

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO



- La protección supranacional
- Los derechos fundamentales en la concesión de licencias ambientales
- Procedencia de la acción de tutela por defecto fáctico contra sanciones disciplinarias
- Inimputabilidad penal por trastornos mentales
- Los criterios jurisprudenciales para la aplicación de la prisión preventiva en el Perú
- El derecho de guerra en la conquista de América



AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Rectora

Dra. Felícita Yolanda Peralta Chávez

Vicerrector Académico

Dr. Luis Antonio Cerna Bazán

Vicerrector de Investigación

Dr. Julio Luis Chang Lam

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Dr. Raúl Yván Lozano Peralta

DIRECTOR

Dr. Víctor Hugo Chanduví Cornejo

EDITORES ASOCIADOS

Ms. Raúl Yván Lozano Peralta
Ms. Domingo Varas Loli

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Miguel Ayuso Torres
mayuso@icade.comillas.edu
Universidad de Comillas, Madrid

Dra. Victoria de las Heras Jiménez
maria victoriadelasheras@pdi.ucm.es
Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. José Antonio Ñique de la Puente
jniqued@yahoo.es
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Dr. Fernán Altuve-Febres Lores
faltuve@ugartedelpino.pe
Universidad de Lima

Dr. Ramón Oscar Murillo Serna
oscarmurilloserna@yahoo.com
*Instituto de Gobierno de la
Universidad de San Martín de Porres*

Dr. Renzo Raphael Honores Gonzáles
rhonoresg@gmail.com
*Doctor of Philosophy in History
Florida International University - Abogado
Pontificia Universidad Católica del Perú*

Dr. José Antonio Benito Rodríguez
Joseantonibenito1@gmail.com
Universidad de Valladolid, España

Alejandro Patricio Maraniello
patriciomaraniello@hotmail.com
Universidad de Buenos Aires- Argentina

Martín Acevedo Miño
martin_acevedo@uca.edu.ar
Universidad Católica Argentina

IURA, revista académica interdisciplinaria
de información e investigación jurídica.

ISSN N° 2312-1645

Depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
N° 2014 - 05941

Vol. 7 N° 2, Julio - Diciembre de 2022 - Trujillo, Perú
Publicación semestral
Título abreviado: IURA

Dirección

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
Av. América Sur N° 3145
Urb. Monserrate, Trujillo, Perú
Teléfono: 51-44-604444, anexo 2087
www.upao.edu.pe

Los artículos de esta revista expresan el pensamiento
personal de sus autores, no de la institución.



Obra pictórica
de M. del
Sorocco Mora C

Preprensa

Fondo Editorial UPAO
Diagramación: Jorge Arévalo



Autora: M. del Socorro MoraC

ÍNDICE

EDITORIAL	179
GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS <i>VERSUS</i> IDENTIDADES CONSTITUCIONALES: LA PROTECCIÓN SUPRANACIONAL <i>Javier García Roca</i>	181
GUIDELINES FOR RESPONSIBLE METAVERSE BUILDING: A DESIGN OF NEURORIGHTS AS HUMAN RIGHTS <i>Gustavo Silveira Borges</i> <i>Isabela Xavier Gonçalves</i>	209
EL PAPEL DE LA LÓGICA DEÓNTICA EN LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL <i>Joe Caballero Hernández</i>	233
LA OPTIMIZACIÓN PROTECTORA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONCESIÓN DE LICENCIAS AMBIENTALES <i>José Augusto Dutra Bueno</i> <i>Deilton Ribeiro Brasil</i>	245
PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA POR DEFECTO FÁCTICO CONTRA SANCIONES DISCIPLINARIAS ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA <i>Orlando Díaz Atehortúa</i> <i>Uriel Ángel Pérez Márquez</i> <i>Fernando Luna Salas</i>	261
INIMPUTABILIDAD PENAL POR TRASTORNOS MENTALES: BREVE ACERCAMIENTO DESDE LA CRIMINOLOGÍA Y LA NEUROCIENCIA <i>Álvaro Salgado González</i> <i>Alex González Grau</i> <i>Fernando Luna Salas</i>	283

EL SISTEMA GARANTISTA Y LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES PARA LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PERÚ <i>Julio César Zumaeta Flores</i>	307
LA CELOTIPIA COMO CAUSAL DE DIVORCIO AUTÓNOMA EN COLOMBIA <i>Tulia del Carmen Barrozo Osorio</i>	319
EL DERECHO DE GUERRA EN LA CONQUISTA DE AMÉRICA: REFERENCIAS MEDIEVALES EN LA CAPTURA DEL TAHUANTINSUYO Y LA GÉNESIS DEL PERÚ <i>Manuel Bermúdez-Tapia</i>	339
LEY QUE REGULA LA MATERNIDAD SUBROGADA PARA PROTEGER LOS DERECHOS DE LA GESTANTE COLABORADORA EN EL PERÚ <i>Karla Patricia Mendoza Rodríguez</i>	351
CULTURA Y LIBROS	363
DIALOGANDO EN VOZ BAJA CON MORAC <i>Adolfo Asmat Chirinos - Zavala</i>	364
MORAC: LA FRAGMENTACIÓN DE LO COTIDIANO <i>Cristóbal Campana Delgado</i>	368
EL FUEGO DE LA IMAGINACIÓN, OBRA PERIODÍSTICA DE MARIO VARGAS LLOSA	371
SALVO MI CORAZÓN, TODO ESTÁ BIEN, LIBRO DE HÉCTOR ABAD FACIOLINCE	373
ANTIGUOS Y NUEVOS ANIMALES LITERARIOS, DE ALONSO RABÍ	377
DEBUT SIN DESPEDIDA: LOS HOMBRES QUE MATARON LA PRIMAVERA, NOVELA DE OMAR ALIAGA	380
LA PEDAGOGÍA DE IGNACIO DE LOYOLA Y PAULO FREIRE	382

EDITORIAL

UN COMPROMISO RADICAL

El año 2018 aceptamos el reto de dirigir la revista IURA por acuerdo del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego. Desde entonces nos propusimos un objetivo prioritario: la continuidad y el respeto minucioso de la periodicidad semestral de IURA. Este fue un compromiso radical porque se trataba del primer paso para lograr la meta: la indexación de nuestra revista en los principales repositorios y bases de datos.

En su discurso en la ceremonia del Nobel de Literatura, el poeta Octavio Paz se refirió a la importancia de la palabra Gracias. Habló del significado universal de esta palabra en las lenguas del mundo mientras hacía un balance de la evolución histórica de la literatura en nuestro continente. Así que, emulando al autor de “Piedra de sol” y “El laberinto de la soledad”- entre otras obras maestras- quisiera agradecer el apoyo de nuestro Fondo Editorial (FE). Mi gratitud al doctor Eduardo Paz Esquerre, jefe del FE, y al magister Domingo Varas Loli, editor asociado y miembro del Comité de Publicaciones de nuestra universidad.

La lista de agradecimientos es larga. También quiero resaltar la colaboración de los miembros del Comité Editorial de IURA. Al Dr. Miguel Ayuso Torres, de la Universidad de Comillas, Madrid –España; a la Dra. Victoria de las Heras Jiménez, de la Universidad Complutense de Madrid-España; al Dr. José Antonio Ñique de la Puente, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; al Dr. Fernán Altuve-Febres Lores, de la Universidad de Lima; al Dr. Ramón Oscar Murillo Serna, del Instituto de Gobierno de la Universidad de San Martín de Porres; al Dr. Renzo Honores Gonzáles, de la Pontificia Universidad Católica del Perú y al Dr. José Antonio Benito Rodríguez, de la Universidad de Valladolid, España. A todos ellos mi eterno agradecimiento y reconocimiento académico.

▪

Después de haber superado con éxito el proceso de acreditación, convirtiéndose en la segunda Facultad acreditada de nuestra universidad, estamos convencidos que la indexación de IURA constituirá otro hito en la historia institucional. De esta manera se continuará promoviendo el círculo virtuoso constituido por la investigación académica y la publicación y difusión de sus resultados.

Esta política editorial beneficiará el proceso de enseñanza-aprendizaje de nuestros alumnos porque IURA transmitirá nuevo conocimiento y fomentará la investigación en los diversos ámbitos de las ciencias jurídicas. IURA será la palestra que necesitan nuestros alumnos, docentes, egresados y miembros de la academia para divulgar y proponer sus nuevas teorías y formas de interpretación de la dinámica realidad social.

Dr. Víctor Hugo Chanduví Cornejo

GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS *VERSUS* IDENTIDADES CONSTITUCIONALES: LA PROTECCIÓN SUPRANACIONAL

GLOBALIZATION OF RIGHTS VS CONSTITUTIONAL IDENTITIES: SUPRANATIONAL PROTECTION

Javier García Roca
Catedrático de Derecho Constitucional,
Universidad Complutense de Madrid.

Índice.

- 1.- ¿Hacia una globalización de los derechos fundamentales? La protección regional y el trabajo judicial en red.
- 2.- Soberanía nacional, subsidiariedad, identidades constitucionales, margen de apreciación nacional y procedimiento razonable de decisión.
- 3.- Conclusiones.

1.- ¿HACIA UNA GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES? LA PROTECCIÓN UNIVERSAL Y REGIONAL Y EL TRABAJO JUDICIAL EN RED

La ambigua pero indefectible idea de globalización. ¿Qué añade una protección internacional, regional o continental, iberoamericana y europea e incipientemente africana, pero con aspiraciones de eficacia

global en la realidad de las cosas¹, a la garantía de los derechos fundamentales?

La expresión “globalización” es ambigua y se aplica en muchos escenarios². Si bien todos sus usos tienen en común la contracción del tiempo y del espacio, la revolución digital y tecnológica, la rápida circulación de ideas de manera muy difusa o capilar, y la creación de nodos y redes de conocimiento y trabajo³. La sociedad global es una sociedad red. Este fenómeno tiene una influencia decisiva en los derechos fundamentales⁴, pues los supuestos de hecho, estándares y controversias adquieren frecuentemente dimensiones espaciales muy amplias, y adoptan soluciones basadas en la cooperación internacional y en la búsqueda de respuestas conjuntas, interactuando los órganos jurisdiccionales⁵. Hay v.gr. una conferencia de tribunales constitucionales europeos, y otra Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional. La declaración de Kampala de 2019 auspicia la cooperación y llevó a la firma de un memorando de entendimiento para mejorar el diálogo y el intercambio de jurisprudencia de los tres tribunales regionales: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

1 En el **Caso ND y NT contra España**, de 13 de febrero de 2020, una Gran Sala del TEDH valida -cambiando de criterio- la expulsión colectiva (artículo 4 del Protocolo 4 al CEDH) de un amplio grupo de emigrantes subsaharianos que intentaron cruzar la alta valla de la frontera de Melilla por la fuerza, y fueron expulsados sin procedimientos de revisión individualizados de sus circunstancias personales, las llamadas “expulsiones en caliente”. Comparecieron en el proceso numerosos Estados parte como observadores, los tres altos comisionados para los Derechos Humanos y para refugiados de Naciones Unidas y de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Amnistía Internacional y un largo etcétera de entidades. Puede leerse un comentario de ALONSO SANZ, L., “Deconstructing Hirsi: the returns of hot returns” en *European Constitutional Law Review*, 17, pp. 335-352, 2021. Es difícil pensar que este discutible estándar no tenga alguna influencia global en situaciones semejantes en otros escenarios: en la frontera de Méjico con Estados Unidos, en los desembarcos en Italia, o las expulsiones del Reino Unido.

En Hassan contra el Reino Unido, de 16 de septiembre de 2014, el TEDH revisa la detención de un iraní por las tropas británicas durante la invasión por Estados Unidos de Iraq. Igualmente, en Jaloud contra los Países Bajos, de 20 de noviembre de 2014, se enjuicia la muerte de un iraquí por tropas holandesas y su responsabilidad criminal por no haber investigado las causas de los disparos.

2 Puede leerse KÖHLER, H., “Hacia una mejor globalización” en www.imf.org/external/np/speeches, Director General del Fondo Monetario Internacional, defiende una globalización “correcta”; o BARICCO, A., *Next. Sobre la globalización y el mundo que viene*, Anagrama, Barcelona, 2002.

3 Vid CASTELLS, M. (ed.), *La sociedad red una visión global*, Alianza editorial, Barcelona, 2006, primera reimpresión 2009, Parte I “La teoría de la sociedad red” (pp. 27-75). CASTELLS razona la interacción entre tecnología y estructura social, y la importancia de la estructura en red -un conjunto de nodos interconectados- como nueva forma organizacional de la actividad humana, lo que obliga a las sociedades a implementar nuevos paradigmas adaptados a la flexibilidad y constante retroalimentación y reconfiguración del nuevo entorno tecnológico (pp. 23-24, 30, 37).

4 Véase GARLICKI, L., “Universalism versus regionalism? The role of the supranational judicial dialog” en GARCIA ROCA, J., FERNÁNDEZ, P.A., SANTOLAYA, P. y CANOSA, R. (editores): *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 27-64. In extenso, BREMS, E., *Human Rights: Universalism and Diversity*, Boston-London, La Haya, 2001.

5 Cfr KONDOROSI, F., “Los derechos del hombre en un mundo globalizado” en *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furio Ceriol*, nº 38/39, 2002, pp. 85-96. PASTOR RIDRUEJO, J.A., “La globalización de los derechos humanos. El reto del siglo XXI” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2003, nº 2, pp. 19-33- Hice una primera aproximación en GARCÍA ROCA, J. “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y bases para una globalización de los derechos” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 5, 2006, México, pp. 139-182, y en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 6, 2005, pp. 37-82.

La globalización de los derechos: algunos rasgos. No me ocuparé de “los derechos en un mundo globalizado”, un tema mucho más amplio, sino de la noción de “globalización de los derechos” y de las consecuencias de su protección regional en tres continentes que emanan de la protección universal en Naciones Unidas. Esta protección tricontinental⁶ irradia a otros espacios fuera de sus fronteras territoriales, por la propia capacidad suasoria y relevancia de su doctrina: los derechos crecen como buena masa de pan y tienen una gran fuerza expansiva. Del mismo modo que las jurisprudencias de algunos altos tribunales de referencia, sitios fuera de ella, como pueden ser los de la India (con influjo en los países pobres p.ej. en la discusión sobre el voto de los analfabetos), Israel o Canadá (p.ej. en el voto de los presos) irradian hacia esta protección supraestatal y regional y las propias protecciones nacionales. Esta globalización de los derechos en que ya nos movemos ha generado diversos rasgos que trataré de analizar.

Primero, conlleva un internacionalismo que permite remover los obstáculos que entrañan la tendencia -consustancial a muchos nacionalismos- a defender viejas inercias históricas, tradiciones obsoletas o prejuicios locales, bajo el pretexto de integrar supuestas identidades nacionales, a veces fundadas en el historicismo, y que distan de ser manifiestas, inequívocas e inamovibles en vez del puro decisionismo voluntarista de algunos altos tribunales. Las identidades constitucionales, al no estar recogidas en cláusulas expresas en normas fundamentales, suelen no ser un concepto normativo.

Segundo, una modernización o tendencia a la actualización de los contenidos de los derechos y la interrelación de las declaraciones en un proceso de fertilización recíproca, donde los textos más nuevos impactan en los más antiguos mediante una interpretación sistemática y los transforman. La Carta de Derechos Fundamentales de 2000, heredera del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, ha contribuido a su puesta al día mediante el diálogo entre ambas declaraciones y entre el Tribunal de Justicia y el TEDH. La Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 está impulsando la transformación de numerosas normas -las electorales entre ellas- bajo una nueva comprensión de la discriminación por discapacidad como discriminación social, y ya no clínica o individual como era una tradición secular del Derecho⁷. Un verdadero cambio de paradigma de la capacidad jurídica.

Tercero, una progresiva homogeneización y armonización de los derechos en el espacio europeo e interamericano mediante el uso de unos estándares convencionales, a menudo compartidos y tendencialmente globales, por su mismo carácter abstracto y general. Las controversias, conflictos de derechos y sus ponderaciones ya no se detienen en las fronteras nacionales, y aspiran a soluciones derivadas de una lengua franca o común, que arrancan de unas normas constitucionales e internacionales

6 Puede consultarse BURGORGUE -LARSEN, L., *Les 3 Cours regionales des droits de l'homme in context. La justice qui n'allait pas de soi*, Editions A. Pedone, Paris, 2020, donde se comparan las tres Cortes supranacionales y se ofrece abundante información.

7 Véase REY, F., *Derecho antidiscriminatorio*, Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

similares y un océano de precedentes que han creado a lo largo de décadas un rico *case-law*. Prácticamente cualquier pretensión de una presunta víctima encuentra una respuesta en ese Derecho de casos salvo los asuntos nuevos o emergentes que reclaman la creación de un precedente. Existe una red de órganos jurisdiccionales que dialogan en sus pronunciamientos, conocen y analizan sus respectivas decisiones, y se matizan sucesivamente los unos a los otros. Es una estructura de trabajo en red, carente de jerarquía, donde rara vez nadie tiene el poder de decir la última palabra, y a veces lo importante es realmente decir la primera y abrir un constante debate, un *ongoing debate*, que tarda un largo tiempo en cerrarse. El planteamiento de Waldron no parece adecuado a la realidad del funcionamiento del sistema⁸.

Cuarto, las decisiones de la Corte Interamericana viajan a Europa, y de Estrasburgo vuelan a San José, e influyen más allá de ese diálogo bilateral en otros espacios fuera de ambos continentes. La doctrina científica posee un papel inspirador de estas jurisprudencias que no se detienen en la glosa de las sentencias y están creando lentamente un nuevo Derecho común: un fenómeno análogo a la creación del *ius commune* medieval⁹, que inspira primero los *iura propria* y luego los suple e integra subsidiariamente, día a día, avanzando en resolver cuestiones para disputar y proponiendo transformaciones y soluciones. Los avances en la supervisión de la ejecución de las sentencias del TEDH tienen que ver con buenas prácticas del comité de ministros y del propio tribunal, pero también con diversos estudios doctrinales innovadores que defienden una comprensión “holística” o global de la jurisdicción europea mucho más avanzada que la diseñada por el Convenio Europeo en 1950 y que aún recoge el tratado originario¹⁰. Algunos de estos expertos llegan a ser magistrados, o sus críticas y opiniones influyen en las reflexiones de las sentencias, o en los votos particulares de algunos de los magistrados. Así impacta la doctrina científica del Derecho común en la jurisprudencia.

Quinto, se ha creado, lenta pero progresivamente, una conciencia de una interdependencia en la efectividad de los derechos y en la reparación de las violaciones de las víctimas. Incluso cuando no sea todavía viable la reparación, v.gr. las graves violaciones de derechos que están ocurriendo actualmente en Turquía y en Rusia tras la suspensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en un caso, o la salida del Consejo de Europa, en otro, y las arbitrariedades en algunas democracias iliberales europeas (Polonia, Rumania Hungría) no dudemos que más pronto que tarde tendrán una respuesta regional y global, y algunas autoridades nacionales devendrán responsables ante las opiniones públicas nacionales y la internacional¹¹. Los gobiernos pasan los estados permanecen y ningún mal -tampoco las democracias enfermas- dura cien años.

8 WALDRON, J., *Derechos y desacuerdos*, Marcial Pons, 2005, Madrid, en su polémica con DWORKIN.

9 Es clásico y muy ilustrativo CALASSO, F., *Introduzione al Diritto Commune*, Giuffrè, Milán, 1970.

10 La expresión y la tesis es de KELLER, H. y MARTI, C., “Reconceptualizing implementation: the judicialization of the execution of the European Court of Human Rights’ judgments” en *European Journal of International Law*, Volume 26, Issue 4, November 2015, pp. 829–850

11 Puede verse ESSEN, S., “The right of derogation from the ECHR and the Case of Turkey” en GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 241-275.

En definitiva, nos movemos hacia una cierta homogeneidad en el entendimiento objetivo de los derechos bajo el impulso de las protecciones regionales. La interpretación convencional es una tarea común, al igual que lo es la interpretación constitucional¹², sus estándares y argumentos -la racionalidad del buen Derecho, su materialidad¹³- no se detienen en fronteras territoriales sino lógicas y normativas, sin perjuicio de las especificidades de cada comunidad.

¿Existen desventajas como en la globalización económica? No hay una competencia desleal, situaciones de *dumping* o de competencia hacia la baja en la tributación, o de deslocalización de empresas, ubicándose sus instalaciones donde las legislaciones laborales o sanitarias sean menos exigentes, como es un claro riesgo de la globalización económica y una práctica frecuente. Tampoco se reducen los espacios políticos de decisión de los ciudadanos, tal y como apresuradamente se ha dicho¹⁴, atemorizados por la inercia de los juristas a conservar el estado de las cosas, el temor a salir del confortable Estado nación que hace tiempo que ya no es la única forma constitucional de Estado. Los elementos de los “Estados constitucionales convencionalmente limitados” se han transformado seriamente. No se genera una crisis del principio democrático, sino que la participación y la información deben ensancharse en un espacio más amplio y organizarse de manera diferente y más compleja. Por más que se limita o transforma la idea de soberanía nacional, ahora mismo en transición, allí donde existen diferentes procesos de integración supranacional, en particular, en la Unión Europea y el Consejo de Europa¹⁵.

La globalización de los derechos tiende a incrementar su efectividad en los numerosos lugares donde las autoridades nacionales no respetan suficientemente las garantías que entrañan los derechos ante la amenaza de ver sometidas sus arbitrariedades a un control subsidiario, independiente y externo fundado en el juicio de sus iguales, otros Estados pares, y tribunales internacionales. La política judicial del Tribunal Europeo de Derecho Humanos hacia la protección del estatuto de la oposición frente a malas prácticas como son las detenciones de sus líderes o las prisiones preventivas por agendas falsas en algunas *illdemocracies*, incluso antes de las concurrencias electorales, es un buen ejemplo de la tutela

12 ZAGREBELSKY, G., “L’ interpretazione costituzionale come compito” en *XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. La garantía jurisdiccional de la Constitución*, FERRER MACGREGOR, E. (editor), pendiente de edición.

13 Esta dualidad, las exigencias materiales de racionalidad o *auctoritas* de la ley e imperio o *potestas*, a veces contradictorias, se expresan bien por ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bolonia, 2008.

14 Plantea la polémica DE VEGA, P., “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual” en *Revista de Estudios Políticos*, 1998, n° 100, p. 13, una supuesta contradicción entre el ensanchamiento de los espacios económicos y la reducción de los ámbitos políticos como ciudadanos. No creo sea así necesariamente en el ámbito de los derechos regionalmente protegidos.

15 Cfr WALKER, N. (ed.), *Sovereignty in transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003. Una colección de ensayos sobre las restricciones a la soberanía -especialmente en la Unión Europea- en un mundo global, cuyo declinar no significa que desaparezca ni tampoco que deba ser reforzada. La cuestión es más compleja, y conviven diversas perspectivas contrapuestas. Pero es un hecho que la Unión aminora, si no sustituye, este concepto mediante la idea de primacía y constante negociaciones sobre acuerdos y competencias. Otro tanto ocurre con la acción del pluralismo europeo de constituciones sobre la soberanía.

de elecciones y democracia frente a mayorías irrespetuosas con las reglas democráticas del Estado de Derecho que intentan impedir la alternancia¹⁶.

La protección internacional llega donde no basta con la tutela interna de los derechos o está perniciosamente contaminada. La creación de redes y de amplios espacios de protección permite un movimiento en favor de los derechos: una cultura o lenguaje de unos derechos verdaderamente europeos, interamericanos o universales. Al contrario de la globalización económica, muy discutida por sus efectos en el deterioro del medio ambiente, o en la restricción de los derechos sociales de los trabajadores o las condiciones de empleo, la globalización que nos ocupa no se basa en la desregulación ni en la supresión o privatización de los servicios públicos, sino que contribuye a fortalecer la democracia y el Estado de derecho. La protección supraestatal de los derechos no fomenta la desregulación como la globalización económica, por el contrario, son frecuentes las obligaciones de legislar y de proteger que vienen impuestas como medidas generales de reparación en las sentencias convencionales. La globalización de los derechos no produce la desregulación, sino que intensifica las garantías normativas e institucionales al crearse: comisionados parlamentarios para la defensa de los derechos humanos, comités de prevención de la tortura, diversos protocolos de actuación de las administraciones o de la policía o de las administraciones y órganos judiciales en materia perspectiva de género, etc.

¿Derechos fundamentales fuera de las constituciones? Se produce una enriquecedora tensión en los derechos fundamentales protegidos por las constituciones nacionales, los tratados y declaraciones internacionales, y los legisladores de manera que las interpretaciones crean en cada caso un todo armónico: un bloque de la constitucionalidad o un bloque de la convencionalidad. Las tensiones normativas son insoslayables y las consecuencias manifiestas. Se ha creado una teoría de las obligaciones positivas y de aseguramiento que llevan a los poderes públicos, nacionales y supraestatales, a hacerse responsables incluso de las violaciones de derechos ocasionadas por poderes privados en una forma de eficacia horizontal o *Drittwirkung*.

Los derechos fundamentales ya no están sólo reconocidos en las constituciones nacionales, como antaño enseñábamos en las aulas, sino también en algunos tratados internacionales protegidos jurisdiccionalmente a instancias de las propias víctimas. En efecto, algunos derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional adquieren el rango y valor de derechos fundamentales: verdaderos derechos subjetivos, con un contenido esencial, indisponibles por el legislador y los poderes públicos, y protegidos con remedios jurisdiccionales a instancias de demandas individuales o colectivas que permiten dictar variadas medidas de restablecimiento de los derechos.

Numerosos “contenidos nuevos de derechos viejos”, o directamente “derechos nuevos” no previstos

16 La construcción por el TEDH de un estatuto reforzado de los opositores políticos puede leerse en GARCÍA ROCA, J., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos como tribunal electoral y el estatuto de la oposición política” EN SÁNCHEZ NAVARRO, A. y FERNÁNDEZ, R. (editores), *Reflexiones para una democracia de calidad en la era tecnológica*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 429-444.

expresamente en los convenios, pero inmanentes a los mismos, se han creado en esa protección internacional *-a judge made convention-* y acaban formando parte de la tutela constitucional¹⁷. Son derechos globales o universales porque no dependen sólo del Estado, y su defensa y efectividad deviene una cuestión internacional.

*Universalismo, fragmentación, relativización*¹⁸. Igualmente se produce una globalización de la sociedad civil donde son frecuentes las colaboraciones entre ONGs y diversas entidades privadas e instituciones públicas dedicadas a la tutela de derechos. La sociedad civil se ha convertido en una “fuerza motriz de la globalización”: los movimientos de conservación ambiental, de defensa de los derechos de la mujer o del colectivo LGTBI, de las personas con discapacidad, de los emigrantes, de diversos grupos étnicos¹⁹ o colectivos de personas vulnerables, y, en general de muchos derechos humanos, producen un efecto globalizador en una corriente de abajo a arriba hacia los tribunales. Muchos asuntos llegan a las jurisdicciones convencionales bajo el impulso de asociaciones de defensa de intereses generales, o éstas comparecen en los procesos en una intervención adhesiva como *amicus curiae*. Se está produciendo una apertura a terceros de los procesos convencionales de tutela de derechos²⁰. Una seria transformación del Derecho Procesal clásico.

Pero, en sentido contrario, hay también procesos de fragmentación del Derecho Internacional²¹, y no siempre existen pasarelas ni suficientes mecanismos de relación entre los diversos ordenamientos jurídicos interconectados, y aparecen disrupciones que deben corregirse por los propios tribunales con mentalidad dialogística, impidiendo situaciones de bloqueo.

Es importante recordar la existencia de un relativismo cultural: la presencia de quienes creen que la

17 Una justificación teórica de esta distinción en REY, F., “Cómo nacen los derechos” en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. (coord.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 327-352.

KONDOROSI, F. explica como con el aumento de los retos de la globalización, aumentan los derechos y el catálogo de derechos de nuevas generaciones se ensancha. Algunos de estos derechos no pueden ser realizados dentro de las fronteras nacionales (op. cit., p. 86). Es patente en los derechos digitales.

18 Ibid., pp. 87-89. KONDOROSI afirma que la universalidad de los derechos se puede interpretar de varias maneras: en la constitución de normas, -así en el marco de la ONU-, y en su realización, también en los destinatarios, o en la normalización de todos los derechos en su tratamiento incluidos los sociales. Pero la globalización se alimenta de interdependencias e influencias mutuas. Algunos autores incluso discuten el adjetivo “universal” dada su tensión con el relativismo cultural y la fragmentación del Derecho Internacional.

19 Ibid, p. 95.

20 SALAS CRUZ, A. “Enmienda democrática de la Convención Americana sobre derechos humanos. Una propuesta de participación ciudadana” en *Revista de Derecho Político*, nº 114, 2022, pp. 387-424, alude al carácter estático de la Convención Americana, con un procedimiento de enmienda en desuso, y cree que la participación ciudadana puede legitimar la presentación de proyectos ante la Asamblea General.

21 KONDOROSI, F, op. cit., p. 88, recuerda que no sólo los representantes del relativismo cultural provienen del Islam o de los países asiáticos sino que hay p.ej. una clara actitud de rechazo de muchos tratados internacionales de derechos humanos en los Estados Unidos, comenzando por la negativa a la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

civilización occidental, la *Western tradition*²², intenta imponerse como cultura universal a través de los derechos fundamentales, denunciando que responden a unos valores que no son verdaderamente globales y encajan mal v.gr. en las culturas china o, en general, asiática, o árabe, o en los diversos fundamentalismos religiosos tanto cristianos como islámicos. La cultura occidental, o euroatlántica, posee unos valores basados en la confianza en el individuo y el ciudadano, en su autodeterminación y en la igualdad, ésta es la cultura que orienta el constitucionalismo y el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Si bien los derechos sociales, que protege la Carta Social Europea revisada en 1996, también el TEDH y la Corte IDH mediante una interpretación sistemática de sus respectivos parámetros y extendiendo los derechos civiles, y algunas normas de la Unión Europea sobre medio ambiente o economía y energía sostenibles (algunos de estos bienes son pilares de las inversiones de los Fondos *Next Generation*)²³, atienden al valor de la solidaridad, reconocido expresamente en un capítulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y a la interdependencia de los individuos en una comunidad.

El advenimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos. Es muy relevante la novedosa perspectiva de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 -que impulsa la declaración de Kampala- y pone gran énfasis: en los derechos de los pueblos (artículos 19 a 24) y los deberes de los individuos (artículos 27 a 29); en no disociar los derechos civiles, políticos y económicos de los sociales y culturales desde una comprensión universal; y en la defensa de la civilización africana y la eliminación del neocolonialismo²⁴. Todo ello se mueve dentro del espacio de Naciones Unidas. No puede orillarse la tremenda importancia que tuvo la extensión de la cultura de los sistemas europeo e interamericano a África en esta Carta de Banjul de 1981 tanto como las especificidades que la Organización para la Unidad Africana añaden a su sistema. La aprobación del Protocolo de 1998 por el que se establece la Corte Africana de Derechos Humanos, con entrada en vigor en 2004, es un hito significativo. Es menester apoyar e impulsar la consolidación del sistema de la Carta Africana. Hay desde luego diferencias entre el sistema interamericano y el sistema del Convenio Europeo e incluso con el sistema de protección de Naciones Unidas y los numerosos -y generosos- pronunciamientos de su comitología. La diversidad cultural, el pluralismo de los diversos pueblos es sobre todo un hecho innegable que la subsidiariedad debe preservar.

*Universalismo y particularismos o prejuicios*²⁵. Pero el universalismo de los derechos permite sospechar que ciertas tradiciones y costumbres nacionales muy arraigadas, que pueden parecer naturales para

22 Sobre la *Western tradition*, entre otros, VERGOTTINI, G., “Comparación y tradición constitucional: discurso de investidura como doctor honoris causa por la Universidad Complutense de Madrid en *Revista de las Cortes Generales*, nº 97, 2016, pp. 7-31.

23 Véase GONZÁLEZ PASCUAL, M., “Next Generation: ¿hacia una Europa social?” en GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, op. cit., pp. 339-367.

24 *In extenso*, BURGORGUE-LARSEN, L., *Les 3 Cours regionales des droits de l’homme in context. La justice qui n’allait pas de soi*, op. cit., con amplias referencias bibliográficas.

25 Sobre universalismo y particularismo, deben consultarse GARLICKI, L., op. cit., y BREMS, E., op. cit.

los miembros de una comunidad política al estar habituados a ellas, pero no para la cultura global de los derechos y que, en consecuencia, se descuelgan de la red global de diálogo jurisdiccional²⁶, del constitucionalismo global²⁷, sean realmente preferencias desnudas, discriminatorias, atavismos culturales que deben ponerse al día y no verdaderas identidades nacionales. Una sociedad abierta y decente -una *open minded society* en palabras del TEDH- debe revisar constantemente sus fundamentos con racionalidad. La globalización rompe las fronteras de los enjuiciamientos y motivaciones, pues su capacidad suasoria permite detectar prejuicios aislacionistas y desprovistos de justificación y diferenciarlos de verdaderas especificidades locales fundadas en hechos objetivos. Globalización no es uniformidad y debe haber un margen de apreciación, especificación y diferenciación nacional. El interrogante es cuán grande debe ser ese margen y la respuesta sólo puede darse caso a caso y en función de la naturaleza del derecho y las diferencias en los contextos.

El alcance global de los estándares. Los estándares internacionales sobre derechos a menudo tienen una aplicación más amplia que la estrictamente típica de una protección regional. Suele haber una cierta extraterritorialidad. Las opiniones de la Comisión de Venecia, donde hay una quincena de países miembros y varios observadores que no son europeos, además de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, son un buen ejemplo de una “consultoría constitucional internacional”²⁸. Pero hay muchos otros ejemplos comenzando por los comités de Naciones Unidas.

El secretario general de la Organización de Estados Americanos (OEA) le preguntó a la Comisión de Venecia sobre los límites temporales a los mandatos presidenciales y parlamentarios, y ésta emitió dos informes en marzo de 2018 y marzo de 2019, rechazando que existiera un derecho fundamental a la reelección. El sufragio es un derecho de configuración legal y pueden ponderarse varios intereses en conflicto. El problema no es distinto en uno u otro continente ni en cualquier lugar. Más tarde, el 7 de junio de 2021, dictó una opinión consultiva la Corte IDH en un sentido coincidente con la Comisión de Venecia en respuesta a una consulta realizada por Colombia. Se concluyó que la reelección indefinida no es un derecho humano. La cuestión surgió en parte porque ciertos tribunales constitucionales de algunos países de Iberoamérica (Bolivia entre otros) dictaron previamente algunos pronunciamientos

26 Pueden verse en GROPPi, T., *Menopaggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Il Mulino, Turín, 2020, dos ensayos y muestras del apartamiento del constitucionalismo global, capítulos “La Costituzione tunesina del 2014 nel quadro del costituzionalismo globale” (pp. 23-61), y, sobre todo, “Tra costituzionalismo globale ed eccezionalismo: diritti e libertà nel sistema costituzionale cinese” (pp. 159-179), donde se aborda el debate sobre los “valores asiáticos” y la Declaración de Bangkok de 1993 que apuesta por las especificidades culturales y el valor central de la soberanía nacional en la tutela de los derechos humanos.

27 Luigi FERRAJOLI se manifiesta a favor de un “constitucionalismo global”, de la “extensión del paradigma constitucional”, para defender la misma idea de democracia, lo que lleva a una defensa de los derechos fundamentales a todos los niveles, no solo en los ordenamientos estatales sino en el plano del Derecho Internacional. Sostiene que el constitucionalismo sólo tiene futuro si se extiende más allá del Estado y es capaz de garantizar los derechos en situaciones de vulnerabilidad o debilidad (Constitucionalismo más allá del Estado, Trotta, Madrid, 2018, traducción de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, pp. 26, 41, 43...).

28 SÁNCHEZ NAVARRO, A., “Los límites temporales del poder político: algunos estándares de la Comisión de Venecia” en *213_380_Estado_Derecho indd*, p. 320. Donde se citan los informes de la comisión sobre la limitación del mandato.

-dóciles en exceso respecto del ejecutivo-, afirmando que la prohibición de reelección del Presidente era una restricción injustificada al derecho de sufragio conforme al art. 23.2 CADH, que establece unas limitaciones que deberían entenderse como un *numerus clausus*. Pero no es así y la Corte IDH no aceptó estos argumentos formalistas y literales. En un contexto global la Constitución de los Estados Unidos (vigésimo segunda enmienda de 1951) establece un límite de dos mandatos del presidente; unas ideas que ya estaban en Washington, Jefferson y Madison. En México, el lema “sufragio efectivo, no reelección” -que luego asumió el constitucionalismo- es clásico desde que Madero compite en 1910 contra el dictador Porfirio Díaz que llevaba 35 años en el poder y tenía el control de todas las instituciones. En definitiva, en el actual contexto del “hiperpresidencialismo” iberoamericano, la reelección continuada supone el evidente riesgo de tener un monarca republicano, un caudillo o un tirano. La restricción del derecho de sufragio que entraña la prohibición de reelección es proporcionada: está prevista en las constituciones, persigue fines legítimos, como es mejorar el funcionamiento democrático del Estado por encima de los concretos intereses del titular de la presidencia o del candidato a la misma, y puede considerarse una medida necesaria en una sociedad democrática en cuanto acertada muestra de una división de poderes en el tiempo y de un sistema de frenos y contrapesos que limite el poder del príncipe. Los ejemplos que podrían ponerse son numerosos. Baste esta muestra para evidenciar que un organismo internacional puede crear estándares y precedentes con un alcance supracontinental y aquí se hizo tras un diálogo entre una institución del Consejo de Europa y otra de la OEA. El mismo debate sobre la reelección del presidente ha tenido lugar en algunas comunidades autónomas en España y estas decisiones deberían inspirar las soluciones normativas que se adopten en los respectivos estatutos de autonomía en otros contextos pero con problemas semejantes.

El diálogo entre el TEDH y la Corte IDH. Por otra parte, en diversos trabajos hemos puesto de manifiesto la existencia de un relevante diálogo en torno a la jurisprudencia del TEDH y la Corte Interamericana con estándares compartidos en una larga veintena de temas ²⁹. No insistiré de nuevo en el asunto para no repetirme y razonaré mediante el reenvío a esos estudios, pero recordaré que tanto desde un método principialista y deductivo como desde otro inductivo, fundado en las citas ocultas o expresas en las sentencias de ambas cortes, se corrobora el diálogo de ambas jurisprudencias y la fertilización recíproca entre ellas.

El razonamiento por estándares convencionales o test de enjuiciamiento generales favorece su aplicación en un espacio global. Me parece significativa la tendencia del TEDH, cada vez mayor, a razonar por estándares, la construcción de test de enjuiciamiento o criterios generales que se reiteran a la hora de enjuiciar un mismo problema, y se especifican después en cada concreto supuesto de

29 Cfr GARCIA ROCA, J., FERNÁNDEZ, P.A., SANTOLAYA, P. y CANOSA, R. (editores): *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, op. cit.; se publicó una segunda edición por la misma editorial en Perú en 2015 con un prólogo de LANDA, C. También GARCIA ROCA, J., “El diálogo sobre derechos humanos entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana” en Pablo SANTOLAYA, P. y WENCES, I. (coords.): *La América de los derechos*, CEPC, Madrid, 2016; una versión en inglés se publicó en Polonia en homenaje a un antiguo Magistrado del TEDH *Human rights in contemporary world. Essays in honour of Professor Leszek Gralicki*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa, 2017.

hecho, en vez de motivaciones y decisiones singulares, caso a caso, con razonamientos aislados. Se objetivan de este modo las decisiones de una jurisdicción y se supera el riesgo del puro decisionismo o voluntarismo judicial: quedar al albur de la composición de una sala o gran sala o de los titulares del órgano y sus renovaciones.

Antes o después, estos estándares convencionales se acaban asumiendo también como estándares en las jurisdicciones constitucionales en un proceso de “incorporación” o recepción del Derecho común europeo y por otros tribunales de diversos espacios por su misma razonabilidad. La incorporación y la eficacia de “cosa interpretada” son las herramientas principales del TEDH y la Corte IDH.

El razonamiento por estándares o test es patente, por ejemplo, en la consolidación de los muy conocidos ingredientes para enjuiciar la existencia de unas dilaciones judiciales indebidas (la complejidad del asunto, el comportamiento de las partes y del juzgador, la duración habitual del tipo de pleito), ya sean estructurales o no. Pero existen otros muchos ejemplos del empleo de test objetivos. Mencionaré algunos casos, menos conocidos, para advertir la estructura de la motivación y la eficacia de este método en la confección de la jurisprudencia, que debería -a mi entender- generalizarse.

En el relevante **caso Saquetti contra España**, STEDH de 30 de junio de 2020, se condena a nuestro país y se traslada la garantía de la doble instancia penal al Derecho sancionador en ciertos casos (artículo 2 al Protocolo 7 del CEDH). El Tribunal de Estrasburgo aplicó los **criterios Engel** para saber cuándo una sanción administrativa era asimilable a una “ofensa” o infracción penal: la calificación según el derecho nacional, que no es un criterio decisivo, la naturaleza de la infracción y la severidad de la pena impuesta -pese a que no comportaba una pena privativa de libertad-, rechazando la existencia de exenciones en este caso, y considerando-acertadamente- que el amparo constitucional no era una segunda instancia penal. Con posterioridad, el tribunal supremo, sala tercera sentencia de 2 de noviembre de 2022, entendió que el recurso de casación sí satisfacía las exigencias de una revisión penal en segunda instancia.

En el **caso Saber y Boughassal contra España**, de 18 de diciembre de 2018, se estimó la demanda por haberse expulsado a dos ciudadanos marroquíes que habían cometido sendos delitos, sin tener en cuenta o ponderar la necesidad de la expulsión de acuerdo con todos los criterios establecidos en la jurisprudencia europea. Son los llamados **criterios Üner** e incluyen entre otros: la naturaleza y gravedad de la infracción; la duración de la estancia de la persona en el país del cual va a ser expulsada; el período de tiempo transcurrido desde la infracción y el comportamiento del demandante durante ese período; la situación familiar del demandante y, en su caso, la duración de su matrimonio u otros factores que demuestren la efectividad de la vida familiar en el seno de la pareja; si los hijos son fruto del matrimonio y, en caso afirmativo, su edad; la gravedad de las dificultades con las que el cónyuge pueda toparse en el país al que el demandante vaya a ser deportado; el interés y el bienestar de los hijos y la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el país anfitrión y el país de destino. En definitiva, una ponderación más compleja y equitativa que el tiempo de duración de la pena.

En la STEDH **Winterwerp contra Países Bajos**, de 24 de octubre de 1979, se resolvió que los criterios generales para enjuiciar la liberación de un enajenado del confinamiento obligatorio eran: que no se discutiera que los recurrentes eran enajenados, que sus desórdenes mentales fueran permanentes y que tuvieran grave entidad; sobre estas bases debe establecerse un sistema de revisión judicial permanente de las medidas de seguridad. El test de enjuiciamiento se ha mantenido p.ej. en el **caso Denis e Irvin contra Bélgica**, de 1 de junio de 2021, tres décadas después.

El traslado de un juez sin las debidas garantías cae dentro del ámbito del art. 6.1 CEDH, cuando habla de “derechos civiles”, y su violación se enjuicia siguiendo el llamado **test Eskelinen (Eskelinen y otros contra Finlandia**, de 17 de abril de 2007). Según esta aproximación, el rechazo a la aplicación del art. 6.1 reclama dos condiciones: que las leyes nacionales excluyan expresamente el acceso a los tribunales del puesto en cuestión; y que la exclusión esté justificada en razones objetivas ligadas al interés del Estado y al ejercicio de una función pública de soberanía. Fuera de estas dos condiciones, que incumbe acreditar al Estado demandado, se presume la aplicación del art. 6.1 CEDH a las reclamaciones.

Las jurisdicciones internacionales y constitucionales están condenadas a entenderse, pues se ocupan de unos mismos problemas y supuestos de hechos semejantes. La fuerza expansiva de una motivación judicial mediante un estándar o test de enjuiciamiento fundado en criterios abstractos y generales depende de su capacidad suasoria, y si los criterios y principios que los jueces construyen como buenos juristas son razonables es de esperar que se extiendan con más o menos matices o excepciones a otras jurisdicciones³⁰. La oposición a su empleo no tiene fronteras espaciales sino lógicas o contextuales.

Los paradigmas han cambiado y a menudo son globales: la sociedad red y los derechos digitales. No se trata sólo de una mera similitud y aproximación de los parámetros normativos de enjuiciamiento, nacionales o convencionales, sino también de la presencia de fenómenos globales. Así ocurre con el tránsito de la sociedad analógica a la sociedad red o digital: el nuevo papel de los derechos digitales, el ciberderecho, los *big data* y la inteligencia artificial. Se ha hablado de otra galaxia distinta a la Galaxia Gutenberg y de una nueva civilización³¹, la Galaxia Internet, con el desarrollo de las herramientas telemáticas de comunicación de masas, y la consideración de los internautas como emisores o creadores y receptores de información con un potencial de crear comunidades globales. Está todavía en buena medida por analizar el impacto de los nuevos medios en nuestros derechos, democracias e instituciones y como está alterando el funcionamiento del parlamentarismo y las ideas de publicidad, rendición de cuentas y responsabilidad política.

30 GROPPi, T., op. cit., capítulo X “Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri de parte delle Corti Costituzionale”, pp. 279-291, citando a BARAK afirma que el Derecho comparado es como un espejo que me permite observarme y comprenderme mejor (p. 290).

