Naciones Unidas. (s.f b). *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>
- Navarro V. I. E. S. (s.f). *El problema económico básico es la insuficiencia de recursos para satisfacer todas las necesidades y deseos humanos*. <https://sites.google.com/site/economia20parabachillerato/temario/tema-1-el-problema-basico-de-la-economia/la-escasez-de-recursos-y-la-necesidad-de-elegir>

- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico [OECD]. (2022). *Medición de la distancia para lograr las metas de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) –México*. https://www.oecd.org/wise/medicion-de-la-distancia-para-lograr-las-metas-de-los-ODS-perfil-de-pais-Mexico.pdf?utm_term=pac&utm_medium=social&utm_content=&utm_source=facebook&fbclid=IwAR2tmh7Efc2djVMiGAY-YcNvyGP83i2vgZJI-udq6w93fNF6WIPLrRGPzuU
- Pacto Global Red México. (2020). *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. <https://www.pactomundial.org.mx/ods/#:~:text=Las%20empresas%20pueden%20utilizar%20los,Identificar%20futuras%20oportunidades%20de%20negocio.>
- Universidad Autónoma de Nuevo León (s.f). ¿Qué es el desarrollo sustentable?. http://sds.uanl.mx/desarrollo_sustentable/
- Zambrano R. J. (2011). *Sustentabilidad empresarial y aprendizaje transformativo: orientaciones para la administración por valores*. *Dimensión Empresarial*, 9(2), 16-21. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3965853>

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE ORGANOS ADMINISTRATIVOS Y SUS LÍMITES CONSTITUCIONALES EN EL PERÚ¹

CONTROL OF CONVENTIONALITY OF ADMINISTRATIVE BODIES AND THEIR CONSTITUTIONAL LIMITS IN PERU

Luis Miguel Facundo Niño de Guzmán²
Universidad San Martín de Porres
Perú
lmfacundo123@gmail.com

RESUMEN

En el presente artículo, el autor realiza un análisis de la posibilidad de que los órganos administrativos puedan realizar el control de convencionalidad, teniendo en cuenta el mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) de realizar el control de convencionalidad por parte de los órganos administrativos de los Estados desde el Caso Gelman (Gelman II-2013), modulada, cuando establece que sea conforme a las competencias establecidas en su ordenamiento jurídico, para dicho fin se analizarán los límites constitucionales del control constitucional por parte de los órganos administrativos en el ordenamiento jurídico peruano; pero también se analizará la ampliación realizada por la misma CorteIDH, cuando ha establecido el mandato de adecuación de su ordenamiento interno (no siendo eximente de responsabilidad lo establecido en sus normas de derechos de interno (incluidas las constitucionales)) a fin de hacer efectivos los derechos y libertades reconocidas en la Convención Americana de Derechos Humanos (art 2) y su vinculación con el derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo (art 25).

Palabras clave: control constitucional, control difuso, interpretación conforme, control de convencionalidad, control de convencionalidad constructivo, control de convencionalidad represivo, recurso rápido y sencillo (o efectivo).

1 Ponencia ha sido elaborado sobre la base de mi Proyecto de Tesis de Maestría en Derecho Constitucional de la PUCP denominado "El Control de Convencionalidad de la Junta Nacional Justicia en el Acceso a la Función Jurisdiccional y en la Ratificación de jueces para la tutela de la Independencia Judicial".

2 Doctor en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Estudios de Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestro en Derecho de los Negocios y Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Ponente en diversos Congresos de Derecho Administrativo Nacionales e Internacionales. Ha sido Docente en los Derechos Financiero, Contratos, Derecho Administrativo, Derecho Administrativo Sancionador y Finanzas Corporativas en la Universidad de San Martín de Porres, especialista en Derecho Administrativo en entidades públicas y privadas, Correo electrónico:

ABSTRACT

In this article, the author analyzes the possibility that the Administrative Bodies can carry out the Control of Conventionality, taking into account the mandate of the Inter-American Court of Human Rights (CorteIDH) to carry out the Control of Conventionality by the organs of the States since the Gelman Case (Gelman II-2013), modulated, when it establishes that it is in accordance with the competences established in its legal system, for this purpose the constitutional limits of the constitutional control by the administrative bodies will be analyzed in the Peruvian legal system; but the amplification carried out by the Inter-American Court itself will also be analyzed, when it has established the mandate of adequacy of its internal legal system (the provisions of its internal rights regulations (including constitutional ones) are not exempt from liability) in order to make effective the rights and freedoms recognized in the American Convention on Human Rights (art 2) and their connection with the right to a simple and prompt remedy or any other effective remedy (art 25).

Keywords: constitutional control, diffuse control, compliant interpretation, convention control, constructive convention control, repressive convention control, quick and simple (or effective) recourse.

Sumario: I. Introducción. II. Contenido. II. Control de constitucionalidad de organos administrativos conforme al ordenamiento juridico peruano. III. Control de convencionalidad de organos administrativos conforme al ordenamiento juridico peruano y convencional. IV. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Peruana de 1993, no establece expresamente la “potestad administrativa” ni sancionadora ni en general, dicho punto es importante pues “desde una perspectiva dogmática, es fácil advertir que en un sistema constitucional caracterizado por una rígida división de poderes la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría nunca estar en manos de la administración” (Danos 1995, 149), por lo que considero que cualquier excepción a la misma debería esta de manera expresa en una norma de rango constitucional y no en normas con rango legal, cosa que si pasa con la potestad disciplinaria cuando habilita al legislador que puede regular los deberes y responsabilidades de los servidores públicos en el artículo 40° de la referida constitución (criterio compartido por el Tribunal Constitucional conforme al FJ 48 de la STC 00020-2015-AI/TC (Caso Potestad Sancionadora de la CGR)).