31 BARRIO, M., *Manual de Derecho digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, sobre las tecnologías emergentes, los retos y los sujetos de este nuevo Derecho y las responsabilidades de las plataformas digitales, las redes sociales, los Estados y los internautas; y “Génesis y desarrollo de los derechos digitales” en Revista de las Cortes Generales, nº 110, 2021, pp. 197-233. Manuel MEDINA, M., “El derecho a conocer los algoritmos utilizados en la toma de decisiones. Aproximación desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos personales” en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 49, 2022, pp. 141-171, donde se evidencia nuevas amenazas a este derecho de acceso a la información derivadas de la falta de transparencia y la opacidad técnica.

Otro tanto podríamos decir del impacto de los algoritmos en los poderes públicos: un flujo de datos para tomar decisiones políticas quizás al margen de la representación, pero puede que más participativas e informadas acaso abonen la construcción de una democracia deliberativa. Moisés Barrio afirma que Internet inaugura una nueva esfera o espacio público en las sociedades democráticas: una nueva ciudadanía en un mundo virtual donde gran parte de la vida cotidiana ha migrado a Internet³².

Sin embargo, hace tiempo que diversos autores señalan que los Estados nación e incluso las organizaciones internacionales o la Unión Europea no podrán aplicar sus leyes a las actividades en línea en una red global y que el ciberespacio puede estar por encima de la supervisión de las regulaciones³³. Otro tanto puede decirse de las censuras y controles de los contenidos en función de los intereses del mercado o de los creadores de los buscadores y las redes sociales, o de los instigadores de noticias falsas (*fake news*) mediante repeticiones fraudulentas. Dista de ser evidente que el ciberespacio sea un mercado libre y, por el contrario, está creando frecuentes problemas en los derechos fundamentales y distorsiones en la veracidad de las concurrencias electorales e igualdad de las campañas. La sociedad digital y global va a transformar también diversos derechos fundamentales como ya ha hecho con las libertades de la comunicación. Estamos en una era digital casi sin derechos digitales: todo un desafío. Surge una nueva generación de derechos que deben ser reconocidos constitucional y convencionalmente por más que existan ya algunos reconocimientos legales de derechos digitales e incluso una reciente Carta de Derechos Digitales en España que recoge un conjunto de recomendaciones³⁴.

Hay un déficit de regulación y también de autorregulación de las propias grandes corporaciones, si bien algunas como Facebook han creado sus propios *Oversight Committes*, comisiones internas de control que pueden recibir reclamaciones de los afectados y adoptar recomendaciones. Pero es un sistema cuya eficacia futura aun desconocemos. Mas es sencillo imaginarse que los precedentes de estos comités de autorregulación, integrados por juristas normalmente de referencia, serán antes o después revisados por órganos judiciales, y se establecerá un diálogo en red en torno a concretos casos que lleve a la creación de estándares tan globales como es el espacio de Internet. Es imposible poner puertas al campo como nos enseñaron Miguel de Cervantes y Octavio Paz.

32 BARRIO, M, “Génesis y desarrollo de los derechos digitales”, op. cit., p. 203 y p. 206.

33 Ibid, p. 203 cita el trabajo de JOHNSON and POST: “Law and borders: the rise of law in cyberspace”-

34 Ibid, p. 206. Véase la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) en desarrollo del artículo 18.4 CE, que se ocupa de derechos como son la neutralidad de la red, el acceso universal o los derechos a la seguridad y educación digitales, el derecho al olvido o la portabilidad en redes sociales. También la llamada “Carta de Derechos Digitales” de 2021 que carece de valor normativo, pero puede guiar proyectos legislativos futuros, reconoce un buen número de derechos digitales y, en realidad, antes bien perfila o especifica algunos derechos en el entorno o espacio digital.?

2.- SOBERANÍA NACIONAL, SUBSIDIARIEDAD, IDENTIDADES CONSTITUCIONALES, MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y PROCEDIMIENTO RAZONABLE DE DECISIÓN.

La relación dialéctica entre globalización e identidades nacionales y otras nociones afines. En el otro polo de esta relación, en el sentido contrario de la marcha, y en una tensión dialéctica que reclama una síntesis enriquecedora, pues no entraña necesariamente una situación de incompatibilidad si estas ideas se interpretan adecuadamente, están ubicadas la “soberanía nacional” de los Estados miembros o sus “identidades constitucionales o nacionales”, o la “subsidiariedad” propia de una protección internacional, incluso la doctrina del “margen de apreciación nacional”, categorías y nociones que cumplen funciones centrífugas o deferentes semejantes en favor de las comunidades estatales. La integración regional o la globalización de los derechos deben respetar un cierto pluralismo cultural de los Estados en espacios muy amplios, y no eliminar totalmente la autonomía o margen de maniobra de los estados miembros: unidos en la diversidad. Analicemos este complejo asunto con gran concisión para seguir el hilo central del discurso.

2.1.-Soberanía nacional

Soberanía nacional en transición o transformación: una soberanía convencionalmente limitada. Neil Walker se ha referido a una “soberanía en transición” en los actuales contextos de integración política y económica, ligando esta idea a la situación de “pluralismo de constituciones” en el que vivimos: las normas fundamentales y originarias del Consejo de Europa, la Unión Europea y las constituciones nacionales³⁵. Otros autores hablan de “soberanía transformada”, pero el mensaje es el mismo³⁶. Los elementos clásicos de la teoría general del Estado, que creó el positivismo jurídico alemán del siglo XIX, han sufrido una profunda modificación. No es extraño que hace décadas que ningún autor europeo se atreva a escribir una teoría del Estado, pues son harto difíciles de describir las dimensiones de los elementos estatales en los nuevos escenarios de integración. El Estado es soberano por definición; es una tautología o argumento circular, una proposición o axioma que no se puede rebatir, como cualquier mito o creencia compartida, pero la globalización y la integración han revelado la fragilidad de los estados³⁷. Tanto como su fortaleza e inercia. León Duguit dio por muerta la soberanía tras su viaje a Estados Unidos y vivir los horrores de la Gran Guerra, y evidentemente se equivocó, pese a lo que ha

35 Cfr WALKER, N. (ed.), *Sovereignty in transition*, op. cit, en particular el trabajo de FASSBENDER, B. Me he ocupado del impacto del sistema de protección de derechos fundamentales del Convenio Europeo en la soberanía en GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2019, entre otros, epígrafe “Principio de integración funcional y soberanía en transición”, pp. 136-139

36 KONDOROSI, F, “Los derechos del hombre en un mundo globalizado”, op. cit., p. 85

37 KEATING, M. “Reivindicación de la soberanía: estados naciones y autodeterminación en el contexto europeo” en <https://revistaides.cat/es/reivindicacion-de-la-soberania-estados-naciones-y-autodeterminacion-en-el-contexto-europeo/>.

llovido desde entonces³⁸. La cuestión no es sencilla. Pero si ha cambiado la idea de que la soberanía es indivisible y sólo reside en el Estado-nación. La soberanía es una relación sobre el lugar de cada ente que se negocia continuamente³⁹.

La vieja idea de soberanía nacional, aparecida en un contexto tan distinto como era el siglo XVI con las elaboraciones en Francia de Juan Bodino en “Los seis libros de la Republica”⁴⁰ frente a la previa fragmentación de los regalistas en la atribución de facultades singulares al monarca, fue luego impuesta con fuerza en el siglo XIX como Estado nación bajo el romanticismo en Italia y Alemania e incluso en España hasta el punto de identificar Estado constitucional con Estado nacional. Pero se está viendo sometida a una profunda revisión en los “Estados constitucionales convencionalmente limitados” por muy diversas razones. La soberanía popular permanece hoy ligada al principio republicano y a la legitimidad democrática de una comunidad política y a los derechos de ciudadanía y participación política. Pero el papel de la soberanía como poder superior e ilimitado, por encima del cual no se reconoce otro, tiende a sustituirse por la categoría jurídica de división de competencias entre diversos sujetos⁴¹. Una de estas transformaciones es la integración en organizaciones supranacionales y otra la atribución de competencias a tribunales internacionales que ejercen una protección jurisdiccional, colectiva y efectiva, de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de los grupos frente a sus propios Estados. La soberanía ha sufrido numerosos embates y los derechos fundamentales delimitan el espacio de las decisiones soberanas internas. Los estados ya no toman decisiones internas sin estar limitados por arriba, sin reconocer superior alguno -ni el Papa ni el Imperio-, los procesos de integración europea y las jurisdicciones convencionales lo impiden. Tampoco son ilimitados por abajo, frente al poder de los aristócratas y señores feudales, pudiendo centralizar todo el poder originario en el monarca, pues los Estados vienen sometidos a procesos internos de distribución de competencias y descentralización política en entes territoriales dotados de un autogobierno constitucionalmente protegido: Estados federados, regiones, CCAA, provincias, municipios. La soberanía surgió como un concepto en triple lucha contra la Iglesia, el Imperio y los señores feudales. Hoy esta tensión dialéctica se mantiene, pero con otros sujetos distintos: ciertas organizaciones supranacionales y entes territoriales. Las viejas marcas de la soberanía -de las que hablaba Bodino- son otras distintas y difíciles de identificar, pero ya no p.ej. acuñar moneda que es hoy una competencia del Banco Central Europeo.

El Estado nacional no es en nuestros días un ente de competencia universal e ilimitada. Existe una soberanía en permanente tensión con los derechos fundamentales de los individuos y de los ciudadanos del propio Estado y de las formaciones sociales en que se integran. Esta situación produce una seria

38 DUGUIT, L., *Soberanía y Libertad. Lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New York, 1920-1921)*, Granada, Comares, 2013

39 Vid. KEATING, M., op. cit.

40 BODINO, J., *Los seis libros de la República*, Tecnos, Madrid, 3ª ed, 1997, original en francés de 1576, con un excelente estudio preliminar de P. BRAVO.

41 Es útilísimo releer LUCAS VERDÚ, P, “El poder político soberano” en *Curso de Derecho Político*, Tecnos, Madrid, 1974, vol. II, Capítulo IV.

división de poderes entre las sociedades civil y política: un sistema de frenos y contrapesos. Hay una frontera que limita la acción de los poderes públicos y marcan los derechos fundamentales. La soberanía nacional no puede entenderse como una patente de corso que autorice a las autoridades a navegar como piratas desprovistos de las ataduras de las normas: una cláusula en blanco de indemnidad para violar los derechos fundamentales de sus súbditos. La misma génesis de la Unión Europea y del Consejo de Europa se encuentra en el intento de frenar los excesos de los nacionalismos soberanistas y a veces supremacistas, y en la voluntad de crear una unión más estrecha, pese a que existan indudablemente disposiciones para proteger las minorías nacionales. En definitiva, la soberanía nacional no impide el control externo de las decisiones estatales que afecten a las protecciones regionales de derechos fundamentales. La soberanía no puede comprenderse como un escudo.

2.2.- El principio de subsidiariedad

La subsidiariedad como responsabilidad primaria de los Estados y no como una cláusula de indemnidad. No obstante, las protecciones regionales de los derechos que el Derecho Internacional ha creado son subsidiarias y actúan en defecto de las tutelas que las autoridades nacionales deben dispensar como ocurre en toda protección internacional⁴². Robert Spano, presidente del TEDH, ha dicho que estamos en la “era de la subsidiariedad”. Este eslogan -realmente político- sólo puede entenderse jurídicamente, concluyendo que la responsabilidad primaria en la protección de los derechos corresponde a los estados parte del sistema. Éste era precisamente el sentido originario del Convenio Europeo de Derechos Humanos en 1950 y por eso la Comisión únicamente mandaba al TEDH algunos casos importantes, filtrando el resto, pues se esperaba que los propios estados repararan por sí mismos la mayor parte de las violaciones, haciéndose responsables del cumplimiento y aseguramiento de los derechos del Convenio.

La idea primigenia debe en parte recuperarse. La subsidiariedad no puede comprenderse como una inmunidad de los estados miembros: una indemnidad que les permita restringir la jurisdicción del Tribunal Europeo, consagrando indefensiones y violaciones de derechos de los justiciables, o impidiendo que dicte medidas cautelares, o se adentre en la supervisión de la ejecución de sentencias en colaboración con el comité de ministros y los propios estados demandados. Por el contrario, su sentido estructural reside en que, una vez detectadas las brechas convencionales, las violaciones reiteradas, sistemáticas o estructurales de algunos derechos en un Estado parte, es el propio Estado quien viene obligado internacionalmente a adoptar las medidas internas y oportunas de reparación y no repetición, para impedir que esas lesiones sigan produciéndose⁴³. Estas medidas pueden comportar cambios

42 Me he ocupado del principio de subsidiariedad a lo largo del libro GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., y, en particular, epígrafes “El impulso de la subsidiariedad a través de las Conferencias de los Estados (pp. 30 y ss), y “Un principio de subsidiariedad propio de una protección internacional...” (pp. 101 y ss), donde puede encontrarse abundantes referencias bibliográficas.

43 Recientemente, GARCÍA ROCA, J., “La subsidiariedad y el margen de apreciación nacionales como responsabilidades de los Estados y contrapesos a la armonización de los derechos por el TEDH” en GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, op. cit., pp. 29-62, en particular, pp. 43-55, posiciones que aquí sintetizo.

legislativos, reglamentarios o jurisprudenciales, mejores prácticas administrativas o incluso reformas constitucionales. La entrada en vigor del Protocolo 15 de enmienda al Convenio Europeo añade una mención al principio de subsidiariedad y al margen de apreciación nacional en el preámbulo. Pero una comprensión adecuada, cualquiera que fuera la verdadera voluntad política del gobierno británico del euroescéptico Sr Cameron en la Cumbre de Brighton, no puede ser la afirmación de la subsidiariedad como una restricción del alcance de la jurisdicción europea o la concesión de una patente de corso a las naves de los estados para atacar los derechos de las personas y los grupos. Por el contrario, debe entenderse como la afirmación y el reforzamiento de la responsabilidad primaria de los estados en la primera línea de defensa de los derechos del sistema del Convenio sin esperar a que las violaciones se reparen en el lejano y subsidiario Estrasburgo.

Los verdaderos instrumentos de la subsidiariedad. En este sentido, en distintos estudios he razonado⁴⁴ que los verdaderos instrumentos de una subsidiariedad comprendida de manera adecuada para el recto funcionamiento de la jurisdicción europea son otros. Primero, la aprobación del Protocolo 16, el llamado protocolo del diálogo, que permite a algunos altos tribunales de los estados parte elevar una cuestión prejudicial, llamada opinión consultiva, al TEDH, suspendiendo el litigio que conozcan y esperando al efecto devolutivo de una respuesta para resolver el pleito con un margen de maniobra. Segundo, tomarse, sobre todo, en serio el derecho al recurso efectivo (art. 13 CEDH) y crear instrumentos judiciales internos que protejan con prontitud y eficacia las violaciones de derechos, allí donde se detecten brechas en las garantías por las sucesivas sentencias estimatorias del TEDH⁴⁵. Tercero, la colaboración de las autoridades nacionales en los planes de acción y adopción de las medidas de reparación y no repetición con el departamento de ejecución de sentencias del comité de ministros y la oficina creada a tal efecto por el TEDH en toda la fase de supervisión de la ejecución. Hay aquí un amplio espacio de libertad de los estados al elegir las medidas de cumplimiento respetando con lealtad el espíritu de las sentencias. Por último, el proceso de ejecución de las sentencias convencionales debe ser transparente, público y participativo y las ONGs y otras entidades de la sociedad civil pueden colaborar con el comité de ministros y el tribunal, primero, en llevar las violaciones de derechos a la jurisdicción y las nuevas ideas y jurisprudencias, como *amicus curiae*, o apoyando en su estrategia de defensa a los grupos o colectivos cuyos derechos han sido violados, y, finalmente, en asegurarse de que las sentencias se den por cumplidas cuando realmente han sido ejecutadas con lealtad y no antes. Cuándo una sentencia internacional ha sido cumplida puede ser una pregunta nada fácil de responder.

44 GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op.cit., epígrafe “El margen de apreciación nacional y la tesis del procedimiento razonable” (pp. 104-136). La distinción entre los usos retóricos y estructurales del margen es una reelaboración de la tesis de LETSAS, G. “Two concepts of the margin of appreciation” en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, nº 4, 2006, pp 705-732, quien habla de dos conceptos: estructural o sustantivo, si bien estima que ambos son dos conceptos débiles, y advierte del riesgo de que los Estados definan sus propias morales u órdenes públicos frente a la adjudicación europea de derechos.

45 Puede revisarse, ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Brechas convencionales en España. Un reto constitucional del siglo XXI*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

2.3.- Las identidades constitucionales o nacionales.

Las identidades como terrenos selectivos y de desencuentro. Preguntarse por la “identidad constitucional” o la “identidad nacional” de una comunidad política -usaré ambas expresiones indistintamente como sinónimos-, o incluso sobre la identidad europea, es abrir un interrogante muy difícil de cerrar⁴⁶. Con la lucidez propia de un maestro -y sano escepticismo- Gustavo Zagrebelsky nos ha dicho que la identidad de una colectividad humana es algo demasiado complicado y difícil de entender por cualquier ciencia social, también por el Derecho que no puede abarcar el asunto en su integridad. Puede que el punto de vista jurídico no sea el más relevante y que la respuesta no esté en las normas de los tratados -nos advierte- y los juristas cometamos un “pecado de orgullo”⁴⁷. No es una pregunta que pueda contestarse desde una dimensión formal, sino que reclama otro material, no menos propia de la dualidad y racionalidad inherente al Derecho⁴⁸. Es tanto un problema de legalidad como de legitimidad. El interrogante sólo puede ser comprendido -afirma- como una tarea que tiene que ser construida; “cuando me pregunto quién soy, significa que no lo sé”, y precisamente, por eso, indago en qué me diferencio como comunidad en relación con otras⁴⁹. A veces esta línea de pensamiento desemboca en un puro historicismo⁵⁰. En suma, construir identidades históricas y culturales es un sendero muy arriesgado e inseguro para el Derecho, difícil de andar, con salidas inciertas y donde es fácil despeñarse. Las identidades nacionales o la europea son un terreno a menudo de desencuentro, pues toda identidad es el producto de una selección, insiste Zagrebelsky; requiere preguntarse no sólo quiénes somos sino quiénes no queremos ser. La discusión sobre las raíces cristianas de Europa ilustra bien el problema. La pregunta sobre la identidad quizás sea realmente una decisión sobre el futuro: una opción sobre las diversas estrategias en el campo de batalla cuando el enfrentamiento no ha acabado. Estas preguntas grandilocuentes -concluye Zagrebelsky- pueden crear dificultades en vez de allanarlas.

Estimo también, en esta misma línea, que deberíamos centrarnos con realismo en ponderaciones de derechos en concretos supuestos de hecho. Pese a las apariencias, si se ahonda en el asunto, preguntarse qué es la globalización de los derechos puede ser una pregunta más sencilla de responder, como creo haber demostrado que identificar unas identidades constitucionales no previstas expresamente en cláusulas escritas de intangibilidad en las leyes fundamentales. Identificar de manera general y abstracta identidades

46 Sigo la breve pero sugerente ponencia de G. ZAGREBELSKY, “La identidad europea” en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 6, nº 12, 2009, pp. 17-22.

47 Ibid, p. 19.

48 Vid ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia*, op.cit.

49 G. ZAGREBELSKY, “La identidad europea”, op. cit., p. 20.

50 Por el contrario, HERRERO DE MIÑÓN defiende el valor de la identidad constitucional frente a la todavía más ambigua globalización y sus “pródromos” supranacionales: el malestar que precede a una enfermedad. HERRERO DE MIÑÓN, M., “El valor constitucional de identidad” en *XXI Ensayos de Derecho Constitucional Comparado*, BOE-CEPC, Madrid, 2020, p. 164, citando a MEINECKE. No obstante, recordaré que los pródromos son también los signos sensibles de un parto: algo próximo a nacer o en proceso de nacimiento, como ocurre con algunos ingredientes en construcción de la identidad europea.

nacionales se asemeja a interrogarse sobre cuál sea el “alma rusa”⁵¹, la manera de entender el mundo por los rusos, pregunta retórica que en manos de un tirano puede llevar a excluir a los homosexuales -como se ha dicho-, o el alma húngara que supuestamente permitiría excluir a los no cristianos por mandato constitucional; dos absurdos en la cultura de los derechos fundamentales de las personas. ¿Quién decide las identidades? Es preferible la autodeterminación de individuos, titulares de derechos fundamentales que desarrollan libremente su personalidad en un escenario multinivel de protección nacional, regional y universal.

La trama de las identidades constitucionales o nacionales en la Unión Europea: una aproximación peligrosa. Retengamos pues que la idea de identidad constitucional-nacional es, por definición, un concepto peligroso. Es una trama comprendida más en su acepción como un enredo que como un conjunto de hilos entrelazados que forman una tela compacta. Se basa en una selección de ingredientes, más o menos arbitraria o subjetiva, ya que depende de la condición del intérprete y de la existencia o no de un parámetro normativo en cada ordenamiento constitucional, que predetermine la respuesta con suficientes dosis de seguridad jurídica.

Por eso el modelo de la Unión Europea (la idea de “identidad nacional” en el artículo 4. 2 del Tratado de la Unión Europea) no me parece buena. De hecho, ha producido malos resultados: una suma de ingredientes heterogéneos en su uso por bastantes altas cortes nacionales, cuando no se ha utilizado directamente para oponerse a la primacía del Derecho Comunitario, o para efectuar un control del llamado *ultra vires*. Veámoslo sin el detenimiento que la complejidad del asunto merece por razones de espacio.

El origen de las identidades constitucionales como límites implícitos a la reforma de la constitución: un límite ad intra y un concepto decisionista. María Roca ha desandado la historia del dogma porque el concepto de identidad nacional-constitucional no nace en el vacío ni en el Derecho de la Unión⁵². El resultado es muy revelador. El concepto de “identidad constitucional” surge en el período de entreguerras en la República de Weimar (1919) y no llega a precisarse jamás. Tenía como función establecer límites materiales inmanentes y no escritos o expresos a la reforma constitucional. Algo en sí mismo muy discutible. Hacía referencia al núcleo esencial e indisponible de un texto constitucional que -se decía- no puede ser cambiado por una enmienda sin fracturar el sistema constitucional. La identidad -pensaban algunos iuspublicistas- preserva la continuidad de la Constitución como un todo frente a la revisión. La tesis no fue siquiera entonces pacífica y autores de la talla de Anschütz o Thoma se opusieron a ella con muy variadas razones⁵³.

51 Orlando FIGES explora el alma rusa en *El baile de Natasha. Una historia cultural rusa*, EDHASA, Barcelona, 2006. Muchos clásicos rusos han reflexionado sobre este asunto, de hecho, el autor arranca de una conocida frase de TOLSTOI.

52 ROCA, M. “La identidad constitucional en la Unión Europea: una bisagra integradora de las diversidades nacionales “ en GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, op. cit., pp. 63-90.

53 Ibid, p. 66.

Me parece que esta idea sólo puede entenderse en el contexto del concepto positivo y decisionista de Constitución, típico de la época⁵⁴ y expresado por Carl Schmitt en su Teoría de la Constitución junto a otros posibles, quien distingue las decisiones políticas básicas del resto de las normas de una Constitución o ley fundamental y fue uno de los defensores de la idea de identidad. Es una noción incompatible con el moderno concepto racional normativo de Constitución donde todas las normas integran un sistema, tienen la misma jerarquía y son iguales en rango. No es una categoría normativa sino decisionista. A mi entender, los límites a la reforma o incluso a la revisión total de una Constitución deben ser expresos, aunque no se trate de verdaderas cláusulas de eternidad y puedan ser modificadas. No es extraño que nunca llegaran a decantarse, tampoco en Weimar, estos supuestos límites esenciales constitutivos de la identidad constitucional.

Las identidades constitucionales como límites ad extra de las competencias de la Unión. En la Unión Europea, en cambio, la idea es un límite externo que restringe la acción de la Unión e impide que sus competencias puedan lesionar la identidad nacional de los estados: “sus estructuras fundamentales políticas y constitucional”, “la autonomía local y regional” y las “funciones esenciales del Estado especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional” (artículo 4.2 TUE).

El precepto procede en términos casi iguales del proyecto de tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, que no fue ratificada y al regular las relaciones entre la Unión y los estados miembros (artículo I-5), determinaba que la Unión respetará “la igualdad de los estados miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional inherente” a las cláusulas que acabamos de mencionar. Una especie de llamada a preservar la estatalidad o la soberanía nacional en la edificación de una Constitución europea. Pero el mismo precepto también sostenía que la Unión y los estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente conforme al principio de cooperación leal, y que éstos últimos se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro los objetivos de la Unión. Las tres cosas están en una síntesis indisoluble: respeto a la identidad nacional, cooperación leal y mantenimiento de los objetivos de la Unión. Tres principios que no pueden utilizarse de forma separada como expresaba bien el tratado constitucional, quizás mejor que lo hace el actual Tratado de Lisboa (véase el artículo 4.3 TUE).

54 Mucho más tarde la misma polémica que abrió SCHMITT volvió a producirse en los años setenta en Italia entre Costantino MORTATI y Paolo BISCARETTI DI RUFFÍA. MORTATI defendía en sus *Istituzioni di Diritto Pubblico* (Padua, CEDAM, 1976, tomo II, pp. 1241 y ss), con la misma abstracción y oscuridad con la que escribió su libro sobre las Constitución material, que la ley de reforma ocupa en la jerarquía de fuentes un grado inferior a la Constitución y de ahí derivan una serie de límites, el primero es limitar la revisión total, porque la reforma debe respetar los principios esenciales del orden constitucional de un Estado. Una prohibición implícita de subvertir el núcleo de los principios fundamentales, para impedir la caída del ordenamiento y garantizar su continuidad. Pero no alcanza tampoco a identificar esos límites implícitos, más allá de la prohibición expresa de reformar la forma republicana (art. 139 de la Constitución) y acaba por admitir la posibilidad de la reforma del mismo procedimiento de revisión. En cambio, BISCARETTI, en su *Derecho Constitucional* (Tecnos, Madrid, 1973, pp. 271 y ss, especialmente p. 279, y en artículos previos de los años cuarenta y cincuenta), por el contrario, rechazaba la existencia de límites implícitos absolutos, pues todo Estado puede modificar el propio ordenamiento supremo como corroboran las cláusulas de reforma constitucional total. Una Constitución no es inmodificable y no determina el modo a través del cual pueda luego cambiarse o extinguirse.

Las dudas sobre la jurisprudencia constitucional alemana: control del ultra vires y respeto a los derechos. Desde este anclaje de la identidad en los tratados comunitarios, se ha usado por algunos tribunales constitucionales nacionales como un escudo defensivo frente al Derecho de la Unión y el principio de primacía. El Tribunal Constitucional Federal Alemán, sobre todo, ha sostenido que las decisiones de los órganos de la Unión no pueden producir efectos que pongan en peligro principios -tan amplios- como son la dignidad humana, la vinculación a los derechos fundamentales, el orden constitucional democrático de la República y la división de la Federación en estados (que garantizan los artículos 1, 20 y la cláusula de intangibilidad o eternidad del artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn) sin lesionar la identidad constitucional de la República como Estado abierto a la Unión. Los derechos fundamentales forman parte de esa identidad inmutable y el Tribunal Constitucional puede revisar, mientras tanto no exista una protección equivalente, que la Unión ofrezca una protección compatible con la alemana, y controlar el *ultra vires* de las decisiones adoptadas por sus órganos para que no alteren la esencia de esos principios. Bien es verdad que todo este bloque normativo debe ser interpretado con el artículo 12, párrafo 1º, que pide a Alemania que contribuya a la realización de una Europa unida y al desarrollo de la Unión: una cláusula constitucional de apertura a Europa. La identidad constitucional se conecta con la cláusula de eternidad y con los límites a la reforma del contenido esencial de la Ley Fundamental por el Derecho de la Unión.

El azaroso uso de las identidades por muchos otros tribunales constitucionales: una simple commixtio. Veamos algunos ejemplos que María Roca ha recopilado y a la que reenvío⁵⁵. Austria, en la sentencia Sayn-Wittgenstein, puso en conexión la identidad nacional con el concepto -no menos ambiguo- de *orden público* que considera parte de su identidad constitucional, adentrándose en las competencias del tribunal de justicia. Algo que sólo podría aceptarse, en línea de principios, si se trata de una violación manifiesta y un asunto de cierta entidad. Pero, en Alemania, se ha relacionado con el orden de los apellidos de los padres adoptivos que no podría alterarse por la adquisición de otra nacionalidad. Hungría ha puesto en conexión su identidad constitucional con la cultura cristiana. Mientras Francia ha subrayado, por el contrario, su laicidad como parte de su identidad republicana. Bulgaria ha introducido en la noción una idea tradicional de familia, que estaría consagrada por la Constitución, e impediría que un niño tenga más de un padre o una madre, con la finalidad de impedir progenitores de un mismo sexo. Para Lituania la ortografía de los apellidos, a la luz de la historia del país dada la larga influencia polaca y luego rusa, sería parte de esa identidad nacional. Letonia se refiere a la retribución de los jueces a tiempo parcial y las indemnizaciones por despido o jubilación. Chequia ha mencionado el complemento de las pensiones eslovacas de ciudadanos checos. En Francia la idea de servicio público. En Irlanda, el referéndum. En suma, la recopilación de jurisprudencia que María Roca ha realizado con detalle en nuestra investigación colectiva produce una sensación de vértigo y evidencia los rasgos de una simple *commixtio*: los razonamientos identitarios han generado una suma de cosas demasiado heterogéneas. No hay una clara zona de certeza positiva y seguridad jurídica sobre qué sean las identidades nacionales

55 ROCA, M., op. cit., pp. 72-76.

según las jurisprudencias constitucionales. Podemos detectar incluso unos usos más populistas o retóricos e incluso autoritarios y poco respetuosos con los derechos individuales antes que estructurales o ligados a las estructuras fundamentales del Estado (federalismo, república, unidad del Estado...)⁵⁶.

Me parece un resultado que era previsible a la vista de la construcción dogmática de la categoría de identidad constitucional que la Unión recibe como identidades nacionales, porque ya he razonado que no es un concepto normativo sino decisionista, salvo cuando existan límites expresos a la reforma constitucional que jueguen como identidades constitucionales frente al Derecho de la Unión; si bien, incluso en esos casos, una salida, si no cabe una interpretación conforme, es la reforma constitucional.

Las identidades, como mecanismo de relación entre ordenamientos jurídicos. En nuestra investigación colectiva sostenemos que las identidades constitucionales sólo pueden comprenderse como bisagras o principios de relación entre unos ordenamientos jurídicos interconectados⁵⁷ que no deben mantener conflictos irresolubles. Cada identidad constitucional-nacional de un Estado miembro presupone la identidad europea y lo mismo en sentido contrario. Debe existir una relación de convergencia y no de contraposición⁵⁸. Es preciso un discurso técnico jurídico conforme al cual la identidad europea tenga en cuenta en sentido ascendente las identidades nacionales, y, a su vez, éstas no se decanten o construyan por contraposición a la europea. Una responsabilidad compartida en la protección de los derechos. No pueden comprenderse como obstáculos o escudos sino de forma muy dinámica. Este contexto invita a una solución dialogada de los conflictos sobre identidades. De manera que se rechacen los conflictos estructurales o directos, la negación de la otra identidad y se entienda el diálogo como requisito existencial de supervivencia del sistema. Simples conflictos coyunturales que deben resolverse mediante distintos instrumentos procesales: el derecho al recurso efectivo, la cuestión prejudicial u opinión consultiva, el margen de apreciación nacional, la doctrina de la protección equivalente y un largo etcétera de mecanismos que sería imposible resumir aquí. Se trata de que los tribunales con mentalidad dialogística redacten sentencias con interpretaciones equivalentes, compatibles o mutuamente conformes en un esfuerzo de acomodación de los ordenamientos implicados. En definitiva, un concepto procedimental de las identidades como una recíproca invitación al diálogo y a practicar la deferencia y la empatía entre ordenamientos conectados mediante exégesis e interpretaciones amistosas.

*El TJUE como guardián último de las identidades nacionales: el control identitario europeo*⁵⁹. Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha confirmado buena parte de estas tesis en la sentencia RS (C-430/21, de 22 de febrero de 2022) en cuyas conclusiones se afirma: que el Tribunal de Justicia es el guardián último de las identidades nacionales y debe verificar, por mandato

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., “Conclusión: la trama de identidades europeas” en GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, op. cit., pp. 369-390.

⁵⁸ Idem, y ROCA, M., op. cit. quien usa la expresión “bisagra”.

⁵⁹ GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., “Conclusión: la trama de identidades europeas”, op. cit., p. 388.

del artículo 4.2 TUE, que el Derecho de la Unión las respeta suficientemente; la cláusula de identidad nacional no autoriza a un tribunal o autoridad nacional, incluso de rango constitucional, a inaplicar el Derecho de la Unión si se considera que una norma de Derecho de la Unión contradice la identidad constitucional se debe plantear una cuestión prejudicial para que el Tribunal de Justicia se pronuncie y resuelva el aparente conflicto normativo. Con anterioridad, el TJUE ya había precisado que la primacía del Derecho de la Unión se impone también a las Constituciones nacionales (Sentencia de 11 enero de 2000, Asunto C-285/98 Tanja Kreil contra RFA)⁶⁰.

En suma, nos movemos dentro de la comprensión de las identidades como una invitación a un diálogo procedimental, pero que no puede alterar la cooperación leal entre las instituciones de la Unión y las de los estados ni la edificación de una Unión más estrecha.

2.4.- El margen de apreciación nacional

El margen de apreciación nacional como un corolario de la subsidiariedad. Dentro del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la doctrina del margen de apreciación nacional cumple una función semejante, una restricción o deferencia en el control jurisdiccional europeo, a la soberanía nacional en otros contextos, o a las identidades constitucionales nacionales en el Derecho de la Unión. De hecho, se entiende como una manifestación de un principio de subsidiariedad, típicamente internacional. El nuevo Protocolo 15 introduce una referencia a la subsidiariedad y al margen de apreciación nacional en el Preámbulo del Convenio. Pero ya he razonado que no puede ser entendido como una “*blanket immunity*”, en palabras del presidente Nicolás Bratza, una cláusula general de inmunidad de los estados demandados, porque eso impediría la misma subsistencia de una jurisdicción supranacional que se legitima frente a los justiciables por la tutela de los derechos y no sólo por el consentimiento de los estados parte.

¿Cuándo aplicar el margen? Los usos retóricos y estructurales: el método comparado. Tampoco se identifica con carácter general en el Preámbulo del Convenio o en dicho Protocolo en qué circunstancias, derechos o situaciones debe aplicarse la doctrina del margen de apreciación nacional y limitar la intensidad del juicio de proporcionalidad del TEDH. Es una decisión pretoriana, caso a caso, que depende sobre todo de la naturaleza del derecho y del contexto, pero también del tipo de interferencia o lesión⁶¹. En ciertos casos, El TEDH decide que es mejor no practicar un enjuiciamiento muy intenso y da por buena la solución estatal, teniendo en cuenta esos ingredientes, para evitar problemas mayores ante la sensibilidad de la comunidad nacional hacia un problema en la que no parece conveniente una solución europea uniforme. Pero, a veces, la cita del margen es retórica y no va acompañada de un

60 UGARTEMENDÍA ECEIBARRENA, J.I. y BUSTOS GISBERT, R.: “El control supraestatal de las normas constitucionales: los confines europeos de la identidad constitucional” en GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, op. cit., pp. 91-140.

61 GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, 2010, Madrid,

razonamiento específico, simplemente se menciona como justificación teórica de una decisión deferente o de autocontención del Tribunal Europeo, o incluso, de forma paradójica, se menciona el margen para luego hacer justamente lo contrario en el razonamiento de la sentencia y revisar la interferencia con alguna intensidad; un uso claramente retórico. Sin embargo, en otros casos, sí existe un verdadero uso estructural del margen y se efectúa un método comparado y el tribunal analiza cuál es la situación de la institución o de la regulación del derecho fundamental en buena parte de los estados parte, indagando la existencia de un consenso o *common background* europeo del cuál se aísla el Estado demandado, lo que facilita mucho la decisión. Claro está que cuando no aflora una solución mayoritaria, -como suele ocurrir con frecuencia- un mínimo denominador común, el tribunal puede optar por armonizar una solución para todos los europeos o por mantener una prudente autocontención y apostar por la diferenciación o el pluralismo. Estamos ante la justicia de un pretor o de un diplomático experto en política internacional y solución pacífica y arbitral de conflictos.

La necesidad de un procedimiento razonable de decisión. En los últimos años, el TEDH en algunas sentencias -y un sector de la doctrina científica- han apostado por la doctrina del procedimiento razonable de decisión. Sobre esta tesis he manifestado algunas dudas, aunque no puede dejar de considerarse un avance garantista, si no se convierte en un monocultivo que desplace otros enjuiciamientos de fondo más profundos⁶². Al igual que el control de constitucionalidad de las leyes el control de convencionalidad no puede limitarse sólo a los vicios formales o de procedimiento. Las interferencias, limitaciones o restricciones de los derechos deben hacerse con calidad de ley, es decir, siguiendo un procedimiento deliberativo y participativo, con discusión, garantías y respeto a las minorías. Esta actitud excluye las precipitaciones parlamentarias o gubernamentales, las pasiones poderosas o intereses inconfesables de las mayorías, o cuando menos las dificulta, y otorga una apariencia de razonabilidad o proporcionalidad a la decisión nacional que se revisa y puede respetarse. Seguir un procedimiento razonable de decisión no debe impedir un sucesivo control jurisdiccional europeo, pero puede amortiguar la intensidad de esta revisión externa en cuestiones muy difíciles de ponderar desde fuera y contextos complejos. En todo caso, la presencia de un control supranacional demanda una razonable calidad del procedimiento interno de decisión, y esto ya es una sensible mejora de las herramientas del Estado constitucional contemporáneo para la tutela de los derechos.

3.- CONCLUSIONES

La idea de globalización es ambigua y problemática. Pero la “globalización de los derechos fundamentales” es más precisa y ofrece muchas más ventajas, desde una perspectiva garantista, que inconvenientes. La actual sociedad global es una sociedad en red y este carácter tiene consecuencias

62 Volví al tema del margen una década después para bordar este asunto en GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2019, op. cit., epígrafe “El margen de apreciación nacional y la tesis del procedimiento razonable”, pp. 104-136, existe una versión de esta parte publicada como artículo en inglés y otra en francés.

también en los derechos que tienden a protegerse mediante un trabajo jurisdiccional en una red muy amplia. La protección tricontinental que dispensa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana, y la emergente Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos está creando mediante su colaboración un Derecho Común que irradia más allá de sus fronteras y fuera de su espacio jurisdiccional, y a la vez recibe la influencia de otras cortes señeras de distintos lugares.

Entre los rasgos de la creciente globalización de los derechos están los siguientes. La internacionalización permite identificar las prácticas que son sólo prejuicios locales más que verdaderos particularismos, soluciones que se descuelgan de la red del constitucionalismo global y la protección internacional y de las que es razonable sospechar. Una modernización de las declaraciones de derechos y tratados y de las jurisprudencias que interactúan entre ellos en una fertilización recíproca. La armonización de los derechos mediante la incorporación por las autoridades nacionales de los estándares convencionales y el diálogo judicial en red sobre los respectivos precedentes, argumentos y estándares. Es particularmente remarcable la influencia recíproca de las jurisprudencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana. La globalización crea una interdependencia que incrementa la efectividad de los derechos y su tutela, así como la tendencia a su regulación y garantía mediante la doctrina de las obligaciones positivas y de aseguramiento. La interpretación convencional es una tarea común al igual que lo es la interpretación convencional. No obstante, junto a la globalización y el universalismo existe un relativismo cultural en ciertas culturas y supuestos de fragmentación -disrupción- del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La acertada tendencia del TEDH al razonamiento mediante test generales de enjuiciamiento y estándares convencionales, que se aplican en cada caso sobre un mismo derecho y problemas, favorece su aplicación global por otras jurisdicciones en supuestos de hecho análogos. Añade una fuerza expansiva, abstracción y generalidad a la motivación judicial.

Existen paradigmas y espacios globales como claramente ocurre con los derechos digitales. Internet es un espacio público difuso que se resiste a regulaciones locales. La sociedad digital tiene como reto la garantía global de los derechos digitales.

En el sentido contrario de la marcha, en una tendencia centrífuga, frente a la globalización de los derechos se encuentran, en una tensión dialéctica, una serie de ideas que cumplen una función semejante, apostar por el pluralismo cultural, el particularismo y la diversificación: la soberanía nacional, la subsidiariedad, las identidades constitucionales, el margen de apreciación nacional y la doctrina del procedimiento razonable de decisión. Es menester encontrar un equilibrio: unidos en la diversidad. Pese a lo que puede pensarse a primera vista, bastantes de estas ideas son aún más ambiguas e imprecisas que la globalización de los derechos.

La soberanía nacional no ha muerto, pero se encuentra en proceso de transición o transformación, entre otras razones, como consecuencia de los procesos de integración económica y política, de transferencia

de soberanía, y de atribución de competencias jurisdiccionales a la protección supranacional de los derechos. La soberanía no impide la tutela externa de los derechos. Vivimos en “Estados constitucionales convencionalmente limitados”. El Estado nacional ya no es un ente de competencia universal e ilimitada ni hacia arriba ni hacia abajo. La soberanía implica hoy un constante diálogo y negociación sobre el lugar de cada ente. Los derechos fundamentales de las personas y de los grupos crean una frontera y un sistema de frenos y contrapesos a la acción de los poderes públicos y esta frontera puede ser revisada en la protección internacional. La soberanía nacional o la primacía de la constitución no entrañan ya una cláusula general de indemnidad.

El principio de subsidiariedad, ahora incorporado al preámbulo del Convenio Europeo junto al margen de apreciación nacional por el Protocolo 15, tampoco es una patente de corso para que las autoridades nacionales puedan transgredir los derechos de sus súbditos, y limitar el alcance de las jurisdicciones europea e interamericana. En vez de concebirse como un escudo, debe comprenderse como una asunción por los Estados miembros de su responsabilidad primaria en la garantía de los derechos. Donde se detecten brechas convencionales, reiteradas violaciones sistemáticas o estructurales de los derechos, deben adoptar con prontitud medidas de reparación y no repetición, recursos efectivos y regulaciones adaptadas a las jurisprudencias convencionales para impedir que las violaciones lleguen a los tribunales internacionales.

La identidad constitucional -sinónimo de identidad nacional- es un concepto peligroso y decisionista, según corrobora la historia del dogma y su génesis en la República de Weimar. Es una idea muy ligada al concepto positivo de Constitución en Carl Schmitt sobre las decisiones políticas básicas de una comunidad, que no es compatible con el actual concepto racional normativo de constitución, pues todas las normas constitucionales tienen igual jerarquía. ¿Quién identifica la identidad constitucional o nacional? Si no existe una disposición escrita y expresa de limitación a la reforma constitucional, una cláusula de intangibilidad o eternidad, es difícil admitir límites tácitos e inmanentes, so pretexto de mantener la continuidad constitucional de un ordenamiento. El modelo del artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea, con génesis en el fallido proyecto de tratado constitucional para Europa (que hablaba también de cooperación leal y mantenimiento de los objetivos de la Unión), no es un buen modelo sino excesivamente abierto y, en consecuencia, peligroso. Numerosos tribunales constitucionales de la Unión han usado las supuestas identidades constitucionales-nacionales para colgar los asunto más variopintos y muy discutiblemente esenciales, en simple *commixtio*, practicar el control del *ultra vires* y oponerse a la primacía del Derecho de la Unión. Puro decisionismo voluntarista. Finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha asumido su papel de guardián del sistema, reconociendo que puede revisar las identidades nacionales, por mandato del citado art. 4.2, y que estas identidades no justifican inaplicar el Derecho de la Unión sin plantear una cuestión prejudicial. Las identidades nacionales y europeas deben presuponerse la una a la otra y converger en vez de contraponerse; son una invitación al diálogo a través de diversos procedimientos.

Finalmente, el margen de apreciación nacional de uso habitual en Europa y creciente en Iberoamérica, donde hay un debate al respecto sobre su incorporación, es una manifestación del principio de subsidiariedad y del pluralismo cultural. Una herramienta típica de una protección internacional que lleva a que el TEDH detenga su enjuiciamiento pleno conforme al principio de proporcionalidad y practique una deferencia o autocontención, respetando la decisión nacional. Su uso es extremadamente casuístico -la justicia del pretor- y depende de la naturaleza del derecho y del contexto, cuando el asunto es especialmente sensible para la cultura o la historia de una comunidad política, y no existe un consenso europeo sobre el alcance del derecho. Aboca al empleo de un método comparado y a un uso estructural. En los últimos tiempos, el Tribunal de Estrasburgo se pregunta si ha habido en el Estado demandado un procedimiento razonable de decisión. Los vicios de procedimiento no agotan todo el alcance del control de convencional (como tampoco lo hacen con el control de constitucionalidad), pero asegurarse de que las interferencias nacionales en los derechos se tomen siguiendo un procedimiento de calidad, con deliberación, participación, y respeto a las minorías y, sobre todo, a los trámites y formas predeterminados es un avance garantista en un Estado de Derecho y no un obstáculo a la globalización.



Autora: M. del Socorro MoraC

GUIDELINES FOR RESPONSIBLE METAVERSE BUILDING: A DESIGN OF NEURORIGHTS AS HUMAN RIGHTS

Gustavo Silveira Borges^{1*}

Isabela Xavier Gonçalves¹

ABSTRACT

Technological revolutions herald the constant evolutions and social ruptures that transform various aspects of life. Since 1970, information and communication technologies have reached a high degree of innovation, which allowed the emergence of the Information Society and, later, society 5.0. Today, neurotechnology is gaining prominence, especially with the announcement of the Metaverse development. This article aims to analyze the construction of the Metaverse and the technologies of Virtual Reality (VR) and Augmented Reality (AR) to propose Neurorights as Human Rights guidelines for the design and responsible implementation of the Metaverse.

Keywords: Metaverse. Neurorights. Human Rights. Virtual Reality. Augment Reality. Guideline.

¹ * Phd in Law. Full-time Professor in LL.M. in Human Rights Law at University of Extrem Catarinense South - PPGD/UNESC Universidade do Extremo Sul Catarinense –South) Criciúma, SC- Brazil 88806-000. Correspondence: gustavoborges@hotmail.com
Law Post-Graduation in digital law. M member of Research Group “Human Rights and New Technologies.” at PPGD/UNESC Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC (University of Extrem Catarinense South)

I. INTRODUCTION

Technological revolutions are successive ruptures with systems before their emergence (Schwab, 2019). The advent of the Information Society introduced numerous new information and communication technologies (ICTs), which began to emerge around the end of the 1990s and transformed essential aspects of society, such as labor relations, the emergence of a new form of economy, new social classes, and social relations (Bell, 2018). With this, recent violations of Human Rights also emerged, triggering the construction of the concept of Society 5.0 by the Japanese government as a society centered on the well-being and happiness of human beings.

The current technological evolution has created the ideal scenario for the emergence of a new technological-social project: The Metaverse.

This article seeks to present the construction of the Metaverse. It will be essential to understand the evolution of Web 1.0 to Web 2.0, which allows social interaction in a bidirectional way. Web 3.0, as a decentralized environment, is characterized by the proliferation of virtual spaces, such as Second Life, the precursor of the Metaverse. After that, the concepts of Virtual Reality (VR) and Augmented Reality (AR), essential technologies for creating the Metaverse, will be analyzed.

In the end, Neuro Rights will be addressed as a set of new Human Rights to protect against the advances of neurotechnology and the protection of mental data (Goering, 2021). Neuro rights can be understood as manifestations of ethical values in neuroscience (Lenca, 2021). Initially, there is a scarcity of global standards that protect brain-related rights, which opens a chaotic scenario for implementing the Metaverse. In this sense, the set of five Neuro Rights – mental privacy, mental integrity, equitable access, protection against vice, mental identity – are presented as ethical guidelines for the responsible construction of the Metaverse, proper limits, and procedures for its developers and the community at large.

II. SOCIETY OF INFORMAÇÃO E SOCIEDADE 5.0

A. Information Society

The first industrial revolution marked the second half of the 18th century in England and was characterized by the emergence of the steam machine, telephone, radio, and electricity. The transition to mechanical work began in this period and expanded to announce the coming of the second industrial revolution, marked by mass production. In 1960, the third industrial revolution came about using a new set of technologies applied in the industrial sector (Schwab, 2019). In the 20th century, industrial technology expanded to media-related industries, and new social structures began to emerge and mark the advent of the Information Society or post-industrial Society (Levy, 2010).

In 1970, a set of new information and communication technologies began to be developed in Silicon Valley, United States, marking the moment that today is commonly known as the beginning of the technological revolution. That was made possible by the defense system developed by the US Department of Defense's Advanced Research Project Agency (DARPA) in 1960 by creating the Arpanet decentralized network. The goal was to prevent nuclear strikes from destroying the American communication system. Its rapid spread between 1970 to 1990 reached extensive geographical areas, although it is not an entirely homogeneous process (Castells, 2005).

The Information Society refers to structural changes in society, such as the economy, technology, culture, work, and other sectors, arising from the interaction between new technologies and society. These technologies were the emergence of chips in 1947, microcomputer in 1971, the creation of personal computer (PC) software, the foundation of Microsoft in the 1970s, etc. But it was only with the privatization of the Internet after the end of Arpanet's activities in 1990 and its precursor, NSFNET, the National Science Foundation, and the creation of the World Wide Web (WWW) in 1990. That communication increased dramatically (Castells, 2005)."

According to the Oxford Reference, the information society is defined as a historical moment characterized by the abundance and centrality of information (Oxford Reference, 2021). The essential characteristics of the Information Society are (a) the conception of information as the raw material of technologies; (b) the penetrability of new technologies; (c) networking; (d) the flexibility to reconfigure ones according to the rapid changes experienced in society and the (e) technological convergence between technological revolutions (Castells, 2005). Its definition may vary according to the criterion adopted; Frank Webster mentions five definition criteria: Technological, Economic, Occupational, Spatial, and Cultural (Frank, 2014); while the Oxford Reference also notes the theoretical criterion (Oxford Reference, 2021).

The technical definition is often used and refers to the changes arising from the new technologies that emerged in the 1970s. It is said that the depth and scope characteristics of innovations have generated a large number of changes capable of profoundly impacting society. Here you can see an association with the concept of industrial society from its inventions, such as the steam machine (Frank, 2014). However, it is emphasized that the technological idea of the information society is not analyzed in a disassociated way from society or other economic, cultural, and occupational criteria since the criteria are in constant interaction with each other and with society (Frank, 2014). For Bell (2018), for example, the microprocessor is the central invention that marked the post-industrial era, its "heart," in the same way that the engines kept the industrial age.

The economic definition, elaborated by authors such as Fritz Machlup and Marc Porat, interprets the information society according to the increase in the gross national product (GDP) in the activities of the information sector. It is often claimed that man became homo economics. This criterion is very intertwined with the change in the conception of time and space. The breakdown of space and fixed time introduce a 24-hour saving. Individuals are then restructured to a global demand that does not sleep.

The occupational definition considers that we experience an information society when manual work is replaced by the preponderance of services involving information-related intellectual activities. Thus, as Daniel Bell (2018) states, “what counts is not raw muscle, power or energy; what counts is information.” The spatial criterion considers the geography of information to characterize the information society as a global network (Frank, 2014).

The Information Society is formed by network interconnection. That allows the simultaneous existence of several networks in operation, with a constant flow of information (Castells, 2005). In this new period, new senses of space and time appear that no longer fit into static concepts of geography (Castells, 2005). Innovations and improvements in mean of transport allowed the so-called housing dispersion and communication – cable, e-mail, digital TV, fiber optics, Internet – allowed the resignification of the concept of distance (Bell, 2018).

B. Society 5.0

Society 5.0 is considered an evolution of Industry 4.0, which, in turn, emerged in Germany in 2010 from the Action Plan for the High Technology Strategy 2020 (Fontanella, 2020). The plan conceived the digitization of industrial production processes, in addition to flexibilization and integration (Crnjac et al., 2017). It is noted that three essential attributes are observed for its characterization: (1) speed, (2) amplitude or systemic character, and (3) depth. Industry 4.0 has been characterized by technologies such as autonomous vehicles, 3D printers, the Internet of Things (IoT), Artificial Intelligence (AI), and computing and cloud (Schwab and Nicholas, 2019). In this scenario, numerous concerns began to arise with ethical and social issues, and Society 5.0 began to emerge as a result.

The 5th Basic Science and Technology Plan of the Japanese Science, Technology, and Innovation Council, 2016, inaugurated the term Society 5.0 (Government of Japan, 2015). It was presented as a model of future society that the Japanese government will implement overall. As a trigger, society’s current situation, with social inequality, environmental degradation, hunger, poverty, and population aging, requires a public action that balances technological development with social aspects.

The country’s official office defines society 5.0 as “a human-centered society that balances economic progress with the resolution of social problems by a system that highly integrates cyberspace and physical space” (Gabinet Office, 2022). It is also defined as a society “capable of anticipating potential needs and providing services to support human activities, addressing gaps in service caused by differences in religion, age, etc. (Government of Japan, 2015).

Society 5.0 seeks to break with dystopias of technological domination and control (Schwab, 2019). For this, the Japanese government raises the need to develop several technologies, such as Cyberspace, Internet of Things modeling, Big Data Analytics, Edge computing, and others. That will provide the fusion between the online and real environment through the constant flow of data collected and returned

to the environment in social services to improve quality of life. That will require a substantial change of society to enable a significant accumulation of data and paper money, replaced by digital currency. For example, the payments made via Alipay in Japan, which allow the Central Bank (BOJ) to track and collect user purchase data (Deguch et al., 2020).”

The implementation of Society 5.0 will be something natural, motivated by emerging concerns. Barcelona, for example, has the Smart Citizen project, funded by Fab Lab BCN, which illustrates a public policy of the company 5.0 (Fab Lab BCN, 2022; Deguchi et al., 2020). The project began in 2012 and offered a kit that includes noise, temperature, humidity, pollution, and other urban data sensors for monitoring and collecting available environmental data from each resident’s window. Data is stored on an open-source platform, and all participants can access it through the application itself, which already has more than 9,000 users. The platform aims to produce a large amount of data, transform it into knowledge and empower people to engage in projects to improve urban spaces. They are accurate training tools for local communities, researchers, and governments (Fab Lab BCN, 2022). Other examples include the need to obtain a certified parking space when buying vehicles, real-time parking apps, bright urban lighting, and others. Therefore, society 5.0 is human-centered. That is precisely the big difference compared to industry 4.0, which focused on the manufacturing sector to develop intelligent industrial processes. At the same time, which seeks to create a super intelligent society (Deguchi, 2020).

Society 5.0 is commonly associated with the term human-centric approach, defined by the European Commission as an approach that takes into account the “natural environment and other living beings that are part of the human ecosystem, as well as a sustainable approach that allows future generations to flourish” (European Commission, 2019). To this end, the Japanese government establishes the values of dignity, sustainability, and diversity/inclusion as essential for achieving its goal. The Japanese government is currently in its sixth basic plan of science, technology, and innovation, which still provides the existing purpose in the 5th plan for society 5.0 (Government of Japan, 2021).

C. Concept and evolution of Web 1.0 and 2.0 systems

The World Wide Web (WWW) was conceived in 1991 by Tim Berners-Lee, working at the European Particle Physics Laboratory in Geneva, Switzerland (Villanyi, 2012). At that time, personal computers were becoming commonplace, despite having few users online (Gillmor, 2006). The initial idea was to create a global hypertext with the Universal Document Identifier (UDI) information, operating through the NeXT machine. The initial project was made available to a specific audience: The high-energy physics community, and should serve as a shared space for communication and information sharing (Berners-Lee, 1998). Its inventor created it as an open-source, giving scope for the construction of its rapid development (Gillmor, 2006).

Web 1.0 is a static environment for user reading, defined as one-way. The sites were updated a few times and worked with HTTP, HTML, and URLs (Aghaei, 2012).

Web 2.0 was defined by Dale Dougherty and Tim O'Reilly in brainstorming in 2004 as a real revolution in using the Internet as a platform. WWW now has attractive applications for users, focused on the demand of individuals. That is not a mere evolution of Web 1.0. We are faced with totally different characteristics from previous ones, such as participation, bidirectional content, flexible design, frequent updates, and collaborative/collective creation (Berners-Lee, 1998). Thus, while Web 1.0 is a tool for knowledge, Web 2.0 is for social communication (Fuchs, 2010). Boyd says that localized networks are the foundation of Web 2.0; localized networks, in turn, are a cyclical process of interaction between global and local, allowed by the dissolution of geographical barriers between social and cultural relationships. Thus, Web 2.0 is "a structural change in the flow of information. [...] it is a complex multidirectional and constantly changing information flow, with information evolving as it flows" (Boyd, 2005).

O'Reilly (2005) lists as primary elements of Web 2.0: (a) Web as a platform; (b) Software as a service; (c) Collaborative editing; (d) users as co-developers; (e) dynamic websites; (f) data management, and others. It also lists seven core competencies of companies operating on Web 2.0: (1) Services such as economical scale; (2) control over the data; (3) users as co-developers; (4) collective intelligence; (5) self-service to the customer; (6) Lightweight interfaces and (7) improved software based on the high number of users.

The evolution of the Web can also be analyzed in line with the development of social interaction. Thus, on Web 1.0, we connect online through Netscape; with Web 2.0, Facebook ascended; Web 3.0 decentralizes the Internet and makes users connected in virtual worlds and, right here, environments such as Second Life and Metaverse appear (Grider, 2021).

D. Virtual Reality

Virtual Reality (VR) is a computer interface that offers users the feeling of reality in a virtual world (VW), where their sensations are felt in RL. This low-cost technology (Castelvecchi, 2016) is a powerful tool that potentially allows the creation of a new conception of virtual, immersive, and realistic experience (De Gauquier et al., 2018).

Considered the next leap for technological innovation, VR, in recent years, has been incorporated into the domestic field, gaining great space in the massive market and gradually immersing in contemporary culture (Hillis, 1999).

The great interest for investment in this technology was partly due to the will and human being possibility of being embodied in the new technologies of the 21st century (Hillis, 1999), due to the social and technological immersion and the feeling of belonging to this new reality. Most children these days can't imagine a life without technology. Many people see games and social networks much more realistic and attractive than classic humanity (Chirstof, 2015).

Moreover, this immense human interest in the simulation of reality could already be seen in the 1930s fiction (Weinbaum, 1935) and much earlier in the philosophical field, where humanity began to question whether the perception of Reality was an absolute reality or just “shadows on the walls of a cave” (Plato, 1974). In the mid-1960s, Ivan Sutherland developed the first article to become the major project (The Ultimate Display) for VR concepts today. For him, VR was “a window in which through it, users perceived a VW as if it were similar, felt, sounded like in RW, in which they could act realistically” (Sutherland, 1965).

It is precisely this VR experience, which is currently lived, directly related to a Head-Mounted Display (HMD) (Sutherland, 1965) that presents each eye with a two-dimensional (2D) projection, which projects the simulation of a virtual scene. From this projection, the brain can infer three-dimensional (3D) properties of the simulated environment, as it does with the retinal projections in the RW, perceived by each eye. User movements provide vital information about how images of the virtual environment change at every moment. For this movement to become useful, the pictures of the simulated environment need to be updated in real-time from its actions (Julesz, 1971).

Today it is already possible to see the application and development of VR, in addition to the world of online games, in the film industry (Dear Angelica, Google Spotlight Stories), social networks (Mozilla Hubs, 2018), Rec Room, VRChat) in the area of education (Dede, 2009; Dunleavy, Grotzer, 2015; Ketelhut, 2010; Salzman, Schrier 2006) (Scavarelli et al., 2020) and other diverse areas of research, such as science, physical training, social phenomena, experiments involving moral behaviors and other fields such as travel, meetings, and news (Cipresso et al., 2018).

With all this, it is already possible to imagine a new scenario in which civilization in the classical sense of humanitarianism will become increasingly dominated by “non-biological intelligence” and “post-human” (Ebert, 2015). The Internet will evolve into a global network to connect people and machines to share data and information and thoughts and feelings as experienced in RL. All this will affect the way humanity behaves, interacts, and lives.

E. Augmented Reality

Augmented Reality (AR) is an extension of VR and has a newer application in history. While in this, the surrounding environment is virtual, in that the environment is real (Azuma, 1997). The user is wholly separated from the real world in VR technology, isolated in *its* Head Mounted Display (HMD). In AR, the interfaces are designed to highlight interactions in RW (Billinghurst, 2015).

AR technology is much closer to RW than VW (Gopalan et al., 2017). AR provides a new paradigm of “human computational interaction” and immersive system design. It defines a new form of social technology, enabling a considerable impact on the configuration, implementation, and provision of services, radically changing the experiences of its users (Alhalabi. 2019).

In AR, objects/images are extracted from the real environment through cameras and rendered through a 3D computer visualization. For recording these AR images, different computational visualization methods related to video monitoring consisting of two stages are used: monitoring and reconstruction/recognition (Furht, 2011). Optical images are detected in the camera images, and through tracking, there is the capture of points of interest for their interpretation. Projected on each eye, on a viewfinder used on the head (HMD) through an optical channel, images are provided utilizing a transparent screen or a transparent glass panel for AR overlay on an opaque screen (Carmigniani et al, 2011).

AR is defined as the newest technological system in which objects are added to, or removed from RW, in real-time during an experience experienced by the user. It is a combination of real and virtual objects in RW. This connection provides the user, as with VR technology, the feeling of actually being within the AR environment at a high cognitive and emotional level (Carmigniani et al, 2011). This technology complements Reality rather than completely replacing it and has the ability to apply to all senses, such as hearing, touch, and smell (Azuma, 1997).

III.METAVVERSE

F. The gamification of life

Gamification applies principles and design elements departing from games in contexts not related to games (Fuchs), in which social behaviors can take shape or resemble games (Frith, 2013). The term gamification originates from the social networking industry, introduced by Nick Pelling in 2002 (Zika, 2018), gaining widespread adoption in the second half of 2010 (Deterding et al., 2011).

Considered a persuasive technology (Petkov et al., 2011), gamification aims to activate individual motives to regulate people's behavior through rules and game design for strategic purposes (Bunchball, 2010). It is used to change the way people behave through traditional marketing techniques to influence consumers' thoughts, attitudes, and beliefs about online games or outside of them. This technique follows the same paradigm of Aristotle's classical rhetoric, which aims to change the listener's mentality (Fuchs). There are two forms of application of the gamification technique: the first is the "gamification from above," which consists of the imposition of systems of regulation, surveillance, and standardization on aspects of everyday life through interaction and feedback from games; and the second, the "gamification of the bottom," which represents true gamification of everyday life through subversion, corruption, and mockery of activities deemed "serious" (Woodcock, 2017).

The influence of game patterns on everyday life began in the last four decades. Games with the possibility of simultaneous interaction in an immersive virtual world online between multiple players have become an increasingly significant part of young people's and adults' lives (Soshani and Kraus Kopf, 2021). The Foursquare Game is an excellent example of gamification, designed to "turn life into a game" (Crowley,

2010), in which game elements are added to real contexts or physical spaces to encourage people to behave in specific ways (Deterding et al., 2011). Players can own a city, a company, or their favorite bar. They can earn badges or in-game prizes by attending specific categories of restaurants in the real world, for example. The real activities of everyday life, such as going to work, the restaurant, or the bar, were designed in the game to be fun activities. In contrast, rewards are attributed to the players, who stimulate their behaviors in the real world (Crowley, 2010).

Fortinet, the most popular online digital game in the world (Conditt, 2019), consists of a real multiplayer battle game online, where 100 players compete in a smaller and smaller playing area to be the sole survivor, with the use of varied weaponry to face their opponents (Moore, 2021). It also can be considered another example of gamification because it is a game with rich social experiences, playing an essential role in the social development of its players.

These gamification techniques involve a mixture of emotions, rewards, competition, and challenges (Woodcock, 2017), and their use is reshaping everyday social relationships between humans and machines. This convergence between the real and virtual world and the transformation of life into a game, through the application of techniques such as gamification in people's daily lives, allows the insertion of new immersive and more interactive technologies. For example, the insertion of the Metaverse in society and consequently the use of technologies called "lifelog," responsible for the collection and storage, every day, of conversations, experiences actions of its users, enabling the predilection of the future and behavior modeling.

It is notorious that gamification is more than a word of fashion (Basten, 2017). It is considered a growing area of research. It is already possible to identify those mobile games, especially those based on location, by adding gamification elements to everyday life can encourage behaviors in the physical world of its players, modulating even their decisions.

B. Virtual Worlds

Metaverse or VWs are simulated environments based on computer technology, where their users can inhabit and interact with each other through software and graphical representations or avatars (Kumar et al., 2008). Considered an extension of social networks, they allow a fully interactive social simulation. These complex social systems integrate real space with the virtual social environment through ubiquitous "cyber-physical-social" systems (Ning et al., 2021). Also known as MUVE (MultiUser Virtual Environments), designed in a format based on MMORPG (Massive Multiplayer Online Role-Playing Games) (Bolter et al., 2021), has characteristics of multi-technology, hyperspace, and sociability (Ning, 2021).

Metaverse was first coined in Snow Crash, published in 1992 by Neal Stephenson (Marquez, 2011). In his view, the Metaverse had the spectrum of a real place, with easily accessible social and economic opportunities, where people with better financial possibilities spent most of their time. Based on this

fiction, entrepreneurs and technologists enchanted by this world during the 1990s began to build the Metaverse. Still, it proved to be a technical problem of extreme difficulty due to the technologies unavailable at the time (Merwe, 2021). A decade after the first traces of the Metaverse, the technology is about to enable the creation of real and shared online spaces (Ondrejka, 2004-2005). With the help of its users, it will be built from the creation of content, which will have properties and rights, generating capital and wealth to foster its growth.

AR/VR/MR technologies and video game technologies are the technical pillars for building the virtual world. But soon, other technologies, such as holographic imaging, recording, and reproduction technology, which presents a real three-dimensional image of objects by optical means, will have great importance for improving and evolving the metaverses. It will allow three-dimensional images to be viewed with the naked eye at different angles without portable devices. For the construction of the metaverses, these technologies must be able to meet the four fundamental requirements of the VWs: realism, aiming to attribute to users the emotional feeling of connection and immersion; ubiquity, availability for access from multiple devices and locations, where virtual identities or permanently connected avatars can teleport to virtual social worlds by carrying their identities; interoperability, the teleportation of avatars must occur without disconnections or interruptions; and scalability, the characteristic of multi-users must be respected, with this the Metaverse must-have technology capable of managing a large number of users connected simultaneously (Ning, 2021). To provide a more realistic experience, other key features of a VW should be present, such as multimodal input, heterogeneous customers, network restrictions, object coding, engine physics and security, privacy, and justice (Kumar et al., 2008).

In other words, AR and VR will coexist with people's physical environment, building an immersive, three-dimensional, virtual, multi-user online environment that enables social and economic interaction through computational tools and fictitious constructions. This way, their users can interact through avatars created by themselves, to simulate real life in a virtual metaphor environment without space-time limitations" (Diaz et al., 2020), profoundly changing the organization and functioning of existing society through the integration of virtual reality. On existing platforms like Zoom or FaceTime, rather than your users looking and interacting through a screen, they will interact more realistically as they do in VW (Fuchs)."

But concerns for the construction of the Metaverse go beyond fulfilling technical requirements and the need for technological advancement. The Metaverse should be built considering three key areas: social acceptance, security, privacy, trust, and responsibility. Analogous to real-world society, content creation and the virtual economy within the Metaverse should be aligned with social norms and regulations, such as the right to intellectual property, protection from exposure to risks, privacy, and security threats, for example (Lee et al., 2021). Users should build VW in the same way RW society is produced daily, considering social, legal, and economic aspects (Ondrejka, 2004-2005).

IV. THE NEW VIRTUAL REALITY

A. Concept of Neurorights

The neurorights aim to establish a set of rights for the protection of the brain as a response to the advancement of neurotechnologies (Yuste et al., 2021). According to the Chilean bill (Bulletin No. 13,828-19), neurorights are “new human rights that protect the privacy and psychic integrity, conscious and unconscious, of people from the abusive use of neurotechnologies (Boletín no. 13.828-19). The concept of neurorights and neurotechnologies are therefore interconnected.

The term neurorights was initially used in 2017 (Lenca, 2021) as a new category of human rights, composed of four rights: (1) Right to cognitive freedom, in its sense (a) positive, as protection of freedom in the use of neurotechnologies and (b) in its negative meaning, as protection against coercive use (2) Right to mental privacy, whereas it will ensure the protection of brain data collected against unauthorized access (3) Right to mental integrity to stimulate the protection of mental health and prohibit illicit brain manipulation; and (4) Right to psychological continuity, aimed at protecting against invasive advertising strategies (Lenca and Andorno, 2017).

The theme is still little explored in research work. Still, the expansion and popularization of neurotechnologies beyond the field of medicine are already the best for the coming years, especially for social media, such as Samsung (Seoul) and Facebook (Lenca, 2018), through the creation of brain-computer interface devices available on the market (Lenca et al., 2021). For example, in 2021, Facebook Reality Labs (FRL) launched a functioning device based on human-computer interaction to facilitate exchange with augmented Reality (AR) glasses. In March 2021, FRL announced the creation of an electromyography-based (EMG) operating wristband, technology with sensors that detect and convert electrical impulses released from the brain and turn them into digital commands of a device. According to the lab, “the signals through the wrist are so clear that EMG can understand the movement of the fingers of a millimeter. [...] Ultimately, it may even be possible to feel just the intention of moving a finger.” (Tech@Facebook, 2021).

In this context, the notion of creating or developing neuro safety structures arises, which propose action in three dimensions: The creation of ethical codes, regulatory mechanisms, and awareness measures. The second dimension stems from the legal omissions that exist today in the face of the rapid advance of technologies in general. It can be implemented through the adaptation or scope of existing human rights to regulate the protection of brain activity. Another form of implementation of regulatory mechanisms is the creation of new rights, and here is precisely the concept of neurorights (Lenca et al., 2018).

B. Human rights standards

When Virginia Woolf (1929) was writing an essay on women’s freedom of expression, simultaneously,

she developed the concept of mental freedom by mentioning statements such as “lock your libraries if you want. But there is no gate, no padlock, no bolt that they can put upon the freedom of my mind.”

In this sense, the protection of mental freedom is intricately linked to neurotechnologies. The mind is defined as the final *locus* (Lenca, 2021), the fundamental essence of being (Sententia, 2004). Despite its importance for the individual’s constitution, we do not observe any legal structure to protect brain data (Lenca, 2021). The protection of privacy from an international perspective is the responsibility of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR). Its article 12 states that “no one shall suffer arbitrary intrusions into their private life, in their family, in their domicile or their correspondence, nor attacks on their honor and reputation.” The European Convention on Human Rights (ECHR) states, in Article 8, that “any person has the right to respect for his private and family life, his domicile, and correspondence.” It brings exceptions in the second paragraph, an essential issue for national security, economic well-being, criminal offense prevention, health, morals, and social rights protection.

The Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights (UDHGHR) of July 1997, adopted at the 29th session of the Unesco General Conference, already regulated the protection of human genome information against data manipulation (Lenca, 2021), including rights such as prior, free and informed consent (Article 5, b); previous assessment of the consequences and compliance with national laws (Art. 5, a); in addition to the right to non-discrimination (Art. 6) and the confidentiality of information (Art. 7). Soon after, in 2003, at the 32nd session of the UNESCO General Conference, the International Declaration on Human Genetic Data (IDHGD) was approved, starting from the recognition, in its preamble, of the sensitive nature of genetic data and the proliferation of personal data accumulated with the expansion of research to the economic and commercial areas. In 2003, in the IDHGD, the person’s right to identity was recognized as a guarantee of non-reduction of the human being to mere genetic data, considering identity as a complex formed by several social and affective factors (UNESCO, 2003).

The existing guidelines - Belmont Report; Declaration of Helsinki; Asilomar Declaration – cannot regulate the current risks in international ethics. The Belmont Report establishes ethical principles and guidelines for protecting human subjects in biomedical and behavioral research. Published on April 18, 1979, the text of the report creates a sphere of ethical protection for people. It develops principles of respect for people, proposing the need for informed consent and more excellent protection for individuals with reduced capacity for self-determination, such as inmates and adolescents (Belmont Report, 1979).

The Declaration of the World Medical Association of Helsinki of June 1964 also establishes the ethical notion around research involving human beings. It defines as a requirement the professional, scientific qualification, in addition to the supervision of medical authority, and should be preceded by an analysis of the benefits that may arise with the experiments (Declaration of Helsinki).”

The Declaration of Principles for Artificial Intelligence (AI) of Asilomar, developed in 2017, establishes a relationship of values that should be observed as judicial transparency, the responsibility of AI

designers, alignment with human values - dignity and cultural diversity, for example - human control capacity of technologies and prevention of eventual arms races.

More recently, published on December 11, 2019, the OECD recommendation on responsible innovation in the field of neurotechnology defines brain data as those “related to the functioning or structure of the human brain of an identified or identifiable individual that includes unique information about their physiology, health or mental states.” The recommendation explicitly recognizes the right to cognitive freedom of individuals as an integral sphere of human rights (Item 1); as well as the insertion of neurotechnology to respect the regional context and cultural diversities (Item 3, c), seeking the inclusion of the needy (Item 3, a) and concludes by the need for the creation of an international standard for the responsible evolution of neurotechnologies.

In Chile, in an innovative initiative, the bill amending the Chilean constitution was approved to include the right to mental integrity and the protection of brain information, prepared by the Challenges of the Future, Science, Technology and Innovation Commission of the Chilean Senate, chaired by Senator Guido Girardi Lavín (Yuste et al., 2021), in partnership with the Neurorights Foundation and the Catholic University (PUC).

C. Categories of Neurorights, Risks, and Possibilities

It is estimated that 71 million virtual and augmented reality devices will be sold by 2025 (CCS, 2021). The Metaverse is in development and requires numerous actors for its realization as a new immersive space populated; its construction needs the presence of the community and actors that ensure a perspective through human rights for more extraordinary reception of the user. For the creation of this shared space of connections, the interaction between avatars, between avatars-objects, and object objects will be managed by technologies such as VR and AR (Lee, 2021b). VR headsets can affect the user’s auditory immersion (Kelly et al., 2021), but tactile, olfactory, and visual sensory areas are previously neglected challenges (Lee and Pan, 2017). Current interaction methods, with keyboards, mice, and other inputs with buttons, will not accurately transmit movements in the avatar (Duan et al., 2021; Lee and Pan, 2017). Therefore, sensors integrated with smart glasses and additional devices are being developed to collect the user’s body movements. These devices will be connected to human brain functions, a structure responsible for creating the human personality (Goering and Yuste, 2016). Due to the rapprochement with the user’s innermost core.

A) Personal identity

New devices based on neurotechnology may interfere with individuals’ identity and agency notion (Yuste, 2017), understood as the user’s awareness of their actions (Haselager, 2013). In immersive environments, the usual conception of *the self* is transformed, and the notion of body identity is expanded

(Goering and Yuste, 2016), precisely because the external form of the self (body) can assume several appearances through avatars, for example (Lee et al., 2021). The liquidity of virtual identity affects the user's self-perception. The immersion depth makes avatars more than mere simulations (Yee and Jeremy, 2007). Developers of technologies, such as brain-computer interfaces, will also have difficulty ensuring an accurate capture and interpretation of neural data that prevents autofill and correction functions from changing users' intent (Yuste et al., 2017).

B) Mental privacy

According to NeuroRights Foundation, the neuroright to mental privacy can be defined as ensuring that the collected neural data remains confidential and, when stored, is available to the owner user regarding issues such as exclusion, marketing, or sharing (The NeuroRights Foundation, 2021.) Also conceptualized as the "right of third parties not to access your personal information and your personal space" (Goering et al., 2021). After the announcements of significant investments in the Metaverse, the privacy concern returned to occupy the headlines of major newspapers (O'Flaherty, 2021; Wild, 2021.) With the proliferation of neurotechnological devices in the market, privacy rises to a more sensitive status precisely because of its intrinsic connection with the neuroright to personal identity (Goering et al., 2021). Brain data would ultimately provide access to the user's most personal identity. By their nature, such data require specific legal protection from the beginning of the Metaverse development, under the penalty of becoming a trivial practice (Wajnerman, 2021).

In this sense, we argue that the protection of mental privacy, due to the unique nature of neural data and its guarantor relationship with other rights – personal identity and free will – is not capable of being affected by a simple evolutionary or extensive interpretation of the current right to privacy (Wajnerman, 2021; Yuste et al., 2017). That is evident if we observe the inability of the current international regulation of privacy in *online environments*. Initially, the collection must be strictly authorized by the user consciously and voluntarily; the consent terms must be adapted to be concise, clear, and explicitly attract the user's attention; it should be possible for the user to review and change consent at any time. Data storage exposes leaks and cyber attacks (Kerllmeyer, 2021); since initial consent, the user must be determined and informed of the period their data will remain stored. The periodicity of consent is an essential element. In addition, the sensitivity of this data will require advanced encryption systems and restrictions on commercial use. The Morningside Group initiative, for example, aims to give neural data organic tissue status and apply the same restrictions for transplantation and organ donation of the human body, as well as characteristics such as irreducibility and commercial illegality (Yuste et al., 2017).

C) Protection against biases

Algorithmic bias can be defined as the set of decisions based on data, concepts, or values of a limited

category of users, extending *discrimination to online environments* and perpetuating the existence of a category of vulnerable users (Goering et al., 2021). The algorithms reflect the human prejudices included in their programming, generating numerous situations of population exclusion (Lee, 2018). Users already have practical implications for their lives; Job openings, educational opportunities, and even personal credits are biased and denied based on their browsing history, location, and purchase patterns (Noyes, 2015).

The protection against biases then emerges as a neurolaw that aims to combat algorithmic discrimination in neurotechnologies (The NeuroRights Foundation, 2021). For this, the creation and development of new neurotechnological devices should include programmers from vulnerable groups (Yuste et al., 2017). In addition, the stages of evaluation and feedback on new products should consist of excluded and diversified groups – income, gender, color, disability – and specific questions about discrimination (Goering et al., 2021). Furthermore, it will be essential to establish periodic review mechanisms of algorithms to monitor the rapid evolution of the concepts of justice (Kirkpatrick, 2016) and the novelties of neurotechnology.

D) Free will

Free will or cognitive freedom refers to the human ability to externalize their thoughts free of direct interference. Also understood as mental self-determination, cognitive freedom guarantees users in the face of changes or manipulations in their mental states (Bublitz, 2013). Bublitz (2013) considers cognitive freedom a right with three related conceptions: (1) freedom of choice; (2) protection against interventions; (3) ethical/legal duty to promote free will. In this case, the neuroright to free will focuses on the second meaning and is defined by the Neurorights Foundation (2021) as the right to “final control over their own decisions, without unknown manipulation of external neurotechnologies.”

The Metaverse is being developed to provide increasingly intense and palpable emotional and sensory experiences to the user. In this sense, considering cognitive freedom a multifaceted process (Ulman et al., 2015), developed by rational and emotional processes, it will be essential to develop mechanisms that guarantee the protection of the user’s free will. The ethical notion of non-maleficence (Lenca, 2021) should be adapted to create new neurotechnological devices (Goering et al., 2021). Marketing practices, for example, should respect the user’s quietness, defining clear limits of spaces free of constant ads. The home of users, churches, or other environments should be protected by the common sense and ethics of non-intrusion and the definition of special precautions for vulnerable consumer groups, such as children (OECD, 2016).

E) Equitable access

Neurorights Foundation is defined as the right to equitable access to mental improvement, effective through international and national guidelines for regulating neurotechnology (The NeuroRights

Foundation, 2021). The improvement of cognitive functions encompasses several processes of modification of understanding, memory, attention, and decision-making (Cinel et al., 2019), including situations such as sleep improvement or nutrition. The progress raises concerns about unequal access and exclusion of peripheral groups since neurotechnologies are initially not yet available in the market for a popular or minimally accessible value (Ministry of Defence, 2021).

With this, the first to have access to improved technologies would consolidate a genetically superior status to the rest of society. The neurotechnologies of improvement are still in the distant future, so implementing the neuroright to equitable access should still focus on the initial steps of its performance, nod.

V. CONCLUSION

In recent years, society has observed a rapid advance in information and communication technologies (ICTs) and neurotechnologies. This term conceptualizes technologies linked to the human brain, such as magnetic resonance imaging (MRI) and brain-computer interfaces (BMI). Expanding neurotechnologies to areas beyond medicine, mainly for consumption purposes, has raised significant ethical concerns about their use, limits, and implications for the human brain. These concerns are also closely linked to the construction of the Metaverse.

In this sense, five neurorights are being widely discussed in academia: (1) the right to mental privacy, closely linked to the confidentiality of the neural data collected, which, contrary to what we currently observe with the surplus data generated in social networks, should not be trivialized its use for activities related to consumption; (2) free will, which should be effected in all stages of metaverse construction, but above all, when used and, especially, linked to protection against abusive marketing, in order to maintain the mental integrity of users; (3) the right to personal identity, understood as the protection of the nucleus that contributed to form the human personality alongside social relations; thus, the construction of any virtual space must respect the personal identity and free decision-making of users, in order to explicitly inform possible psychic changes, require the periodic consent of users and conduct studies to seek to minimize their impacts on personal identity; (4) equitable access of socially excluded groups and (5) protection against biases, which requires actions of the developers of this new immersive environment to protect vulnerable users from algorithmic prejudices, from the inclusion of social groups excluded from the formation of the Metaverse to stages of evaluation of its functioning.

Thus, it is concluded by the need for a change in international and national systems of protection of human rights to include adequate protections for this new immersive digital age. Further research and studies will be necessary to develop the concepts and the extension of these new rights under the penalty of not being prepared in the early stages of their implementation and construction.

Acknowledgments

We appreciate the reviewers for their valuable comments.

Funding

The authors received no funding for the development of this paper.

Availability of data and materials

Not applicable.

Declarations**Ethics approval and consent to participate**

Not applicable.

Consent for publication

Not applicable.

Competing interests

The authors declare that they have no competing interests.

Author details

¹Law Post-Graduation Program – PPGD/UNESC Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC (University of Extreme Catarinense South) Criciúma, SC- Brazil 88806-000

REFERENCES

- Aghaei, Serah, Mohammad Ali Nematbakhsh, and Hadi Khosravi Farsani (2012) “Evolution of the world wide web: From WEB 1.0 TO WEB 4.0.” *International Journal of Web & Semantic Technology*.
- Alhalabi, W. Lytras, MD (2019) Editorial for a special issue on Virtual Reality and Augmented Reality. Published online: August 8, 2019, © Springer-Verlag London Ltd., part of Springer Nature.
- Azuma, Ronald T. (1997). *A Survey of Augmented Reality. Presence: Teleoperators and Virtual Environments*, 6(4), 355–385. doi:10.1162/pres.1997.6.4.355.
- Basten, D. (2017) *Gamification*. IEEE SOFTWARE | PUBLISHED BY THE IEEE COMPUTER SOCIETY 0740-7459/17/\$33.00.
- Bell, Daniel (2018) *The coming of post-industrial society*. Mr. Routledge.
- Belmont Report (1979) Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research. Available at: <https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/read-the-belmont-report/index.html> (accessed January 24, 2022)
- Berners-Lee, Tim (1998) *The World Wide Web: A very short personal history*. Available at: <https://www.w3.org/People/Berners-Lee/ShortHistory.html> (accessed January 24, 2022)
- Billingham, M. Clark, A. Lee, G. (2015). *A Survey of Augmented Reality. Foundations and Trends® in Human-Computer Interaction*, 8(2-3), 73–272. doi:10.1561/11000000049
- Boletín No. 13,828-19. Available at: <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2020/12/boletin-13828-19-nuroderechos.pdf> (accessed January 24, 2022)
- Bolter, J.D. Engberg, M. (2021) MacIntyre, B. Reality Media: Augmented and Virtual Reality. *Massachusetts Institute of Technology*.
- Boyd, Danah (2005) “Why Web2.0 Matters: Preparing for Glocalization.” *Apophenia: Making Connections Where None Previously Existed*.
- Bublitz, Jan-Christoph (2013) “My mind is mine!?: Cognitive liberty as a legal concept.” *Cognitive enhancement*. Springer, Dordrecht.
- Bunchball (2010) “*Gamification 101: An Introduction to the Use of Game Mechanics to Influence Behavior*.”
- Carmigniani, J. Furht, B. Anisetti, M. Ceravolo, P. Damiani. And, Ivkovic, M. (2010) Augmented reality technologies, systems, and applications. *Multimed Tools Appl* (2011) 51:341–377 DOI 10.1007/s11042-010-0660-6. Published online: December 14, 2010, # *Springer Science+Business Media*, LLC.

- Castells, Manuel (2005) “Networking: from knowledge to politics.” *Networksociety*: from knowledge to political action.
- Castelveccchi, D. (2016) Low-cost headsets boost virtual Reality’s lab appeal. *News in Focus*. Volume 533. *Nature*, nature. Available at: <https://www.nature.com/articles/533153a.pdf> (accessed January 24, 2022)
- CCS (2021) *Insight, Extended Reality Deserves Optimism, Market will reach sales of 71 million devices in 2025*. Available at: <https://www.ccsinsight.com/blog/extended-reality-deserves-optimism/> (accessed January 24, 2022)
- Christof. E. (2015) Looking into the future. *Technology Software. IEEE Software*.
- Cinel, Caterina, Davide Valeriani, and Riccardo Poli (2019) “Neurotechnologies for human cognitive augmentation: current state of the art and prospects.” *Frontiers in human neuroscience* 13.
- Cipresso, Pietro; Giglioli, Alice Chicchi Irene; Raya, Mariano Alcañiz; Riva, Giuseppe (2018). *The Past, Present, and Future of Virtual and Augmented Reality Research: A Network and Cluster Analysis of the Literature. Frontiers in Psychology, 9()*, 2086–. doi:10.3389/fpsyg.2018.02086
- Conditt, J. (2019, March 20). Epic Games has 250 million ‘Fortnite’ players and a lot of plans. *Engaget*. Available at: <https://www.engadget.com> (accessed January 24, 2022)
- Crnjac, Marina, Ivica Veža, and Nikola Banduka (2017) “From concept to the introduction of industry 4.0.” *International Journal of Industrial Engineering and Management* 8.1.
- Crowley, D. (2010). *Interview with Dennis Crowley of Foursquare – turning life into a game*. *Intruders-Inside Innovation*. Available at: <https://www.theguardian.com/technology/2011/apr/04/foursquare-dennis-crowley> (accessed January 24, 2022)
- Declaration of Helsinki. World Medical Association Declaration of Helsinki Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects.
- From Gauquier L, Brengman M, Willems K, Van Kerrebroeck H (2018). Leveraging advertising to a higher dimension: experimental research on the impact of Virtual Reality on brand personality impressions. *Virtual Real* 1–19
- Deguchi, Atsushi, et al. (2020) “What is society 5.0.” *Society* 5.
- Deterding, S. Dixon, D. Khaled, Rilla. Nacke, L. (2011) *From Game Design Elements to Gamefulness: Defining “Gamification.”* MindTrek’11, Tampere, Finland.
- Díaz, J.E.M. Saldanã, C. A. D. Avila, C.A.R. (2020) *Virtual World as a Resource for Hybrid Education*. Available at: https://www.researchgate.net/publication/343685577_Virtual_World_as_a_Resource_for_Hybrid_Education (accessed January 24, 2022)

- Duan, Haihan, et al. (2021) “Metaverse for social good: A university campus prototype.” *Proceedings of the 29th ACM International Conference on Multimedia*.
- Ebert, Christof (2015). *Looking into the Future*. *IEEE Software*, 32(6), 92–97. doi:10.1109/ms.2015.142
- European Commission (2019) *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence.
- Fab Lab BCN. *Smart citizen*. Available at: <https://fablabbcn.org/projects/smart-citizen> (accessed January 24, 2022)
- Floridi, Luciano (2014) *The fourth revolution: How the infosphere is reshaping human reality*. OUP Oxford.
- Fontanela, Cristiani (2020) “The Society 5.0 as an Instrument for the Promotion of Social Rights in Brazil.” *Rev. Just. Right* 34.
- Frith, J. (2013). *Turning life into a game: Foursquare, gamification, and personal mobility*. *Mobile Media & Communication*, 1(2), 248–262. doi:10.1177/2050157912474811
- Fuchs, Christian, et al. (2010) “Theoretical foundations of the Web: cognition, communication, and co-operation. Towards an understanding of Web 1.0, 2.0, 3.0.” *Future internet* 2.1.
- Fuchs, M. Fizek, Sonia. Ruffino, Paolo. Scrape, N. *Gamification Rethinking*. Published in 2014 by meson press, Hybrid Publishing Lab, Leuphana University of Lüneburg, Germany. www.mesonpress.com, The paperback edition of this book is printed by Lightning Source, Milton Keynes, United Kingdom. The digital editions can be downloaded freely at www.mesonpress.com.
- Furht, B. (2011). *Handbook of Augmented Reality* ||. 10.1007/978-1-4614-0064-6(), -. Doi:10.1007/978-1-4614-0064-6
- Fukuyama, Mayumi (2018) “Society 5.0: Aiming for a new human-centered society.” *Japan Spotlight* 1.
- Cabinet Office, *Society 5.0*. Available at: https://www8.cao.go.jp/cstp/english/society5_0/index.html (accessed January 24, 2022)
- Gillmor, Dan (2006) *We the media: Grassroots journalism by the people, for the people*. “O’Reilly Media, Inc.”.
- Goering, Sara, and Rafael Yuste (2016) “On the need of ethical guidelines for novel neurotechnologies.” *Cell* 167.4.
- Goering, Sara, et al. (2021) “Recommendations for Responsible Development and Application of Neurotechnologies.” *Neuroethics*.