Sin embargo, la “potestad administrativa” ha sido ratificada su constitucionalidad por nuestro Tribunal Constitucional al entenderse como función “materialmente jurisdiccional”, con la condición de que

le sean extensibles las garantías del derecho al debido proceso, que se evidencia en el FJ 18 de la STC 3741-2004-AI/TC)³.

Lo anterior, implicaría una “potestad implícita” o una “potestad que no estaría prohibida” para que el legislador pueda regularla a favor de las entidades de la Administración Pública, sin perjuicio de la necesaria reforma constitucional que explicita dicha función, como el establecido en el Proyecto de Reforma Total de la Constitución de 2003 en cumplimiento de la Ley N° 27600, “en cuyo texto contempla el marco constitucional de la administración pública en el Perú, aplicable al universo de entidades administrativas, en los niveles nacional, regional y local” (Danos 1995, 149), por dicho motivo nuestro Tribunal Constitucional, ha tenido una posición variante sobre la posibilidad de realizar “control difuso” por parte de órganos administrativos (primero reconociéndola y luego negándola).

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derecho Humanos (CorteIDH), ha establecido la obligación de realizar el control de convencionalidad por parte de los “órganos administrativos” (a propósito del Gelman (Gelman II-2013), pero modulándola cuando establece que sea conforme a las competencias establecidas en su ordenamiento jurídico (pareciendo dar un margen de apreciación a los estados), para luego ampliarla con el mandato de adecuación de su ordenamiento interno (no siendo eximente de responsabilidad lo establecido en sus normas de derechos de interno (incluidas las constitucionales)) a fin de hacer efectivos los derechos y libertades reconocidas en la Convención Americana de Derechos Humanos (art 2) y finalmente tiene la oportunidad de vincularla con el “derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo” (art 25) (cuando analiza la efectividad de la vía administrativa vs la vía judicial respecto a la protección de derechos convencionales en la OC 24/2017 (FJ 159-160).

Por ello, en el presente artículo, se desarrolla en dos apartados, en el primero se abordan los alcances del Control de Constitucionalidad de Órganos Administrativos conforme al ordenamiento jurídico peruano (para entender sus límites constitucionales y la posición personal sobre la posibilidad de realizar control difuso), para luego en el segundo apartado conectar con el Control de Convencionalidad de Órganos Administrativos y relación con las obligaciones convencionales tanto

3 Conforme se indica en el FJ 18 de la STC 3741-2004-AI/TC):

2. Debido procedimiento administrativo y derecho de impugnación de los actos de la administración

18. Conforme a la jurisprudencia de este Colegiado, el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución, no solo tiene una dimensión estrictamente jurisdiccional, sino que se extiende también al procedimiento administrativo y, en general como a Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha establecido, a “(...) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, el cual tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías de debido proceso legal, en los términos del artículo 8° de la Convención Americana”, (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71). (negrilla y subrayado es nuestro)”

del “mandato de adecuación de su ordenamiento interno” (no siendo exigente de responsabilidad lo establecido en sus normas de derechos de interno (incluidas las constitucionales)) a fin de hacer efectivos los derechos y libertades reconocidas en la Convención Americana de Derechos Humanos (art 2) y con el “derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo” (art 25), lo cual nos permitiría evaluar sus alcances en el caso peruano y propuestas de solución.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ORGANOS ADMINISTRATIVOS CONFORME AL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO

Control de constitucionalidad de órganos administrativos

Principio de Legalidad en el marco del Estado constitucional de derecho

En ese sentido, si bien interpretación tradicional del “principio de legalidad” respecto al derecho administrativo y de manera específica a la administración pública, implicaban una subordinación y límites a lo que eminentemente la “ley” indicaba, sin embargo, en la actualidad existe un cambio de paradigma producto del proceso de constitucionalización del derecho administrativo, pues si bien la ley es una norma de configuración de competencias y límites tanto del derecho administrativo como de la administración pública, la constitución se convierte en la “norma suprema” configuradora del derecho administrativo, “lo cual supone que la Constitución irradia su fuerza normativa no solo sobre el legislador que hace la ley, sino también sobre la Administración Pública encargada de aplicarla, así como, sobre las normas administrativas que ella emite.” (Landa 2016: 203), siendo dicho criterio compartido por el Tribunal Constitucional, cuando considero que el artículo 38° sobre el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución (en concordancia con el artículo 44°), también es aplicable a la Administración Pública respecto a casos de “manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias” que se evidencia en el FJ 156 del Caso de Ley de Reforma de Pensiones del régimen Decreto Ley N° 20530 (STC 0050-2004-AI/TC y otros)⁴.

4 Conforme se indica en el FJ 156 de la STC 0050-2004-AI/TC y otros:
156. *La Constitución como norma vinculante para la Administración Pública*
(.....)