- Mr. Gopalan. V, Bakar, J. A. Zulkifli, A brief review of augmented reality science learning. Institute of Creative Humanities, Multimedia, and Innovation, Universiti Utara Malaysia. The 2nd International Conference on Applied Science and Technology 2017 (ICAST'17) AIP Conf. Proc. 1891, 020044-1–020044-6; <https://doi.org/10.1063/1.5005377> published by AIP Publishing. 978-0-7354-1573-7.
- Government of Japan (2015) Cabinet Office. *Report on the 5th Science and Technology Basic Plan, Council for Science, Technology, and Innovation*.
- Government of Japan (2021) *Science, Technology, and Innovation Basic Plan*.
- Grider, David (2021) *The Metaverse: Web 3.0 Virtual Cloud Economies*. Grayscale Research.
- Haselager, Pim (2013) “Did I do that? Brain-computer interfacing and the sense of agency.” *Minds and Machines* 23.3.
- HILLIS, K (1999) Volume 1. *Digital sensations*. Space, Identity, and Embodiment in Virtual Reality. University of Minnesota Press Minneapolis London.
- Julesz, B. (1971) *Foundations of cyclopean perception*. University of Chicago Press.
- Kellmeyer, Philipp (2021) “Big brain data: On the responsible use of brain data from clinical and consumer-directed neurotechnological devices.” *Neuroethics* 14.1
- Kelly, Jonathan W., et al. (2021) “Who Are Virtual Reality Headset Owners? A Survey and Comparison of Headset Owners and Non-Owners.” 2021 *IEEE Virtual Reality and 3D User Interfaces (VR)*. IEEE.
- Kirkpatrick, Keith (2016) “Battling algorithmic bias: how do we ensure algorithms treat us fairly?.” *Communications of the ACM* 59.10.
- Korolov, M. (2014). *The real risks of virtual Reality*. Risk Manag. Six-one.
- Kumar, S. Chhugani, J. Kim, Changkyu. Kim, Daehyun, Nguyen. A. Dubey. P, Bienia, C. Kim, Youngmin (2008) *Second Life and the New Generation of Virtual Worlds*. Published by the IEEE Computer Society 0018-9162/08/\$25.00
- Lee, L. Braud. T. Zhou, P. Wang, L. Xu, D. Lin, Z. Kumar, A. Bermejo, C. Hui, P (2021) *The Hitchhiker’s Guide to the Metaverse*. *Hkust SyMLab*.
- Lee, Lik-Hang, and Pan Hui (2017) “Interaction methods for smart glasses.” *arXiv preprint arXiv:1707.09728*.
- Lee, Lik-Hang, et al. (2021) “All one needs to know about metaverse: A complete survey on technological singularity, virtual ecosystem, and research agenda.” *arXiv preprint arXiv:2110.05352*.

- Lee, Nicol Turner (2018) “Detecting racial bias in algorithms and machine learning.” *Journal of Information, Communication, and Ethics in Society*.
- Lenca, Marcello and Andorno, Roberto (Apr.26, 2017) *A new category of human rights: neurorights*. Available at: <http://blogs.biomedcentral.com/bmcblog/2017/04/26/new-category-human-rights-neurorights/> (accessed January 24, 2022)
- Yen, Marcello, et al. (2021) “Towards a Governance Framework for Brain Data.” *arXiv preprint arXiv:2109.11960*.
- Ienca, Marcello, Fabrice Jotterand, and Bernice S. Elger (2018) “From healthcare to warfare and reverse: How should we regulate dual-use neurotechnology?.” *Neuron*.
- Lenca, Marcello; Haselager, Pim and Emanuel, Ezekiel J. (Oct.01, 2018).
• *Brain leaks and consumer neurotechnology*.
- Ienca, Marcello (2021) “On neurorights.” *Frontiers in Human Neuroscience* 15.
- Luckerson, V. (2014). *Facebook Buying Oculus Virtual-Reality Company for \$2 Billion*. Available at: <http://time.com/37842/facebook-oculus-rift> (accessed January 24, 2022)
- Márquez, V. I. (2011). Metaversos y educación: Second Life as an educational platform. *JOURNAL ICONO14 Revista Científica De Comunicación Y Tecnologías Emergentes*, 9(2), 151-166. <https://doi.org/10.7195/ri14.v9i2.30>
- Merwe, D. (2021) *The Metaverse as Virtual Heterotopia*. 3rd World Conference on Research in Social Sciences. Vienna, Austria.
- Ministry of Defence. *Human Augmentation - The Dawn of a New Paradigm*. May 13, 2021. Available at: <https://www.gov.uk/government/publications/human-augmentation-the-dawn-of-a-new-paradigm> (accessed January 24, 2022)
- Moore, K. Carter, M (2021) *It is Not at Island It's A World: Fortnite and “Worldness.”* Proceedings of the 54th Hawaii International Conference on System Sciences.
- Ning, H. Wang, H. Lin, Yujia. Wang, W. Dhelim, S. Farha, F. Ding, J. Daneshmand, M (2021) A Survey on Metaverse: the State-of-the-art, Technologies, Applications, and Challenges. Nov. Available at: <https://arxiv.org/abs/2111.09673> (accessed January 24, 2022)
- Noyes, K (2015) “*Will big data help end discrimination—or make it worse? Fortune.*”
- O’Flaherty, Kate (2021) Why Facebook’s Metaverse Is A Privacy Nightmare. *Forbes*. 2021. Available at: <https://www.forbes.com/sites/kateoflahertyuk/2021/11/13/why-facebooks-metaverse-is-a-privacy-nightmare/?sh=35652ac86db8> (accessed January 24, 2022)

- O'reilly, Tim (2005) *What Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software*. Available at: <https://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html?page=1> (accessed January 24, 2022)
- OECD (2016), Consumer Protection in E-commerce: OECD Recommendation, *OECD Publishing*, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264255258-en>.
- Ondrejka, C (2004-2005) *Escaping the Gilded Cage: User Created Content and Building the Metaverse*, 49 NYL SCH L. REV.
- Oxford Reference. *Information Society*. Available at: <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100003718> (accessed January 24, 2022)
- Petkov P, Köbler F, Foth M, Medland RC, Krcmar H (2011) Engaging energy saving through motivation-specific social comparison. In: *Proc conference on human factors in computing systems*, Vancouver.
- Pierre Levy (2010) *Cyberculture*. Publisher 34.
- Plato, Lee H.D.P. (1974) *The Republic*. Penguin
- Scavarelli, A., Arya, A., & Teather, R. J. (2020) Virtual Reality and Augmented Reality in social learning spaces: a literature review. *Virtual Reality*.
- Schwab, Klaus, and Nicholas Davis (2019) *Applying the fourth industrial revolution*. Edipro.
- Schwab, Klaus (2019) *The fourth industrial revolution*. Edipro.
- Sententia, Wrye (2004) "Neuroethical considerations: cognitive liberty and converging technologies for improving human cognition." *Annals of the New York Academy of Sciences* 1013.1.
- Shoshani, A; Krauskopf, M. (2021). *The Fortnite social paradox: The effects of violent-cooperative multiplayer video games on children's basic psychological needs and prosocial behavior*. *Computers in Human Behavior*, 116(), 106641-. doi:10.1016/j.chb.2020.106641
- Sutherland, I. E. (1965). *The Ultimate Display*. Multimedia: From Wagner to Virtual Reality. New York, NY: Norton.
- Tech@FACEBOOK (2021) *Inside Facebook Reality Labs: Wrist-based interaction for the next computing platform*. Available at: <https://tech.fb.com/inside-facebook-reality-labs-wrist-based-interaction-for-the-next-computing-platform/> (accessed January 24, 2022)
- The NeuroRights Foundation (2021) *Mission*. Available at: <https://neurorightsfoundation.org/mission> (accessed January 24, 2022)
- Ulman, Yesim Isil, Tuna Cakar, and Gokcen Yildiz (2015) "Ethical issues in neuromarketing: "I consume, therefore I am!"" *Science and engineering ethics*.

- UNESCO (2003) *International Declaration on Human Genetic Data*. Available at: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (accessed January 24, 2022)
- Villanyi, Marion (2012) *Digital & E-marketing: The development of the Internet from web 1.0 to web 3.0*. Available at: <https://www.studymode.com/essays/The-Development-Of-Internet-From-Web-1330835.html> (accessed January 24, 2022)
- Wajnerman Peace, Abel (2021) “Is your neural data part of your mind? Exploring the conceptual basis of mental privacy.” *Minds and machines*.
- Webster, Frank (2014) *Theories of the information society*. Mr. Routledge.
- Pygmalion’s Weinbaum SG (1935) Pygmalion’s spectacles. *Wonder Stories*
- Wild, Kate (2021) ‘Our notion of privacy will be useless’: what happens if technology learns to read our minds? *The Guardian*.
- Woodcock, J; Johnson, M. R (2017) *Gamification: What it is, and how to fight it. The Sociological Review*, (), 003802611772862–. doi:10.1177/0038026117728620.
- Woolf, Virginia (1929) *A Room of One’s Own*. Oxford: OUP Oxford.
- Yee, Nick, and Jeremy Bailenson (2007) “The Proteus effect: The effect of transformed self-representation on behavior.” *Human communication research* 33.3.
- Yuste, Rafael, et al. (2017) “Four ethical priorities for neurotechnologies and AI” *Nature News* 551.7679.
- Yuste, Rafael, Jared Genser, and Stephanie Herrmann (2021) “It’s Time for Neuro-Rights.” *Horizons: Journal of International Relations and Sustainable Development* 18: 154-165.
- Zica, R M; Ionica, A-C; Leba, M (2018) *Gamification in the context of smart cities. IOP Conference Series: Materials Science and Engineering*, 294(), 012045–. DOI:10.1088/1757-899X/294/1/012045.

EL PAPEL DE LA LÓGICA DEÓNTICA EN LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL¹

THE ROLE OF DEONTIC LOGIC IN THE ARTIFICIAL INTELLIGENCE

JOE CABALLERO HERNÁNDEZ²

RESUMEN

En esta investigación se analizan las críticas contra la aplicación de la inteligencia artificial al Derecho porque se la consideraba innecesaria en esta ciencia social. Sin embargo, el desarrollo de la lógica deóntica y la evolución de las computadoras aplicando la inteligencia artificial han propiciado la creación de programas con respuestas automáticas muy utilizados por abogados y jueces. En esta investigación se realizó un estudio cualitativo con una metodología analítica-descriptiva; luego se explicó la evolución de la inteligencia artificial y su aporte tecnológico en todos los ámbitos de las ciencias. Después se examinaron los aportes de la lógica deóntica a la consolidación de la inteligencia artificial y sus aplicaciones en el ámbito jurídico.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial, tecnología, lógica deóntica, normas.

-
- 1 Artículo de Investigación que tiene por objeto investigar las contribuciones de la lógica en el Derecho. Desarrollado en el grupo de investigación *Teoría jurídica y derechos fundamentales Phronesis* de la Universidad de Cartagena.
 - 2 Abogado egresado de la Universidad de Cartagena, magister en Derecho Universidad de Cartagena. Docente Universidad de Cartagena. Email institucional: jcaballero@unicartagena.edu.co. Email personal: jocaballero@hotmail.com.

ABSTRACT

The objective of this research is to analyze the contributions and criticisms of instituting artificial intelligence in the field of law, since it was considered that its use in this social science was not necessary. However, nowadays, with the development of deontic logic and the evolution of computers, there are programs with automatic responses that are widely used by lawyers and judges, applying AI. In this research, a qualitative study was carried out with an analytical-descriptive methodology on the subject. It will explain, first, the evolution of artificial intelligence and its technological contribution in all areas of science, and then, reviewing the discussions of deontic logic that were important to consolidate artificial intelligence, and finally, its application in the field legal.

KEYWORDS: Artificial intelligence, technology, deontic logic, rules

1. INTRODUCCIÓN

Desde los años 80 hasta finales del siglo XX, se ha empezado a discutir sobre el uso de la inteligencia artificial en todos los ámbitos científicos para mejorar los razonamientos complejos y agilizar los procesos investigativos, pragmáticos o tecnológicos desarrollados en las diversas ciencias. En efecto, entrando el siglo XXI, con la evolución de las computadoras y de los programas informáticos, se empezaron a concretar proyectos de inteligencia artificial que tecnológicamente contribuían a cálculos racionales en todas las disciplinas científicas.

El ámbito jurídico, en el siglo XX, siempre se estimó lejano a todas estas propuestas tecnológicas sobre inteligencia artificial. Sin embargo, a comienzos del siglo XXI, y con el avance de la lógica deóntica, el uso de la inteligencia artificial en el Derecho ya es una realidad.

No debemos olvidar que la lógica deóntica -el campo disciplinar más desconocido en la ciencia jurídica - logró matematizar el lenguaje del Derecho. Recordemos que las normas son información conceptual claramente definida y, al ser matematizadas, las computadoras han aprendido a manejarlas, clasificarlas, recopilarlas y reproducirlas de manera lógica. Esto ha permitido, por lo tanto, que los jueces, legisladores y abogados puedan confiar en los programas de inteligencia artificial para tomar decisiones automáticas, con base en las normas y la jurisprudencia, sobre cómo resolver mediante cálculos lógicos casos concretos.

Transcurrido el tiempo es necesario revisar los aportes y las críticas sobre los avances de la lógica deóntica como base para instituir los programas de inteligencia artificial en el ámbito jurídico, y verificar si estos logran satisfacer las necesidades interpretativas en el Derecho. Esta revisión se impone más aún considerando los cambios contextuales y las nuevas creencias que surgen en la sociedad, lo que puede generar nuevas normas, distintas a las sedimentadas o estipuladas en las bases de datos de la IA.

En este artículo nos centraremos en las discusiones sobre la inteligencia artificial y las contribuciones de la lógica y la lógica deóntica en la inteligencia artificial; luego abordaremos la evolución de la IA mediante el estudio de la lógica no monótona y por último, reflexionaremos sobre el papel de la IA en el campo del Derecho.

2. METODOLOGÍA

Esta investigación es filosófica jurídica, la cual sentó sus bases epistemológicas en la Filosofía y en el estudio del Derecho desde una perspectiva teórica (Kaufmann, 1992). La metodología de la investigación de este artículo es analítica y descriptiva.

El enfoque de la investigación es cualitativo porque desarrolla con un método de investigación teórico deductivo argumentos basados en las teorías y en la doctrina. El tipo de investigación es descriptiva porque describe todas las variables conceptuales y teóricas. Por último, las fuentes de investigación fueron secundarias porque el artículo se desarrolló en base al análisis bibliográfico de varios autores (Sampieri, 2014).

3. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1. Estudios sobre la inteligencia artificial

Los estudios sobre la inteligencia artificial tienen su origen en el siglo XX. La pretensión de crear sistemas de pensamientos parecidos a los humanos para desarrollar tareas o acciones similares a cualquier persona permitió la profundización científica en esta temática. A principio de los años 60 y finales de los 70 tuvo un gran auge la investigación en este campo. Los investigadores sobre inteligencia artificial se basaban en algoritmos lógicos para diseñar sistemas informáticos que empleaban este tipo de inteligencia, que permitiera la elaboración analógica de acciones complejas.

Sin embargo, al inicio de la década de los 80, el investigador en inteligencia artificial Alan Newell opinó que esta se encontraba en un momento de crisis porque no podía avanzar en análisis más complejos de las simples acciones. La IA (inteligencia artificial) no evolucionaba porque la lógica que se estaba desarrollando solo servía para acciones de la lógica del primer orden orientado al procesamiento mecánico (Carnota & Rodríguez, 2006).

No obstante, los investigadores en IA siguieron indagando otras posibilidades lógicas para superar a las simples acciones mecánicas y desarrollar una lógica más compleja. Para ello decidieron realizar una encuesta a nivel general con el objeto de analizar propuestas por parte investigadores de múltiples

disciplinas. En los inicios no había claridad en las opiniones expuestas, pero poco a poco expertos en razonamiento lógico hicieron evolucionar la inteligencia artificial con el aporte de propuestas lógicas. Uno de estos aportes consistió en desarrollar niveles de conocimiento.

Los niveles de conocimiento en la IA permitieron procesar las acciones a tomar, debido a que un agente artificial³ siempre tiene varias posibilidades de acciones, por lo que debe tomar la mejor decisión para alcanzar sus objetivos. El inconveniente era desarrollar una racionalidad programada que pudiera seleccionar la mejor elección, dependiendo esta decisión de distintas posibilidades y las condiciones contextuales (Carnota & Rodríguez, 2006).

Sin embargo, se dieron cuenta que la decisión para ejecutar una acción no depende de los niveles de conocimiento sino del contenido del conocimiento y los objetivos del agente artificial que decide. Todas las formas de representación del conocimiento pueden ser reconocidas bajo procesos simbólicos que tiene el sistema lógico. Esto significa que un sistema de IA necesitaba: 1. Conceptos de representación del conocimiento abstracto que deben funcionar con diferentes estructuras simbólicas y 2. Un sistema lógico que permita desarrollar esa sinergia entre símbolos de diferentes deducciones a nivel computacional. Los investigadores se percataron que necesitaban, no solo un agente sino varios agentes que interactúen entre sí y puedan resolver juntos un problema colectivo. Entonces aparece el sistema MAS⁴ (multi-agente) (Axelrod, 1997).

No obstante, antes de desarrollar una lógica informática multiagente para impulsar la IA, era preciso revisar la lógica tradicional. En efecto, en 1986 se produjo la primera reunión de conferencistas en el congreso denominado *Theoretical Aspects of reasoning about Knowledge* (Aspectos teóricos del razonamiento sobre el conocimiento). En esta serie de conferencias se desarrollaron varias ponencias de diferentes campos disciplinares que proponían el uso de la lógica modal para el sistema de razonamiento de conocimiento y creencias; es decir, para que el multiagente pudiera cambiar de creencias de forma rápida según los conceptos que se le fueran actualizando (Carnota & Rodríguez, 2006).

Entre los autores de las conferencias se encontraba H. Levesque. En su escrito *Logic and the complexity of reasoning* analizó la complejidad de la lógica aplicada a la cognición sobre la idea de que existen acciones computacionales sencillas (como las mecánicas) y otras acciones computacionales complejas. Las acciones complejas son más realistas que las acciones mecánicas y, por lo tanto, se necesitaba enfocar la inteligencia artificial en el estudio de la lógica que se desarrolla al interior de la filosofía (Levesque, 1988).

3 Un agente es un programa computacional autónomo que reacciona a un ambiente y realiza acciones dirigidas a fines, desarrollando un comportamiento racional. Véase en: Casanova, Pompeu. Inteligencia Artificial y Derecho a vuelapluma. Revista Teorder. 2010. págs. 202-222.

4 Sistema multiagente de razonamiento artificial. Estos MAS son diseñados para alcanzar fines colectivos y reproducir características del comportamiento de los grupos humanos. Véase en: Axelrod, R. The complexity of cooperation: agent-based models of competition and collaboration. Princeton studies in complexity. Princeton University, New Jersey, 1997.

El éxito de estas discusiones sobre inteligencia artificial fue tan importante que, a finales de los años 80, se presentó otra serie de conferencias para profundizar en la lógica del cambio racional de teorías, como base para el desarrollo de una lógica modal para la Inteligencia artificial. En esa oportunidad, autores como Mukesh Dalal, David Israel y Ken Satoh, propusieron teorías del conocimiento para la inteligencia artificial basadas en el estudio de la lógica modal y la lógica no monótona. Esta última tiene su fuente de investigación en las críticas a la lógica modal para el uso de la inteligencia artificial.

, en su artículo *Investigations into a Theory of Knowledge Base Revision. Dalal Preliminary Report*, considera que cuando uno de los agentes que interactúa en un MAS (sistema multiagente) recibe nuevas creencias sobre un concepto abstracto, o temática, inmediatamente entra en colisión con el concepto que poseía previamente. Al contradecirse estos conocimientos perjudican la razón de los agentes. La solución para esta contradicción debe ser la eliminación de la creencia del concepto anterior. Para eso es necesario tener una lógica distinta que pueda revisar sintácticamente todos los conceptos de los agentes y cambiarlos cuando sea necesario, sin perjudicar todo el sistema lógico.

A pesar de que el aporte de Dalal fue muy bueno para el entendimiento del enfoque que se debía desarrollar en la inteligencia artificial no se resolvía el problema en concreto. Dalal desconocía la AGM o también conocida en el campo de la lógica como la *Teoría o lógica del cambio de teorías*. Esta teoría sí era conocida por Alex Borgida -crítico de la posición de Dalal -que convocó a David Israel a una discusión sobre inteligencia artificial. Este último, siendo filósofo muy conocedor del AGM, considero que la solución para el problema de Dalal era aplicar este sistema asociándolo con las lógicas no monótonas.

En efecto, la investigación de las lógicas no monótonas fue clave para resolver el inconveniente. En la discusión surgió Ken Satoh, autor del artículo *Non Monotonic Reasoning by Minimal Belief Revision* en el que se plantea crear la revisión de creencias con base en la lógica no monótona.

Esta teoría de AGM o lógica de cambio de creencias ya había sido desarrollada en la filosofía por varios autores expertos en lógica. Los principales investigadores en inteligencia artificial se permitieron estudiar todos los aportes en materia de lógica por parte de la filosofía. La lógica no monótona y la AGM no estaba siendo descubierta por ellos, ya existían aproximaciones avanzadas en este tema. Uno de los autores conocidos a nivel mundial sobre este tema es Peter Gärdenfors. Pero él, estuvo desarrollando esta discusión con la mayoría de los filósofos mundiales que se dedicaban al campo de la lógica, incluyendo a Alchourrón y Bulygin en Argentina y otros más.

El desarrollo de la lógica, la lógica no monótona y la lógica deóntica habían avanzado en paralelo a la discusión sobre la inteligencia artificial. En este contexto Gärdenfors comenzó a estudiar todas las aportes teóricos de la lógica para desarrollar una IA completa y sin inconvenientes. La lógica deóntica hace parte de la discusión, por lo que es preciso conocer esta discusión académica y su contribución al desarrollo de la IA, en general, y de la IA en materia jurídica.

3.2. Sobre la lógica y la lógica deóntica: un breve repaso

La lógica, que se estudia en las cátedras de filosofía, es una temática que proviene de la antigua Grecia. El primero en plantear el estudio de la lógica fue el filósofo griego Aristóteles, quien pretendió analizar el uso del lenguaje. Empezó con el estudio de las proposiciones y oraciones formuladas en la práctica del lenguaje y, de forma abstracta, considero estudiarlos con símbolos similares a la matemática, para entenderlo de manera formal.

En la Edad Media y el Renacimiento muchos autores estudiaron la obra sobre lógica de Aristóteles pero no tuvo tanto desarrollo en la Europa occidental, tal vez, porque el lenguaje natural siempre contiene una cantidad de ambigüedades. No obstante, a final del Renacimiento empezaron a desarrollarse contribuciones a la lógica, tales como las de Leibniz (1646-1716).

En la modernidad, específicamente en el siglo XIX, los trabajos de de Morgan (1806-1876) sobre lógica, basados en los escritos de Leibniz, o las contribuciones de Boole (1815-1864), Frege (1848-1925) y otros empezaron a darle relevancia a este campo de estudio. Pero, en realidad, esta temática empezó a consolidarse en el siglo XX con el trabajo de Russell y Whitehead (1910-1913) en la obra que se denomina *Principia Mathematica*. En este libro se analiza cómo el lenguaje, mediante símbolos convencionales simulando a las palabras, es estudiado y analizado con mucha rigurosidad para definir formalmente la construcción de las oraciones, tratando de brindarle una formalidad al lenguaje: por eso es conocido como lógica formal.

Este desarrollo de la lógica, superando las contribuciones de Aristóteles, Leibniz, Russell y demás, ha servido para comprender la función del lenguaje, generar teorías sobre el significado de las palabras y el estudio de falacias no formales. Se trata, por lo tanto, de una temática muy apreciada como disciplina humanística. La base inicial en el estudio de la lógica es la lógica proposicional. Sin embargo, también existen las diferentes lógicas modales que permiten comprender otros significados, diferentes al descriptivo, en el uso del lenguaje práctico tales como la lógica aletica y la lógica deóntica.

La lógica deóntica, específicamente, nace en 1951 por obra del autor Georg Henrik von Wright. Este pretendía estudiar la lógica proposicional y la lógica aletica existente en la filosofía y desarrollar una lógica del Derecho de forma similar a como se desarrollaba las otras lógicas. Esto lo pretendía hacer verificando si el lenguaje del Derecho y las palabras usadas en esta disciplina (como las palabras: obligación, permisión y prohibición) cumplían con las mismas reglas lógicas de las lógicas filosóficas aletica (necesario, posible e imposible) (Von Wright, 2003).

Al principio generó un gran impacto este tipo de estudio, a tal punto que muchos autores consideraron discutir sobre la misma temática. Autores de la talla de Oscar Becker con su artículo *untersuchungen uber den modalkalkül* (1952), Jerzy Kalinoswski con su artículo *theorie des propositions normatives* (1953), Alf Ross con su artículo *imperatives and logic* (1941) y Ulrich Klug con Hans Kelsen en una serie de cartas convertidas en libro, denominado *Normas jurídicas y análisis lógico* (1988), etc.

En la medida en que se fue desarrollando académicamente la lógica deóntica, también se fueron encontrando problemas más puntuales que resolver. Un ejemplo de esto es el problema de los predicados monádicos que von Wright consideró en su artículo *Entscheidungsproblem* del año 1948. Otro ejemplo muy importante es el que descubrió Ingemar Hedenius sobre la distinción entre enunciados, o proposiciones, y normas. Este problema, que no fue premeditado por von Wright al inicio de sus estudios en lógica deóntica porque pensaba que estaba desarrollando una lógica de normas, es el más importante a la hora de comprender este campo de estudio. Esto se debe a que las proposiciones normativas se desarrollan en un lenguaje distinto a las normas, y esto depende mucho de nuestro lenguaje ordinario (Von Wright, 1997).

Dentro de la discusión sobre las proposiciones normativas y las normas, existe la necesidad de aclarar la existencia de los valores de verdad en la lógica deóntica. En efecto, este detalle nos explica por qué von Wright no estaba creando una lógica de normas sino que desarrollaba una lógica de las proposiciones normativas, ya que mientras las proposiciones normativas describen la existencia de una norma y tienen valores de verdad, las normas no tienen valores de verdad y el lenguaje es prescriptivo (Von Wright, 1981).

Los autores que verdaderamente decidieron realizar una distinción entre una lógica de las proposiciones normativas y una lógica de las normas para corregir los errores de von Wright fueron Alchourrón y Bulygin en su libro *Normative Systems* en el año 1971 (Alchourrón & Bulygin, 1987).

Este último libro permitió comprender que sí puede existir una lógica de las normas. Siempre va a existir entre una lógica y otra unos parecidos sintácticos por el uso de operadores deónticos similares; en lo semántico, sin embargo, van a ser completamente distintos (Bulygin, 2009).

El significado de las oraciones (semántico) es distinto en la lógica de las proposiciones normativas que en el de la lógica de normas. La diferencia descansa en la posibilidad de definir las oraciones de ambas lógicas dependiendo de las intuiciones o creencias humanas. Mediante la discusión de las creencias se definen las oraciones deónticas que deben aparecer en las deducciones lógicas. Precisamente, a partir de ahí surge otra crítica muy importante en la lógica deóntica, debido a este problema, el cual es, el estudio del concepto de derrotabilidad. Es decir ¿cómo cambiar las creencias de la lógica deóntica cuando en el mundo cotidiano las proposiciones normativas y las normas también cambian?

La derrotabilidad se refiere a la creación de una nueva definición mediante el consenso tras una discusión axiológica sobre un concepto o tema; es decir, apelar a una discusión valorativa y desarrollar un nuevo concepto, una nueva creencia (Buriticá, 2015). Muy parecido a lo que sucede en las AGM que se discute en la inteligencia artificial.

Esto es necesario aplicarlo porque las creencias que necesitamos para definir las oraciones deónticas provienen de la derrotabilidad de los conceptos que no necesitamos y crear los que corresponden, previamente al desarrollo lógico.

La falta de certeza de la lógica deóntica en las oraciones deónticas descriptivas y prescriptivas, nos somete a una discusión sobre la derrotabilidad de los posibles valores o axiologías de los fenómenos que acontecen en la realidad para adaptarnos a nuevas creencias sobre temas específicos. Por lo tanto, las oraciones deónticas tienen un significado construido por un contexto que puede atribuírsele a una expresión lingüística (Alchourrón, 2000).

En la inteligencia artificial es importante tener en cuenta estos límites brindados por la lógica deóntica. El lenguaje y las creencias van evolucionando dependiendo del contexto y de las discusiones humanas, tal como lo demuestra el sistema de AGM. Por lo tanto, todo sistema artificial que se pretende desarrollar puede llegar a ser dogmático y perjudicial si no se desarrolla el cambio de creencias. Es preciso, entonces, conocer los aportes de la lógica no monótona que ha permitido la existencia de la IA en la actualidad.

3.3. Lógica no monótona y la evolución de la IA

Mientras, en la lógica tradicional, un conjunto de símbolos que representan un estado de cosas y con base en algunas fórmulas específicas nos arrojan unas series de conclusiones o deducciones certeras en todos los casos posibles, en la lógica no monótona no existen conclusiones certeras sino hipótesis posibles. En este tipo de lógica existe un conjunto de creencias que puede permitir el cambio, la ampliación o la modificación de las creencias básicas existentes. Pero, sobre todo, se modifica el concepto clásico para que el sistema lógico sea consistente y coherente. (Darche, 2019)

Para entender este tipo de creencias que van a nutrir al multiagente de la inteligencia artificial es necesario recurrir a la teoría de las hipótesis del mundo cerrado; es decir, es necesario tener diferentes creencias de un concepto y de su estado de cosas bajo la denominación de hipótesis y, además, estas hipótesis deben ser limitadas bajo un mundo cerrado, los cuales permitan realizar el cambio conceptual.

Un ejemplo de lo anterior puede referirse a las aves que vuelan. Si una proposición reza que “todas las aves vuelan” es preciso aclarar bajo otro sistema lógico que existen aves como el avestruz o los pingüinos que no vuelan. Por lo tanto, cuando el sistema se encuentre al frente de un pingüino lo categorizará en el concepto de ave, pero especificando, según el estado de cosas, que esa es un ave que no vuela. El concepto, en este contexto en particular, aclara el estado de cosas.

Ahora bien, con base en este ejemplo deben de existir varias características de las aves que deben ser específicas y que modifican o aclaran el concepto central sobre ellas “todas las aves vuelan”. Al tener precisas todas las características de aclaración o modificación el sistema hipotético es un mundo cerrado. En caso de evolucionar el concepto de aves es necesario permitir el cambio en el sistema lógico de las hipótesis mediante la discusión axiológica, y este modificaría de inmediato el concepto central: “todas las aves ¿?”

Otras de los mecanismos en los que se efectúa la lógica no monótona es en el uso del razonamiento por

defecto. Este mecanismo se refiere a la creación de un sistema lógico que permita utilizar otros tipos de símbolos, que no estaban contemplados en la lógica tradicional, los cuales permiten que las premisas de las deducciones estén condicionadas bajo otras oraciones antes de resolver la deducción inicial. Estas oraciones alternas permiten condicionar las premisas iniciales para cambiarlas y revocar los conceptos y la deducción inicial. (Darche, 2019)

El razonamiento por defecto permite el uso de otros símbolos cuantificadores en las oraciones. Por ejemplo “la mayoría de” o “la minoría de”, lo que produce los cambios es la consistencia sistémica al elegir un diferente estado de cosas condicionado.

En la AGM se eligen distintos enunciados hipotéticos o teóricos si ocurre un problema lógico en una inferencia, así que los cambios se producen de manera inmediata al interior del sistema para elegir el estado de cosas usual, que pudiera ser seleccionado en la vida cotidiana por cualquier persona.

Toda la evolución de la lógica no monótona ha permitido el desarrollo de la inteligencia artificial, porque con la existencia de multiagentes que puedan realizar cambios, aclaraciones o modificaciones con hipótesis de mundo cerrado o razonamiento por defectos, esto contribuye a que la IA tenga respuestas con sentido común.

Desde esta perspectiva se ha empezado a desarrollar la IA en todos los campos de la ciencia que contribuyan a mejorar los razonamientos científicos. El campo del Derecho no ha sido la excepción.

3.4 Inteligencia artificial en el Derecho

La IA en el Derecho se plantea como una solución a los diferentes problemas que existen en materia de información. Por ejemplo: la organización de las bases de datos, la clasificación de los textos jurídicos que varían al pasar el tiempo, el orden racional en la selección de documentos jurídicos, ya sea en materia legislativa, ejecutiva o judicial, el orden racional de los distintos argumentos que pueden existir en el ordenamiento jurídico para un caso en particular, etc.

Todos estos problemas han venido siendo solucionados por los diferentes sistemas de inteligencia artificial creados para el campo del Derecho, como por ejemplo: CATO (*Case argument tutorial*), PROSA (*problem situation in administrative law*), PROLEX (*law and jurisprudence problems*), etc. Todos estos sistemas de inteligencia artificial utilizan similares mecanismos lógicos con base en la lógica deóntica y la lógica no monótona.

Si siguen desarrollándose problemas de información de datos en el campo del Derecho, sin duda va a continuar la creación de más sistemas de IA jurídicos. Estos sistemas, ayudan a muchos jueces, abogados litigantes, académicos y legisladores a revisar el ordenamiento jurídico antes de tomar una decisión específica en el campo del Derecho.

4. CONCLUSIÓN

En la investigación realizada con base en el análisis de la lógica, la lógica deóntica y la lógica no monótona podemos considerar que es preciso seguir construyendo sistemas de inteligencia artificial con base en las contribuciones de estas materias. Paralelo a este aporte científico no olvidemos las discusiones sobre Inteligencia artificial del siglo XX y XXI que terminan aunando esfuerzos con los académicos de la lógica para la creación de los sistemas de IA actuales.

Si se decide crear un nuevo prototipo sistémico de inteligencia artificial en el campo del Derecho, se debe seguir este camino y trabajar mancomunadamente con los académicos para solucionar, con el sistema computacional nuevo, los inconvenientes que existan en el Derecho.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Alchourrón, C. (2000). Sobre derecho y lógica. *ISONOMIA*, 11-33.
- Alchourrón, C., & Bulygin, E. (1987). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Axelrod, R. (1997). *The complexity of cooperation: agent based models of competition and collaboration*. New Jersey: Princeton University.
- Bulygin, E. (2009). La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas. En M. Atienza, *Problemas lógicos en la teoría y practica del derecho* (págs. 9-21). Mexico: Fontamara.
- Buriticá, E. (2015). Derrotabilidad y razonamiento jurídico: sobre la (supuesta) necesidad de una lógica derrotable. *Estudios de Derecho* 72 (159), 215-247.
- Carnota, R., & Rodriguez, R. (2006). Alchourron y la inteligencia artificial. *Analisis filosofico* , 9-52.
- Darce, A. (2019). *Fundamentos logicos de la inteligencia artificial*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Kaufmann, A. (1992). *El pensamiento juridico contemporaneo*. Madrid: Debate.
- Levesque, H. (1988). The logic and the complexity of reasoning. *Journal of philosophical logic*, 355-389.
- Sampieri, R. (2014). *Metodología de investigación* . Mexico: Mc graw hill.
- Suárez Manrique, W. Y., & De León Vargas, G. I. (2019). Inteligencia artificial y su aplicación en la administración de justicia. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, 11(21), 71–83. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.11-num.21-2019-2501>

- Von Wright, G. (1981). Problems and prospects of Deontic Logic. En E. Agazzi, *Modern Logic*. Dordrecht-reidel.
- Von Wright, G. (1997). *Normas, Verdad y Logica*. Mexico: Fontamara.
- Von Wright, G. (2003). Valor, Norma y Accion en mis escritos filosoficos. En DOXA, *Cuadernos de Filosofia del Derecho* (págs. 53-78). Alicante: espagrafic.



Autora: M. del Socorro MoraC

LA OPTIMIZACIÓN PROTECTORA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONCESIÓN DE LICENCIAS AMBIENTALES

THE PROTECTIVE OTIMIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS ON ENVIRONMENTAL REGULATORY LICENSING

José Augusto Dutra Bueno¹
Deilton Ribeiro Brasil²

RESUMEN

Desde la concepción de un medio ambiente ecológicamente equilibrado previsto en el artículo 225 de la Constitución Federal de 1988, el licenciamiento ambiental tiene interfaces muy claras con los derechos fundamentales. Pero, además, un medio ambiente equilibrado es una condición para promover el desarrollo sostenible y el progreso de una nación. Esto permitirá la concreción de los derechos individuales y sociales. Así mediante el estudio teórico, bibliográfico, documental y con un enfoque crítico, reflexivo y analítico de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación,

-
- 1 Estudiante de maestría en el Programa de Posgrado Stricto Sensu en protección de los Derechos Fundamentales de la Universidad de Itaúna/MG. Especialista en Derecho Procesal, Ambiental y Minero por la PUC-Minas. Licenciado en Derecho - Facultad Pitágoras - Divinópolis. Abogado. Actualmente se desempeña como director regional de control de procedimientos y gerente ambiental en la Superintendencia Regional de Medio Ambiente del Alto São Francisco, que integra la secretaría de estado de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible de Minas Gerais.
 - 2 Post-doctorado en Derecho por la UNIME, Italia. Doctor en Derecho por la UGF-RJ. Profesor de pregrado y PPGD - Master y doctorado en protección de derechos fundamentales en la Universidad de Itaúna (UIT) y facultades de San Agustín (FASASETE-AFYA).

combinados con un método deductivo se valoran situaciones concretas en las que la licencia ambiental garantiza la protección de los derechos fundamentales. Esta investigación se basó en el análisis interpretativo, comparativo y crítico para elaborar una reflexión constructiva sobre la protección de los derechos fundamentales en la concesión de licencias ambientales.

Palavras-Chaves: Licencia ambiental. Derechos fundamentales. Derecho ambiental. Derecho Constitucional. Desarrollo sostenible.

ABSTRACT

The environmental licensing as an administrative process and important front of action for the environmental protection and sustainability, beyond an instrument of guaranty and control of State over potential polluting activities, have characteristics very clean related to fundamental rights, actually over a conception of Environment balanced ecologically disposed in the article 225 of Federal Constitution, but a condition for many other rights, including fundamental may be expressed in the society, with a sustainable development and all the consequences that the progress of a nation result to it citizens, what in a reflexive way, materialize individual and social rights, that need this condition to prosperate. Therefore, by the use of theory and bibliographical, documental study, combined with a deductive method based on premises for logical ratiocination, seeks to value the specific situations that the environmental licensing protect fundamental rights. The technical procedure of this work was focused on interpretative, comparative and critic analyses, with the purpose to opportune a constructive reflection over the protection of fundamental rights on environmental licensing processes.

Keywords: Environmental licensing. Fundamental rights. Environmental Law. Constitutional Law. Sustainable Development.

1. INTRODUCCIÓN

El licenciamiento ambiental está previsto como un importante instrumento de protección ambiental en el artículo 9 de la Política nacional del medio ambiente, Ley Federal N° 6.938/1981. El artículo 225 de la Constitución Federal de 1988 también concibe el medio ambiente ecológicamente equilibrado como un derecho fundamental constitucionalmente asegurado y expresamente previsto.

Esta medida de inclusión de la protección del medio ambiente con rango constitucional es bastante relevante porque confiere mayor fuerza protectora a un derecho de importancia singular, además de ser una condición esencial para que florezcan otros derechos y garantías fundamentales en la vida de las personas y los ciudadanos, así como el desarrollo de la nación de manera sostenida.

No es posible que exista una vida sana y de calidad sin el medio ambiente equilibrado con suficientes recursos naturales para fomentar el desarrollo de la sociedad, que puede ser sostenible y no depredador. Cada vez más las personas y las naciones son más conscientes de esto.

Así, desde la primera concienciación ambiental a nivel mundial mediante el Convenio de Estocolmo en 1972 y, a finales de los años 80, el Informe Brundtland (Nuestro Futuro Común) hasta los más recientes tratados internacionales, como el Convenio de París para la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero que contribuyen al calentamiento global y al cambio climático. Se observa que, a pesar de las resistencias y los desafíos, hay avances en el ámbito ambiental para conseguir una mayor y suficiente protección del medio ambiente.

En este contexto global caracterizado por la apremiante necesidad de una adecuada protección del medio ambiente la licencia ambiental cumple un papel sumamente importante la sostenibilidad urge implementar una gobernanza para la sostenibilidad. Cabe señalar que mediante la licencia ambiental el Estado autoriza y regula las actividades potencialmente contaminantes realizadas por diversas personas jurídicas y físicas. Por ello constituye el ámbito adecuado para implementar las mejores prácticas de protección ambiental, medidas de mitigación, compensación, control y seguimiento.

En esta investigación planteamos la licencia ambiental como proceso administrativo y mecanismo para la protección y sostenibilidad del medio ambiente. El procedimiento técnico utilizado en la investigación para la recopilación de datos fue la encuesta bibliográfica.

El estudio bibliográfico de autores nacionales y extranjeros aportó las bases teóricas y doctrinales para el análisis de la legislación constitucional e infra constitucional. También examinamos los documentos que aún no han recibido el debido tratamiento analítico.

2. EL MEDIO AMBIENTE BAJO UN ENFOQUE CONSTITUCIONAL Y LA CONCESIÓN DE LICENCIAS AMBIENTALES

Nuestra Constitución Federal de 1988 reguló el derecho al medio ambiente atribuyéndole una situación jerárquico-normativa de derecho fundamental, tal como se verifica en el artículo 225 que transcribimos a continuación:

Artículo 225. Toda persona tiene derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiendo al Poder Público y a la comunidad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras.

§ 1 - Para garantizar la efectividad de este derecho, el Poder Público tiene la obligación de

I - preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales y prever la gestión ecológica de las especies y los ecosistemas

II - preservar la diversidad e integridad del patrimonio genético del país y supervisar las entidades dedicadas a la investigación y manipulación del material genético; [...]

IV - exigir, en los términos previstos en la ley, para la instalación de cualquier obra o actividad con potencial de causar una degradación significativa del medio ambiente, un estudio previo de impacto ambiental, al que se dará publicidad [...]

VII - proteger la fauna y la flora, prohibiendo, según lo establecido por la ley, las prácticas que pongan en peligro su función ecológica, provoquen la extinción de especies o sometan a los animales a la crueldad. (Constitución Federal de 1988)

Además de ser un derecho de todos, y de la corresponsabilidad entre Estado, sociedad civil y ciudadanos, también se describen acciones que el poder público debe realizar para proteger este derecho. De este modo, se prevé tanto la preservación de los recursos naturales como la restauración de situaciones ecológicas que han sido dañadas.

El texto constitucional incluye una previsión expresa para la protección de la biodiversidad y del patrimonio genético, que en Brasil es muy extenso. Así el punto VI, párrafo 1 del artículo 225 de la Constitución Federal prevé la protección de la fauna y de la flora, quedando prohibidas las prácticas que causen la extinción de las especies.

El estudio de impacto ambiental elevado a la categoría de exigencia constitucional garantiza la protección del medio ambiente. El estudio de impacto adquiere así una condición de seguridad basada en la Constitución.

El inciso IV elevó a rango constitucional uno de los principales institutos jurídicos creados para prevenir y controlar el daño ambiental: el estudio de impacto ambiental. Esta cláusula establece: “exigir en forma de ley, para la instalación de una obra o actividad con potencial de causar un impacto significativo en el medio ambiente, un estudio previo de impacto ambiental, al que se dará publicidad. El estudio de impacto ambiental (EIA), para las actividades que potencialmente o necesariamente causen un impacto ambiental significativo, es un requisito esencial para el procedimiento administrativo de autorización ambiental. (BARACHO JÚNIOR, 2008, p. 106).

Considerando el advenimiento del Derecho Ambiental en las últimas décadas y la protección del medio ambiente con amparo constitucional, se requieren mecanismos de garantía capaces de concretar y hacer cumplir este derecho de considerable relevancia.

En el ordenamiento jurídico brasileño, la protección del medio ambiente fue “constitucionalizada” en un capítulo propio, insertado en el título «Orden Social» de la CF/88 (artículo 225), además de contar con otras disposiciones constitucionales sobre la protección del medio ambiente, relacionando la protección ecológica con otros temas constitucionales de gran relevancia. La CF88 (art. 225,

caput, c/c art. 5, §2º) atribuye a la protección del medio ambiente y - al menos en consonancia con la posición ampliamente difundida por la doctrina y la jurisprudencia - la condición de derecho fundamental del individuo y de la colectividad. (SARLET & FENSTERSEIFER, 2013, p. 254).

Es innegable, por ejemplo, la posibilidad de actuar con argumentos de carácter constitucional.

La consecuencia más notable de la constitucionalización es la protección de los derechos fundamentales mediante el control judicial de la constitucionalidad de los actos normativos que los regulan. Por ello y para ello, los derechos fundamentales deben ser entendidos, interpretados y aplicados como normas jurídicas vinculantes y no como ostentosas al estilo de las grandes “declaraciones de derechos”. (CANOTILHO, 2017, p. 378)

Esta posición normativa constitucional del medio ambiente permite discusiones de contenido constitucional sobre normas ambientales como las que abordaron la constitucionalidad del Código forestal, previsto en la Ley Federal nº 12.651/2012 que fue decidida por el Supremo Tribunal (STF) a través de acciones directas de inconstitucionalidad N° 4.901, 4.902, 4.903 y 4.937, además de la acción declaratoria de constitucionalidad (ADC) 42.

La protección del medio ambiente, sin embargo, no debe limitarse solo a ellas sino que debe abarcar el mayor número posible de situaciones de riesgo para el medio ambiente.

En una sociedad globalizada que a veces se califica como sociedad de riesgo, el Derecho Ambiental es una herramienta imprescindible para asegurar la máxima protección posible del medio ambiente, incluso como requisito para la continuidad y supervivencia de la especie humana y de la vida planetaria.

El reconocimiento y la declaración de un derecho en el texto constitucional son insuficientes para garantizar su efectividad. Se necesitan mecanismos para protegerla contra posibles violaciones. Las garantías no son un fin en sí mismas, sino un medio al servicio de un derecho sustancial. Son instrumentos creados para garantizar la protección y efectividad de los derechos fundamentales. (NOVELINO, 2020, p. 316)

Por lo tanto, además de las acciones de control de constitucionalidad que pueden impugnar las normas ambientales o incluso los actos del poder público, es necesario profundizar en la situación.

A pesar de la existencia de ciertos mecanismos de acción para la protección del medio ambiente, como las acciones civiles públicas (Ley Federal nº 7.347/1985) o incluso la responsabilidad por los delitos ambientales (Ley Federal nº 9.605/1998) este tipo de medidas suelen ser posteriores al daño o lesión del bien jurídico.

Cabe señalar que el medio ambiente no puede volver nunca a su estado original (*statu quo ante*), por lo que es imposible hablar de una protección eficaz del medio ambiente sin abordar los principios de precaución y prevención, que presuponen una acción preventiva antes de que se produzcan los impactos.

Así, el principio de prevención se utiliza cuando el riesgo de daño es efectivo y real. En definitiva, es el riesgo conocido, el que se puede conocer de antemano. Por otro lado, el llamado principio de precaución se aplica a los casos de riesgos posibles o hipotéticos, también llamados abstractos, que podrían provocar daños, y se contempla bajo la idea del “riesgo del riesgo” (SANTOS & BRASIL. 2018, p. 124).

¿Qué hacer después de que una estación petrolera se rompe y derrama miles de litros de petróleo en el mar? Después de producida la contaminación ambiental, la recuperación, como ha demostrado la ciencia, puede ser imposible con las tecnologías actuales o incluso requerir un largo período de tiempo para una posible restauración o recuperación.

Desde esta perspectiva el licenciamiento ambiental constituye un mecanismo efectivo para garantizar el derecho fundamental a un medio ambiente sano y equilibrado. Durante el proceso de otorgamiento de licencia cobra especial importancia el estudio de impacto ambiental, por lo que se convierte en una medida de mitigación, control, compensación y seguimiento ambiental.

El licenciamiento ambiental sigue siendo el principal instrumento de control ambiental utilizado en el país, ya que prevé no sólo acciones preventivas - en el caso de nuevos emprendimientos - sino también acciones educativas y correctivas para aquellos que se hayan instalado o comenzado a operar en desacuerdo con la legislación ambiental. Por lo tanto, hay que tener en cuenta que el objetivo primordial de la acción inspectora de las actividades potencialmente degradantes para el medio ambiente es verificar su conformidad con la licencia ambiental (RIBEIRO, 2015, p. 10)

Sin embargo, cabe destacar que es imposible abordar un licenciamiento ambiental efectivo sin una participación suficiente de la sociedad. Aunque el Estado es responsable del proceso de licenciamiento, es deber de todos, tal como lo define la Constitución Federal, protegerlo y asegurarlo.

A su vez, el principio de participación (información, educación ambiental y audiencias públicas) está previsto en el artículo 225, § 1, VI de la CF/88. Los ciudadanos no dependen sólo de sus representantes políticos para participar en la gestión medioambiental. Los ciudadanos tienen un papel activo en la preservación del medio ambiente. Tiene derecho a ser informado y educado (que es el deber del Poder Público) para que pueda interferir activamente en la gestión ambiental, lo que se materializa, por ejemplo, a través de audiencias públicas. (Acción popular medioambiental) (COSTA & DIAS, 2018. p. 496-526)

No obstante que se reconoce que el Estado está muy bien estructurado, también se afirma que sigue teniendo limitaciones en su actuación, Estas pueden ser complementadas con la actitud comprometida y activa de la sociedad para construir mejor un desarrollo sostenible como es natural de una actitud de ciudadanía efectiva para el bien común. Solo a través de una acción conjunta será posible una adecuada protección del medio ambiente.

La participación de los ciudadanos en los procesos ambientalmente relevantes surge no sólo como consecuencia del derecho a la protección de los intereses fundamentales que son individuales, sino también como resultado del reconocimiento de que la preservación del medio ambiente, considerado en su dimensión integral, debe articularse de forma integradora y, por tanto, compartida. (BRASIL, 2015, p. 287)

Así, de la misma manera que el Derecho Administrativo presupone condiciones importantes para el servicio público como el derecho a la información y la transparencia, en una república democrática es importante la participación y cooperación de la sociedad.

3. DERECHOS FUNDAMENTALES GARANTIZADOS POR LA LICENCIA AMBIENTAL

Bajo un análisis sistémico de las diversas interfaces del Derecho y la licencia ambiental con la realidad, es posible afirmar que ésta asegura los derechos fundamentales de manera directa o indirecta cuando se tramita mediante un proceso adecuado.

Sin embargo, no basta con legislar. Es fundamental que todas las personas y autoridades responsables se pongan manos a la obra para sacar estas normas del limbo de la teoría y hacerlas efectivas en la vida real; de hecho, el mayor de los problemas ambientales de Brasil es la falta de respeto generalizada, con impunidad o sin ella, a la legislación vigente. Es necesario, en una palabra, ir más allá de la ineficaz retórica ecológica -tan inocua como aburrida- y llegar a acciones concretas en favor del medio ambiente y la vida. (MILARÉ, 2015, p. 172)

La licencia ambiental garantiza el derecho fundamental cuando protege y salvaguarda adecuadamente el medio ambiente ecológicamente equilibrado previsto en el artículo 225 de la Constitución Federal.

A su vez, de forma indirecta, el licenciamiento ambiental tiene la posibilidad de ser un medio de garantía de otros derechos fundamentales, ya que es con un medio ambiente en condiciones favorable que se hace posible y factible el ejercicio de prácticamente todos los derechos de las personas: una vida digna, libertad, igualdad, derechos individuales, sociales y colectivos, etc.

Precisamente porque no puede disponer de los intereses públicos cuya tutela le atribuye la ley, las competencias atribuidas a la Administración tienen el carácter de un deber-poder; son competencias que no puede dejar de ejercer, so pena de responder de la omisión. Así, la autoridad no puede renunciar al ejercicio de las competencias que le otorga la ley (DI PIETRO, 2018, p. 93-94).

Además de regirse por principios básicos del Derecho Administrativo como la supremacía del interés público y la indisponibilidad del mismo, el Estado debe cumplir su función constitucional de velar

por la vigencia de este derecho. Así, la licencia ambiental debe buscar la máxima protección posible al desarrollo sostenible.

En este sentido, el proceso de licenciamiento ambiental como proceso administrativo tiene ciertas condiciones que necesitan ser observadas tanto de orden técnico-científico, como los aspectos biológicos, ecológicos, ingenieriles y su correcta aplicación en la actividad potencialmente contaminante para reducir suficientemente los impactos ambientales causados, y de orden jurídico-legal, es decir, el cumplimiento de todos los requisitos legales para el otorgamiento de la licencia ambiental, como la aplicación de las compensaciones ambientales, según lo previsto en el artículo 36 de la Ley Federal 9. 988/2000 (Ley del Sistema Nacional de Unidades de Conservación), en la Resolución N° 369/2006 del Consejo Nacional de Medio Ambiente (CONAMA) o en la Ley Federal N° 11.428/2006 (Ley de Protección de la Mata Atlántica).

Sólo después de cumplidos estos requisitos técnicos y legales es posible emitir una licencia ambiental válida dentro de una perspectiva legal y constitucional democrática.

Como técnica medioambiental eficaz, se ha valorado la divulgación preliminar de proyectos que pueden causar daños al medio ambiente. Este aspecto del procedimiento administrativo revela una mayor integración de la comunidad con la Administración, permitiendo un intercambio de información continuo y no episódico. No sólo están llamados a opinar y reflexionar los miembros de la Administración, sino también aquellos que puedan verse afectados por la decisión (MACHADO. 2016, p. 217)

También es fundamental la transparencia de la información sobre los procesos, el derecho a la información de los ciudadanos, la oportunidad de la participación popular en audiencias públicas en los casos de actividades con importante impacto ambiental.

La Ley del Estado de Minas Gerais N° 14.184/2002 prevé para el proceso administrativo estatal la posibilidad de que el poder público celebre una audiencia pública para tomar sus decisiones.

Después de instruido el proceso de licenciamiento ambiental con estudios de evaluación de impacto ambiental, con proyectos y medidas de mitigación, compensación y control ambiental previstos por la ciencia y la legislación como necesarios, la agencia de licenciamiento podrá adoptar la decisión adecuada de emitir o no la licencia ambiental.

Así, caso por caso, la autoridad pública debe verificar la viabilidad ambiental de la actividad a desarrollar, de modo que los beneficios justifiquen los daños ambientales que puedan derivarse de la misma (ya que, por ejemplo, la construcción de una central hidroeléctrica suele acarrear graves daños ambientales, como la destrucción de bosques, que quedarán cubiertos por el agua, por no hablar de la necesidad de trasladar animales salvajes. Por lo tanto, para autorizar la obra, corresponde al organismo medioambiental competente tomar la difícil decisión: ¿la energía que se

va a generar justifica los daños? No hay una respuesta general y hay que analizar el caso concreto (AMADO, 2020, p. 88)

Es importante destacar el análisis de las circunstancias del caso concreto en el proceso de toma de decisiones del licenciamiento ambiental, ya que no es posible ni plausible que la agencia de licenciamiento decida sobre una actividad de manera apresurada y prejuiciosa, sin instruir el proceso lo suficiente como para tener condiciones e información suficiente para decidir.

Este tipo de medida podría incluso ir en contra de la Constitución, ya que el problema no es la realización de actividades y emprendimientos como lo establece la Resolución CONAMA N° 237/199. Por lo tanto, garantizar que las actividades económicas puedan funcionar es saludable. La propia situación del COVID-19 demostró que la sociedad global necesita de actividades económicas para funcionar. Cuando se realizan correctamente y dentro de los límites medioambientales proporcionan situaciones positivas que merecen ser consideradas.

La propia Constitución Federal de 1988, en sus artículos 170 y 225, reconoce que el ejercicio de actividades económicas puede proporcionar una mejor calidad de vida, desarrollo humano y otras situaciones beneficiosas para los individuos y la sociedad.

La cuestión de las licencias ambientales es, por tanto, buscar un equilibrio del desarrollo socioeconómico que dé lugar a ganancias beneficiosas para los individuos y la sociedad, siempre que no perjudique al medio ambiente. Se trata de promover el desarrollo de forma sostenible.

Es mejor disfrutar y tener todos los beneficios de los avances tecnológicos de forma equilibrada y responsable que negar el desarrollo y volver a vivir como trogloditas o crecer económicamente de forma descontrolada y caminar hacia el colapso y luego, por ejemplo, no tener recursos hídricos que utilizar.

Sin embargo, al seguir el enfoque de la licencia ambiental como un medio importante para garantizar los derechos fundamentales e incluso para hacer efectiva una sociedad democrática, es importante considerar que requiere un discernimiento que a menudo puede ser difícil.

Una vez analizado el aspecto sustantivo del proceso de toma de decisiones medioambientales, en el que se produce una ponderación de los valores en juego, es necesario entenderlo desde el punto de vista del procedimiento. La concesión de licencias ambientales es un proceso administrativo que tiene como objetivo la emisión de una licencia ambiental (acto administrativo) por parte de la agencia de licencias, cuyo procedimiento varía según la agencia y la entidad de licencias. (BIM, 2016, p. 23)

Es urgente que los organismos de concesión de licencias ambientales actúen apoyados por un cuerpo de profesionales y funcionarios públicos técnicos y cualificados que sean capaces de considerar todas estas interfaces y aun así discernir y considerar la mejor decisión a tomar para emitir una licencia ambiental o no.

Cabe destacar la información aportada por el doctrinario Eduardo Bim sobre la variación de los procedimientos de licenciamiento ambiental según el órgano y entidad licenciante. Esta información contribuye a optimizar esta operación de licenciamiento ambiental.

La creación del Sistema Nacional del Medio Ambiente (SISNAMA) por la Ley Federal N° 6938/1981 (Política Nacional del Medio Ambiente) y aprobada por la Constitución Federal de 1988, revela que el legislador y el pueblo brasileño en ejercicio de su soberanía han decidido una acción articulada para garantizar los derechos y garantías fundamentales.

La propia ley complementaria N° 140/2011 demuestra claramente la acción sinérgica que debe existir entre los entes de la federación en materia de protección ambiental, basada en la competencia administrativa común. En este sentido, se argumenta que el SISNAMA como “sistema” debe actuar de forma cohesionada y alineada. Una parte del cuerpo no puede moverse sin estar interconectada y unida a las demás partes del cuerpo humano.

En este sentido, cabe señalar la trascendencia de los debates en el Congreso nacional del PL 3729/2004 y sus derivados en torno a una ley general de licencias ambientales. Estos debates son muy positivos, pues la propia Ley Federal prevé que una actuación más efectiva de los derechos fundamentales involucrados en la protección ambiental puede garantizar una mejor armonía con el texto constitucional.

Además, una ley general de procedimiento daría la oportunidad de una mejor y mayor alineación entre los Estados, y las variaciones de procedimiento no darían lugar a una protección insuficiente al procedimiento de concesión de las licencias ambientales. Esto no refuta, sin embargo, la necesidad de un debate público y democrático para evaluar el debido desempeño institucional.

Por otro lado, el debate público debe versar sobre un proceso administrativo de licenciamiento ambiental más estructurado y que se asocie mejor con una concepción del Debido Proceso Legal, según lo previsto en el artículo 5, LIV, LV, y LXXVII y por el art. 37, caput, de la Constitución Federal de 1988. Se trata de que este proceso esté en consonancia con los principios de eficiencia y duración razonable del proceso y más claramente alineado con los principios procesales del contradictorio, de la amplia defensa, estableciendo mecanismos para una mayor participación democrática en la decisión.

Este tipo de mejora en la concesión de licencias ambientales se refleja en la aplicación de los derechos fundamentales, y proporciona mejores condiciones para una decisión que protege el medio ambiente y asegura su protección equilibrada.

Una circunstancia que puede favorecer la mejor protección del medio ambiente es que -además de todos estos mecanismos y garantías procesales durante el proceso, la transparencia, la información y la participación - para colaborar en un mejor acto de toma de decisiones es posible verificar lo que ocurre en el Estado de Minas Gerais a través de las decisiones del Consejo Estatal de Política Ambiental (COPAM). Este ente decide sobre los procesos de concesión de licencias ambientales a través de órgano

colegiado con representación equitativa del poder público y la sociedad civil, como se observa en el Decreto Estatal 46.953/2016 y la Ley Estatal 21.972/2016. Corresponde, por tanto, adoptar la decisión al órgano colegiado tras el análisis y el dictamen sugestivo de la parte técnico-jurídica.

4. SOSTENIBILIDAD MEDIANTE LA CONCESIÓN DE LICENCIAS AMBIENTALES

El enfoque y el objetivo de la licencia ambiental consiste en garantizar la protección constitucional del medio ambiente para el logro del desarrollo sostenible, principio básico del Derecho Ambiental. Debido a este principio es posible asegurar una adecuada protección del medio ambiente y brindar las condiciones para que los seres humanos y las sociedades vivan, se desarrollen y evolucionen.

En este sentido, cabe destacar la importante posición de Klaus Bosselmann que predica una gobernanza para la sostenibilidad.

Fundamentalmente, tenemos que pensar de forma diferente sobre la gobernanza y el papel de las personas en ella. La gobernanza ya no puede limitarse a las relaciones puramente sociales. También tenemos que pensar en nuestras relaciones ecológicas. El enfoque tradicional de la gobernanza es la comunidad humana. El nuevo enfoque debe ser la comunidad de vida más amplia. La inclusión de toda la vida (más allá de la humana) marca un cambio importante (BOSELMMANN, 2015, p. 220)

De acuerdo con este autor, el Estado y las licencias ambientales juegan un papel importante y protagónico en la gobernanza ambiental, ya que es el poder del Estado el responsable de la tramitación y finalización del proceso de licenciamiento.

Vale la pena aclarar la posibilidad de que, además del Estado, otros actores sociales sean contemplados en la gobernanza, como las organizaciones internacionales, las ONG y la población en el ejercicio de su ciudadanía consciente.

El concepto de gobernanza para la sostenibilidad tiene sus bases y valores distintos de una protección minimalista. Y este tipo de entendimiento está en consonancia con el concepto de Estado Democrático de Derecho que busca la máxima aplicabilidad de los derechos fundamentales, lo que presupone, en consecuencia, una fuerte protección del medio ambiente.

Este entendimiento está alineado con la Constitución Federal, la Ley Federal N° 9985/2000 y los tratados y convenios internacionales sobre medio ambiente. Un enfoque proactivo y creativo por parte de la sociedad enriquece el proceso de licenciamiento ambiental que, al ser más democrático y participativo, sin perder su carácter técnico, es una excelente fuente de garantía de protección ambiental.

La gobernanza para la sostenibilidad en la concesión de licencias ambientales significa un enfoque más amplio de la sociedad, porque abarca no sólo a los seres humanos, sino a todos los seres vivos interrelacionados entre sí y con la naturaleza. En este sentido, existe un enfoque ecocéntrico y no antropocéntrico.

Desde esta perspectiva, el principio de sostenibilidad determina, con eficacia directa e inmediata, la responsabilidad del Estado y de la sociedad en la concreción solidaria de un desarrollo material e inmaterial, socialmente inclusivo, duradero y equitativo, ambientalmente limpio, innovador, ético y eficiente, para asegurar, preferentemente de manera preventiva y precautoria, en el presente y en el futuro, el derecho al bienestar como opción deliberada para el reequilibrio dinámico a favor de la vida. (BRASIL, 2020, p. 6735-6763).

En el proceso de licenciamiento ambiental es imprescindible que el Estado evalúe de manera holística los diversos aspectos sociales, económicos y ambientales y sus impactos, así como las medidas mitigadoras y compensatorias, el pleno cumplimiento de las acciones técnicas de calidad ambiental y el pleno respeto a las normas del ordenamiento jurídico.

El licenciamiento ambiental basado en un enfoque de calidad ambiental y de gobernanza para la sostenibilidad está regulado en el marco legal y constitucional y en documentos internacionales como la Carta de la Tierra.

5. OPTIMIZAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONCESIÓN DE LICENCIAS MEDIOAMBIENTALES DE FORMA PROTECTORA

Al ser un tipo de proceso administrativo responsable de la realización de los derechos fundamentales, la licencia ambiental requiere de la debida técnica de los agentes públicos implicados y del compromiso de la sociedad.

Las normas más modernas son positivas, pero no se puede olvidar que la realidad práctica estructural se constituye mediante actividades concretas y que requieren el esfuerzo de las distintas partes implicadas, así como una estructura estatal suficiente que pueda ejecutarlas y cumplirlas o poner en evidencia la falta de compromiso de la sociedad.

El análisis de las cuestiones medioambientales contemporáneas pasa, por tanto, necesariamente por la conexión entre la naturaleza, los intereses y las actividades de los seres humanos, como el bienestar social y el crecimiento económico, tal y como establece el principio del desarrollo sostenible. En la sociedad del riesgo, y ante los impactos y graves amenazas derivadas de las actividades humanas, se hace necesaria la aplicación efectiva de este principio fundamental del Derecho Ambiental (THOMÉ, 2014, p. 154)

Hay que mejorar los procesos de licenciamiento para efectivizar la duración razonable y la búsqueda de equilibrio en el desarrollo sin perjudicar el medio ambiente. La concesión de licencias ambientales debe analizar los impactos ambientales y proteger el medio ambiente, pero no puede ser un proceso excesivamente burocrático que tarde incontables años en concluirse. El reto consiste en realizar el análisis procedimental en un tiempo razonable y respetar al máximo las garantías procesales constitucionales.

Un proceso de concesión de licencias administrativas abarca varios aspectos de los derechos fundamentales, además de tratar cuestiones como el equilibrio medioambiental hasta el trabajo, el desarrollo socioeconómico, la salud de las personas, la generación de alimentos y la producción industrial, así como la producción de energía y la protección de la vida humana, animal y vegetal. Ante tal complejidad es imprescindible una sólida formación técnica.

No se puede desconocer que situaciones concretas como las de Mariana y Brumadinho o incluso la deforestación de la Amazonia exigen del Estado y de la sociedad una mayor reflexión sobre el avance de las acciones de protección ambiental, lo que invariablemente también abarca el licenciamiento ambiental.

La Convención de París y las acciones adoptadas sobre el cambio climático indican que aún queda mucho por implementar y optimizar en la protección del medio ambiente para una gobernanza más efectiva para la sostenibilidad.

Se han dado pasos importantes en la concienciación y defensa del medio ambiente, pero también hay resistencias y muchos puntos que mejorar, sin dejar de lado la participación de organismos como el Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional (IPHAN), la Fundación Palmares, la Fundación Nacional del Indio (FUNAI) prevista en normas como la ordenanza interministerial 60/2015, además de los aspectos de protección espeleológica descritos por el Decreto Federal 6.640/2008 y la Resolución N° 347/2008 del CONAMA.

Además de la mejor aplicación práctica de la legislación ambiental, la actualización y edición de las normas de procedimiento generales y garantes de los derechos fundamentales, la formación más técnica y competente de los agentes públicos de análisis de los organismos públicos y la más amplia oportunidad de transparencia, información y participación popular, nuestra nación y los pueblos todavía necesitan avanzar en la agenda ambiental, ya que con el ritmo de los acontecimientos fácticos y mundiales se hace patente la necesidad de cambios urgentes y actividades innovadoras y alineadas a la sostenibilidad.

La humanidad no debe llegar a un punto de no retorno en el que ciertos impactos ambientales negativos generen consecuencias irreparables. La omisión en este campo puede ser implacable.

Cabe destacar la unión de esfuerzos positivos entre pueblos y naciones a través del Protocolo Internacional de Montreal, que fue muy eficaz para evitar la continuidad del agujero en la capa de ozono y aseguró una importante protección ambiental para el planeta.

Existen numerosos instrumentos jurídicos normativos para la protección del medio ambiente como la licencia ambiental, el estatuto constitucional del medio ambiente y otras tantas posibilidades que aportan la esperanza de que la sostenibilidad es una realidad en marcha y que necesita del compromiso del gobierno, la sociedad y los ciudadanos para que su protección se optimice aún más.

6. OBSERVACIONES FINALES

El medio ambiente en nuestro país nunca tuvo mejores condiciones de protección a nivel jurídico normativo, pues además de todos los avances a través de convenciones y tratados internacionales, innovaciones y avances legislativos, la exigencia del estudio de impacto ambiental (EIA) proporciona oportunidades para la protección ambiental.

Ciertos avances como las garantías de protección del medio ambiente, sin embargo, encuentran a veces obstáculos y resistencias en determinadas actuaciones de grupos o empresas no comprometidas con el bien común y el medio ambiente. La protección del medio ambiente cuenta actualmente con importantes instrumentos, y la concesión de licencias ambientales cualificadas con la participación democrática de la sociedad es una forma positiva de construir una sociedad sostenible.

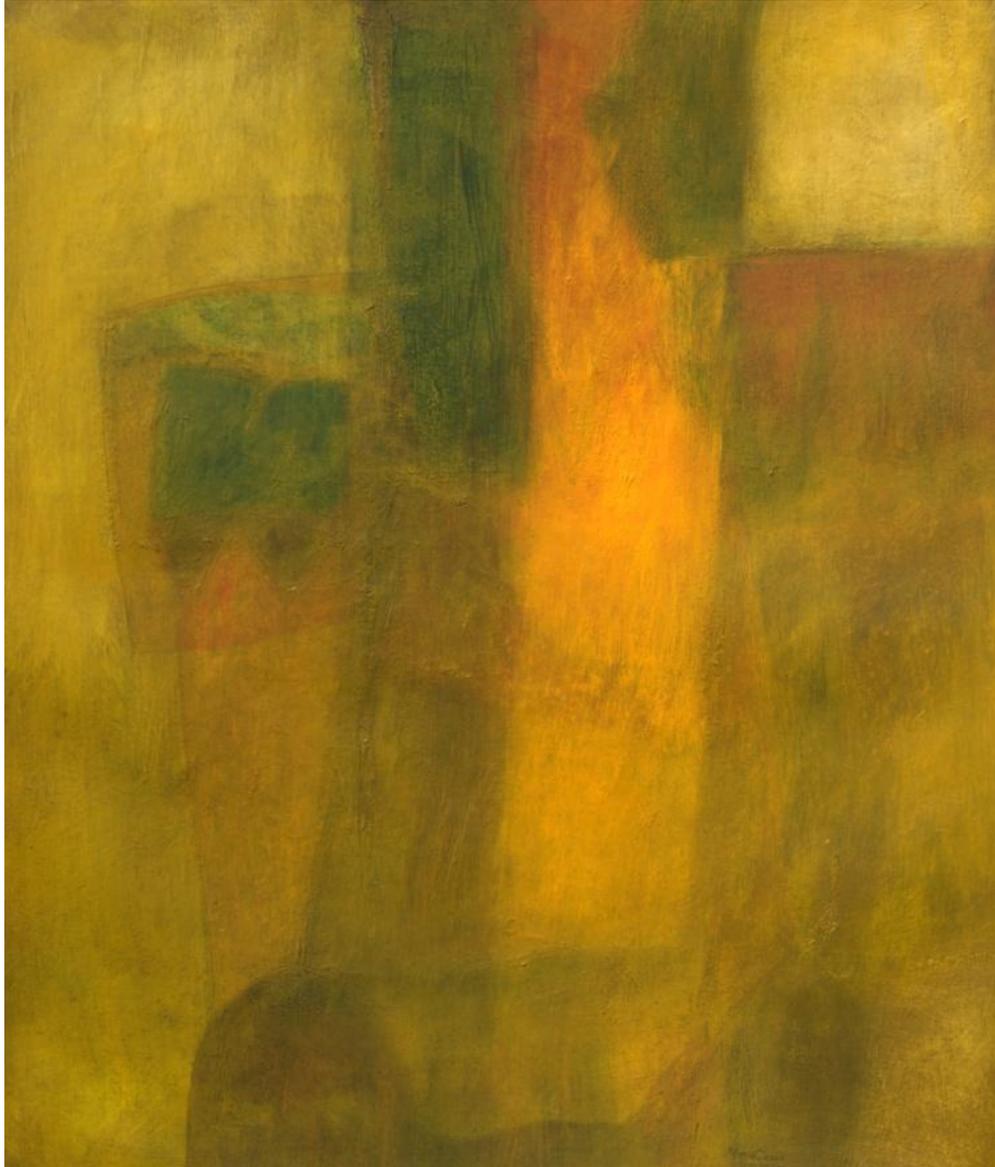
Para una mayor efectividad de la protección de derechos fundamentales como el medio ambiente ecológicamente equilibrado será imprescindible contar con acciones para la mejora continua de la concesión de licencias ambientales, ya sea como mejora de los sistemas de decisión, mejoras en la forma procedimental, en la transparencia o en una adecuada estructuración de los organismos públicos y en la excelente formación de los profesionales.

El licenciamiento ambiental tiene correlaciones con la actividad fiscalizadora del Estado y contribuye a la promoción del desarrollo sostenible. El Estado ejerce un rol esencial en la gobernanza del medio ambiente para garantizar el bien común y la preservación de nuestros recursos naturales para las generaciones presentes y futuras.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMADO, F. (2020). *Direito ambiental*. 11. ed. Salvador: JusPodivum.
- BARACHO JÚNIOR, J. A. O. (2008). *Proteção do meio ambiente na Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum.
- BIM, E. F. (2016). *Licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: Lumén Iuris.

- BOSSELMANN, K. (2015). *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- BRASIL. *Constituição de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
- BRASIL, D. R. (2025). Direitos fundamentais e acesso à água potável. *In: III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI*, Madrid. *III encontro de internacionalização do Conpedi*. [S. l.: s. n.]. Disponible en: <http://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3471>.
- BRASIL, D. R. (2020). Reflexões sobre o licenciamento ambiental do processo de produção de energia solar fotovoltaica. *Brazilian Journal of Development*, v. 6, n. 2, p. 6735-6763, fev. Disponible en: <http://doi.org/10.34117/bjdv6n2-103>.
- CANOTILHO, J. J. G. (2027). *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina..
- COSTA, F. V. & PERES, C. A. (2018). Justiça intergeracional: a efetividade das gerações atuais e futuras na busca pela reciprocidade e solidariedade na preservação do meio ambiente. *In: BRASIL, D. R. & RIBEIRO, L.G. G. (org.). Temas e problemas de direitos humanos, proteção ambiental e sustentabilidade na sociedade globalizada*. Maringá: IDDM, p. 496-526.
- DI PIETRO, M. S. Z. (2018). *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- MACHADO, P. A. L. (2016). *Direito ambiental brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros.
- MILARÉ, E. (2015). *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- NOVELINO, M. (2020). *Curso de direito constitucional*. 15. ed. Salvador: JusPodvium.
- RIBEIRO, J. C. J. (org.), (2025). *Licenciamento ambiental – herói, vilão ou vítima?* Belo Horizonte: Arraes.
- SANTOS, R. A. & BRASIL, D. R. (2018). Responsabilidade civil ambiental: reflexões sobre sustentabilidade, compensação e prevenção. *Revista do Direito Público*, v. 13, n. 3, p. 111-129. Disponible en: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/31500/24720>.
- SARLET, I. W. & FENSTERSEIFER, T. (2013). *Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- THOMÉ, R. (2014). *O Princípio da vedação de retrocesso socioambiental: no contexto da Sociedade de Risco*. Salvador: JusPodivum.



Autora: M. del Socorro MoraC

**PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE
TUTELA POR DEFECTO FÁCTICO CONTRA
SANCIONES DISCIPLINARIAS
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

***ORIGIN OF THE PROTECTION ACTION FOR
FACTUAL DEFAULT AGAINST DISCIPLINARY
SANCTIONS: JURISPRUDENTIAL ANALYSIS OF
THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT***

Orlando Díaz Atehortúa¹
Uriel Ángel Pérez Márquez²

- 1 Abogado, magistrado de la comisión seccional de disciplina judicial – Bolívar. Especialista en Derecho Penal (Universidad de Medellín), magister en Derecho Procesal Contemporáneo (Universidad de Medellín), docente de pregrado y posgrado (universidad de Cartagena, Corporación Universitaria Rafael Núñez), formador de la escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. E-mail: odiza2001@yahoo.com.mx
- 2 Abogado litigante y consultor especializado. Árbitro y conciliador. Docente pregrado y posgrado, con experiencia en investigación (Corporación Universitaria Rafael Núñez, Universidad Tecnológica de Bolívar, Universidad de San Buenaventura –, Universidad del Magdalena, ESAP, Universidad Cooperativa de Colombia). Tutor temático de maestría en Derecho Penal (Universidad Sergio Arboleda). Conjuez del Tribunal Administrativo de Bolívar. Conjuez de la comisión seccional de disciplina Bolívar. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo (Universidad Externado de Colombia). Especialista en Contratación Estatal (Universidad de Medellín). Estudios de maestría en Derecho Administrativo (Universidad Externado de Colombia). Magister en Contratación Estatal (Universidad de Medellín). Especialización en Derecho disciplinario (en curso). Estudiante de doctorado en Derecho, Ciencias Políticas y Criminología. E-mail: uriel.perez@curnvirtual.edu.com

Fernando Luna Salas³

RESUMEN

En este artículo se aborda desde una investigación cualitativa los fundamentos teóricos y jurisprudenciales de la procedencia de la acción de tutela contra una categoría específica de decisiones judiciales ante la presencia de un defecto fáctico en sanciones disciplinarias contra abogados.

Palabras clave: Acción de tutela, defecto fáctico, sanciones disciplinarias, abogados, pruebas.

ABSTRACT

This article of a legal and research nature, which is approached from a qualitative research with a bibliographical review, has as its primary objective, to describe and analyze the theoretical and jurisprudential foundations of origin of the tutela action against a specific category of judicial decisions before the presence of a factual defect in disciplinary sanctions against lawyers.

Keyword: Action of tutela, factual defect, disciplinary sanctions, lawyers, evidence.

INTRODUCCIÓN

El Estado tiene un poder sancionatorio que se materializa en diferentes facetas: en el Derecho Penal como última ratio de control social, el Derecho disciplinario que controla y tiene como fin la buena gestión de los servidores públicos, entre ellos a los funcionarios judiciales y abogados a los que se investiga y sanciona por el incumplimiento de sus deberes o por la extralimitación de sus funciones. Este poder disciplinario lo ejerce la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y los comisiones seccionales en la mayoría de los departamentos del país.

La administración también ejerce poder disciplinario contra otros funcionarios y empleados públicos. En el caso de los políticos nombrados para desempeñar funciones en la administración pública el órgano competente para ejercer el control interno disciplinario es el Consejo de Estado.

³ Profesor investigador del Dpto. de Derecho Procesal y Probatorio de la Universidad de Cartagena y de la Universidad Libre sede Cartagena, magíster en Derecho de la Universidad de Cartagena y especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre. Doctorando en Derecho, Ciencias Políticas y Criminológicas de la Universidad de Valencia-España. Investigador junior por Colciencias. Editor de la revista jurídica Mario Alario D' Filippo, director del semillero de investigación Ciencia y Proceso y codirector del grupo de investigación Derecho Privado, Procesal y Probatorio. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal - capítulo Bolívar. Director del Centro Internacional De Estudios Jurídicos y Políticos (CIEJP). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4574-6335> E-mail: flunas@unicartagena.edu.com

En el ejercicio de este *ius puniendi* en lo que a abogados se refiere, cuyo ritual procesal viene dado por la ley 1123 del 2007, los operadores judiciales corren el riesgo de tomar decisiones sancionatorias sin valorar la totalidad de las pruebas obrantes en el expediente, razón por la cual se contempla la procedencia de la acción constitucional de tutela.

La jurisdicción constitucional protege y garantiza el cumplimiento de las “nuevas condiciones del contrato social”. Así, por ejemplo, la función principal de la Corte Constitucional es mantener a través de la jurisprudencia el statu quo entre quien manda y obedece. (Tirado y Luna, 2015, p. 37)

Desde sus inicios, la Corte Constitucional ha permitido la acción de tutela en contra de las anteriormente llamadas *vías de hecho* provocadas por decisiones irregulares emitidas por los funcionarios judiciales. En la actualidad se trata de revisar los requisitos generales de procedibilidad de las decisiones de amparo en las que se pueden presentar fallos de carácter administrativo o de requisitos específicos. Estos también se denominan defectos y tienden a la protección del debido proceso. El defecto fáctico se presenta por omisión en el decreto de la práctica de las pruebas, por la no valoración del acervo probatorio o por una valoración defectuosa del mismo.

Estas reflexiones provienen de una investigación cualitativa que utiliza la recolección de datos sin medición numérica (Sandoval Casilimas, 2002) y su propósito es la reconstrucción de la *realidad* como fruto de un proceso histórico de construcción, vista de conformidad con la lógica y el sentir de sus protagonistas.

Esta investigación es de clase jurídica y se ubica en el género de las teórico-jurídicas. (Alvarez Undurruaga, 2002). Su método es descriptivo porque busca exponer los fundamentos teóricos y jurisprudenciales de procedencia de la acción de tutela contra una categoría específica de decisiones judiciales ante la presencia de un defecto fáctico. Y es documental pues se realiza apoyándose en fuentes de carácter documental como la jurisprudencia y obras jurídicas de distinta índole, que recogen los supuestos y planteamientos respecto a los defectos fácticos como razón de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales que sancionan a abogados.

El método es el hermenéutico, entendido como la interpretación del texto, en la que el intérprete se liga con la cosa transmitida, resignificándola a partir de su experiencia (Ferrer, Acosta, & Villegas, 2018). En consonancia con lo anterior, la técnica predominante será el análisis documental, haciendo uso de matrices para triangulación hermenéutica de los resultados.

Criterios generales de procedencia y defectos específicos de la acción de tutela frente a decisiones irregulares de funcionarios judiciales

Cuando se trata de amparos frente a decisiones gravemente irregulares de funcionarios judiciales o administrativos, se diseñó una especie de formalismo, con unos requisitos generales y específicos de

procedencia que han sido bien expuestos por la Corte Constitucional. En la Sentencia C-590 de 2005 de esta corte se exponen de la siguiente manera:

(i) el asunto posee relevancia constitucional pues se plantea la violación de derechos fundamentales a partir de conductas delictivas de funcionarios públicos; (ii) se han agotado todos los medios de defensa judicial, tales como el recurso de apelación, la acción de revisión contra los fallos controvertidos, e incluso, se interpuso denuncia penal contra los testigos “falsarios”; (iii) se cumplió el requisito de inmediatez pues existe un motivo válido para justificar el tiempo transcurrido entre la alegada vulneración de los derechos de los peticionarios y la interposición de la tutela (...); (iv) se discute una irregularidad procesal que tuvo incidencia en el sentido del fallo (...); (v) la tutela no ha sido interpuesta contra un fallo de tutela; y (vi), los hechos fueron identificados correctamente y discutidos por el apoderado judicial de los peticionarios en el trámite de extinción de dominio (...) (Corte Constitucional de Colombia, 8 de junio de 2005).

La sentencia T-125 de 2012 ilustra más sobre los requisitos señalados:

Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. (...)*
- b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable(...)*
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. (...)*
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. (...)*
- e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. (...).*
- f. Que no se trate de sentencias de tutela, esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas (Corte Constitucional de Colombia, 2012).*

La Corte Constitucional ha distinguido, en primer lugar, los requisitos de carácter general, que tienden a proteger esta institución jurídica del amparo desde su naturaleza residual y, en segundo lugar, desde el ámbito jurisprudencial se examinan los requisitos de carácter específico o concretos que se centran en los denominados defectos de la decisión ya sea judicial o administrativa de los servidores públicos o de los particulares.

Entre otros fundamentos se desarrolló el cumplimiento de los tratados internacionales, que hacen parte del bloque de constitucionalidad. El análisis no se detiene en los fallos arbitrarios u ostensiblemente groseros o descabellados, sino que se escudriña en otro tipo de situaciones irregulares, más omnicomprendivas del fenómeno en cuestión. Por ejemplo, se empieza a construir esta nueva concepción de defectos, con la sentencia T-231 de 1994 (Corte constitucional de Colombia, 1994), luego se decanta la posición constitucional, en el sentido que no toda sentencia, para acudir a la tutela debía ser fruto del capricho o arbitrariedad del juez, sino que comienzan a tratarse las causales genéricas de procedibilidad (Corte Constitucional de Colombia, 2012), teniendo su eco jurisprudencial en la sentencia SU-913 de 2009 (Corte Constitucional de Colombia., 2009). De esta manera se unificó lo reseñado por la Corte Constitucional respetando el debido proceso:

La acción de tutela contra las vías de hecho judiciales -cuando ella sea procedente ante la ausencia de otro medio de defensa judicial o como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable -, en primer término, se endereza a garantizar el respeto al debido proceso y el derecho de acceso a la justicia. Gracias a estos dos derechos medulares toda persona puede acudir ante un juez con miras a obtener una resolución motivada ajustada a derecho y dictada de conformidad con el procedimiento y las garantías constitucionales previstas en la Constitución y en la Ley. Se articula a través de las normas citadas un derecho público subjetivo a la jurisdicción o tutela judicial, que no consiste propiamente en satisfacer la pretensión que se contiene en la demanda o en su contestación sino a que se abra un proceso y a que la sentencia se dicte con estricta sujeción a la Ley y a las garantías procedimentales. En este orden de ideas, la vía de hecho judicial, en la forma y en el fondo, equivale a la más patente violación del derecho a la jurisdicción. (Corte constitucional de Colombia, 1994).

Cuando la confianza legítima en que un procedimiento administrativo será adelantado y culminado de conformidad con las reglas que lo rigen es vulnerada, se presenta una violación del debido proceso en la medida en que este derecho comprende la garantía de que las decisiones adoptadas por la administración lo serán de tal manera que se respeten las reglas de juego establecidas en el marco legal así como las expectativas que la propia administración en virtud de sus actos generó en un particular que obra de buena fe. (Corte Constitucional de Colombia., 2009)

A partir del año 1992 se ha aceptado en nuestro país la procedencia de la acción de tutela contra sentencias que vulneran o ponen en peligro algún derecho fundamental. El objetivo consiste en evitar perjuicios irremediables cuando no se tengan recursos o sean insuficientes o evidentemente infructuosos

para salvaguardar derechos fundamentales. De esta manera se corrobora el carácter excepcional de las acciones de amparo contra las providencias judiciales.

La *vía de hecho*, por lo tanto, no puede campear en el ordenamiento jurídico, donde primero se trató sobre fallos arbitrarios, luego, se extendió el fenómeno jurídico a actuaciones gravemente irregulares en el campo del Derecho. La acepción *vía de hecho* fue reemplazada en la jurisprudencia constitucional por la *fenomenología de los defectos* en que incursionan los funcionarios, en decisiones judiciales o administrativas. La Corte constitucional en la sentencia T-231/1994 hace la primera mención acerca de las situaciones defectuosas en las cuales puede incursionar un funcionario o autoridad administrativa, en sentencia judicial o administrativa. La sentencia T-567 de 1998 se refiere a los defectos nombrándolos, en forma específica, de la siguiente manera:

(...) (1) presente un grave defecto sustantivo, es decir, cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto; (2) presente un flagrante defecto fáctico, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado; (3) presente un defecto orgánico protuberante, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate; y, (4) presente un evidente defecto procedimental, es decir, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la Ley para dar trámite a determinadas cuestiones. (Corte Constitucional de Colombia, 1998)

Así se fue configurando la figura jurídica en torno a situaciones genéricas de violación al debido proceso, avanzando en el tema de la procedencia de tutela en contra de providencias judiciales. La sentencia T-441 del 2003 relacionó:

(...) En primer lugar, se encuentran los casos en los cuales la violación de la Constitución y la afectación de derechos fundamentales es consecuencia del desconocimiento de normas de rango legal, lo que corresponde a los defectos sustantivo -que incluye el desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes-, orgánico y procedimental.

En segundo lugar, aquellas relativas a graves problemas relacionados con el soporte fáctico de los procesos -sea por omisión en la práctica o decreto de pruebas o indebida valoración de las mismas-, que se conoce como el defecto fáctico. Estos defectos son los que originariamente definieron el concepto de vía de hecho judicial.

En tercer lugar, se encuentran las situaciones en las cuales la violación de los derechos fundamentales por parte del funcionario judicial es consecuencia de inducción en error, lo que corresponde a lo que la jurisprudencia ha denominado vía de hecho por consecuencia.

De otro lado, se encuentran situaciones en las cuales la providencia judicial presenta graves e injustificados problemas en la decisión, consistentes en la insuficiente sustentación o

justificación del fallo y el desconocimiento del precedente judicial, particularmente el de la Corte Constitucional.

Finalmente, se tienen las situaciones en las cuales se incurre en violación directa de la Constitución y de los derechos fundamentales de alguna de las partes. Se trata de las hipótesis en las cuales la decisión se apoya en la interpretación de una disposición en contra de la Constitución, y aquellas en las cuales el funcionario judicial se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, cuando la violación de la Constitución resulta manifiesta y la negativa de resolver el punto, ante una solicitud expresa por alguna de las partes en el proceso (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

El debido proceso y el defecto fáctico en la acción de tutela

Se resalta que el estudio parte del artículo 86 de la Constitución Política, que reza:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad (...). (Constitución Política de la República de Colombia, 1991)

Este canon viabilizó un procedimiento *preferente* y *sumario* para la defensa del debido proceso. En este procedimiento también se pueden presentar tutelas por los defectos en que a veces incursionan los funcionarios judiciales al expedir sus decisiones.

La acción de amparo se puede impetrar en un plazo racional, cumpliendo con sus requisitos generales y específicos, cuando se trata de conjurar un perjuicio irremediable. Así queda claro que los funcionarios judiciales pueden vulnerar con sus decisiones el debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política. Por demás, el artículo 12 de la Ley 1952 del 2019 reseñó sobre el tópico:

ARTÍCULO 12. DEBIDO PROCESO. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 2094 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> *El disciplinable deberá ser investigado y luego juzgado por funcionario diferente, independiente, imparcial y autónomo que sea competente, quienes deberán actuar con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y dándole prevalencia a lo sustancial sobre lo formal.*

En el proceso disciplinario debe garantizarse que el funcionario instructor no sea el mismo que adelante el juzgamiento.

Todo disciplinable tiene derecho a que el fallo sancionatorio sea revisado por una autoridad diferente, su trámite será el previsto en esta ley para el recurso de apelación. En el evento en que el primer

fallo sancionatorio sea proferido por el Procurador General de la Nación, la doble conformidad será resuelta en la forma indicada en esta ley. (Congreso de la República, 2019).

El artículo 6 de la Ley 1123 constituye una norma rectora que dispone: *El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código.* (Congreso de la República, 2007)

Requisitos de la acción de tutela en vía de plausibilidad a un fallo favorable de amparo

La jurisprudencia actualizada de la Corte Constitucional requiere que la acción tutelar reúna unas formalidades para que el accionante tenga posibilidades de éxito. El artículo 3 del Decreto 2591 de 1991 trata sobre los principios en el trámite de la acción de tutela, entre ellos el de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia. La acción de tutela debe tramitarse en forma urgente, gozando de las características de ser preferente y sumaria.

La acción de tutela general (no la específica) contra decisiones judiciales en que pueden incurrir los funcionarios, por decisiones arbitrarias o con una pésima rigurosidad jurídica, gozan de poco formalismo. El artículo 14 del decreto 2591 de 1991 relaciona la flexibilidad procesal de la acción de tutela y señala que *no será necesario actuar por medio de apoderado.* El inciso 2 del artículo 10 del decreto 2591 de 1991 señala que *también se pueden agenciar derechos ajenos, cuando el titular de los mismos, no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud* (Congreso de la República de Colombia, 16 de noviembre de 1991).