En efecto, es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública, se encuentra vinculada a la ley o las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tiene el deber de respetarla y defenderla.

*En tal sentido, en los **supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias**, la Administración **no solo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada**, dando lugar a la **aplicación directa de la Constitución. (negrilla y subrayado es nuestro)**”*

Control de constitucionalidad por parte de jurisdicciones especiales

En el Perú, solo el Poder Judicial podría realizar control difuso, bajo una interpretación literal del artículo 138 de la Constitución Política del Perú (en adelante CPP) y más aún cuando el mismo es el que realizaría la función jurisdiccional, sobre la base del principio de exclusividad de la función jurisdiccional, en virtud al inciso 1) del artículo 139 de la referida norma.

Al respecto, la regla general es que el poder judicial ejerza la función jurisdiccional, siendo excepcional las “jurisdicciones especializadas”, que serían *prima facie* la “militar” y “arbitral”, en virtud del inciso 1) art. 139) de la CPP, pero vía jurisprudencial nuestro Tribunal Constitucional ha considerado la “constitucional” y la “electoral” (FJ 121 STC N° 00017-2003-PI/TC y el FJ 20 de la STC N° 00023-2003-PI/TC), “comunidades campesinas y nativas” (FJ 12 de Sentencia de Pleno N° 154/2021 (EXP N° 03158-2018-PA/TC)), por lo que es mejor referirnos a un “sistema jurisdiccional unitario” (FJ 10 de la STC N° 00004-2006-PI/TC).

En dicha línea, nuestro Tribunal Constitucional, ha extendido la facultad de control difuso a los órganos que pueden ejercen funciones jurisdiccionales (FJ 3 de la STC N° 00004-2006-PI/TC y el FJ 24 de la STC N° 00142-2011-AA/TC), sin embargo no todo órgano constitucionalmente autónomo va realizar siempre funciones jurisdiccionales (p.e administración de justicia en materia electoral) sino también funciones administrativas, que han sido diferenciadas por ejemplo en el caso del Jurado Nacional de Elecciones en el FJ 24 de la STC N° 00002-2011-CC/TC que dice;

32. El desarrollo de las **competencias jurisdiccionales del JNE se encuentra previsto en determinados literales del artículo 5° de la Ley N.° 26486 –Ley Orgánica del JNE–**. De esta manera, el literal a), le otorga la competencia de “administrar justicia, en instancia final, en materia electoral”; el literal f), la competencia de “resolver en instancia última y definitiva, sobre la inscripción de las organizaciones políticas y la de sus candidatos en los procesos electorales”; el literal m), la competencia para “resolver, en última instancia, las reclamaciones que se presente sobre la constitución y el funcionamiento de los Jurados Electorales Especiales”; el literal o), la competencia para “resolver las apelaciones, revisiones y quejas que se interpongan contra las resoluciones de los Jurados Electorales Especiales”; y el literal t), la competencia para “resolver, en última instancia, las tachas formuladas contra la inscripción de candidatos u opciones.

33. Empero, si bien el JNE, de conformidad con la Constitución, ejerce funciones principalmente jurisdiccionales, también tiene competencia constitucional para ejercer funciones administrativas (.....). (negrilla y subrayado es nuestro).

Control difuso de órganos administrativos

Como se indicó, conforme al ordenamiento constitucional peruano, la Administración Pública (órganos administrativos), si bien se encuentra limitada por las competencias que la ley (reserva de ley a favor del legislador), tiene el deber de garantizar la protección de los derechos fundamentales garantizados por la propia constitución (principio de legalidad constitucionalizado), conforme al artículo 38° y 44°, en dicha línea nuestro Tribunal Constitucional en un primer momento considero jurisprudencialmente, que podía realizar el control difuso, tal como se indicó en el FJ 50 de la STC N° 03741-2004-AA/TC⁵. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional dejó sin efecto el dicho precedente, y con ello dicha facultad de realizar control difuso, por no estar expresamente en la Constitución, y al considerarlo como una facultad reservada al Poder Judicial y/o Tribunal Constitucional e incluso a la división de poderes, tal como se indicó en los FJ 33 de la STC N° 03741-2004-AA/TC.

Desde mi punto de vista considero, criticable el haberse dejado sin efecto el reconocimiento de control difuso por parte de los tribunales, pues si por un lado se reconoce obligaciones por realizar “función materialmente jurisdiccionales” (derechos como debido proceso) no se le da las facultades para garantizar dichos derechos como el control difuso, y que no quebraría la división de poderes como se alega pues bajo ese argumento la “potestad administrativa” no podría realizarse pues administrar justicia (aun administrativa) pues estaría reservada al poder judicial pero es hemos demostrado que esta constitucionalizado, por otro lado si dicho control difuso estaría incorrecto, podría igual ser corregido por el Poder Judicial y/o Tribunal Constitucional, garantizándose con ello la separación de poderes.

En dicha línea, nuestro Tribunal Constitucional, considero que el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución (art. 38° en concordancia con el artículo 44°) también era aplicable a la “Administración Pública” lo cual implicaba que la misma podría no estar vinculada a una norma legal o infra legal que fuera incompatible con la Constitución, pero limitando la misma en casos de “manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias” (tal como se evidencia en el FJ 156 del Caso de Ley de Reforma de Pensiones

⁵ Conforme se indica el FJ 50 de la STC N° 03741-2004-AA/TC:

"9. El precedente extraíble del presente caso

50. (.....)

Regla sustancial: Todo **tribunal u órgano colegiado de la administración pública** tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e **inaplicar una disposición infraconstitucional** que la **vulnera manifiestamente**, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución (...) **(subrayado es nuestro)**".

del régimen Decreto Ley N° 20530 (STC 0050-2004-AI/TC y otros)⁶), luego considero que la facultad de realizar “control difuso” (art. 138° en concordancia con el artículo 38° y 51°) también era aplicable a la “Administración Pública”, pero limitando la misma para “Tribunales u Órganos Colegiados”(tal como se evidencia en el FJ 50 de la STC N° 03741-2004-AA/TC⁷), sin embargo a pesar de la coherencia en la línea argumentativa, de manera intempestiva deja sin efecto el reconocimiento del control difuso a los órganos administrativos por aspectos formales y que incumplían su propia regla del precedente y aspectos materiales por no estar expresamente en la Constitución e incluso considerarlo como una facultad reservada al poder judicial y/o tribunal constitucional que afectaría el principio de separación de poderes en favor del Poder Ejecutivo (tal como se evidencia en el FJ 35 de la STC N° 4293-2012-PA/TC).

En ese sentido, no comparto la posición del Tribunal Constitucional sobre que los “órganos administrativos” no podrían realizar control difuso, por la debilidad de sus argumentos:

- a. Los “órganos administrativos” no realizan función jurisdiccional conforme lo establece el artículo 138° de la Constitución, el problema que existe es que el propio Tribunal en su línea jurisprudencial que realizan una función “materialmente jurisdiccional” para la exigencia derechos fundamentales en los procedimientos administrativos, por lo que realiza una interpretación “literal” para no reconocer función jurisdiccional para realizar el control difuso pero en otros momentos bajo una interpretación “sistemática” les reconoce la función jurisdiccional, más aun cuando el control difuso sería un medio para garantizar los derechos fundamentales en los procedimientos administrativos.

6 Conforme se indica en el FJ 156 de la STC 0050-2004-AI/TC y otros:

"156. La Constitución como norma vinculante para la Administración Pública

(.....)

En efecto, es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública, se encuentra vinculada a la ley o las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tiene el deber de respetarla y defenderla.

*En tal sentido, en los **supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias**, la Administración **no solo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada**, dando lugar a la **aplicación directa de la Constitución. (negrilla y subrayado es nuestro)"***

7 Conforme se indica el FJ 50 de la STC N° 03741-2004-AA/TC:

"9. El precedente extraíble del presente caso

50. (.....)

Regla sustancial: Todo **tribunal u órgano colegiado de la administración pública** tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e **inaplicar una disposición infraconstitucional** que la **vulnera manifiestamente**, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución (...) **(subrayado es nuestro)"**.

- b. Los “órganos administrativos” no están comprendidos como órganos facultados a realizar control difuso Constitución, bajo dicha interpretación literal solo el Poder Judicial (artículo 138º) y el Tribunal Constitucional (artículo 201º) podría realizar control difuso, sin embargo, bajo una interpretación sistemática (reconoce que el no hacerlo es realizar una interpretación literal y restrictiva), nuestro Tribunal Constitucional ha extendido la función jurisdiccional y el control difuso, al Jurado Nacional de Elecciones, Tribunales Militar-Policial y Árbitros o Tribunales Arbitrales (FJ 0004-2006-PI/TC y FJ 24 de la STC 00142-2011-PA/TC), inclusive podría ampliarse a las Comunidades Campesinas e Indígenas pues el artículo 149 de la Constitución, les faculta a realizar “funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial” (FJ 12 de Sentencia de Pleno N° 154/2021 (EXP N° 03158-2018-PA/TC)).
- c. Control difuso de órganos administrativos no es supervisado por autoridad alguna al no existir el proceso de consulta que sí existe por los órganos judiciales, se indica que en caso de no existir apelación en el caso concreto adquirirían la calidad de cosa decidida, al no existir un control a dicho control difuso que si existe en los órganos judiciales cuando envían a consulta de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema (conforme al artículo 14 del T.U.O de la Ley Orgánica del Poder Judicial), se desconoce la diferencia entre “cosa decidida” y “cosa juzgada”, pues a través de una “nulidad de oficio” y “proceso contencioso-administrativo” se podría corregir el haber realizado de manera incorrecta el control difuso para el caso concreto aun en caso de cosa decidida, por otro lado el tema es que la exigencia de revisión del control difuso para desvirtuar la misma en sede administrativa (solo si las partes la impugnarían podrían ser controlables al no existir un procedimiento para tal fin), no es objeto de cuestionamiento en las “otras jurisdicciones” (electoral, arbitral, militar-policial); por otro lado esta obligación de realizar la consulta solo es aplicable a la “jurisdicción ordinaria” entre sus órganos internos (la obligación deriva de su ley orgánica), por lo su exigencia a otras jurisdicciones debería estar regulada de manera expresa en una norma con rango de ley (como mínimo) no siendo exigible el mecanismo de consulta a través de una interpretación extensiva pues la constitución no

le atribuido al poder judicial que sea controlador de oficios del control difuso de otras jurisdicciones; por otro lado conforme lo indico el magistrado Urviola en su voto singular dicha situación solo para “órganos administrativos” se perfeccione el control difuso mediante el mismo procedimiento de consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, finalmente considero que el tema es que el control difuso es una inaplicación para el caso concreto no a la generalidad, pues de existir un error en el control difuso se puede corregir en otro caso a través del Poder Judicial.