También es menester reseñar que la Corte Constitucional tiene bien trazado el campo de las competencias para conocer de las tutelas. La acción de amparo también deberá ser presentada bajo el juramento de que no se ha presentado otra tutela por las mismas partes, los mismos hechos, el mismo objeto. Un abogado podría ser sancionado por presentar dos acciones tutelares iguales. Además, en la tutela se propende lograr una decisión justa y un acercamiento a la verdad procesal de los hechos, por lo que el funcionario judicial no puede separarse de las normas procesales que regulan las probanzas, inclusive se pueden decretar pruebas de oficio. Como se puede apreciar, sí existen determinados formalismos en las acciones de tutela, aunque no tan rigurosos como en otros procesos.

El defecto fáctico y la acción de tutela

El análisis de los defectos fácticos debe comenzar por el análisis del principio de prevalencia constitucional explicado por José Fernando Gómez Ramírez (2004) de la siguiente manera:

El principio de prevalencia constitucional estructura dos puntos, la supremacía de la constitución y la constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico. A partir de ellos se elabora una teoría de derecho conforme a la constitución, radicando ahí el carácter general en tanto creación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico debe realizarse en armonía con

los principios constitucionales porque ellos son la base del ordenamiento, hacen la unidad del mismo, no solo formal sino material, al hacer efectivo los valores que la misma constitución señala, los cuales así dejan de ser meramente programático.

Entre estos principios se encuentra el de la tutela efectiva de los derechos y el del acceso a la administración de justicia. La Corte Constitucional ha señalado que el espectro de este último principio se amplía al acceso material, es decir, se trata de un derecho que implica que la persona obtenga durante el proceso posibilidades reales de ser escuchado, que sus argumentaciones sean evaluadas, que sean tratadas sus pretensiones, para procurar que la decisión judicial sea reflejo de los valores jurídicos fundamentales (Agudelo Mejía, Pabon Giraldo, Bustamante Rúa, & Vargas Velez, 2010).

El artículo 2 de la Constitución Política señala lo siguiente:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (...) (Constitución Política de la República de Colombia, 1991).

De ahí deviene que en un Estado de Derecho y Social de Derecho se deben manejar de forma irrestricta los presupuestos del debido proceso. Según el artículo 29 de la Constitución Política, los procesados tienen el derecho de presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra y, además, la norma señala que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso. Debe entenderse que el proceso debe tramitarse en aras de resolver un conflicto y poner en vigencia los valores constitucionales, comenzando con el respeto a la dignidad humana.

En la sentencia T-100 de 1998, La Corte Constitucional de Colombia explica los defectos de la siguiente manera:

De allí resulta, sin duda, que los defectos del análisis probatorio, o la ausencia total del mismo, no menos que la falta de relación entre lo probado y lo decidido, vulneran de manera ostensible el debido proceso y constituyen irregularidades de tal magnitud que representan vías de hecho. (...), ya que el fallador que se aparta del material probatorio, que no lo evalúa en su integridad, o que lo ignora, plasma en su sentencia su propia voluntad y no la de la justicia ni la de la Ley. Decide de facto y quebranta, en consecuencia, los fundamentos esenciales del orden jurídico. (Corte Constitucional de Colombia, 24 de Marzo de 1998)

El funcionario judicial ahonda en el análisis del defecto fáctico cuando se refiere a la prueba para pronunciar sentencia, valorando de manera errónea una o varias pruebas y decidiendo separarse por completo de los hechos debidamente probados, resolviendo a su arbitrio el asunto jurídico debatido.

Condensando el concepto del defecto fáctico, la sentencia T-393 de 2017 señala:

El defecto fáctico se presenta cuando “resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado (...)”, o cuando “se hace manifiestamente irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en su providencia” (...) (Corte Constitucional de Colombia, 21 de junio de 2017).

Por lo anterior, la Corte Constitucional concluyó que en el defecto fáctico se presentan dos dimensiones:

La primera ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. (...) La segunda se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudados (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión, y de esta manera vulnera la Constitución (Corte Constitucional de Colombia, 21 de junio de 2017).

Posición jurisprudencial sobre el defecto fáctico

Al describir el defecto fáctico la sentencia T-442 de 1994 indica que *la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente* (Corte Constitucional de Colombia, 11 de octubre de 1994).

De esta providencia se infiere que el juez de conocimiento tiene un amplio margen de actuación en el campo probatorio. Pero es incorrecto que el juez constitucional se inmiscuya en la independencia y la autonomía de los funcionarios judiciales, creando una especie de tercera instancia. Cuando de forma evidente o matizada se aprecia una arbitrariedad o irracionalidad, corresponderá al funcionario judicial conceder el amparo por medio de la sentencia de tutela. Lo anterior se ha venido morigerando para tutelar en forma positiva, aunque no exista una palmaria arbitrariedad en la decisión cuestionada.

Desde otra arista, la sentencia T-329 de 1996 menciona la procedencia de la tutela contra sentencias judiciales, que adolecen de algún vicio probatorio, por arbitrariedad del juez, al prescribir: *cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela* (Corte Constitucional de Colombia, 25 de julio de 1996).

De igual forma, en la sentencia T-654 de 1998 se relaciona el concepto de defecto fáctico con la insuficiencia y la impertinencia de las pruebas. El defecto fáctico se configura cuando *el apoyo probatorio en que se basó el juez no es fruto de un proceso en el que el imputado hubiese podido*

solicitar las pruebas necesarias para probar su eventual inocencia o controvertir las que condujeron a demostrar su responsabilidad (Corte Constitucional de Colombia, 11 de noviembre de 1998).

En la sentencia SU-159 de 2002, la Corte Constitucional clasificó el defecto fáctico en dos categorías: “La primera, la dimensión omisiva, comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. La segunda, la dimensión positiva, abarca la valoración de pruebas igualmente esenciales que el juzgador no puede apreciar, sin desconocer la Constitución”. (Corte Constitucional de Colombia, 6 de marzo de 2002).

La sentencia T-461 de 2003 (Corte Constitucional, 5 de Junio del 2003) menciona tres modalidades de defecto fáctico:

1. El defecto fáctico por la omisión en el decreto y la práctica de pruebas.
2. El defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio.
3. El defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio.

En cuanto al defecto fáctico por la omisión en el decreto y la práctica de pruebas, la sentencia T-902 de 2005 (Corte Constitucional de Colombia, 1 de septiembre del 2005) sostiene que la consecuencia de esta omisión consiste en impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido.

En lo referente al defecto fáctico, por la no valoración del acervo probatorio, se ha expresado que:

(...) se presenta cuando el funcionario judicial, a pesar de que en el proceso existan elementos probatorios, omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que, de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente (Corte Constitucional de Colombia, 1 de setiembre del 2005).

Con relación al defecto fáctico, por la valoración defectuosa del material probatorio señaló:

Tal situación se advierte cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva (Corte Constitucional de Colombia, 1 de septiembre de 2005).

Luego, en la sentencia T-1276 del 2005 se estableció la procedencia del defecto fáctico de la siguiente manera: i) *Que el material probatorio no haya sido objeto de ningún examen o estudio;* (ii) *que se hayan ignorado la totalidad o algunas de las pruebas aportadas en el trámite del proceso;* (iii) *que se*

rechace a una de las partes el derecho a la prueba; (iv) que el juez, por ostensible error o descuido, no estudió los elementos de juicio que conducen a una determinada medida (Corte Constitucional de Colombia, 6 de diciembre del 2005).

Así, la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales se adoptó e irrumpió en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de la Constitución de 1991, evolucionando a través de los tiempos, con el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Ahora bien, la entronización del amparo contra estas decisiones se basa en la protección de derechos constitucionales fundamentales que pueden verse vulnerados o puestos en peligro con una sentencia judicial.

Desde el año 1994 hasta el 2009, la Corte Constitucional ha ido ampliando cada vez más la causal del defecto fáctico hasta tener por lo menos ocho modalidades. Conforme a la jurisprudencia constitucional, una sentencia es irrazonable en el ámbito probatorio y, por ende, adolece de un defecto fáctico cuando permite a una de las partes o a ambas solicitar pruebas, cuando no decreta o práctica pruebas, no da por probado lo probado, da por probado lo no probado, se fundamenta en pruebas impertinentes, insuficientes o inconducentes, no valora las pruebas, valora las pruebas, pero lo hace mal, o valora pruebas que no podía valorar.

Esta jurisprudencia en torno al defecto fáctico se consolidó alrededor del 2005, pues las sentencias posteriores tienden a ratificar las líneas expuestas, sin agregar nada sustancialmente novedoso. La evolución del defecto fáctico está orientada a que las garantías constitucionales se vean protegidas en lo atinente a los aspectos probatorios.

Concepción doctrinal del defecto fáctico

El defecto fáctico es una dimensión negativa u omisiva, que se materializa cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Al respecto, el tratadista Quinche Ramírez (2007) concluye que se está frente a una dimensión negativa cuando se acepta prueba inconstitucional o cuando se da por probados hechos, sin que exista prueba de los mismos.

“Con fundamento en lo anterior, se está en presencia de la dimensión positiva del defecto fáctico por omisión o negación del decreto y la práctica de pruebas determinantes o por la valoración defectuosa del material probatorio”, *argumenta* Quinché Ramirez (2007).

Para la tratadista Nade Orfale (2013), el defecto fáctico se define de la siguiente forma:

“El defecto fáctico omisivo se origina en los casos en que el juez ha dejado de actuar. Se puede producir bien cuando el juez ha dejado de decretar una prueba determinante para el proceso o cuando habiéndose decretado y practicado la prueba, ha omitido completamente su valoración.

La segunda dimensión del defecto es la positiva, es decir, aquella que se presenta cuando el juez ha actuado, ha decretado o valorado la prueba, pero su actuación es abiertamente arbitraria. En concreto, sucede cuando se han apreciado pruebas que no se han debido admitir ni valorar, porque a raíz de un acto arbitrario no pudieron ser controvertidas por la parte concernida o porque fueron recaudadas con violación del debido proceso” (Nader Orfale, 2013).

Angel Escobar y Vallejo Montoya (2013) aseveran sobre el defecto fáctico lo siguiente:

(...) Se encuentra, cómo dentro del defecto fáctico, existen dos situaciones de relevancia frente a los vicios de la motivación, la primera de ellas es que procede la tutela contra sentencia por esta causal, cuando se valoran de manera arbitraria las pruebas dentro del proceso, esta valoración arbitraria corresponde a lo que se explicó como defecto fáctico por acción, al darse una incorrecta valoración de las pruebas. La segunda de ellas, cuando no se valora en su integridad el acervo probatorio, con lo cual se entiende que las pruebas del proceso fueron estudiadas de manera incompleta”.

La conclusión de los tratadistas, por ende, es que el defecto fáctico se configura cuando la práctica o valoración de una prueba es obtenida con grave y evidente violación de los derechos fundamentales del disciplinado.

El defecto fáctico: análisis de cara a la práctica y valoración de la prueba

La Corte Constitucional se ha referido en la sentencia T-1100 del 2008 a esta fenomenología jurídica.

(...) la acción de tutela únicamente procede cuando se hace manifiestamente irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en su providencia. Así, ha indicado que “el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia” (...) (Corte Constitucional de Colombia, 6 de noviembre de 2008).

Igualmente, en la sentencia T-274 de 2012 se señala:

(...) En cuanto a las dimensiones que puede revestir el defecto fáctico, esta Corporación ha precisado que se pueden identificar dos: La primera corresponde a una dimensión negativa que se presenta cuando el juez niega el decreto o la práctica de una prueba o la valora de una manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin una razón valedera considera que no se encuentra probado el hecho o la circunstancia que de la misma deriva clara y objetivamente.(...) La segunda corresponde a una dimensión positiva que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir

ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución. (Corte Constitucional de Colombia, 11 de abril de 2012)

Siguiendo las premisas de la Corte Constitucional es posible inferir que las sentencias de los jueces son atacables cuando las decisiones de estos funcionarios son evidentemente arbitrarias o completamente irregulares porque este tipo de fallos se alejan del ordenamiento jurídico. Actuando de esta manera se hace evidente la desconexión entre la voluntad del funcionario judicial y del ordenamiento jurídico, lo que implica *la descalificación como acto judicial de la providencia respectiva* (Corte constitucional de Colombia, 1994).

A manera de ejemplo, el desconocimiento de la ley aplicable al caso controvertido debido a una interpretación caprichosa (sin el fundamento argumentativo adecuado, arbitrario y sin justificación alguna) de la normatividad producirá la vulneración de derechos fundamentales. Al respecto cabe destacar los siguientes puntos:

1) La actividad hermenéutica caprichosa del juez (defecto sustantivo), además se ha dicho que este defecto se produce *cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente aplicable (...)*. (Corte Constitucional de Colombia, 31 de marzo del 2004)

2) La denegación del derecho de acceso a la administración de justicia, que tal entendimiento de la norma genera (defecto procesal).

Por otro lado, en relación con el defecto fáctico la jurisprudencia señala (...) *que ocurre cuando resulte indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que sustenta la decisión (...)* (Corte Constitucional de Colombia, 31 de marzo del 2004). Zuluaga (2012) expresa que:

(...) Una sentencia es irrazonable en el ámbito de lo probatorio y, por ende, adolece de un defecto fáctico cuando:

1. *No permite a una de las partes o a ambas solicitar pruebas.*
2. *Cuando no decreta o práctica pruebas.*
3. *No da por probado lo probado.*
4. *Da por probado lo no probado.*
5. *Se fundamenta en pruebas impertinentes, insuficientes o inconducentes.*
6. *No valora las pruebas.*
7. *Valora las pruebas, pero lo hace mal.*
8. *Valora pruebas que no podía valorar .*

Una de las funciones más importantes de los funcionarios judiciales y de carácter administrativo consiste en llevar a cabo una buena y racional valoración probatoria cumpliendo las siguientes etapas: una fase de petición de la prueba, la probanza y la valoración. El juez debe apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la crítica y de la experiencia, realizando una valoración racional y razonable en lo atinente a la conducta y a la responsabilidad del investigado. Y en caso de que esta valoración sea defectuosa o inexistente, es menester presentar la acción de tutela al incurrir el funcionario judicial o administrativo en violación del debido proceso por defecto fáctico.

Las sentencias de primera instancia, de segunda instancia y las de tutela son decisiones por las cuales los operadores judiciales ponen fin al proceso en su respectiva competencia. Esto se logra, tomando como base las pruebas allegadas a los diferentes casos y los argumentos. Cabe señalar que una buena motivación jurídica, se debe basar inescindiblemente en la hermenéutica jurídica y constitucional.

Existen otros tipos de defectos de procedibilidad como son el defecto orgánico, defecto de procedimiento, por error inducido, el desconocimiento del precedente y por último el de violación directa de la Constitución (Corte Constitucional de Colombia, 16 de octubre del 2003).

En las sentencias referidas la Corte Constitucional reemplazó la expresión *vía de hecho* por la de *causales genéricas de procedibilidad*, con la finalidad de armonizar la necesidad de proteger los intereses constitucionales que involucran la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica. Según palabras de la Corte implica (...) una revisión sistemática de la práctica jurisprudencial de la Corte que consulte la doble necesidad de sistematización y racionalización de la actividad jurisprudencial, y de coherencia y fidelidad con los mandatos constitucionales (...) (Corte Constitucional de Colombia, 29 de marzo de 2007).

Ahora bien, la aplicación de los postulados constitucionales por las causales de procedibilidad tiene un carácter eminentemente excepcional, ya que los fallos de los jueces tiene una doble connotación de presunción, de acierto y legalidad. Se debe tener en cuenta, además, el principio de independencia y autonomía de la administración de justicia, el carácter residual de la acción de amparo, su inmediatez, el concepto de perjuicio irremediable, la situación del principio de la cosa juzgada y la seguridad jurídica. Estas causales de procedibilidad – llamadas defectos o como anteriormente se denominaban *vías de hecho* - debían en tiempos pretéritos desvirtuar la juridicidad de la sentencia judicial objeto del cuestionamiento (Corte Constitucional de Colombia, 10 de octubre del 2003).

Cabe señalar que solo es procedente la acción de tutela de este tipo ante la ausencia de un mecanismo alternativo de defensa judicial o que, por causas extrañas y no imputables a la persona, ésta se haya visto privada de una posibilidad eficaz de utilizar los recursos defensivos dentro del proceso. (Corte Constitucional de Colombia, 14 de enero de 1999)

En este tipo de decisiones el juez desconoce los basamentos normativos que dirigen su actuación, las pruebas que militan en el proceso o les da una valoración completamente diferente; pero lo anterior

debe de surgir en forma evidente, para que la providencia pueda ser controvertida por la vía del amparo, aunque en la actualidad no se requiere que el fallo sea ostensiblemente grosero o burdo. Se reiteran principios como el de la seguridad jurídica, el de la independencia judicial, y la separación funcional entre la Corte Constitucional y otras jurisdicciones. La sentencia es inatacable por vía de tutela, a no ser que la anteriormente denominada vía de hecho se presente en forma clara o exista una irregularidad de peso que permita acudir al amparo, en la C-543-1992 (Corte Constitucional de Colombia, 1 de octubre de 1992) de la Corte Constitucional, se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12, y 25 del decreto 2591 de 1991.

La acción de tutela ha sido instituida para la protección de los derechos fundamentales, ante su vulneración o amenaza por particulares o por cualquiera autoridad pública. En un primer momento, la jurisprudencia constitucional trató como *vías de hecho* a los defectos fácticos en las sentencias judiciales que contenían errores protuberantes o una arbitrariedad judicial.

Este tipo de fallos de la acción de tutela vulneran principios caros para el Derecho como la seguridad jurídica, la independencia judicial y la cosa juzgada. En la Corte Constitucional, por lo general, se enmienda la vulneración o puesta en peligro de derechos fundamentales, entre ellos el debido proceso.

El derecho probatorio: un acercamiento al defecto fáctico en sentencias de carácter disciplinario

En este trabajo se ha insistido en la tutela efectiva de los derechos y el derecho a un debido proceso. También hemos resaltado el artículo 29 de la Constitución. Este artículo señala que en los procesos se pueden *presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra*. Por ello los artículos 20 y 129 de la Ley 734 de 2002, y los artículos 15 y 85 de la Ley 1123 del año 2007 prescriben que una de las finalidades de este tipo de procesos sancionatorios es la búsqueda de la verdad material o real. La carga probatoria en materia disciplinaria la tiene el Estado. Los artículos 97 de la Ley 1123 de 2007 y 142 de la Ley 734 de 2002 son claros en señalar que para proferir fallo sancionatorio se requiere que obre prueba que conduzca a certeza sobre la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado.

Así, siguiendo a Del Río y Luna (2020, p. 23) el derecho probatorio consagra la reglamentación que articula la aducción, la práctica y valoración de los medios de prueba. Estos constituyen herramientas indispensables para que el funcionario judicial adopte una decisión. No hay posibilidad de proferir una decisión justa sin que se alleguen y examinen los respectivos elementos que las partes hubieren acopiado en sustento de sus posturas.

Por ello, en el campo probatorio se acude a las ciencias fácticas, a las auxiliares como la sociología, la medicina forense, la criminalística, la psicología, etc. para la reconstrucción y comprobación jurídica de la factibilidad materia de litis, sin dejar a un lado las probanzas relacionadas en col derecho procesal.

Petición de revisión de las sentencias de tutelas firmes negadas por los jueces constitucionales

La Corte Constitucional conocerá el fallo por la vía de una eventual revisión.

Un punto que merece especial atención es la presencia del defensor del pueblo, a quien el accionante puede acudir cuando la Corte Constitucional no revisa la acción de tutela incoada; es decir, el carácter discrecional de la decisión que adoptan los magistrados integrantes de la sala de selección de la Corte está claramente definido en el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, que menciona:

Artículo 33. Revisión por la Corte Constitucional. La Corte Constitucional designará dos de sus magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier Magistrado de la Corte o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses (Presidencia de la República, noviembre 19 de 1991).

CONCLUSIONES

El derecho disciplinario pasa por unas épocas de eficientismo tanto en el área administrativa como en el discurrir judicial. En algunas oportunidades, pocas por cierto, se incurre en defectos, por lo que las comunidades jurídicas pueden interponer una acción de tutela, cumpliendo con los requisitos generales y especiales de manera estricta. La acción de tutela no puede ser tratada y utilizada como oportunidad para una simple impugnación de las decisiones.

Ante decisiones arbitrarias o el abuso de la discrecionalidad probatoria se puede interponer la acción de tutela, la que debe ser estudiada por magistrados competentes en forma seria y comprometida. Este tipo de amparo en forma facultativa llega a sede de revisión a la Corte Constitucional y se puede proponer una acción de insistencia para que ese máximo ente judicial en lo constitucional, revise el amparo.

La acción de tutela ha estado sujeta a múltiples cambios desde que entró a regir con la constitución de 1991, ya que, por ejemplo, la corte constitucional empezó a manejar las llamadas *vía de hecho*. En la actualidad, sin embargo, atendiendo a los requisitos específicos y generales de procedibilidad los encausa por el lado de los defectos.

La acción de tutela procede en el caso de decisiones disciplinarias de orden administrativo y de orden jurisdiccional, pero el accionante debe dar cumplimiento a los requisitos de orden general y a los requisitos de orden especial, de forma suficiente para la admisión a estudio de su pretensión de amparo.

Dado el defecto fáctico se presentan acciones de tutela, pero la argumentación de los errores de prueba

carecen de suficiencia e impacto frente al convencimiento del juez constitucional competente. También se hace evidente que en el campo del Derecho disciplinario se dan prerrogativas y garantías al debido proceso pero solo se avizora un escollo delicado ya que las decisiones que expide el consejo superior de la judicatura, la sala disciplinaria, en contra de fiscales delegados ante tribunal o magistrado de tribunal no tienen segunda instancia. Se puede interponer acciones de tutela, aunque la mayoría de ellas no son revisadas por la corte constitucional y es muy escasa la acción de insistencia contra este tipo de fallos de la superioridad disciplinaria.

Los argumentos para declarar improcedente la acción de tutela deben ser concretos. No existe en este ámbito jurisdiccional de conocimiento de tutelas contra decisiones disciplinarias posibilidades de direccionamiento oficioso. Los jueces de tutela niegan el amparo por ausencia de cumplimiento de las cargas de argumentación de los accionantes.

Creemos que de este artículo se derivarán importantes insumos de análisis, para que abogados, funcionarios judiciales y administrativos, la comunidad jurídica en general los estudien y se puedan apropiar de la acción de tutela, en defensa de derechos fundamentales, especialmente los del debido proceso y el derecho a la defensa. O abrir nuevos cauces para que se emprendan cambios, en este importante temática garantista y constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- Agudelo Mejía, D., Pabon Giraldo, L. D., Bustamante Rúa, M. M., & Vargas Velez, O. &. (2010). *Derecho Procesal Contemporáneo*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Alvarez Undurruaga, G. (2002). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Santiago: Universidad Central de Chile.
- Angel Escobar, J., & Vallejo Montoya, N. (2013). *La motivación de la sentencia (Trabajo de tesis)*. Medellín: Universidad EAFIT.
- Congreso de la República. (2002). *Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único*. Bogotá.
- Congreso de la República. (2007). *Ley 1123 de 2007. Código Disciplinario del Abogado*. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (28 de enero de 2019). Ley 1952. Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.
- Congreso de la República de Colombia. (29 de junio de 2021). *Ley 2094*. Por Medio De La Cual Se Reforma La Ley 1952 De 2019 Y Se Dictan Otras Disposiciones.

- Congreso de la República de Colombia. (16 de noviembre de 1991). *Decreto 2591. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*. Bogotá.
- Constitución Política de la República de Colombia, Art 86 (1991).
- Corte Constitucional de Colombia. (1 de octubre de 1992). *Sentencia C-543/92*. Bogotá: M.P José Gregorio Hernandez Galindo.
- Corte Constitucional de Colombia. (1 de septiembre de 2005). *Sentencia T-902/05*. Bogotá: M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional de Colombia. (10 de octubre de 2003). *Sentencia T-933/03*. Bogotá: M.P Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional de Colombia. (11 de abril de 2012). *Sentencia T-274/12*. Bogotá: M.P. Juan Carlos Henao Perez.
- Corte Constitucional de Colombia. (11 de noviembre de 1998). *Sentencia T-654/98*. Bogotá: M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. (11 de octubre de 1994). *T-442/94*. Bogotá: M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional de Colombia. (13 de mayo de 1994). *Sentencia T-231/94*. Bogotá: M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. (13 de Noviembre de 2001). *Sentencia SU- 1185/01*. Bogotá: M.P Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. (14 de enero de 1999). *Sentencia T-001/99*. Bogotá: M.P. Jose Gregorio Hernandez Galindo.
- Corte Constitucional de Colombia. (16 de octubre de 2003). *Sentencia T-949/03*. Bogotá: M.P Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional de Colombia. (21 de junio de 2017). *Sentencia T-393/17*. Bogotá: M.P. Cristina Pardo Schlesinger.
- Corte Constitucional de Colombia. (23 de febrero de 2012). *Sentencia T-125/12*. Bogotá: M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de Colombia. (24 de Marzo de 1998). *Sentencia T-100/98*. Bogotá: M.P Jose Gregorio Hernandez Galindo.
- Corte Constitucional de Colombia. (25 de julio de 1996). *Sentencia T-329/96*. Bogotá: M.P. Jose Gregorio Hernandez Galindo.

- Corte Constitucional de Colombia. (29 de marzo de 2007). *Sentencia T233/07*. Bogotá: M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional de Colombia. (29 de mayo de 2003). *Sentencia T-441/03*. Bogotá: M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional de Colombia. (31 de Marzo de 2004). *Sentencia T-318/04*. Bogotá: M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional de Colombia. (5 de Junio de 2003). *Sentencia T-461/03*. Bogotá: M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional de Colombia. (6 de diciembre de 2005). *Sentencia T-1276/05*. Bogotá: M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional de Colombia. (6 de marzo de 2002). *Sentencia SU-159/02*. Bogotá: M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional de Colombia. (6 de noviembre de 2008). *Sentencia T-1100/08*. Bogotá: M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional de Colombia. (7 de octubre de 1998). *Sentencia T-567/98*. Bogotá: M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. (8 de junio de 2005). *Sentencia T-590/05*. Bogotá: M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia. (11 de noviembre de 2009). *Sentencia SU-913/09*. Bogotá: M. P Juan Carlos Henao.
- Del Río, E. Y Luna Salas, F. (2020). La prueba indiciaria. Una mirada desde los sistemas procesales civil y penal. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá.
- Ferrer, N., Acosta, J., & Villegas, D. (2018). *Metodología de la Investigación jurídica y socio-jurídica*. Cartagena, Bolívar, Colombia: Bonaventuriana.
- Gomez Ramirez, J. F. (2004). *Principios constitucionales del derecho procesal: Investigación en torno a la Constitución Política de 1991*. Medellín: Señal Editora.
- Nader Orfale, L. H. (2013). Vulneración de principios fundamentales mediante la interposición de tutela contra providencia judicial. *Justicia Juris*, 9(2), 38-46. <https://doi.org/10.15665/rj.v9i2.89>
- Pérez Márquez, U. Ángel., & Reyes Ortega, L. F. . (2021). La conciliación en conflictos con el estado como una herramienta para el desarrollo. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 13(26), 203–221. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.13-num.26-2021-3621>

- Presidencia de la República. (Noviembre 19 de 1991). *Decreto Ley 2591*. Bogotá.
- Quinché Ramirez, M. F. (2007). *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario.
- Sandoval Casilimas, C. A. (2002). *Investigación Cualitativa*. Bogotá: Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior.
- Tirado Pertuz, C. A., & Luna Salas, F. (2015). La creación pretoriana del derecho procesal constitucional en la acción de tutela. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 7(14), 22–40. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.7-num.14-2015-1515>
- Zuluaga Jaramillo, A. F. (2012). La justificación interna en la argumentación de la Corte Constitucional. En la acción de tutela contra sentencia judicial por defecto fáctico. *Ratio Juris*, 7(14), 89-116. <https://doi.org/10.24142/raju.v7n14a3>



Autora: M. del Socorro MoraC

INIMPUTABILIDAD PENAL POR TRASTORNOS MENTALES: BREVE ACERCAMIENTO DESDE LA CRIMINOLOGÍA Y LA NEUROCIENCIA¹

CRIMINAL LIABILITY FROM MENTAL DISORDERS: BRIEF APPROACH FROM CRIMINOLOGY AND NEUROSCIENCE

Álvaro Salgado González²
Alex González Grau³
Fernando Luna Salas⁴

- 1 El presente artículo surge de la investigación denominada “Análisis de la inimputabilidad penal a partir de los trastornos mentales: Breve acercamiento desde la criminología y la neurociencia”. Los autores actuaron en calidad de investigadores principales y fue financiado por recursos propios de los grupos de investigación denominados Phronesis de la Universidad Libre sede Cartagena, Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y problemas jurídicos contemporáneos y Derecho Privado, Procesal y Probatorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena.
- 2 Magíster en Derecho Penal. Especialista en ciencias penales y criminológicas. Profesor en la especialización de ciencias penales y criminológicas, y maestría en Derecho Penal de la Universidad de Cartagena, y de Derecho Penal Especial de pregrado en las universidades de Cartagena y Libre, Sede Cartagena. Director del semillero Germinación Penal adscrito al Grupo Derechos humanos y teoría fundamental PHRONESIS ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7619-3468> E-mail: alvarosalgadog@gmail.com
- 3 MD, siquiatra de la Universidad de Cartagena, profesor universitario de pregrado y posgrado, experto en rehabilitación psiquiátrica en pacientes con trastornos mentales severos, urgencias psiquiátricas y siquiatria forense. E-mail: algol18@yahoo.com
- 4 Profesor investigador del Dpto. de Derecho Procesal y Probatorio de la Universidad de Cartagena y de la Universidad Libre sede Cartagena, magíster en Derecho de la Universidad de Cartagena y Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre. Doctorando en Derecho, Ciencias Políticas y Criminológicas de la Universidad de Valencia-España. Investigador junior por Colciencias. Editor de la revista jurídica Mario Alario D’ Filippo, director del semillero de investigación Ciencia y Proceso y codirector del grupo de investigación Derecho Privado, Procesal y Probatorio. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal - Capítulo Bolívar. Director del Centro Internacional De Estudios Jurídicos y Políticos (CIEJP). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4574-6335> E-mail: flunas@unicartagena.edu.com

RESUMEN

Este artículo aborda desde una investigación cualitativa, en el marco de la criminología y la neurociencia, el estudio y análisis de los distintos trastornos psicóticos que pueden conllevar a la declaración de inimputabilidad dentro de un proceso penal.

Palabras Clave: Trastornos psicóticos, inimputabilidad, criminología, delito, esquizofrenia, neurociencia.

ABSTRACT

The present legal and reflective article, which is approached from a qualitative research with a bibliographic review, has as its primary objective, to analyze and study the different psychotic disorders that can lead to the declaration of incompetability within a criminal proceeding, all of this in the framework of criminology and neuroscience.

Keywords: Psychotic disorders, criminal liability, criminology, crime, schizophrenia, neuroscience.

1. INTRODUCCIÓN

La imputación de un delito siempre se hace a una persona concreta que ha realizado una acción tipificada en el Código Penal. Se requieren dos elementos fundamentales: la capacidad de comprender lo ilícito de la acción, lo que involucra diversas funciones mentales como la inteligencia, el pensamiento abstracto, la función de ejecución, la cognición social, el juicio de realidad y la introspección. Y, por otro lado, la ausencia de trastorno mental transitorio o permanente.

La inteligencia no puede considerarse como una función única, sino como la expresión de una serie de funciones mentales. Para que un individuo sea considerado inteligente se requiere que posea un nivel de pensamiento acorde con su edad cronológica, capacidad de abstracción y memoria suficiente para almacenar y recuperar con facilidad la información que necesite para la realización de tareas o la toma de decisiones. Además debe gozar de la capacidad para discriminar y diferenciar matices y sutilezas, planear actos de manera realista y eficaz y poseer un juicio de realidad suficiente para actuar de manera acertada. (Sadock & Sadock, 2000).

El pensamiento abstracto se refiere a la capacidad de procesar y sintetizar información compleja. Esta función empieza a aparecer a inicios de la adolescencia y alcanza su máxima expresión en la adultez. (Sadock & Sadock, 2000). La función de ejecución se refiere a las actividades instrumentales complejas para afrontar satisfactoriamente los retos de la cotidianeidad, incluyendo la solución de problemas, la

toma de decisiones, la planeación y la ejecución de tareas necesarias para vivir con autosuficiencia y desempeñarse en las distintas áreas de funcionamiento. La función de ejecución nos permite planear y ejecutar la cotidianidad. (American Psychiatric Association., 2013).

La cognición social es necesaria para la comunicación verbal y preverbal e involucra la capacidad de establecer empatía mediante el reconocimiento de las emociones y de comportarse de acuerdo con lo esperado en una cultura. (American Psychiatric Association., 2013).

Y, por último, el juicio de realidad es la función mental que nos permite valorar una situación con base en la experiencia y predecir las consecuencias de nuestros actos. La introspección nos hace capaces de mirar dentro de nosotros mismos y reconocer las fuentes de nuestro comportamiento y nuestro estado de ánimo, incluyendo motivaciones, frustraciones, alegrías y tristezas. La prospección nos permite mirar hacia el futuro. Por otra parte, la voluntad es necesaria para planear y emprender acciones. (Sadock & Sadock, 2000).

De acuerdo con lo anterior, para que un individuo sea considerado imputable de un delito se requiere la indemnidad de las funciones mentales necesarias para valorar una situación y tomar una decisión. (Hernández Arguedas, 2015).

2. NEUROCIENCIA Y CRIMINOLOGÍA

Al hablar de neurociencia, se está haciendo alusión a la ciencia que se ocupa de estudiar la organización funcional del sistema nervioso central, es decir, del cerebro (Luna, 2019, p. 145). De acuerdo con Sanguinetti (2014, p. 7), la neurociencia se ocupa de estudiar fenómenos como la percepción, la inteligencia, el lenguaje, las emociones, la conciencia, el yo, las decisiones, las preferencias morales, la estética y la educación.

Esta ciencia novel, que está aún en desarrollo y en etapa de estructuración científica, niega o contradice muchas tesis de la filosofía, la psicología y la ciencia jurídica, especialmente, en el campo del Derecho Penal. En palabras de Taruffo, el problema que podríamos encontrar se refiere a la “determinación de su efectiva relevancia para la declaración de los hechos que son objeto de prueba y decisión en el juicio” (2013, p. 15).

González Lagier (2018, p. 43 y 44), por su parte, considera que existen tres retos que la neurociencia plantea específicamente al Derecho Penal: el problema del libre albedrío, el de la reducción de los estados mentales a meros procesos neuronales y el de la reducción de la normatividad a una especie de leyes de la naturaleza.

La neurociencia se inmiscuye en muchas áreas del Derecho y se proyecta con gran fuerza no es solo en el Derecho Penal, y no sólo a nivel dogmático, sino también a nivel práctico en relación con las

técnicas neurocientíficas como medios de prueba judicial. En este artículo seguiremos la senda del “*ius puniendi*”, estudiando las escuelas que se han dedicado a escudriñar el delito y el delincuente.

Probablemente la historia de la neurociencia aplicada al Derecho Penal comienza con la regla M’Naghten. Durante el siglo XVIII, en el ejercicio de la defensa los individuos debían demostrar que no podían distinguir entre el bien y el mal, así como que sufrían de alguna enfermedad mental que les hacía incapaces de comprender las consecuencias de sus actos. La formulación más moderna llegó con la regla M’Naghten.

Daniel M’Naghten intentó asesinar al primer ministro británico Robert Peel en 1843. En este ataque murió Edward Drummond, secretario de Peel. Daniel M’Naghten era un tornero escocés nacido en Glasgow en 1813, era un hombre trabajador y estudioso. Sin embargo, a los 28 años de edad, M’Naghten se quejó ante varias personas, incluyendo su padre, el comisionado de policía de Glasgow y un miembro del parlamento, de que estaba siendo perseguido y espiado por el Partido Conservador del Reino Unido (coloquialmente llamado Tory). Nadie se lo tomó en serio.

En enero de 1843 Daniel M’Naghten le disparó a quemarropa, por la espalda al funcionario Edward Drummond. Tan pronto disparó fue dominado por un agente de la policía. Edward Drummond murió cinco días más tarde. Cuando M’Naghten compareció ante los tribunales hizo una breve declaración en la que responsabilizó del hecho a la supuesta persecución que sufría por parte de los conservadores: “Los tories en mi ciudad natal me han obligado a hacer esto. Ellos me siguen, persiguen dondequiera que vaya, y han destrozado completamente mi paz mental; puede demostrarse mediante evidencia. Es todo lo que tengo decir”. En efecto, fue todo lo que dijo y no volvió a hablar sobre el asesinato.

Su padre solicitó con éxito a la corte que se aplazara el caso para obtener pruebas relacionadas con el estado mental de M’Naghten. La velocidad y eficiencia con que se organizó la defensa de M’Naghten sugiere que varias personas poderosas en el Derecho y la medicina esperaban una oportunidad para provocar cambios en la ley sobre locura criminal. Cuando se le preguntó si se declaraba culpable, M’Naghten respondió que “La persecución me llevó al desespero”, a lo que añadió “Soy culpable de disparar”, lo que fue tomado como una declaración de inocencia.

Tanto la parte acusadora como la defensa basaron sus casos en lo que constituía una defensa por locura. Ambas partes estuvieron de acuerdo en que M’Naghten sufría delirios de persecución. La acusación argumentó que a pesar de su “locura parcial”, M’Naghten era responsable de sus actos y capaz de diferenciar el bien del mal, y consciente de que estaba cometiendo un crimen. Los testigos testificaron que se veía sano. La defensa reconoció que había dificultades en la aplicación práctica del principio de la ley inglesa que eximía a una persona loca de responsabilidad legal y castigo. Afirmó que los delirios de M’Naghten lo habían llevado a un colapso del sentido moral y a la pérdida del control, lo que, de acuerdo con médicos expertos, lo había llevado a un estado en el que no era un “ser responsable y razonable”. Los médicos declararon que los delirios de M’Naghten lo habían privado de “toda restricción sobre sus

acciones”. La parte acusadora declinó presentar testigos médicos. El presidente del Tribunal enfatizó que las pruebas médicas estaban todas del mismo lado y le recordó al jurado que si encontraban al prisionero inocente por motivos de locura, se le brindaría el cuidado adecuado. El jurado emitió un veredicto de no culpabilidad por motivos de locura.

Los jueces determinaron que «se presume que todo hombre está cuerdo y posee un grado suficiente de razón para ser responsable de sus crímenes, hasta que se demuestre lo contrario. Para establecer una defensa con base en la demencia se debe probar claramente que, al momento de cometer la acción, la parte acusada actuaba bajo tal defecto del raciocinio por una enfermedad de la razón, por desconocer la naturaleza del acto que cometía o si lo conocía no sabía que lo que hacía era indebido».

3. ESCUELAS DE LA CRIMINOLOGÍA

3.1. Clásica

Su máximo representante fue Francesco Carrara, quien desarrolló la teoría de que el delito es un ente jurídico cuya esencia es el libre albedrío, de manera que el hombre al delinquir actúa con voluntad consciente, inteligente y libre, por lo que la pena es retribución o castigo. Para esta escuela el delito no es una acción, sino una infracción a la norma jurídica, por lo que la escuela no mira el delito como hecho social o natural, sino como fenómeno eminentemente jurídico. Establece un distanciamiento entre el delito y el delincuente, y a éste de su medio, por lo que no le interesa ni la personalidad del infractor, ni los motivos o móviles que lo llevaron a delinquir, más bien. Se preocupa por los aspectos jurídicos, y dentro de ellos supone el delito como un ente jurídico, es decir como una categoría abstracta.

Esta escuela considera al delito como un hecho individual, aislado, como una simple infracción de la ley. La contradicción con la norma jurídica es lo que da sentido al delito, sin que se torne necesaria una reseña a la personalidad del autor, sin tener en cuenta la persona del delincuente y del medio o del entorno social de éste, constituyéndose este último aspecto en su punto más débil.

3.2. Escuela positiva

La Escuela Positiva surge tras la aparición de tres grandes obras, cada una con tres grandes exponentes: “Tratado antropológico experimental del hombre delincuente” de Cesar Lombroso publicada en 1875; “Teoría de la imputabilidad y la negación del libre albedrío”, tesis de grado de Enrico Ferri de 1877, la cual fue publicada en 1878; y “De un criterio positivo de la penalidad” de Rafael Garofalo publicado en 1880.

Estos tres grandes autores, pueden ser considerados como los soportes fundamentales del nuevo rumbo del Derecho Penal, en cuanto al estudio del hombre como protagonista del delito. En efecto: Cesar Lombroso, médico hebreo de origen español, quiso aplicar el método empírico al estudio de la demencia

y trató de encontrar los aspectos diferenciadores para que fuese más fácil la valoración médica entre el delincuente y el loco. Pero en la medida en que adelantaba sus estudios e indagaciones, los efectos eran contrarios a lo que esperaba, esto es, lo que parecía algo nítido entre el loco y el criminal, no lo era, sino un parecido que ambos tenían entre lo que se conoció como la insanidad moral.

Lombroso obtuvo sus resultados de manera progresiva. Se dedicó a recoger información sobre cráneos y mandíbulas, arcos cigomáticos y fosas oculares, medidas de la braza y de la altura, sinostosis prematura etc., sin tener conocimiento de por qué esos estigmas eran más frecuentes en el hombre delincuente que en el honrado. En el año 1870, haciendo una necropsia al bandido Vilella, encontró en su cráneo lo que llamó foseta occipital media, lo que es muy raro encontrar en el hombre, siendo frecuente en los animales inferiores como los peces. Esto le bastó para ver cómo debía apreciarse la elucidación de todas aquellas anomalías somáticas halladas en los criminales. En realidad, el hombre delincuente era asimilado a un salvaje, esto es, existía una afinidad entre el nivel zoológico y los seres humanos.

Lombroso se refiere al delincuente trayendo a colación el crimen del soldado Misdea, que en un raptó epiléptico dio muerte a varias personas. el antropólogo criminalista alemán Paul Nake sostuvo que “El delincuente nato, es idéntico al loco moral, con base epiléptica, explicable por atavismo y con un tipo físico y psicológico especial”. (Arboleda y Ruiz, 2014, p. 30)

Desde el ámbito tipológico, Lombroso distinguía seis grupos de delincuentes: el nato (atávico), el loco moral (morbo), el epiléptico, el loco, el ocasional y el pasional. Esta clasificación se vino a enriquecer después con el examen de la criminalidad femenina y el delito político. Es en su obra “El crimen causa y remedios” que hace un reconocimiento a factores sociales y exógenos del delito.

Por otro lado, en la obra “Teoría de la imputabilidad y la negación del libre albedrío”, Enrico Ferri, en oposición a su maestro Carrara, se inspira en la teoría del determinismo. Según esta teoría el hombre llega al mundo predeterminado a actuar de determinada manera. Para Ferri, en desacuerdo con Lombroso, el delito no es consecuencia exclusiva de ninguna patología individual, sino que tuvo en cuenta aspectos personales como carácter, raza, edad, sexo, estado civil. Y aspectos sociales como la familia, la moral, la religión, la educación, el alcoholismo, la densidad poblacional etc.; además del clima, la temperatura o las estaciones

La mayor aportación de Ferri es la Sociología Criminal, siendo considerado el padre de esta disciplina. Para él los factores sociales van a ser fundamentales en la explicación de hechos criminales, argumentando que bajo ciertas condiciones individuales o sociales se comete un determinado número de delitos.

Para Ferri la pena no es la venganza ni es el castigo, sino que su fin es la defensa de la sociedad, de acuerdo con el grado de peligrosidad del autor, la sanción ha de ajustarse a las características individuales, apreciadas caso a caso. (Hikal, 2017, p. 5, 6)

Rafael Garofalo también practicó un positivismo moderado, manteniéndose distanciado de la Antropología de Lombroso y del sociologismo de Ferri. Para Garofalo lo importante no era detallar las

tipologías del delincuente, lo importante era determinar qué es el crimen, como fundamento de la nueva Criminología. No obstante su posición fue censurada, por cuanto resultaba prácticamente imposible concebir una relación inmodificable y ecuménica de crímenes. La criminalidad de Garofalo tiene vínculos lombrosianos; si bien niega la posibilidad de demostrar la existencia de un tipo criminal de raigambre antropológica, acepta la importancia y la notabilidad de rasgos anatómicos, como el tamaño sobresaliente de las mandíbulas; o el desarrollo de la región occipital en relación con la frontal, aunque no le da importancia a la disquisición de Lombroso sobre los estigmas.

Lo sobresaliente del pensamiento de Garofalo, es su teoría sobre el proceder y el paradigma criminal, en una conjeturada anomalía psíquica o moral, mas no patológica. Sobre este particular, razona así Antonio García-Pablos de Molina:

Dicha anomalía psíquica o moral consistiría según Garofalo, en un déficit de un adecuado desarrollo de la sensibilidad moral, de vivencias altruistas, defecto orgánicamente condicionado y no mero producto de factores ambientales. Pero no sería una enfermedad mental, sino una “variación psíquica”, transmisible por vía hereditaria, que se detecta más frecuentemente en miembros de ciertas razas. (1996, p. 115)

Garofalo estableció cuatro prototipos de delincuentes: el asesino, el criminal violento, el ladrón y el lascivo; siendo, según su parecer, el más fácil de identificar el delincuente asesino por la manera como incurre en el hecho ilícito.