- d. Control difuso de órganos administrativos afectaría a la división de poderes, se indicó que el principio de separación de poderes se vería afectado cuando los “órganos administrativos” realicen control difuso, de manera específica se indicó que el Poder Ejecutivo asumiría funciones de Poder Judicial, lo cual generaría un desequilibrio, al respecto, existiría una contradicción cuando dice que la separación de poderes no es absoluta como lo establece nuestro ordenamiento constitucional (FJ 48 STC 0006-2018-PI/TC, FJ 24 STC N° 0004-2004-CC/TC), por otro lado lo que se estaría cuestionado no es el hecho de realizar control difuso, sino lo que se estaría cuestionado la constitucionalidad de la “potestad administrativa de administrar justicia” pues el solo hecho de realizarla estaría afectando la división de poderes (bajo la concepción tradicional), lo cual hemos indicado ha sido reconocido por el propio tribunal constitucional y no ha sido objeto de cuestionamiento.
- e. La extensión de garantías procesales a todas las jurisdicciones implica el control difuso, la línea jurisprudencial del Tribunal es que cuando ha extendido las garantías procesales a todas las jurisdicciones implica el control difuso (FJ 24 STC 00142-2011-AA), sin embargo, a la única que se le extiende las garantías procesales (FJ 13 STC 04944-2011-AA), pero no el control difuso a los órganos administrativos, lo cual es resaltado por el voto singular del magistrado Urviola en su voto singular dicha situación, que señala que bajo esa argumentación debería también dejar de aplicarse el control difuso para jurisdicción arbitral.

Finalmente, considero que, la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG-Ley N° 27444)⁸ habilitaría a realizar el “control difuso” es decir inaplicar una norma legal, pues de una interpretación sistemática, como podrían emitir un acto administrativo contrario a la Constitución o los derechos fundamentales (art 5), y asimismo declarar la nulidad del mismo cuando lesionen derechos fundamentales (art 213), por otro la supuesta limitación al principio de legalidad (que limitaría el control difuso) es relativa pues la misma sería válida si estuviéramos en el Estado legal de derecho y no en el Estado constitucional de derecho, por lo que la lectura del principio de legalidad deberá ser sobre dicho marco (artículo IV del Título Preliminar).

Interpretación conforme de la Constitución de órganos administrativos

Es necesario indicar que independientemente del debate sobre el control difuso (inaplicar norma) de órganos administrativos, respecto a la “interpretación conforme a la constitución” no se evidencia una prohibición al respecto, pero tampoco un desarrollado de manera detallada por nuestro tribunal constitucional, solo se indica que los órganos administrativos tendrían el deber de “defensa de la constitución” (art. 38°), “deber de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” (art. 44°), “supremacía constitucional y jerarquía

⁸ Conforme se evidencia dentro de los márgenes que otorga el T.U.O de la LPAG aprobado mediante D.S N° 004-2019-JUS, que dice en diversos preceptos:

"Artículo III.- Finalidad

*La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la **actuación de la Administración Pública** sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con **sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.***

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

*1.1. **Principio de legalidad.**- Las autoridades administrativas deben actuar con **respeto a la Constitución**, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.*

Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo

*2. Son **fuentes del procedimiento administrativo:***

*2.1. Las **disposiciones constitucionales***

*2.2. **Los tratados y convenios internacionales** incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional.*

Artículo 5.- Objeto o contenido del acto administrativo

*5.3 **No podrá contravenir** en el caso concreto **disposiciones constitucionales**, legales, mandatos judiciales firmes (.....)*

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

***1. La contravención a la Constitución**, a las leyes o a las normas reglamentarias (.....)*

Artículo 213.- Nulidad de oficio

***213.1** En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de **oficio la nulidad de los actos administrativos**, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o **lesionen derechos fundamentales.** (negrilla y subrayado es nuestro)"*

normativa” (art. 51°), esto se evidencia en la STC N° 04293-2012-PA/TC (FJ 35 y FJ 36 que justo dejó sin efecto el precedente de control difuso de órganos administrativos):

35. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que conceder facultades a los tribunales administrativos para ejercer el control difuso lleva a quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo (...).

No obstante, ello, los alcances de este pronunciamiento **no enervan las obligaciones derivadas de los artículos 38°, 44° y 51° de la Constitución, tanto para los ciudadanos como para la Administración Pública, en lo que sea pertinente en cada caso concreto.**

36. De hecho, no se trata de que la **Administración Pública** pueda actuar sin ningún límite o **únicamente teniendo como tal a la ley,** como tradicionalmente ha ocurrido, sino que su **actuación debe enmarcarse en el contexto de un Estado de derecho artículo 3° Constitución,** y **está condicionada en cuanto a su propia validez, al respecto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales.** Aun a riesgo de ser redundantes, debe resaltarse el sometimiento de la Administración Pública a la Constitución; esto es, la obligatoriedad de respetar durante la tramitación de los procedimientos administrativos tanto los derechos fundamentales como las garantías procesales correspondientes (derecho al debido proceso, derecho de defensa, etc.), así como los principios constitucionales que lo conforman (legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.).” **(negrilla y subrayado es nuestro).**

De manera complementaria, la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG-Ley N° 27444)⁹ habilitaría a realizar la “interpretación conforme a la constitución” es decir dar los sentidos interpretativos válidos constitucionalmente de una disposición sin necesidad de llegar al control difuso, hasta podría realizar indirectamente el control difuso (prohibido realizarlo directamente) para el caso concreto cuando previamente el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial lo haya realizado previamente, es decir,

Cuando éstos órganos inaplican una ley, lo hacen en determinadas circunstancias, dentro de las cuales concluyen un criterio jurisprudencial al que la Administración queda vinculada. Y cuando la Administración aplica ese criterio, no está definiendo lo constitucionalmente válido, está aplicando un modo de interpretar la ley que lleva precisamente a su inaplicación en unas concretas circunstancias, en las definidas por el criterio jurisprudencial. (Castillo 2006: 14).

⁹ Conforme se evidencia dentro de los márgenes que otorga el T.U.O de la LPAG aprobado mediante D.S N° 004-2019-JUS, que dice en diversos preceptos:

“Artículo III.- Finalidad

*La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la **actuación de la Administración Pública** sirva a la protección del interés general, garantizando los*

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS CONFORME AL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO Y CONVENCIONAL

Rango o jerarquía normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos

Si bien la Constitución Peruana de 1993 no ha establecido el rango normativo de los tratados, se establecido jurisprudencialmente que los tratados de derechos humanos tienen “rango constitucional” (FJ 26 de la STC N° 00025-AI/TC y Acumulados) o que formarían parte del “bloque de constitucionalidad” (FJ 18 de la STC N° 03561-2009-AA/TC), incluso podría establecer una jerarquía superior a la propia constitución, en virtud a la Cuarta Disposición Final y Transitoria, cuando dice que los derechos establecidos en la Constitución se deben interpretar conforme a dichos tratados, que “los colocaría en una suerte de rango o posición supraconstitucional (Eguiguren 2003: 161).

Por otro lado, dentro del contexto normativo es necesario indicar que la Convención Americana de Derechos Humanos es un tratado de derechos humanos ratificado por el Perú, que establece la obligación del estado peruano de “modificar la normativa interna” (medidas legislativas o de otra índole) a fin de garantizar los derechos contenidos en la misma de conformidad a su artículo 2°, no pudiéndose invocar el derecho interno como justificación de incumplimiento y podría generar responsabilidad internacional del estado por omisión, tal como lo ha establecido la CIDH desde su Opinión Consultiva N° 14/94 (FJ 34 y 37).

derechos e intereses de los administrados y con **sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.**

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. **Principio de legalidad.** - Las autoridades administrativas deben actuar con **respeto a la Constitución**, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo

2. Son **fuentes del procedimiento administrativo:**

2.1. Las **disposiciones constitucionales**

2.2. **Los tratados y convenios internacionales** incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional.

Artículo 5.- Objeto o contenido del acto administrativo

5.3 **No podrá contravenir** en el caso concreto **disposiciones constitucionales**, legales, mandatos judiciales firmes (.....)

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. **La contravención a la Constitución**, a las leyes o a las normas reglamentarias (.....)

Artículo 213.- Nulidad de oficio

213.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de **oficio la nulidad de los actos administrativos**, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o **lesionen derechos fundamentales.** (**negrilla y subrayado es nuestro**)”

Control de convencionalidad constructivo de órganos administrativos

La Convención Americana, consagra el “derecho al debido proceso (cuando habla de debidas garantías en el numeral 1 del artículo 8º)” indicando el mismo que es aplicable a “cualquier otro carácter (no solo penal, civil, laboral, fiscal)” lo cual permite que se extensible al ámbito administrativo pues se realizan “funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional” conforme lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el Caso López vs. Venezuela (2011)¹⁰.

En ese sentido, el control de convencionalidad es una obligación (de oficio inclusive) por parte de los órganos judiciales conforme lo estableció la CIDH desde el Caso Almonacid y otros vs Chile (2006)¹¹ y existe consenso al respecto como se evidencia en el Caso Gelman vs Uruguay (Caso Gelman I-2011)¹², sin embargo no existía un pronunciamiento si el mismo era aplicable a los órganos administrativos, recién con el

10. Conforme se indica en el FJ 111 de la Caso López vs. Venezuela (2011) que dice:

“B. Garantías judiciales respecto a los procedimientos administrativos

111. Al respecto, la Corte ha indicado que todos los órganos que ejerzan **funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional**, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a **las garantías del debido proceso** establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana. Asimismo, la Corte recuerda lo expuesto en su jurisprudencia previa en el sentido que las **sanciones administrativas y disciplinarias** son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. **(negrilla y subrayado es nuestro)”**

11. Conforme se indica en el **FJ 124 de la Caso Almonacid y otros vs Chile (2006)**, reiterado en el FJ 28 del Caso Fontevecchia y D`Amico vs Argentina (2011) y FJ 282 del Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (2012), que dice:

“124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el **Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. **(negrilla y subrayado es nuestro)”**

12. Conforme se indica en el **FJ 193 de la Caso Gelman vs Uruguay (Caso Gelman I-2011)**, que dice:

“193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” **(negrilla y subrayado es nuestro)”**

Caso Gelman (Gelman II-2013)¹³, se establece de manera indubitable que los órganos administrativos se encuentran obligados a realizar control de convencionalidad (incluso ex officio), pero con la salvedad que deben ejercerlo, conforme a su normas internas.