El principal aporte de Garofalo a la criminología es su filosofía del castigo, de los fines de la pena, de su fundamentación, además de la prevención y represión de la criminalidad.

Como puede verse, el crimen, el criminal y la criminalidad están estrechamente ligados en una criminología que apunta, quiérase o no, con la antropología al estudio del cerebro, órgano que es a no dudarlo, la razón de ser de la neurociencia.

No es descabellado afirmar que fueron los estudiosos de la Criminología y del Derecho Penal los que en primera medida y sin saberlo ahondaron en el análisis del sistema nervioso central, a fin de estudiar al delincuente.

Se trata ahora, de establecer si el trípode criminal, crimen, criminalidad, descansa solamente en los distintos tipos de delincuente, atendiendo su conformación somática y cerebral o, por el contrario, de ninguna manera deben soslayarse factores económicos y sociales para hacer emerger otra génesis de delincuencia. Y que no se diga, que los factores ya mencionados inciden únicamente en los estratos sociales más bajos, sino que cada día, la llamada criminalidad de cuello blanco viene ocupando un mayor espectro en la criminalidad a nivel universal

4. INIMPUTABILIDAD.

En el Código Penal colombiano las figuras legales específicas que pueden originar una calificación de inimputabilidad son el trastorno mental y la inmadurez psicológica. Desde el punto de vista legal un trastorno mental es toda condición psicopatológica que afecta la salud psíquica de un sujeto. Puede apreciarse que es una definición bastante amplia. Sin embargo, la definición se torna más específica cuando se establece que “cada trastorno mental es conceptualizado como un síndrome o un patrón comportamental o psicológico de significación clínica, que aparece asociado a un malestar (p. ej., sufrimiento), a una discapacidad (p. ej., deterioro en una o más áreas de funcionamiento) o a un riesgo significativamente aumentado de morir o de sufrir malestar, discapacidad o pérdida de libertad”. Lo anterior se apoya en el concepto según el cual cualquiera que sea su causa, el trastorno mental debe considerarse como la manifestación individual de una disfunción comportamental, psicológica o biológica.

Desde el punto de vista jurídico, no interesan los aspectos clínicos del trastorno mental sino el significado legal del trastorno en la comisión de un hecho ilícito, bien que se cumplan los presupuestos exigidos por la norma, bien que no se llenen o no se llenen plenamente sus requisitos”.

El Código Penal colombiano así define el concepto de inimputabilidad en el artículo 33:

Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental. (Ley 599, 2000)

Por tanto, la norma establece: (1) un criterio temporal: “...en el momento...”; (2) un criterio normativo estructural: “...la conducta típica y antijurídica...”; (3) un criterio valorativo: “...capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión...”; (4) un criterio circunstancial: “... inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares”; y, por último, (5) un criterio de exclusión: “No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental”.

En otras palabras, la norma no contempla el simple hecho de padecer un trastorno mental como criterio suficiente para librar a una persona de la responsabilidad por sus actos. Se requiere que en el momento en el que el sujeto actúa esté influido por el trastorno que padezca. Lo anterior reviste importancia dado que buena parte de los trastornos mentales que pueden ser potencialmente causa de inimputabilidad no se presentan de manera permanente, sino que afectan al paciente de manera episódica. Por ejemplo, la esquizofrenia puede seguir diversos patrones de curso longitudinal. Hay pacientes en los que la enfermedad se presenta de manera continua, mientras que en otros se manifiesta sólo episódicamente. Así mismo, el grado de recuperación entre las crisis no es siempre el mismo en estos últimos. Tomemos por ejemplo el caso de una persona afectada por esquizofrenia que presente síntomas de manera continua;

en esta situación todos sus actos serán afectados en mayor o menor manera por tales síntomas. Por otra parte, consideremos ahora el caso de una persona en quien la esquizofrenia se manifiesta de manera episódica. Sus actos durante las crisis serán, por supuesto, influidos por los síntomas; sin embargo, una vez superada la crisis los síntomas desaparecerán o se atenuarán, y no tendrán efecto sobre su conducta. Por tanto, en relación con el criterio temporal de la inimputabilidad, ésta únicamente podrá ser invocada si en el momento de la ejecución de la conducta típica y antijurídica el sujeto estaba bajo los efectos de la enfermedad.

Ilustremos con algunos ejemplos. Si una persona afectada por esquizofrenia presenta un patrón de curso longitudinal episódico tendrá épocas en las que la enfermedad se manifieste y otras en las que no lo hará. Si durante una de estas crisis la persona tiene una idea delirante consistente en que el vecino quiere asesinarlo y a la vez sufre alucinaciones auditivas complejas de voces que le dicen que se defienda y mate al vecino, sus acciones estarán evidentemente influidas por estos síntomas. En caso de que la persona asesine a su vecino puede atribuirse su comportamiento a los síntomas psicóticos (alucinaciones y delirios) que padecía en ese momento. En cambio, una situación completamente diferente la encontraremos si el mismo sujeto, una vez superada la crisis y en ausencia de síntomas, decide asesinar a alguien por motivos pasionales o económicos, o planea un hurto, etc. En esta situación no podríamos considerarlo inimputable (aunque, de todas maneras, dada la naturaleza de su enfermedad que, contrario a lo que pudiera pensarse, lo pone en situación de indefensión en un medio carcelario, muy probablemente la medida se cumplirá en un entorno hospitalario). En síntesis, lo más relevante no es padecer la enfermedad, lo que nos importa es que al momento de cometer la conducta punible estén presentes síntomas que puedan “explicar” la acción.

Así mismo, la norma nos habla de la “capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión”. Para argumentar inimputabilidad se necesita el compromiso del libre albedrío. Continuando con el ejemplo anterior, la persona afectada por ideas delirantes de perjuicio y por alucinaciones tiene afectados tanto el juicio de realidad como la prueba de realidad. En otras palabras, no podrá ser capaz de valorar una situación con base en la experiencia, prever las consecuencias de sus actos ni diferenciar la realidad externa de su realidad interna. La persona del ejemplo está convencida de que el vecino quiere asesinarlo (idea delirante de perjuicio) y está también convencida de que debe garantizar su supervivencia siguiendo las voces que le ordenan que mate al vecino (alucinaciones auditivas complejas de comando). Es evidente que la persona en un estado de psicosis no es capaz de comprender que lo que está realizando está mal; tampoco podrá comportarse de acuerdo con una comprensión que no existe.

El criterio de exclusión requiere que el sujeto no se haya preordenado. En otras palabras, la persona no ha desencadenado su crisis intencionalmente. Tomemos como ejemplo a una persona que padece embriaguez patológica y cuando se emborracha comete actos tipificados como delitos. Si esta persona se intoxica con alcohol a sabiendas de que incurrirá en actos ilícitos, no podrá ser considerado inimputable,

ya que ella misma produjo el estado en el que incurrió en tales acciones. Otro ejemplo es el del hombre que, afectado por un trastorno bipolar, decide, por celos, suspender la medicación con el fin de recaer y encontrar en la ira que se manifiesta en sus crisis la fortaleza para destruir los bienes de su expareja. Esta persona se enteró que su expareja tenía un nuevo compañero. A continuación, a sabiendas de que durante sus crisis se tornaba violento, decidió suspender los medicamentos que le mantenían estable, con el fin de recaer y así poder agredir a su ex. Por supuesto, esta persona no podrá ser considerada inimputable dado que se preordenó después de haber fraguado un plan con unos fines muy precisos.

La norma nos habla de un criterio circunstancial: “. . . inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares”. Para los fines del presente artículo se hablará básicamente de la inmadurez psicológica y de los trastornos mentales.

A continuación, revisaremos cuáles son los trastornos mentales que con mayor frecuencia pueden convertirse en causa de inimputabilidad. No está de más recordar que, exceptuando algunos trastornos de la personalidad y el consumo de sustancias, la tasa de criminalidad en la población afectada por trastornos mentales no es superior a la de la población general. De hecho, muchas personas afectadas por trastornos mentales se encuentran en un estado de deterioro tal que les sería imposible planear y ejecutar un acto tipificado como antijurídico. Además, con frecuencia tales actos pueden ocurrir de manera accidental; por ejemplo, en el contexto de un estado de agitación psicomotora.

5. TRASTORNOS PSICÓTICOS

Los trastornos psicóticos constituyen un buen ejemplo de afecciones que pueden ser motivo de inimputabilidad. Estos trastornos son un grupo de afecciones en las que los síntomas que dominan el cuadro clínico son los delirios, las alucinaciones, el lenguaje desorganizado y las alteraciones graves del comportamiento, las cuales se presentan a manera de comportamiento desorganizado o de conductas catatónicas. Estos síntomas se explicarán más adelante. (American Psychiatric Association., 2013). (Sadock & Sadock, 2000).

Cuando se habla de los trastornos psicóticos necesariamente se deben incluir la **esquizofrenia**, el **trastorno psicótico breve**, el **trastorno esquizofreniforme**, el **trastorno esquizoafectivo**, el **trastorno delirante**, el **trastorno psicótico compartido**, el **trastorno psicótico debido a enfermedad médica**, el **trastorno psicótico inducido por sustancias** y los **trastornos psicóticos no especificados**. (Sadock & Sadock, 2000), (American Psychiatric Association., 2013). Para la comprensión de los trastornos psicóticos se empezará con la descripción de la esquizofrenia.

La esquizofrenia es la enfermedad mental más grave y devastadora. Por definición, toda persona afectada por esta enfermedad presentará un deterioro de su capacidad de funcionamiento personal, familiar, laboral y social. En otras palabras, una vez instalada la enfermedad, la persona afectada no

volverá a su nivel de funcionamiento previo. El grado de deterioro dependerá de diversas variables que incluyen la edad de inicio (cuánto más temprano se presente la enfermedad será peor el pronóstico), el sexo (los hombres suelen deteriorarse más que las mujeres), la duración de las crisis, el patrón de curso longitudinal (si esta enfermedad se presenta de manera continua suele causar mayor deterioro que si se presenta a manera de episodios), la presencia de síntomas negativos, la presencia de alteraciones neurológicas, los antecedentes familiares de esquizofrenia, el consumo de alcohol y de sustancias, así como la dinámica familiar, entre otros. (American Psychiatric Association, 2013). Se anota que la esquizofrenia es una enfermedad incurable hasta la fecha. (Sadock & Sadock, 2000).

Para hacer el diagnóstico de esquizofrenia se requiere un mínimo de seis meses de enfermedad. Estos seis meses incluyen los pródromos, los síntomas de fase activa y los síntomas residuales. Los pródromos son los primeros cambios que se observan en el individuo afectado; son inespecíficos y variables de una persona a otra. Consisten básicamente en cambios progresivos del comportamiento. Los síntomas residuales son los que quedan después de que ha pasado la fase activa, la que generalmente cede ante el tratamiento. La fase activa consiste en la presencia de por lo menos dos de los siguientes síntomas: delirios, alucinaciones, lenguaje desorganizado, conducta desorganizada o catatónica y síntomas negativos. Los delirios y las alucinaciones son los síntomas positivos por excelencia. (American Psychiatric Association., 2013), (Sadock & Sadock, 2000).

Un delirio es una creencia errónea que no se puede reducir a pesar de la evidencia en contra. Existen delirios de persecución, perjuicio, referencia, grandeza, místicos, celotípicos, erotomaníacos, somáticos, nihilistas, culpa, control del pensamiento y de actos, pensamientos audibles, difusión del pensamiento, lectura del pensamiento, telepatía, etc. (Sadock & Sadock, 2000)

Una alucinación consiste en una experiencia perceptual sin que exista un estímulo sensorial. En otras palabras, la persona tiene percepciones que no se han originado en los órganos de los sentidos. Por definición una alucinación compromete el juicio de realidad. En caso contrario se denominará distorsión perceptual. Existen alucinaciones auditivas, visuales, olfatorias, gustativas, táctiles, cenestésicas (somáticas) y cinestésicas (relacionadas con movimientos). Las alucinaciones más frecuentes en la esquizofrenia son las auditivas complejas, generalmente de voces que hablan entre sí, hablan del paciente o le dan órdenes, y las visuales complejas. (Sadock & Sadock, 2000).

El lenguaje desorganizado es aquel que resulta incomprendible por cualquier motivo; por ejemplo, por pérdida de las asociaciones entre palabras o frases, uso marcado de neologismos, condensación de palabras, etc. (Sadock & Sadock, 2000).

El comportamiento desorganizado es aquel que se aparta marcadamente de lo esperado por la cultura. Por ejemplo, el sujeto descuida completamente su higiene y aseo personal o viste de manera extravagante o desaliñada, incluso en harapos. Con frecuencia son conductas regresivas a estados inferiores del desarrollo psicosocial. Así, hay pacientes que juegan con las heces fecales, las ingieren o se embadurnan con ellas. (Sadock & Sadock, 2000).

El comportamiento catatónico consiste en alteraciones sorprendentes del comportamiento que pueden incluir inmovilidad o excitación motoras, negativismo profundo, ecolalia (repetición del habla), ecopraxia (repetición de movimientos), posturas extrañas, manierismos y estereotipias. (Sadock & Sadock, 2000).

Las acciones tipificadas como delitos que puede cometer una persona afectada por esquizofrenia suelen ser consecuencia de los síntomas de fase activa (Fresán et al., 2019). Por ejemplo, las agresiones a terceros o a bienes suelen ser la consecuencia de sufrir alucinaciones auditivas complejas de voces que le ordenan realizar determinados actos o de delirios de reivindicación, perjuicio, celos, etc. En todo caso, debe resaltarse que en términos generales el riesgo de criminalidad del paciente con esquizofrenia es inferior al de la población general. El deterioro propio de la enfermedad suele impedir que el afectado pueda urdir planes para la realización de delitos complejos. Si llegare a cometer actos tipificados como delitos, estos muy probablemente serán el resultado de las distorsiones en el juicio de realidad y en la prueba de realidad que ocurren como resultado del padecimiento de síntomas psicóticos. Finalmente, debe añadirse que un paciente afectado por esquizofrenia puede incurrir en daños a terceros y a bienes como resultado de un estado de agitación psicomotora.

El trastorno esquizofreniforme consiste en un cuadro clínico de una duración de uno a seis meses que se caracteriza por los mismos síntomas de la esquizofrenia (alucinaciones, delirios, lenguaje desorganizado, comportamiento gravemente desorganizado o catatónico y síntomas negativos), pero se resuelve en el período de tiempo anotado, con retorno completo al funcionamiento anterior a la enfermedad. (American Psychiatric Association., 2013). (Sadock & Sadock, 2000).

El trastorno psicótico breve se caracteriza básicamente por la presencia de por lo menos uno de los síntomas anotados en el párrafo anterior, durante un período que abarca desde un día hasta un mes. Una vez transcurrido este período se vuelve al funcionamiento habitual. (American Psychiatric Association., 2013). (Sadock & Sadock, 2000).

El trastorno delirante constituye una circunstancia clínica bastante llamativa entre los trastornos psicóticos. Esta afección se caracteriza porque el único síntoma que presenta el paciente es un delirio que suele ser creíble, está bien estructurado y suele relacionarse con una base real. (Sadock & Sadock, 2000). (American Psychiatric Association, 2013). El paciente no presenta otros síntomas, a menos que éstos se relacionen estrechamente con el delirio. Por ejemplo, irritabilidad o ansiedad ante el hecho de sentirse perseguido. Dada la preservación del funcionamiento cotidiano y la ausencia de perturbaciones graves del comportamiento y de las emociones, no es inusual que el trastorno pase inadvertido para los demás, quienes incluso pueden llegar a no dudar de la veracidad del relato del afectado. Es probable que M^cNaghten haya padecido este trastorno; recordemos que fue descrito por quienes lo conocían como alguien sin alteraciones aparentes del comportamiento. Los subtipos de trastorno delirantes son por excelencia el persecutorio, de grandiosidad, celotípico, erotomaniaco y somático (American Psychiatric Association., 2013). Los subtipos celotípico y erotomaniaco son los que tienen más probabilidades de llevar al afectado a incurrir en conductas tipificadas como delitos. Por ejemplo, alguien con un delirio

celotípico (síndrome de Otelo) será capaz de matar por reivindicar una supuesta infidelidad; sin embargo, no será capaz de reconocer la ilicitud de sus actos, los que considerará plenamente justificados por el dolor moral que experimenta. Situación similar se presenta en quien padece el subtipo erotomaniaco; la creencia de que alguien está enamorada de él puede llevarlo a cometer actos que concebirá como justificados por el supuesto amor. A manera de colofón, debemos hacer énfasis en que no es fácil determinar si un sujeto actuó debido al padecimiento de un trastorno delirante que afecta severamente su percepción de la realidad o, si sencillamente se trata de alguien que actuó movido por pasiones humanas destructivas.

El trastorno psicótico compartido se caracteriza por la transferencia de delirios de una persona a otra. Generalmente se trata de personas que están estrechamente relacionadas entre sí, pero aisladas del entorno social. En este trastorno una persona que padece un delirio termina convenciendo a la otra de la veracidad de aquel. Lo más frecuente es encontrarlo entre miembros de una misma familia, de los cuales uno (el del caso primario) es claramente dominante y el otro sugestionable. La persona del caso secundario con frecuencia es menos inteligente, más ingenua, más pasiva o con menos autoestima que la del caso primario. (American Psychiatric Association., 2013). (Sadock & Sadock, 2000). Este trastorno no sólo se da entre dos personas, sino que puede afectar a toda una estructura familiar o a una congregación política o religiosa.

El trastorno psicótico debido a una enfermedad médica se diagnostica cuando una persona padece delirios o alucinaciones que son el resultado de un proceso fisiopatológico determinado. (American Psychiatric Association., 2013). (Sadock & Sadock, 2000). Por ejemplo, los trastornos psicóticos son tres veces más frecuentes en las personas afectadas por epilepsia que en la población general.

El trastorno psicótico inducido por sustancias o medicamentos se refiere a la aparición de delirios o alucinaciones que se presentan única y exclusivamente como resultado de la ingesta de alguno de los mencionados (American Psychiatric Association., 2013). (Sadock & Sadock, 2000). Debe diferenciarse con extremo cuidado el hecho de actuar bajo los efectos de una sustancia, que actuar bajo los efectos de un trastorno psicótico inducido por una sustancia. Para fines médico legales no es lo mismo cometer una conducta punible estando bajo los efectos de una sustancia recreativa (alcohol, cannabis, cocaína, etc.) que hacerlo como consecuencia de padecer delirios o alucinaciones que afecten el juicio y la prueba de realidad hasta el punto de impedir ser consciente de la ilicitud de los actos. En otras palabras, no es lo mismo estar bajo los efectos de una sustancia (embriagado, drogado) que padecer síntomas psicóticos que son el resultado del uso de la sustancia. También se debe estar alerta ante la posibilidad de que el sujeto haya preordenado su estado mediante el consumo de la sustancia.

Los trastornos psicóticos no especificados se refieren a presentaciones clínicas que no se ajustan a los diagnósticos actuales. También puede emplearse cuando se está ante un paciente claramente psicótico pero se carece de información suficiente respecto a posibles etiologías orgánicas (sustancias, enfermedades médicas) o a la duración del trastorno, entre otras variables, lo que dificulta un diagnóstico

preciso (American Psychiatric Association., 2013). Es un diagnóstico relativamente común en las salas de urgencias. (Sadock & Sadock, 2000).

Desde el punto de vista médico legal todos los trastornos psicóticos tienen en común la circunstancia de que son capaces de afectar el pensamiento, la inteligencia, el juicio de realidad, la prueba de realidad, el raciocinio y la voluntad hasta el punto de llevar al sujeto a cometer actos tipificados como delitos sin que sea consciente de la ilicitud de los mismos, ni de determinarse de acuerdo con dicha comprensión. En síntesis, cualquier trastorno psicótico puede ser causa de inimputabilidad.

5.1. trastornos del estado de ánimo

Los trastornos del estado de ánimo se dividen en dos grandes grupos: los trastornos depresivos y los trastornos bipolares. Constituyen situaciones clínicas completamente diferentes entre sí. Los principales trastornos depresivos son el trastorno depresivo mayor y la distimia. Los principales trastornos bipolares son el trastorno bipolar I, el trastorno bipolar II y la ciclotimia. Para nuestros objetivos actuales merecen importancia el trastorno depresivo mayor, el trastorno bipolar I y el trastorno bipolar II.

El trastorno depresivo mayor se diagnostica cuando la persona tiene por lo menos un episodio caracterizado por síntomas que incluyen ánimo bajo o irritable, pérdida del interés y del placer por las actividades cotidianas, cambios del apetito y del peso corporal, cambios del sueño, agitación o enlentecimiento psicomotor, fatiga, pérdida de energía, ideas de minusvalía o de culpa, dificultad para pensar y para concentrarse, ideas de muerte e ideas y comportamientos suicidas. Existen depresiones que se complican con síntomas psicóticos (alucinaciones y delirios). (American Psychiatric Association., 2013). (Sadock & Sadock, 2000). En tales casos, el individuo afectado puede tomar decisiones equivocadas debido a que su juicio está desviado por la presencia de dichos síntomas psicóticos. Una persona afectada por una depresión psicótica puede llegar a creer de manera delirante que su muerte o la de sus familiares será la solución a determinados problemas, y puede proceder en concordancia con las alteraciones del pensamiento y del juicio, llegando al suicidio o al homicidio. En ocasiones, el sujeto que asesina a su familia entera y a sí mismo está afectado por una depresión psicótica en medio de la cual no encuentra salida diferente a la muerte ante problemas, pecados y culpas que probablemente sólo existen en su afectada imaginación. El sujeto, por supuesto, será incapaz de comprender la ilicitud de su conducta ni de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

El trastorno bipolar I se caracteriza por la presencia de episodios maníacos que suelen alternar con episodios depresivos mayores. El trastorno bipolar II se caracteriza por la alternancia de episodios de hipomanía y episodios depresivos mayores. Los criterios diagnósticos que hacen parte de los episodios depresivos mayores de los trastornos bipolares I y II son los mismos que los del trastorno depresivo mayor. (American Psychiatric Association., 2013). (Sadock & Sadock, 2000). Por tanto, las consideraciones

desde la perspectiva forense son las mismas. En relación con los episodios maníacos, estos consisten en períodos de aumento persistente del estado de ánimo y de la actividad dirigida hacia metas, aumento de la autoestima o ideas de grandiosidad, disminución de la necesidad de dormir, locuacidad, incremento en la producción y la velocidad de las ideas, distracción y participación exagerada en actividades que de momento son placenteras pero tienen un alto potencial de consecuencias nocivas para el paciente o para terceros. Tales actividades incluyen despilfarros, consumo de sustancias, desinhibición sexual, etc.

El individuo que se encuentra en un episodio maníaco grave, especialmente si existen alucinaciones o delirios, tiene completamente afectada su capacidad de discernir entre la realidad externa y su imaginación. Esta persona bien podría apropiarse de bienes ajenos, despilfarrar la fortuna familiar, hacer negocios disparatados o incurrir en conductas sexuales inapropiadas, entre otras posibles circunstancias, sin ser consciente de que está incurriendo en conductas tipificadas como delitos. En otras palabras, en los estados de manía puede comprometerse la capacidad de comprender la ilicitud de los actos y de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

5.2. Trastornos disociativos

Los trastornos disociativos consisten en una pérdida parcial o total de la integración normal entre los recuerdos del pasado, la conciencia de la propia identidad y de las sensaciones inmediatas, y el control de los movimientos corporales. Son de origen psicológico y se asocian con sucesos traumáticos. Los trastornos disociativos suelen presentarse como secuelas del trauma.

De acuerdo con la quinta edición del manual *Diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* de la Asociación Psiquiátrica Americana, los trastornos disociativos se caracterizan por una interrupción o falta de continuidad en la integración normal de la conciencia, la memoria, la identidad, las emociones, la percepción, la representación corporal, el control motor y el comportamiento. Los síntomas disociativos se experimentan mediante pérdida de la continuidad de la experiencia subjetiva o mediante incapacidad para acceder a información o para controlar las funciones mentales que normalmente están bajo nuestro dominio (American Psychiatric Association., 2013).

Específicamente hablando acerca de la amnesia disociativa, su principal característica es la pérdida de la memoria, habitualmente de sucesos importantes recientes, lo que no se debe a un trastorno mental orgánico. La amnesia se centra habitualmente en sucesos traumáticos, tales como accidentes o duelos inesperados, y por lo general es parcial y selectiva. Es rara la amnesia completa y generalizada, la cual habitualmente forma parte de una fuga disociativa (OMS, 2016).

De acuerdo con el manual de la Asociación Psiquiátrica Americana, la amnesia disociativa se caracteriza por incapacidad para evocar información autobiográfica. Esta amnesia puede ser localizada (por ejemplo, un evento o período de tiempo), selectiva (un aspecto específico de un evento) o generalizada (por ejemplo, identidad o historia vital) (American Psychiatric Association., 2013).

La amnesia localizada se refiere a la incapacidad para evocar eventos durante un período circunscrito de tiempo; es la forma más común de la amnesia disociativa y puede ir más allá de un solo evento. (American Psychiatric Association., 2013).

La amnesia selectiva se caracteriza porque el individuo puede recordar parte, pero no la totalidad, de los eventos durante un período circunscrito de tiempo; el individuo puede recordar algunas partes de un evento traumático. Algunas personas padecen amnesia tanto localizada como selectiva. (American Psychiatric Association., 2013).

La amnesia generalizada consiste en la pérdida completa de los recuerdos de la historia vital. Es poco frecuente, tiene un inicio agudo y puede presentarse en individuos que experimentan estrés emocional extremo. En la amnesia sistemática el individuo pierde los recuerdos de una categoría de información (por ejemplo, la familia, una persona, determinadas experiencias). En la amnesia continua, los eventos se olvidan a medida que ocurren. (American Psychiatric Association., 2013).

Aunque algunos individuos con amnesia pueden notar los lapsos perdidos o lapsos de memoria, la mayoría de ellos no son conscientes de la amnesia. Para ellos, la percepción de la amnesia se da sólo cuando se pierde la identidad personal o cuando las circunstancias hacen que noten que falta información autobiográfica. (American Psychiatric Association., 2013).

En síntesis, la amnesia disociativa consiste en un período de falta de memoria motivado por la presencia de un estresor severo.

De acuerdo con la clasificación internacional de las enfermedades de la OMS, la fuga disociativa posee todas las características de la amnesia disociativa, además de un desplazamiento que va más allá del rango cotidiano habitual. Aunque existe amnesia respecto al período de fuga, el comportamiento del paciente durante ésta puede parecer completamente normal (OMS, 2016).

Debe aclararse que la amnesia disociativa no se refiere únicamente a que la persona no sea capaz de recordar lo que ocurrió cuando trata de recordarlo horas o días más tarde, sino al hecho de que al momento de los hechos había “una interrupción o falta de continuidad en la integración normal de la conciencia, la memoria, la identidad, las emociones, la percepción, la representación corporal, el control motor y el comportamiento”.

Es decir, que la amnesia disociativa no es sólo un acto retrospectivo, sino que en el momento de los hechos la persona no podía saber lo que ocurría. Había una interrupción en las funciones psíquicas que normalmente están bajo control consciente. Este trastorno parte, además de lo anotado, de una incapacidad para fijar información.

La persona afectada por amnesia disociativa no sólo no puede recordar qué ocurrió, sino que no sabía qué hacía en ese momento. Así, lo verdaderamente grave no está en la circunstancia de que la persona

no recuerde, sino que en el momento de la afección no podía tener conocimiento claro de lo que ocurría o hacía. Durante la amnesia disociativa la persona no puede comprender lo que ocurre porque no es capaz de fijar y evocar los recuerdos inmediatos; dado que en este cuadro se comprometen las diferentes fases de la memoria (fijación, almacenamiento, procesamiento y evocación), el sujeto es incapaz de saber lo que ha ocurrido segundos antes.

Durante la amnesia disociativa la memoria se compromete de manera inmediata. La persona es incapaz de recordar lo que acaba de ocurrir segundos antes, lo que se entiende como compromiso de la memoria inmediata. Si la persona intenta recordar minutos u horas después del lapso de memoria, tampoco lo conseguirá; en este caso hablamos de compromiso de la memoria reciente. Sin embargo, tampoco será capaz de recordar en los días siguientes (compromiso de la memoria remota).

Se habla de que hay amnesia disociativa porque no existe un conocimiento consciente de lo que ocurre que pueda quedar plasmado para ser evocado en el futuro. El problema no está sólo en no poder evocar, sino en que para la persona afectada no existía, durante el lapso que no se evocara un conocimiento de sí misma ni del entorno que pudiera fijarse para el recuerdo.

La amnesia disociativa no puede diagnosticarse sólo con base en que la persona no recuerde lo que ocurrió, sino que se requiere que este olvido se haya debido a que existió un estresor importante (en este caso, amenazas contra su vida).

En resumen y en términos cotidianos, la persona que está padeciendo un cuadro de amnesia disociativa no comprende lo que está pasando ni puede determinar su conducta

Desde un punto de vista médico legal, la amnesia disociativa constituye un trastorno mental transitorio sin base patológica. Como se ha mencionado, la génesis de la amnesia disociativa se encuentra en la exposición a eventos capaces de actuar como estresores graves. La amnesia de este tipo no tiene una causa orgánica, como epilepsia, trauma craneoencefálico, intoxicación por sustancias, entre otras, sino que es una respuesta psicológica ante un estresor severo. Por ello se especifica cómo “sin base patológica”.

5.3. Demencias (trastorno neurocognitivo mayor)

La quinta edición del manual *Diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* de la Asociación Psiquiátrica Americana emplea el término trastorno neurocognitivo mayor para referirse a aquellas situaciones en las que existen evidencias de un declive cognitivo significativo comparado con el nivel previo de rendimiento en uno o más dominios cognitivos (atención compleja, función ejecutiva, aprendizaje y memoria, lenguaje, habilidad perceptual motora o cognición social). Este declive puede sustentarse en la observación de informantes, del médico o incluso del propio individuo. Existe un deterioro sustancial del rendimiento cognitivo que puede documentarse por un test neuropsicológico

estandarizado o por una evaluación clínica cuantitativa (examen psiquiátrico o neurológico). El déficit cognitivo interfiere con la autonomía del individuo, el cual necesitará asistencia por lo menos para realizar actividades instrumentales complejas.

La décima edición de la clasificación internacional de las enfermedades, versión 2016, emplea el término tradicional de demencia para referirse a un síndrome debido a enfermedad del cerebro, generalmente de naturaleza crónica o progresiva, en el que hay perturbaciones de múltiples funciones superiores corticales, incluyendo la memoria, el pensamiento, la orientación, la comprensión, el cálculo, la capacidad de aprendizaje, el lenguaje y el juicio. La conciencia no está nublada. Las alteraciones de la función cognitiva frecuentemente se acompañan, y en ocasiones son precedidas, por el deterioro en el control emocional, la conducta social, o la motivación. Este síndrome se produce en una gran variedad de afecciones que lesionan primaria o secundariamente el cerebro.

Las demencias (trastorno neurocognitivo mayor) son en esencia un cuadro de deterioro mental consistente en la pérdida de las habilidades intelectuales previamente adquiridas por la persona afectada, tales como almacenar, procesar y recordar información, identificar objetos y su función, comprender y expresar el lenguaje eficientemente, y planear y ejecutar actividades cotidianas, entre otras funciones. Tal deterioro es el resultado de daños a nivel cerebral.

Las demencias en general consisten en un síndrome de deterioro cognitivo común a diversas causas que tienen como denominador común las lesiones que producen en el tejido cerebral. Las causas de demencia son múltiples y variadas e incluyen, entre otras, la enfermedad de Alzheimer, la enfermedad de Párkinson, la enfermedad cerebrovascular, la enfermedad por cuerpos de Lewy, el síndrome frontotemporal, la enfermedad de Huntington, el sida, carencias vitamínicas, traumatismos craneoencefálicos, intoxicaciones crónicas, neoplasias e infecciones parasitarias.

El diagnóstico de demencia (trastorno neurocognitivo mayor) constituye un trastorno mental permanente, grave, con secuelas.

Las personas afectadas de demencia pierden la capacidad de llevar su vida de manera autónoma y padecen graves déficits en la valoración de la realidad. El juicio en las demencias varía en su grado de compromiso, desde la desviación de la realidad hasta la suspensión definitiva de esta función. Además, con frecuencia las demencias se complican con síntomas psicóticos (alucinaciones y delirios) y con alteraciones del comportamiento (agresividad, por ejemplo). Estas circunstancias complican la interacción del paciente con su entorno.

La persona afectada por una demencia suele tener comprometida la comprensión y la voluntad en caso de que incurra en delitos tipificados como delitos, lo que se hace más patente a medida que avanza la enfermedad. Son ejemplos típicos de conductas tipificadas como delitos en los pacientes con demencia las agresiones a terceros derivadas de la presencia de delirios de celos, de perjuicio y de persecución.

5.4. Retardo mental

De acuerdo con la clasificación internacional de las enfermedades de la Organización Mundial de la Salud, el retardo mental es un estado de desarrollo mental incompleto o detenido, caracterizado especialmente por un deterioro de las capacidades que se manifiestan durante cada fase de desarrollo y que contribuyen al nivel global de inteligencia, tales como las funciones cognitivas, el lenguaje y las habilidades motrices o sociales. El retardo puede tener lugar en presencia o no de otra alteración mental o física.

Según lo expresa el manual *Diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* de la Asociación Psiquiátrica Americana, la discapacidad intelectual (trastorno del desarrollo intelectual) es una perturbación que comienza durante el período de desarrollo y que incluye limitaciones del funcionamiento intelectual, así como también del comportamiento adaptativo en los dominios conceptual, social y práctico. Los criterios diagnósticos especifican que se deben encontrar deficiencias de las funciones intelectuales, como el razonamiento, la resolución de problemas, la planificación, el pensamiento abstracto, el juicio, el aprendizaje académico y el aprendizaje a partir de la experiencia; y deficiencias del comportamiento adaptativo que producen fracaso del cumplimiento de los estándares de desarrollo y socioculturales para la autonomía personal y la responsabilidad social, y limitan el funcionamiento cotidiano. Las deficiencias intelectuales y adaptativas deben iniciarse durante el período de desarrollo.

El término discapacidad intelectual ha reemplazado en la quinta edición del manual *Diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* de la Asociación Psiquiátrica Americana, el término retardo mental.

El retardo mental (discapacidad intelectual) tiene diferentes vías fisiopatológicas y puede ser considerado como la vía final común de varios procesos mórbidos que afectan el funcionamiento del sistema nervioso central. Los factores etiológicos de la discapacidad intelectual pueden ser genéticos, del desarrollo y medioambientales.

La edad mental de una persona se calcula mediante la aplicación de test estandarizados. El cociente intelectual se calcula tomando en cuenta la relación que existe entre la edad mental y la edad cronológica del sujeto. El resultado de la división se multiplica por cien. Un cociente intelectual entre 50-55 a 70 corresponde a una discapacidad intelectual leve; el cociente entre 35-40 a 50-55 a una discapacidad intelectual moderada; un puntaje de 20-25 a 35-40 equivale a una discapacidad intelectual grave, y un puntaje de 20-25 o menor a una discapacidad intelectual profunda. Nótese que los rangos que separan los grados de discapacidad no son números cerrados. Esto se debe a que el cociente intelectual debe complementarse con el nivel de funcionamiento del individuo para ubicarlo en el nivel de retardo que corresponda. Por ejemplo, el grado de discapacidad de una persona con un puntaje ubicado entre 50 y 55 dependerá de las habilidades que haya adquirido y de su nivel de desempeño personal, familiar, social y ocupacional.

En el caso de las personas afectadas por un retardo mental leve (discapacidad intelectual leve), el déficit no suele notarse en la edad preescolar, sino a partir de la edad escolar, cuando comienzan a adquirirse las habilidades necesarias para la aritmética y la lectoescritura. Al llegar a la adultez padecerán déficit del pensamiento abstracto y de la capacidad de planear la cotidianidad. Son sujetos que pueden ser ingenuos y poseen un juicio social inferior al esperado para su edad. Sin embargo, pueden funcionar adecuadamente en cuanto a su cuidado personal y realizar actividades sencillas, incluyendo trabajos individuales. Necesitarán apoyo para la ejecución de tareas de mediana complejidad y para criar una familia. Su déficit intelectual puede pasar desapercibido.

En la discapacidad intelectual moderada se aprecia un retraso de las habilidades conceptuales en todo el desarrollo del individuo. Su progreso de la lectura, escritura, aritmética y manejo del tiempo y dinero es lento. Una vez alcanzada la adultez, sus aptitudes académicas serán elementales y necesitará ayuda –o será dependiente– en todas las áreas de funcionamiento. El lenguaje también será elemental. El juicio social está debilitado y, por ende, su capacidad para tomar decisiones con base en la experiencia y para prever las consecuencias de sus actos. Algunas de estas personas presentan comportamientos inadaptados que causan problemas sociales.

Refiriéndonos a las personas afectadas por discapacidad mental grave, existe poca comprensión del lenguaje escrito, de los números y del manejo del tiempo y el dinero. Se requiere ayuda durante toda la vida para resolver los problemas. El léxico es limitado y el uso del lenguaje es elemental. Estas personas necesitan ayuda para todas las actividades de la vida cotidiana. Son incapaces de tomar decisiones y responsabilidades. Su capacidad de juicio es marcadamente deficiente. En algunos casos se presentan comportamientos inadaptados y autoagresiones.

En relación con la discapacidad intelectual profunda, no existe un desarrollo apreciable de las funciones cognitivas, entre ellas orientación, pensamiento, lenguaje, memoria, aprendizaje e inteligencia. Su capacidad de juicio está ausente. Les es imposible adquirir los elementos básicos de lectoescritura o aritmética. No manejan el tiempo ni tienen conocimiento del valor del dinero. Estas personas son completamente dependientes; no pueden planear la cotidianidad ni resolver un problema. Son incapaces de desempeñar cualquier tarea por elemental que parezca. En algunos casos pueden presentar alteraciones del comportamiento.

Como se desprende fácilmente de los párrafos anteriores, toda persona afectada por una discapacidad intelectual grave o profunda es completamente dependiente para su supervivencia. Necesitará asistencia y supervisión de los familiares para la realización de las actividades cotidianas más elementales. Su juicio de realidad es marcadamente deficiente. En otras palabras, esta persona carece de la capacidad de valorar correctamente una situación con base en su experiencia y de prever las consecuencias de sus actos. Así mismo, carece de juicio moral. Por tanto, esta persona será incapaz de comprender la ilicitud de sus actos y de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Por otra parte, aquellas personas afectadas por una discapacidad intelectual leve no podrán ser consideradas inimputables ante la comisión de una conducta tipificada como delito. Por lo menos no por este motivo exclusivamente. La discapacidad intelectual leve permite el discernimiento entre el bien y el mal; las personas con este nivel de inteligencia son bastante autónomas para llevar su vida y poseen un buen desarrollo del juicio moral.

El dilema verdaderamente delicado se plantea cuando estamos frente a una persona afectada por una discapacidad mental moderada. Como se ha mencionado varios párrafos antes, la única medida de la discapacidad (o de la capacidad) intelectual de un sujeto no es el resultado que obtenga en un test de inteligencia. También debe ser tenido en cuenta el nivel de adaptación y de desarrollo de sus habilidades personales y sociales. Como se ha anotado, el cociente intelectual ubicado entre 35-40 a 50-55 corresponde a una discapacidad intelectual moderada. Sin embargo, debe notarse que no son límites estrictos dados por un número cerrado. Una persona con un cociente intelectual de 33 estará afectada por una discapacidad mental moderada o grave de acuerdo con su nivel de adaptación. Por ende, la valoración del juicio moral y de la capacidad para comprender la ilicitud de una conducta tipificada como punible dependerá de un minucioso examen de sus dominios cognitivos, incluyendo la función de ejecución, memoria, aprendizaje, lenguaje, cognición social e, incluso, la atención, y de su capacidad individual para valorar cada situación en particular. La tarea no es sencilla y requiere un examen minucioso de cada caso en particular, incluyendo tanto las características del acto punible como el nivel de desarrollo y adaptación del imputado.

6. CONCLUSIONES

Existe una serie de trastornos psiquiátricos que son capaces de afectar significativamente la capacidad de un individuo para comprender la ilicitud de sus actos o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. En otras palabras, existen muchos trastornos psiquiátricos que pueden ser causa de inimputabilidad. Sin embargo, como es sabido, tanto la imputabilidad como la inimputabilidad se refieren a un individuo y a un acto punible en particular. No todas las personas afectadas por un trastorno psiquiátrico determinado serán inimputables ante el mismo acto punible. Un trastorno psiquiátrico dado puede afectar la comprensión o la capacidad de comprensión en un individuo, mas no en otro. Todo dependerá del grado de compromiso que por padecer dicho trastorno tenga el sujeto en funciones como el pensamiento abstracto, la inteligencia, el juicio, el raciocinio, la memoria, la función de ejecución, la cognición social, la voluntad, la conciencia y la orientación. Sin embargo, también dependerá del tipo de síntomas que se den como resultado de tal compromiso de las funciones mencionadas. Además, así como varía la capacidad de comprensión y la determinación de acuerdo con el grado de compromiso de las funciones mentales y de los síntomas resultantes, también es importante tener en cuenta la interpretación en particular que haga el sujeto de la realidad particular en relación con el acto punible. Dos sujetos con la misma afección interpretarán la misma situación con tanta diversidad como existen variaciones en el

compromiso de las funciones mentales, en la expresión de las alteraciones (síntomas) y en su percepción particular de la realidad en el contexto de la cual se dieron las condiciones para la realización del acto punible.

Los trastornos psiquiátricos que pueden ser potenciales causas de inimputabilidad varían en su etiología, ya que pueden ser “primarios” o “funcionales”, como la mayoría de los trastornos psicóticos y de los trastornos del estado de ánimo y los trastornos disociativos; o pueden ser de etiología “orgánica”, tales como el retardo mental y las demencias, los cuales, en ambos casos, son síndromes clínicos que corresponden a las expresiones finales de una serie de vías fisiopatológicas que tienen en común un déficit o deterioro cognitivo según el caso. Nótese que se emplean las comillas en varios términos dado que en realidad todos los trastornos mentales tienen su origen en procesos fisiopatológicos que afectan el funcionamiento del sistema nervioso central. Sin embargo, es costumbre hablar de “organicidad” para referirnos a aquellos trastornos mentales que son el resultado de daño o alteraciones a nivel cerebral; otras afecciones médicas que pueden incidir sobre el funcionamiento del sistema nervioso central, o la exposición a alguna sustancia, medicamento o toxina.

La tarea del perito ante la sospecha de la presencia de una perturbación mental que pueda ser causal de inimputabilidad consiste en establecer si existe o no dicho trastorno, la gravedad del mismo, el tipo de síntomas, las funciones mentales afectadas y la relación causal y temporal con los actos punibles.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- American Psychiatric Association. (2013). Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos mentales, V Edición pp 591 - 596. Editorial Médica Panamericana.
- Arboleda, M. y Ruiz, J. (2014). Manual de Derecho Penal, Parte General y Especial. Ed. Leyer.
- Congreso de la República de Colombia. (2000, 24 de julio). Ley 599 de 2000. Código Penal. Diario oficial n° 44.097.
- Del Río Gonzalez, E., & Luna Salas, F. (2021). El indicio: un problema epistemológico. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 13(26), 153–189. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.13-num.26-2021-3619>
- García-Pablos de Molina, A. (1996). Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos. Tirant lo Blanch Libros, tercera edición.
- González, D. (2018). Tres retos de la neurociencia para el Derecho penal. *Anuario de Filosofía del Derecho* (34), 43- 72. <http://hdl.handle.net/10045/86474>
- Hernández Arguedas F. *Med Leg Costa Rica*. Heredia. Sep./Dec. 2015.

- Hikal, W. 2017. Explicación de la criminalidad desde los postulados de Enrico Ferri para la articulación de la política criminal. *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, No. 36, pp. 4-10 file:///C:/Users/FADERECHO/Downloads/Dialnet-ExpedienteQdC-5917941.pdf
- Luna Salas F. (2019). Técnicas neurocientíficas como medio de prueba pericial. *Revista Prolegómenos*, 22(44), pp. 143-154. DOI: <https://doi.org/10.18359/prole.4160>
- López Oliva, J., Vargas Chaves, I., & Alarcón Peña, A. (2022). La historia clínica: un medio de prueba estelar en los procesos de responsabilidad médica. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(27), 137–154. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.27-2022-3813>
- Noriega, A., Pereira, M., & Luna F. (2022). La constitucionalización del derecho penal: una manifestación legítima del derecho penal culpabilista y del derecho penal de acto en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Revista Intertemas*, V. 27, 123-139. <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS/index>
- OMS. (2016). *Clasificación Internacional de las Enfermedades, Décima Edición, Versión 2016*, Capítulo V. Génova.
- Sadock B, Sadock V, Ruiz P, Kaplan & Sadock. (2015). *Sinopsis de Psiquiatría*. XI Ed. Exploración y diagnóstico del paciente psiquiátrico, pp 300- 387. Wolters Kluwer.
- Salgado González, Álvaro . (2022). Los protagonistas en la conducta punible. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(27), 202–216. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.27-2022-3816>
- Sanguinetti, J. (2014). *Neurociencia y filosofía del hombre*. Madrid: Ediciones Palabra.
- Taruffo, M. (2013). *Proceso y neurociencia*. En M. Taruffo y J. Nieva (dirs.), *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons.