El control de convencionalidad constructivo (interpretación conforme a la convención), busca compatibilizar la norma nacional (infralegal, legal o constitucional) con la norma convencional, sin inaplicar la primera, para lo cual se busca la interpretación convencional de la norma nacional, para ellos es necesario,

[...] seleccionar, entre las diferentes interpretaciones que pueda tener una regla jurídica local (constitucional o subconstitucional), aquellas que sean compatibles con los instrumentos del derecho internacional ratificadas por el Estado del caso, y con la doctrina de la corte Interamericana de Derechos Humanos. El operador local tendría que manejarse con esas interpretaciones, y desechar las opuestas a tal compatibilización. (Sagues 2019: 7).

En dicha línea, de conformidad a nuestra normativa interna, al ser posible constitucionalmente que los órganos administrativos, puedan realizar “interpretación conforme”, en ese sentido, podrían realizar el “control de convencionalidad constructivo” (interpretación conforme a la convención), es decir dar los sentidos interpretativos validos convencionalmente de una disposición, sin necesidad de llegar al control difuso, hasta podría realizar indirectamente el control de convencionalidad represivo (prohibido realizarlo directamente) para el caso concreto cuando previamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, hayan realizado previamente el control de convencionalidad represivo, como se argumentó anteriormente.

Control de convencionalidad represivo de órganos administrativos

El control de convencionalidad represivo por parte de órganos administrativos, implica inaplicar una norma nacional (infra legal, legal o constitucional) por ser inconvencional, siendo “este rol represivo del control de convencionalidad es, desde luego, el más traumático, ya que

13 Conforme se indica en el **FJ 66 de la Caso Gelman vs Uruguay (Caso Gelman II-2013)**, que dice: *“66. Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están **sujetas al imperio de la ley** y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones **vigentes en el ordenamiento jurídico**. Pero cuando un **Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, (...), también están sometidos al tratado**, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, **todas la autoridades estatales**, están en la obligación de ejercer ex officio un **“control de convencionalidad”** entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (...). **(negrilla y subrayado es nuestro)”***

supone la inutilización (por desaplicación, o en su caso, derogación, según el orden jurídico de cada Estado) de normas domésticas por los propios operadores nacionales. (Sagues 2019: 6).”

Por lo que, *prima facie*, la posibilidad de realizar el control de convencionalidad represivo va depender de la posibilidad de realizar control difuso de los órganos administrativos, tal como dice inicialmente SAGUES:

Por el **paralelismo entre el control de convencionalidad y el de constitucionalidad**, podría concluirse así: el órgano ejecutivo y administrativo que está habilitado para realizar el control de constitucionalidad, por sí mismo, también tendría facultades para realizar allí control de convencionalidad. En cambio, si no es competente para consumir control represivo de constitucionalidad, tampoco estaría habilitado para realizar control represivo de convencionalidad, y **tendría que derivar el caso al órgano estatal pertinente para realizar el control represivo de constitucionalidad-convencionalidad**. (SAGUES 2015), 7-8 (**negrilla y subrayado es nuestro**).

Por lo que, si asumimos la tesis de que los órganos administrativos no pueden realizar control difuso, por ende, no podrían realizar, control de convencionalidad represivo, sin embargo, defendemos la tesis de que, si pueden realizar control difuso, por ende, los órganos administrativos sí podrían realizar control de convencionalidad represivo, asimismo es necesario indicar que en nuestro ordenamiento no hay posibilidad de que un órgano administrativo pueda enviar en consulta aun órgano jurisdiccional para que este haga control de convencionalidad represivo, siendo solo posible si el administrado lo invoca en la vía judicial, generando dilación innecesarias y sin justificación objetiva para la tutela de sus derechos.

Por otro, considero que de la misma convención, nace la obligación de realizar el control de convencionalidad de órganos administrativos, y por ende el control de convencionalidad represivo (mayor carga argumentativa), cuando en su artículo 25° de la Convención establece que toda persona tiene derecho a un “recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, ley o la presente Convención”, siendo que el “tiempo” es un factor de cumplimiento de las obligaciones convencionales, tal como lo indica la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela (2018)¹⁴, o incluso la propia

14 Conforme se indica en el **FJ 188 del Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela (2018)** que dice:

“188. El principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos judiciales sean accesibles para las partes, sin **obstáculos o demoras indebidas**, a fin de que alcancen su objetivo de manera **rápida, sencilla e integral**. Para que un Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención, no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos del mismo respecto (...). (**negrilla y subrayado es nuestro**)”.

Corte que el artículo 25 puede optimizarse mejor en “vía administrativa” que en “vía jurisdiccional” puesto que la segunda podría generar en excesivas formales y demoras en la OC 24/2017 (FJ 159-160)¹⁵, siendo extrapolable dicha línea argumentativa, en que de no permitirse el control de convencionalidad represivo obligaría al justiciable en vía administrativa, por una mera formalidad, recién tendría la posibilidad de tutelar su derecho en la vía judicial previo procedimiento administrativo, afectando el contenido del artículo 25 de la Convención.

Finalmente, considero que en dicha línea, al no existir una prohibición constitucional (explícita o implícita) de que los órganos administrativos puedan realizar el control difuso, así como tampoco existir una justificación de restringirlo o existir un mecanismo idóneo (p.a. consulta administrativa al órgano judicial), en aplicación del artículo 25 de la Convención Americana, para el marco constitucional peruano los órganos administrativos de manera excepcional (de no funcionar el control de convencionalidad constructivo y con la deferencia al legislador), pueden realizar control de convencionalidad represivo.

CONCLUSIONES

El control de convencionalidad en el Perú estaría habilitado para los órganos administrativos, tanto el control de convencionalidad constructivo (por estar habilitadas a realizar la interpretación conforme), y como última *ratio* el control de convencionalidad represivo (por estar habilitadas a realizar el control difuso, a pesar de lo determinado por el Tribunal Constitucional, que debería ser revaluado).

¹⁵ Conforme se indica en el **FJ 159 y 160 del OC 24/2017**, que dice:

"159. Por lo expuesto, se puede sostener que, si bien los Estados tienen en principio una posibilidad para determinar, de acuerdo a la realidad jurídica y social nacional, los procedimientos más adecuados para cumplir con los requisitos para un procedimiento de rectificación del nombre, y de ser el caso, de la referencia al sexo/género y la imagen fotográfica en los documentos de identidad y en los registros correspondientes, también es cierto que el procedimiento que mejor se ajusta a los requisitos establecidos en esta opinión es el que es de naturaleza materialmente administrativa o notarial, dado que el proceso de carácter jurisdiccional eventualmente puede incurrir, en algunos Estados, en excesivas formalidades y demoras que se observan en los trámites de esa naturaleza. (.....).

160. Por otra parte, un trámite de carácter jurisdiccional encaminado a obtener una autorización para que se pueda materializar efectivamente la expresión de un derecho de esas características representaría una limitación excesiva para el solicitante y no sería adecuado puesto que debe tratarse de un procedimiento materialmente administrativo, sea en sede judicial, o en sede administrativa. En ese sentido la autoridad encargada de dicho trámite únicamente podría oponerse a dicho requerimiento, sin violar la posibilidad de autodeterminarse y el derecho a la vida privada del solicitante, si constata algún vicio en la expresión del consentimiento libre e informado del solicitante. Es decir, que una decisión relacionada con una solicitud de adecuación o rectificación con base en la identidad de género, no debería poder asignar derechos, únicamente puede ser de naturaleza declarativa puesto que se deberá limitar a verificar si se cumple con los requisitos inherentes a la manifestación de la voluntad del requirente. De conformidad con lo expresado, la respuesta a la segunda pregunta planteada por el Estado de Costa Rica en torno a la naturaleza que deberían tener (.....)" (negrilla y subrayado es nuestro)

El control de convencionalidad represivo de órganos administrativos en el Perú es constitucional, por optimizar la protección de derechos humanos al constituir un recurso rápido y efectivo en su protección, pues se encuentra habilitado conforme al ordenamiento jurídico constitucional y las obligaciones establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, sin embargo, en deferencia al legislador considero que debería explicitarse el control difuso en la LPAG o la propia constitución, o en su defecto habilitar la consulta administrativa al órgano judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- SAGUES, NESTOR PEDRO. “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”. Estudios Constitucionales del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Tacala, Año 8, N° 1, 2010, pp 117-136.
- SAGUES, NESTOR PEDRO. “Notas sobre el Control Ejecutivo de Convencionalidad”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”. Congreso Año XXI, Bogotá 2015, pp 141-149.
- SAGUES, NESTOR PEDRO. “El Control de Convencionalidad y la Problemática sus Topes”. Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: “La Democracia Constitucional en América Latina: A 45 Años del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y a 40 Años de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional”. Buenos Aires (Argentina) 2019, pp 1-27.
- BACA ONETO, Victor. “La Administración Pública y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional peruano”. Gaceta Jurídica N°23: Lima, 2008.
- CASTILLO CORDOVA, Luis. “Administración Pública y control de la constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC?”. Lima: Diálogo con la Jurisprudencia N° 98, 2008.
- CASTILLO CORDOVA, Luis. “Un precedente vinculante que fue norma constitucional inconstitucional”. Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional N°77. Lima, 2014.
- MORON URBINA, Juan Carlos. “¿Es ahora el Poder Ejecutivo el guardián in limite de la constitucionalidad de las leyes?. Lima: Palestra Editores, 2007.
- TIRADO BARREDA, José Antonio. “El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Editorial Grijley. Lima-2008.
- LANDA ARROYO, CESAR. “La Constitucionalizacion del Derecho Administrativo”. Revista Themis N° 69. Lima (2016).

- EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO JOSE. “Aplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en la Jurisprudencia Constitucional Peruana”. Revista Ius et Praxis Vol. 9 N° 1 (Versión on line) . Talca (2003).
- DANOS ORDOÑEZ, JORGE. “Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública”. Revista Ius Et Veritas N° 5. Lima (1995).
- DANOS ORDOÑEZ, JORGE. “La Reforma Administrativa en el Perú”. Revista Derecho & Sociedad N° 21. Lima (2003).