Autora: M. del Socorro MoraC

**EL SISTEMA GARANTISTA Y LOS CRITERIOS
JURISPRUDENCIALES PARA LA APLICACIÓN
DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PERÚ**

***THE GUARANTEE SYSTEM AND JURISPRUDENTIAL
CRITERIA FOR THE APPLICATION OF
PREVENTIVE PRISON IN PERU.***

Julio César Zumaeta Flores

RESUMEN

Debido al creciente número de casos de aplicación de la prisión preventiva analizamos desde la doctrina y la jurisprudencia esta medida cautelar para corroborar si los criterios específicos argumentados son congruentes con nuestro sistema garantista. De esta manera evitamos exponer al procesado a la imposición de la medida de prisión preventiva por convicciones personales, presiones políticas o mediáticas. Este artículo busca establecer los criterios esenciales para el fiel cumplimiento de las garantías procesales y de las disposiciones o sugerencias tanto jurisprudenciales como doctrinarias.

Palabras claves: Derecho penal, prisión preventiva, garantías procesales, jurisprudencia penal.

ABSTRACT

Due to the growing number of cases of application of the precautionary measure of preventive detention, it is necessary to analyze from the doctrinal and jurisprudential section the scenarios indicated in which this approach is required, since the specific criteria must be consistent with our guarantee system in order to avoid a situation of violation of rights where at one extreme the defendant may be exposed to risk. Avoiding situations in which preventive detention is imposed due to personal convictions, political or media pressure, the article seeks to establish the essential criteria to argue in the requirement in faithful compliance with procedural guarantees and both jurisprudential and doctrinal expressions.

Keywords: Criminal law, preventive detention, procedural guarantees, criminal jurisprudence.

1. EL SISTEMA GARANTISTA PERUANO

Es importante definir los modelos de sistemas jurídicos que existen para que éstos sean congruentes con el propio proceso y utilizarlo de acuerdo con sus propias funciones. El sistema garantista nace a partir del planteamiento teórico de Ferrajoli (1989), quien expone cómo el desarrollo del Derecho Penal parte del respeto y fortalecimiento de los derechos constitucionales. La lógica y la administración de justicia acorde con la jerarquía de Derecho se suman al desarrollo idóneo del proceso.

En el sistema garantista no se puede ignorar el constitucionalismo, pues se busca establecer la equidad entre las partes procesales para evitar una participación inquisitiva y discriminadora en las medidas o restricciones. Esto permite un adecuado razonamiento sobre la validez de los planteamientos del Derecho, el uso de la lógica y el razonamiento, así como la posición crítica como principal motivadora de las resoluciones.

El uso y respeto de los derechos constitucionales ha permitido comprenderlos como garantías de un proceso. Este es un aspecto que se encuentra bajo el manto de la protección estatal que se encargará de desarrollar mecanismos de protección de las personas cuando exista algún riesgo.

Desde Montesquieu (1989) se advierte que cuando no existe un marco de protección de las personas, el Estado podrá realizar un uso excesivo del poder, perjudicando a las personas a través de un uso indebido del Derecho. De ahí la necesidad de aplicar un sistema garantista. Este sistema de derecho ha permitido desglosar garantías de carácter procesal imposibles de ignorar dentro de cualquier proceso, pues estas tienen como fin garantizar la verdad material de los hechos para aplicar adecuadamente la justicia y evitar la condena de inocentes destruyendo su proyecto de vida. La vida humana es uno de los valores más importantes de nuestra sociedad, por lo que se da prioridad a la protección de las personas, lo que se puede ver claramente en el respeto escrupuloso de la presunción de inocencia.

La importancia de valorar los aspectos garantistas no sólo radica en la búsqueda de la verdad material, sino en la probanza de la culpabilidad. Los administradores de justicia deben determinar la culpabilidad de manera inequívoca aplicando su formación especializada y el criterio lógico que debe tener todo proceso judicial.

Si bien la víctima ha sufrido un daño notable, la aplicación de justicia se hará conforme al daño ocasionado. Esta ponderación entre la pena y el daño responde al razonamiento crítico y el peligro social. De esta manera el Estado cumple con su rol de esclarecimiento de los hechos y aplicación de la ley

De acuerdo con Fuentes (2008), la ponderación en la aplicación de sanciones o medidas debe hacerse para proteger, reincorporar, esclarecer los hechos y reparar el daño ocasionando un impacto social. Más que castigar al agresor se trata de hacer hincapié en la protección de las personas. Este objetivo es acorde con los fines de la pena y la naturaleza de las medidas aplicables en todo proceso penal.

2. MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL

El sistema garantista ha permitido que el Estado desarrolle un grupo de medidas de coerción, las cuales tienen como fin asegurar determinadas actuaciones, reducir el peligro procesal y de otra naturaleza, comprendiendo que estas medidas deben aplicarse de acuerdo con una necesidad expresa y fundamentada.

Gaona (2017) explica que las medidas de coerción personal son aquellas propuestas con el fin delimitar total o parcialmente algún derecho del procesado, con la finalidad de que este no pueda obstruir el desarrollo normal del proceso, evitando entre otros riesgos el peligro de carácter procesal.

El Código Procesal Penal regula estas medidas, las cuales se aplican de acuerdo con el criterio de proporcionalidad entre la necesidad de investigar o proteger contra la de limitar derechos con el objetivo de garantizar un ambiente estable para recolectar los medios probatorios necesarios y evitar el riesgo de fuga.

Siendo medidas que responden a criterios específicos y tienen un carácter especial, deben imponerse considerando que la limitación de derechos fundamentales son las herramientas más extremas en un proceso. Estas medidas deben aplicarse siguiendo un orden desde las más leves a las más extremas, existe una jerarquía para su imposición y de no ser efectiva la mínima se debe considerar la siguiente, dejando la prisión preventiva como última ratio, la medida más extrema.

Estas medidas se razonan a partir de la formulación fiscal y el juez de garantías será el encargado de resolverlas, formulando adecuadamente si es que el requerimiento ha sido aplicado o desestimado.

Es necesario seguir un orden en la aplicación de las medidas conforme a la jerarquía que existe entre ellas desde la menos invasiva hasta la extrema:

- La detención regulada en el artículo 259 al 261 por la cual se ordena la búsqueda y captura de la persona con fines de identificación, poner en conocimiento sobre el desarrollo del proceso o conducir ante la sede judicial o policial.
- El impedimento de salida del país regulado en el artículo 295. Esta medida se impone al procesado siempre que se pueda considerar como riesgo la huida del país y por tanto del desarrollo normal del proceso.
- La comparecencia regulada en los artículos 286, 287 y 291 que impone a la persona la medida restrictiva de concurrir a determinadas ubicaciones o no ausentarse de una determinada área geográfica, además será sometida a vigilancia para asegurar su cumplimiento.
- La incomunicación regulada en el artículo 280 establece que la persona involucrada en un proceso puede ser incomunicada con otras determinadas personas en las que pudiera influir para afectar o dificultar el desarrollo del proceso.
- La prisión preventiva regulada en el artículo 268 es la medida más extrema de nuestro sistema jurídico pues limita completamente la libertad de tránsito, restringiendo así todos los derechos que pretendían ser limitados anteriormente por medidas específicas y obligando al sujeto a someterse a un internamiento.

Cabe mencionar que la imposición de las medidas debe responder a los criterios de proporcionalidad, naturaleza y necesidad, entendiendo que antes de proponer la extrema se debe determinar si las anteriores cumplirían efectivamente con la necesidad perseguida y serían menos invasivas.

3. NATURALEZA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva limita la libertad de la persona procesada para que esta no pueda perjudicar mediante obstrucción o peligro de fuga el desarrollo del proceso. Esta medida limita completamente la libertad de la persona y la somete a internamiento en un centro penitenciario.

Bonifaz (2019) explica que la prisión preventiva guarda características muy similares a la reclusión e incluso puede concebirse como un adelanto de pena, pues colinda con la limitación de la libertad y la vigilancia de las autoridades.

El fiscal debe sustentar con criterios específicos por qué considera que esta medida es la más idónea en las circunstancias evaluadas. El juez de garantías debe resolver con una resolución motivada la petición del fiscal.

Moscoso (2020) sostiene que para dictar la prisión preventiva, además de evaluar el grado de afectación

del imputado y ponderar el peligro, tres criterios importantes no podrán ser obviados: la instrumentalidad, la provisionalidad y la excepcionalidad.

Esta medida responde adecuadamente a un carácter temporal y su aplicación es excepcional cuando las medidas anteriores o de menor rango no sean efectivas. El rasgo de instrumentalidad se refiere a que su aplicación está reglamentada

Esto criterios son concordantes además con los presupuestos del artículo 268 del Decreto Legislativo 957 que establece que la prisión preventiva puede dictarse siempre que:

- Existan elementos de convicción fundados.
- La sanción por el delito sea mayor a cuatro años
- Peligro de obstaculización o de fuga.

Estos presupuestos deben ser valorados en conjunto dado que la figura puede ser desnaturalizada al analizar cada uno de los tres aspectos por separado, la solidez en la imposición de esta medida dependerá de que los requisitos necesariamente deben constituir un solo y único fundamento.

Para solicitar la prisión preventiva debe acreditarse la vinculación del procesado con el delito conforme el material probatorio, este debe permitir mediante la mínima inferencia o deducción la certeza de la participación del sujeto en el hecho ilícito. Para determinar el peligro de obstaculización o de fuga se debe prestar especial atención al arraigo, al comportamiento, a la comunicación y a la participación del sujeto durante el proceso.

Manríquez (2020) ha explicado cómo en muchas ocasiones se dicta la prisión preventiva valorando únicamente el peligro de obstaculización y de fuga e ignorando los aspectos anteriores. Esta situación desnaturaliza la finalidad de esta medida y pretende burlar los requisitos esenciales para disponer de esta medida. La valoración del arraigo debe realizarse tomando en cuenta los tres supuestos y no desmembrando la figura jurídica.

El peligro de fuga ha sido regulado en el artículo 269 del cuerpo normativo procesal penal. Este artículo prevé la valoración conjunta del arraigo, la gravedad del delito, el impacto del daño, la conducta del sujeto durante el desarrollo del proceso y si es que el mismo pertenece a una organización criminal.

La casación 626 2013 de Moquegua declara dos presupuestos fundamentales que deben ser considerados antes de dictar la medida de prisión preventiva: la proporcionalidad como medida valorativa de acuerdo con la necesidad y la actitud del sujeto y la duración de la medida referida al plazo necesario y prudente para el término del desarrollo de las investigaciones, a fin de no exceder y hacer un uso abusivo de la medida o servir a intereses particulares.

4. LA LIBERTAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Rodríguez (2020) opina que la libertad es uno de los principales derechos de la sociedad y es inherente a cada persona, por lo que establecer una limitación debe constituir la última ratio. La libertad de la persona comprende la libertad de tránsito, de pensamiento y de opinión. Esta última es una de las principales esencias de nuestro Estado de Derecho.

La prisión preventiva exige el cumplimiento y la valoración de requisitos puntuales porque limita incluso la actividad económica de la persona y su acceso a servicios. Por ello puede ser prevista únicamente en un extremo complejo cuando el daño o el peligro sea latente e imposible de atenderse bajo cualquier otro supuesto. Las medidas previas deben haber sido agotadas y al ponderarse su aplicación se hace evidente que el riesgo ha de ser mayor si no es aplicada.

5. LA PROPORCIONALIDAD

La proporcionalidad nace a partir de la jurisprudencia contenida en la casación 626-2013-Moquegua en la que se establece cómo el criterio a valorar hace evidente que el riesgo de obstrucción o de fuga es mayor ante el interés personal..

El Acuerdo Plenario 01-1019/CJ 116 también ha abordado adecuadamente la prisión preventiva, argumentando que esta no debe ser tratada como un adelanto de la pena. La detención preventiva debe cumplir una utilidad específica y su fin verse realizado en un corto o mediano tiempo; por eso son necesarias la aplicación de la razonabilidad, la proporcionalidad y la idoneidad.

La valoración de los criterios de razonabilidad e idoneidad es posible comprenderse bajo el sentido de la proporcionalidad pues conforme a San Martín (2018) establece que el criterio de la proporcionalidad sirve para la valoración de la razonabilidad y de la idoneidad. Este valor se encuentra incluso con un rango de atención de carácter constitucional, pues revela la finalidad de la medida propuesta.

Rubiano (2019) ha establecido adecuadamente cómo la proporcionalidad se relaciona con la idoneidad en el análisis de esta medida. La proporcionalidad requiere de la aplicación de tres apartados valorativos:

- El apartado cualitativo aplicado, en sentido estricto, a la valoración sobre la idoneidad del medio y su correspondencia.
- El apartado cuantitativo se refiere al lapso del tiempo en que se aplicará la detención preventiva y el interés derivado de su aplicación, así como en la medición de resultados.
- La identificación del ilícito, los motivos de la aplicación de la medida, la magnitud del daño, las actuaciones a realizar y la determinación de la sospecha.

6. EL PRINCIPIO DE NECESIDAD

Este es uno de los apartados más controversiales. Peláez (2018) sostiene que se trata de un principio de naturaleza procesal que detalla la restricción de los derechos fundamentales siempre que no existan medios previos o alternativos en la búsqueda de la justicia. Por ello es necesario justificar la vulneración de los derechos fundamentales para lograr un determinado fin.

La limitación de derechos se propone como factible siempre y cuando los mecanismos previos hayan fallado. También existe la necesidad de vulnerar derechos fundamentales siempre que se haya desarrollado un modo justificable o un medio. En esta situación empieza la controversia porque no siempre se responde a este apartado valorativo de la justificación.

John (2019) determina la dificultad de argumentar una restricción de los derechos fundamentales cuando no se ha establecido certeramente una responsabilidad. Cabe señalar las medidas de carácter cautelar no responden directamente por el ilícito sino por una actuación específica de la autoridad judicial. La proporcionalidad de la aplicación no debe valorarse tomando como base la cantidad de años a imponerse en la pena. En este caso se vulneraría la presunción de inocencia y se desnaturalizaría el principio de necesidad.

De la Torre (2021) indica que el principio de necesidad resulta importante para la aplicación de la detención preventiva porque asegura el desarrollo normal de todo proceso. Las medidas cautelares aseguran la solución de los problemas en momentos específicos, pero no debe pasarse por encima de las garantías del procesado. Las medidas deben aplicarse en modo gradual y según los resultados, por lo que no es necesario continuar aplicando medidas más graves cuando las anteriores ya produjeron los efectos buscados.

7. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Regulada en la norma de mayor rango a nivel nacional, en el artículo 2, inciso 24 y numeral e de la Constitución Política del Perú. Esta norma establece que se presume la inocencia de la persona hasta que se demuestre lo contrario. La responsabilidad jurídica parte de la declaración de culpabilidad, por lo que es imposible desarrollar medidas que constituyan un castigo o limitación total de determinados derechos.

La presunción de inocencia debe mantenerse en vigencia durante el desarrollo del proceso y asegura el tratamiento de la persona en su calidad de no culpable. Esta presunción establece un equilibrio adecuado entre la persecución y las medidas que pueden imponerse y los derechos de las personas, evitando la justicia persecutora e inquisitiva.

Bustamante y Palomo (2018) afirma que las actuaciones de las autoridades deben partir desde el conocimiento de la presunción de inocencia y, por tanto, las medidas no deben ser invasivas sino

escalonadas. Cabe destacar la importancia de valorar el Acuerdo Plenario 01 2019/CJ116 que sostiene que incluso con las medidas de restricción más graves como la prisión preventiva se deben agotar las medidas previas. Las restricciones de derechos deben ser congruentes con las necesidades planteadas por el desarrollo del proceso en sede judicial antes que en las características objetivas o subjetivas de la persona.

8. EL DEBIDO PROCESO Y LA DEBIDA MOTIVACIÓN

La unión de estas dos garantías bajo un mismo título busca establecer el respeto necesario a las facultades y garantías de un debido proceso. De acuerdo con Ferrer (2021), el debido proceso trata de proteger a la persona de un presunto abuso de actuaciones que puedan generar una lesión de carácter jurídico, mientras que la debida motivación responde a la necesidad de argumentación crítica y lógica de cada pronunciamiento realizado por los juzgados.

El debido proceso responde a la obligatoriedad de dar cumplimiento a los parámetros mínimos establecidos en cuanto al tiempo y actuaciones mientras la debida motivación exige que los pronunciamientos sean correctamente argumentados bajo una lógica tanto social como jurídica.

El planteamiento de una medida cautelar debe darse en el espacio necesario y siguiendo los requerimientos establecidos, el razonamiento de la motivación y la pertinencia de su aplicación. La debida motivación articularía los requisitos de la medida y la valoración del debido proceso exige el desarrollo de determinadas diligencias.

Guamán (2022) ha señalado que el tratamiento de una medida cautelar de prisión preventiva es muy delicado porque implica el conflicto entre las garantías y los derechos, por lo que la actuación debe ser muy minuciosa ya que de faltar cualquiera de los parámetros se vulnerarían los derechos del procesado. En esta situación podrían verse involucrados el juez por otorgar la medida y el fiscal por argumentarla de manera incorrecta.

9. REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Acuerdo plenario 01-2019/CJ116

Este acuerdo aborda los requisitos más relevantes que tienen que aplicarse en la motivación de la medida de prisión preventiva. Uno de los más importantes es la sospecha fuerte deducida de las pruebas y de la actividad probatoria que conduce a que el procesado es el autor o que se encuentra directamente vinculado con la autoría del delito.

Se trata también sobre el plazo razonable. El fiscal debe formular las actuaciones a realizar durante el plazo pedido y cómo las diligencias se realizarán dentro de un plazo prudencial, al cabo del cual persona recobraría su libertad.

Finalmente, se determina la importancia de la motivación de las resoluciones que debe desarrollarse en un apartado crítico en el que se analizan los fundamentos de carácter jurídico y social, así como la motivación que debe ser expuesta de manera crítica y lógicamente argumentada.

Casación 119-2016 Áncash

El procesado por la comisión del delito de cohecho pasivo está obligado a comparecer, pero el fiscal propone la revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva. En este caso falta el criterio de motivación suficiente contra la comparecencia.

La solicitud de prisión preventiva fue rechazada porque el fiscal no aportó nuevos elementos que acrediten una sospecha fuerte. No hay concordancia entre la comprobación de los resultados de la medida de comparecencia y la necesidad de la variación de la medida establecida en el acuerdo plenario tratado en el título anterior.

Casación 353-2019 Lima

El procesado era investigado en un proceso por el delito de asociación ilícita en agravio del Estado en la modalidad de comisión del ilícito a través de una organización. La fiscalía presentó un requerimiento de 12 meses de prisión preventiva.

El requerimiento no había aportado elementos de convicción suficientes sobre la pertenencia a una organización criminal, por lo que existía una vulneración a las garantías procesales de la persona. No se había logrado probar esta modalidad asociativa y, por tanto, no se podía señalar al procesado como autor de este ilícito penal.

En cuanto al peligro procesal se constató que el sujeto procesado no tenía bienes raíces, por lo que había latente un peligro de fuga. No se había valorado, sin embargo, otros aspectos como que el sujeto agente era gerente general de una empresa en el país y que él mismo realiza actividad económica. La conclusión a la que se llegó es que la valoración dada por el fiscal se basaba en una suposición, mas no en un riesgo probado como tal.

El requerimiento fue rechazado por no contemplar los apartados básicos y necesarios, así como por no realizar un razonamiento crítico previo y al no haber empleado medidas cautelares específicas que no resultan tan invasivas como la prisión preventiva.

Expediente 205-2018-2

El fiscal solicita un requerimiento de prisión preventiva por el plazo de 36 meses contra un procesado por el delito de cohecho cometido como integrante de una organización criminal. La petición fue declarada fundada y la defensa apeló ante el juzgado aportando como medio probatorio un informe médico en el que se refiere que el investigado sufre de hipertensión arterial y se encuentra en la categoría de población vulnerable.

En la apelación se razona sobre las incongruencias en la motivación presentada por el fiscal, pues los argumentos esgrimidos no se articulan adecuadamente debido a la falta de acreditación de los hechos. Al valorar el recurso de la defensa, la sala alega que debido a las falencias argumentativas la medida debe ser cambiada inmediatamente. En el contexto de la pandemia del coronavirus la sala estableció que no se debía generar un riesgo en la salud del procesado imponiéndole una medida de internamiento. La sala exhortó al fiscal a realizar una revisión de la historia clínica y de los informes médicos del procesado.

10. MATERIAL BIBLIOGRÁFICO

- Acuerdo Plenario 01-1019/CJ 116
- Bonifaz, R. (2019). *Las miserias de la prisión preventiva. La dificultad de desterrar el paradigma inquisitivo de nuestro sistema procesal*. Vox Juris.
- Bustamante, M., & Palomo, D. (2018). *La presunción de inocencia como regla de juicio y el estándar de prueba de la duda razonable en el proceso penal. Una lectura desde Colombia y Chile*. Ius et Praxis.
- Casación 119-2016 Áncash
- Casación 353-2019 lima
- Casación 626-2013-Moquegua
- De la Torre, F. (2021). “Crisis del principio penal de ultima ratio¿Debemos retomar la orientación constitucional del Derecho Penal?”. In *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*.
- De Montesquieu, C. (1989). *Montesquieu: The spirit of the laws*. Cambridge University Press.
- Expediente 205-2018-2
- Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e Ragione: Teoria Del Garantismo Penale*. Laterza.
- Ferrer, J. (2021). *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

- Fuentes, H. (2008). “El principio de proporcionalidad en derecho penal: Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”. *Ius et praxis*, 14(2), 13-42.
- Gaona, Y. (2017). “Medidas de coerción personal en el proceso penal—prisión preventiva y medidas alternativas”. En *Revista Jurídica de la Universidad Americana*.
- Guamán, E. (2022). *La prisión preventiva como medida cautelar y el respeto del principio de presunción de inocencia*. Sociedad & Tecnología.
- John, J. (2019). “El principio de proporcionalidad como límite en la afectación de derechos fundamentales en materia penal”. En *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas*.
- Manríquez, J. (2020). “Prisión preventiva y error judicial probatorio”. En *Revista de Derecho (Valdivia)*.
- Moscoso, G. (2020). *Prisión preventiva a la luz del control de convencionalidad. El binomio de la proporcionalidad y la debida motivación de las decisiones fiscales como regla en el proceso penal peruano*. Dikaion.
- Peláez, J. (2018). “La necesidad del análisis causal frente a la teoría de la imputación objetiva en el derecho penal”. En *Revista de Derecho (Valdivia)*.
- Rodríguez, G., Zurita, I., Coronel, M., & Álvarez, J. (2020). “Habeas corpus preventivo como garantía del derecho a la vida, la integridad física y libertad. Iustitia Socialis En *Revista arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas*.
- Rubiano, K. (2019). *Desconocimiento del principio de razonabilidad y proporcionalidad en la pena prevista en el artículo 188C de la Ley 1453 de 2011*. Universidad Católica de Colombia.
- San Martín, L. (2018). “Las funciones de la razonabilidad en el Derecho Privado chileno”. En *Revista de Derecho (Valparaíso)*.



Autora: M. del Socorro MoraC

LA CELOTIPIA COMO CAUSAL DE DIVORCIO AUTÓNOMA EN COLOMBIA

JEALOUSY AS AN AUTONOMOUS CAUSATION FOR DIVORCE IN COLOMBIA

Tulia del Carmen Barrozo Osorio¹

RESUMEN

La violencia contra la mujer en Colombia se origina en un factor cultural ya aceptado incluso por la Corte Constitucional. Este factor se refiere a la cultura machista ancestral que afecta a toda la sociedad, a la familia e incluso al Estado, y se manifiesta muchas veces a través de una emoción patológica, que es tan común como la violencia no solo en Colombia, sino en los demás países latinoamericanos. Por esta razón, a pesar de que en Colombia existe la causal autónoma de “Ultrajes, trato cruel y maltratamientos de obra” como reza el artículo 154 del Código Civil colombiano, nos preguntamos si la celotipia como patología podría constituirse

¹ Abogada de la Universidad de Cartagena. Orientadora familiar de la Universidad de Navarra, España y Universidad de la Sabana, Bogotá. Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Externado de Colombia - Bogotá; especialista en Educación y asesoría familiar de la Universidad de la Sabana - Bogotá; especialista en conciliación, arbitraje y resolución de conflictos de la Cámara de Comercio de Cartagena en convenio con la Universidad de Cartagena; maestría en procedimiento civil y patrimonio de la Universidad Internacional de Andalucía, sede iberoamericana Santa María de la Rábida – Huelva, Andalucía - España; maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Bogotá; docente de cátedras e investigadora en Universidad de Cartagena, Universidad Libre, y eventualmente en Cámara de Comercio de Cartagena – Sede Cartagena; conciliadora en familia, privado y comercial de la Cámara de Comercio. Doctora (C) en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá. Directora de los semilleros de investigación MIRABAL, Derechos de la Mujer y Derechos de Género. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8382-1909> E-mail: tbarrozo@unicartagena.edu.co

en una causal autónoma de divorcio debido a que su reiterado acaecimiento ha servido como justificación para rebajar la pena del victimario. Considerar a la celotipia como justificación para rebajar la pena del victimario es casi como legitimar el feminicidio y hacer caso omiso del bloque de constitucionalidad y de los documentos suscritos y ratificados por Colombia sobre la no discriminación de los derechos de las mujeres, su garantía y no violación. La celopatía podría llegar a considerarse una causal autónoma de divorcio y como justificante de rebaja de pena a favor del victimario. Los Derechos Humanos desarrollados en el artículo 13 de la Constitución Política colombiana se encuentran ligados a la dignidad humana y se concretan jurisprudencialmente. La dignidad humana no es negociable en ninguna circunstancia.

Palabras clave: Violencia. Mujer. Discriminación. Celotipia. Feminicidio. Divorcio.

ABSTRACT

It can be said that violence against women in Colombia, which has its origin in a cultural factor, already accepted even by the Constitutional Court, is based on a cultural element that permeates all of society, the family, and even the State, and it often manifests itself through a pathological emotion, which is as common as violence itself, not only in Colombia, but in Latin countries, due to the same ancestral macho culture in which both men and women have been educated. For this reason, despite the fact that in Colombia there is an autonomous cause of “Outrages, cruel treatment and mistreatment of work” as stated in art. 154 of the Colombian Civil Code, we ask ourselves in this article if Celotypy as a pathology could be an autonomous cause of Divorce, because its repeated occurrence has led to it being considered as justification for Anger and Intense Pain, and therefore lower the penalty of the victimizer. Considering Celotypy as the justification to reduce the sentence of the perpetrator is almost like legitimizing Femicide and ignoring the Constitutional Block and the documents signed and ratified by Colombia, through which non-discrimination of the rights of women is sought. women, their guarantee and non-rape. Celopathy could come to be considered an autonomous cause for Divorce to the same extent that in the field of criminal law it is considered as justification for a reduction in sentence in favor of the perpetrator, and be in turn, a causal sanction, and incidentally that the operator of justice, as well as ruling in favor of the victimizer, justifying him for a rather primary and elemental act improper of sapiens-sapiens, grant the female victim, or the relatives of the victim of Femicide, a large compensation for it. The Human Rights that are developed in article 13 Superior of the C.P. Columbian, are natural, are linked to Human Dignity, and are specified in jurisprudence. Human Dignity is not negotiable under any circumstances.

Keywords: Violence, Women, Discrimination, Celotypy, Femicide, Divorce.

1. INTRODUCCIÓN

La mayoría de las personas hemos experimentado celos; los celos son una emoción que se traduce en pensamientos o sentimientos que producen inseguridad; algunos miedos de pérdida de personas o cosas valiosas; preocupaciones e incluso estados de ansiedad anticipada ante el temor infundado de perder los afectos de una persona, perder el estatus, un buen cargo y creer que lo ostentará otra persona. Estas situaciones y otras análogas producen inseguridades, miedos, pensamientos no muy positivos.

La condición para que se configure la celotipia es que exista una relación entre el que cela, la persona celada y un tercero al que se le suele percibir como un rival. Esto ocurre en las relaciones de pareja, máxime si por alguna razón la confianza en la cual debe cimentarse esa relación se perdió. Los celos tienen una base ilusoria, a veces real. Los celos bien manejados hasta pueden ser halagüeños, porque si bien constituyen una emoción que podría a veces ser mortificante, bien manejada puede fortalecer una relación, transformarse en actos protectores, transmitir importancia y hasta seguridad a la pareja.

La celotipia se inicia con celos malsanos cuyo origen es totalmente irreal, ilusorio, solo existen en la mente de quien los vivencia y hace padecer. La mayor parte del tiempo conviven con pensamientos reiterado de peligro permanente sobre lo que consideran su propiedad. Al distorsionar la realidad se inician los actos violentos contra la dignidad de la persona objeto de los celos malsanos, debido a esta disociación mental que hace el celoso extremo pueden darse conductas como el control sobre las decisiones que son propias de la pareja (estudios, quiénes deben ser las amistades, visitas a familiares, modo de vestir, regalos que recibe y de quién los recibe) y ejerce control sobre el tiempo para que haga o deje de hacer diligencias fuera de su lugar de residencia. El trato también se deteriora con el uso de expresiones desdeñosas y hasta injuriosas como “eres fea”, “eres gorda”, “ya no me gustas”, “...por eso me busco a otras”, “...no sirves para nada...”, “...no te mereces nada de mí”, “no te daré nada para tu mantenimiento”, “defiéndete cómo puedas”, “si no te acuestas conmigo cuando yo diga, no habrá esto... o lo otro...” .

Además el celador cuestiona la veracidad de la información recibida; la verifica con la intención de conocer si es engañado o no; presiona constantemente a fin de recordar que su pareja le *pertenece* solo al celotípico o guardan silencios extremos sin explicaciones por largos términos de tiempo. Esto hace sentir y crecer sentimientos de inseguridad y culpabilidad en la pareja. Todo esto solo de manera enunciativa, puede haber otras reacciones iguales o peores, incluso llegar al feminicidio. Las conductas anteriores crean inestabilidad y al crear inestabilidad aumenta la inseguridad, que es el caldo de cultivo para que la mente inicie su proceso ilusorio e imaginario de celos enfermizos hacia una carrera desenfrenada de hechos violentos en contra de su pareja, que pueden ser o no reiterados en el tiempo, o que actúan como uno solo, y desencadenar incluso un delito de feminicidio.

Las causas o la etiología pueden ir desde algunas faltas emocionales no resueltas desde su propia infancia, infidelidades anteriores o en su familia que rompieron su núcleo familiar de origen hasta

verdaderos trastornos de personalidad siquiátrica que no les permite distinguir lo real de lo construido por su mente, y algo muy importante, y es la cultura machista en la que se ha formado el hombre, no solo el hombre colombiano, sino el hombre casi universalmente, ubicando a la mujer en una posición de inferioridad ancestral, que permea todos los ámbitos de la sociedad, la familia y el Estado.

2. LEYES SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO EN COLOMBIA, MEDIDAS DE PROTECCIÓN, DELITO DE FEMINICIDIO, LEYES CIVILES SOBRE CAUSALES DE DIVORCIO Y EL SUBROGADO PENAL DE IRA E INTENSO DOLOR.

Es importante recordar el papel decisivo de la cultura en el desarrollo de este fenómeno en el mundo. Las definiciones de género y sexo han servido para establecer los roles que juegan en los aspectos psíquicos y sociales el hombre y la mujer, y sobre lo que es femenino y lo que es masculino. Gema Nicolás Lazo (200) menciona a conocedores del tema como a Los médicos Robert Stroller y Jhon Money hacen una clara diferencia entre *género*, entendiéndolo como los aspectos síquicos y sociales de lo femenino y masculino, mientras que el *sexo* son las diferencias anatómicas entre uno y otro. O sea, primero es cómo se observan al hombre y a la mujer en la sociedad, y el segundo es lo que son cada uno de ellos en esencia fisiológica y natural.

Los estereotipos sobre el hombre y la mujer, de acuerdo con Cook y Cusack (2010), los definen como una visión generalizada o una preconcepción con los atributos o características de los miembros de un grupo particular o sobre roles que tales miembros deben cumplir. Cada persona tiene un rol o papel que cumplir en la sociedad o en un grupo social especial, y la cultura crea esas pautas alrededor de esos roles.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad que ha influido mucho en la formación integral de la persona. Después esta influencia se expande a la sociedad en general. En los países latinos la influencia judeo-cristiana también ha ejercido su influencia: desde muy temprana edad a través de la Torah y la Biblia² han recibido como ley natural el rol que la mujer debe cumplir en el mundo, en la sociedad, en la familia.

2 NOTA DE LA AUTORA: Historia de la Biblia que ilustra casos como este: En el Antiguo Testamento, en el libro de Jueces, Capítulo 19, desde el versículo 1 al 25 y más, se describe la violación de unas mujeres. Para esta época se estaban desarrollando guerras fratricidas entre tribus israelitas contra la tribu de Benjamín, el hermano menor de José, quien fuera vendido por sus hermanos mayores a los egipcios; todo esto debido a delitos gravísimos de hospitalidad y abusos sexuales. Por esta razón se exigía por parte de los Benjaminitas que reaccionara, y participara en el castigo a los culpables; Benjamín se niega y esto provoca la guerra peor. El Libro termina con la descripción de la victoria difícil de Benjamín, ya que para evitar su destrucción total se procedió al rapto de todas las mujeres para los supervivientes, de su líder en batalla. La historia de la violación de la mujer, es sobre un hombre que se encuentra con su concubina y su criado, en sus dos asnos haciendo la travesía, para llegar hasta el lugar donde habitan, y faltando poco para llegar, llegan a la ciudad de los hijos de Benjamín, y él iría a la ciudad de los hijos de Jehová;

Ya decía Simone de Beauvoir (2015), *no se nace mujer, se llega a serlo* porque el rol de la mujer en el mundo ya viene predeterminado y su lugar, sus derechos les han sido vedados culturalmente por influencia tan fuerte incluso como las religiosas. Se ha repetido por mucho tiempo que solo sirven para tener hijos; su sexualidad solo les sirve para cumplir con el débito conyugal; no les está permitido demostrar públicamente su gusto por un hombre en especial, sin ser tachada de lanzadas o algo peor; su voluntad debe consistir en ser sumisas y obedientes hijas, hermanas, y luego esposas e incluso madres viudas; solo deben desarrollar sus aptitudes psicológicas para ser buenas madres, amas de casa, cocineras, esposas, y dadoras de cariño y amor; y sus aptitudes intelectuales para acceder a carreras solo para “mujeres” como enfermería, trabajo social, idiomas, psicología, educación preescolar, y análogas, nada que de acuerdo a la cultura implique grandes esfuerzos de inteligencia y de inversión de tiempo. Cada derecho alcanzado y logrado ha sido a través de luchas sociales. Como tal se ha generalizado la creencia predeterminada, de que la mujer está acostumbrada a la lucha de todos sus derechos, no le es dado reclamar por ellos, so tacha de quejumbrosas o histéricas.

Como no se puede no debe soslayar la realidad, en Colombia se han expedido normas de mucha importancia para proteger a la mujer de esta devastadora situación. La tendencia, sin embargo, indica que la sociedad al está muy lejos de admitir que el hombre y la mujer son distintos entre iguales. Por eso se han implementado programas de formación desde la primera infancia que permitan revertir estos prejuicios tan arraigados.

En el Código Civil colombiano Al referirse a las normas sobre causales de divorcio encontramos:

Artículo 154. Causales de divorcio

Son causales de divorcio:

- 1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges.*
- 2. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.*
- 3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.*
- 4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.*
- 5. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.*
- 6. Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial.*
- 7. Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.*
- 8. La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años.*
- 9. El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia.”*

La causal tercera sobre “*Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos* se refiere a todo tipo de violencia que cause uno de los cónyuges a otro, porque la conducta hace un recorrido desde los ultrajes como son el uso de los insultos, hasta el trato cruel y el maltratamiento de obra. Esta última es una conducta que implica violencia física. Las tres conductas no tienen que ser concurrentes, ni darse a manera de cronicidad, es decir, producirse más de una vez para que se configure la causal. Se trata de proteger la dignidad humana como esencia de cada ser y en la medida que se tenga conciencia de ello, cada mujer tendrá una mejor autoestima.

La celotipia ha sido una causal para que el hombre incurra en tratos crueles, ultrajes y maltratamientos de obra contra su pareja., Lamentablemente, en la historia del Derecho colombiano se ha legitimado el comportamiento de los victimarios por mucho tiempo.

Durante la vigencia del Código Penal de los Estados Unidos de Colombia (Ley 112 de 1873.)³, estando vigente la Constitución Política de 1863, en su artículo 459 existió la conducta típica de homicidio; pero lo interesante fue que el artículo 466 del mismo cuerpo legal establecía circunstancias de atenuación para este homicidio. Estas circunstancias de atenuación eran las siguientes: **a)** cuando la hija bajo patria potestad era sorprendida mientras mantenía relaciones sexuales con hombre que no era su marido, o casi inmediatamente después de realizar el acto, y **b)** cuando dicho homicidio era realizado por el hombre que encontrara a su mujer legítima en el acto sexual con otro hombre. Igual sucedía si se la hallaba en actos previos, durante o justo después. Como se observa era una ley traída de la época de las cavernas porque legitimaba homicidios por el hecho de que un hombre no puede manejar sus emociones, colocándose a la altura de un ser no pensante.

En el año 1890 se expide un nuevo cuerpo penal, vigente hasta 1936 cuando se expidió otro. Este código penal de 1936 empeoró la situación de las mujeres porque crea la figura del *Uxoricidio*, extendiendo las circunstancias de atenuación anteriores a la total falta de culpa, a la *inimputabilidad total del victimario*, ya que éste podía decidir sobre la vida de las mujeres de su familia, como cónyuge e hijas sin dar razones algunas de su conducta y exculpando su acto. La norma decía: “... *en la persona de su mujer legítima o de una descendiente legítima del homicida que viva a su lado honradamente, a quien sorprenda en el acto carnal con hombre que no sea su marido ... y lo mismo se hará en el caso de que los sorprenda, no en el acto carnal, pero si en acto deshonesto, aproximado o preparatorio de aquel, de modo que pueda quedar duda del acto ilícito que entre ellos existe...*” (Rodríguez Piñeres, 2014).

Cabe anotar que no existía conducta típica sobre el cónyuge hombre, ni en los hijos hombres. Ahora bien, una legitimación de la conducta de un celotípico era muy peligrosa.

En el Código Penal de 1936 también se daban unas conductas faltas de equilibrio frente a lo que hoy es el derecho desde la perspectiva de género. Por ejemplo, en los delitos contra la familia, el que mediante violencia física o moral (no existían las modalidades de violencia hoy conocidas), mediante engaños,

3

sustrajera, arrebatara o retuviera a una mujer para satisfacer deseos erótico sexuales se encontraba sujeto a pena privativa de libertad: *“De seis meses a dos años de prisión, si la mujer fuere mayor de edad. De seis meses a tres años de prisión, si fuere mayor de dieciocho y menor de veintiún años. De uno a cuatro años de prisión, si fuere mayor de catorce y menor de dieciocho, o si estuviere ligada por matrimonio válido.”*

Las penas aumentaban de acuerdo a la minoría de edad de la víctima sobre la que recayera la conducta, pero algo muy particular es que si la víctima era una mujer casada (o mayor de 14 y menor de 18 años) la pena era de uno a cuatro años, o sea, ¡la más alta!

Como en los casos anteriores pareciera que lo que se castiga es el honor y el ego herido de los hombres, y no la honra de las mujeres como en el caso de los delitos contra la familia o los actos deshonestos. A propósito de los delitos contra la familia resulta muy llamativo por lo discriminatorio observar cómo se daban las circunstancias atenuantes por la edad como si el dolor fuera mayor o menor por esta circunstancia; igual por el hecho de que la mujer fuera meretriz (el hecho se reduce a la mitad); igual si la mujer era raptada, pero el hecho deshonesto no se consumaba, como si el rapto de por sí no constituyera ya un acto de violencia fuerte y que dejara huellas psicológicas difíciles de borrar (se reducen a la mitad). Para cerrar con broche de oro, los delitos eran querellables: el artículo 356 prevé que se procederá a petición de la ofendida, de su representante legal o de quien tenga interés legítimo en ella, dentro de los seis meses siguientes a los hechos.

Con la expedición del Código Penal de 1980 se deja de contemplar la figura del *uxoricidio* y surge el homicidio agravado, en el que tímidamente se da un asomo de igualdad entre los derechos de los hombres y las mujeres. El artículo 60 estipula como atenuante el hecho de que esta conducta se lleve a cabo bajo un estado especial de emoción de ira e intenso dolor: *“el que cometa el hecho en estado de ira e intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo señalada en la respectiva disposición”* (Decreto 100 de enero 23, 1980). Actualmente, en el Código Penal (Arboleda Vallejo, 2022), esta figura está definida como el que realice la conducta punible bajo influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas que hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor a la mitad del máximo ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición.

En 1980, antes del citado Código Penal de Arboleda Vallejo, o sea, en el Decreto 100 de 1980, la ira e intenso dolor se daba por comportamiento ajeno grave e injusto, y la sanción era distinta a la del Código de Arboleda.

En todo caso, el sujeto activo de la conducta se debe encontrar en un estado emocional de ira e intenso dolor, causado por un hecho ajeno que sea grave e injustificado. No nos detengamos en las demás

calificaciones como son “*profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas*”, sino solo en el estado emocional como causa de la atenuación de la violencia contra la mujer. La celotipia se encuentra encuadrada en la causal de divorcio ya mencionada, por lo que la ira y el intenso dolor podrían ser utilizados para atenuar esta violencia.

Actualmente, la ira e intenso dolor siguen vigentes en Colombia como causal de atenuación. De eso no hay duda. Y hemos visto ya a través del recorrido de las normas penales cómo ha sido el trato dado a la mujer colombiana bajo la lupa de este cuerpo normativo de orden público.

Consciente de este fenómeno y a raíz de la firma y ratificación de convenciones internacionales como la Convención de Belém do Pará y CEDAW (Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer), las cuales entraron en el derecho interno y supranacional mediante las leyes 248 de 1995 y Ley 051 de 1981, concomitantes con los dos últimos códigos penales, el Estado colombiano se ha comprometido a implementar normas necesarias para evitar todo tipo de violencia contra las mujeres..

Se define por primera vez la violencia contra la mujer como todo tipo de acción u omisión, que le cause muerte, daño físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad (Ley 294 de 1996) El cónyuge victimario, sin embargo, puede realizar todas las conductas mencionadas anteriormente bajo el estado emocional de la celotipia, y guardadas las proporciones se encuentra cometiendo este delito. Por ello, la justicia colombiana debería crear una causal autónoma de divorcio llamada “celotipia”, en aras de evitar un desenlace fatal como el feminicidio, máxime cuando la justicia penal cuenta con varias gabelas legales que le convendrían al victimario. El caso de una magistrada que venció en franca lid a su excónyuge en un divorcio y se hizo acreedora a una indemnización civil de pago de alimentos es un claro ejemplo de los avatares que debe afrontar una mujer para obtener justicia. Solo en la Corte Suprema de Justicia se debatió el caso, y le fueron reconocidos sus derechos al pago de alimentos violados hasta por sus compañeros de la rama judicial⁴.

Un caso de celotipia muy famoso en Colombia fue uno ocurrido en la ciudad de Barranquilla. Una diseñadora muy famosa y dueña de una cadena de almacenes de ropa llamados “Laura V” se divorció de su exmarido debido a los malos tratos de obra, físicos y de toda índole que recibía de él, debido a sus celos excesivos que ya se habían convertido en un asunto de tipo obsesivo. Ya no convivían y la noche del 1 de enero de 2010, él le propuso que hablaran porque quería recuperar su relación, al parecer ella ya tenía otra pareja. Cuando se disponía a viajar al exterior accedió a conversar con su ex marido Samuel Viñas. Ella de nombre Clarena Piedad Acosta recibió dos disparos en la cabeza, y sucedió en presencia de hijos y familiares. A pesar de un tiempo largo de separación, él le revisaba los correos electrónicos. Sus celos excesivos lo llevaron a una condición de trastorno neurótico obsesivo compulsivo. En el

4

Tribunal de Barranquilla, los familiares de la occisa adujeron que la Fiscalía no defendió correctamente su tesis de que el victimario obró conscientemente, y a través de su abogado Nodier Agudelo, planteó en su apelación que debió ser absuelto por duda probatoria por haber dos dictámenes médicos encontrados. El primero aducía que el empresario victimario se encontraba consciente y el segundo que había actuado en estado de ira e intenso dolor. Por ello, lo consideraron paciente psiquiátrico que actuó llevado por esta condición y que no quería perder al amor de su vida. Dada la notoriedad de los hechos violentos que había sufrido la víctima durante la vida conyugal, el victimario fue condenado aproximadamente a unos 31 años de detención carcelaria.

Posteriormente la Ley 575 del año 2000 reforma parcialmente la Ley 294 de 1996. Esta ley se extiende a todo el núcleo familiar; no solo se refiere a la unión matrimonial, sino también a las uniones maritales de hecho; extiende las medidas de protección para las víctimas de las causales de divorcio que estén siendo violentadas. La Ley 1257 de 2008 amplía el concepto de violencia contra la mujer a los ámbitos privado y público. Es quizás la característica más importante. Aporta el procedimiento y la ruta de atención a los casos de violencia contra la mujer.

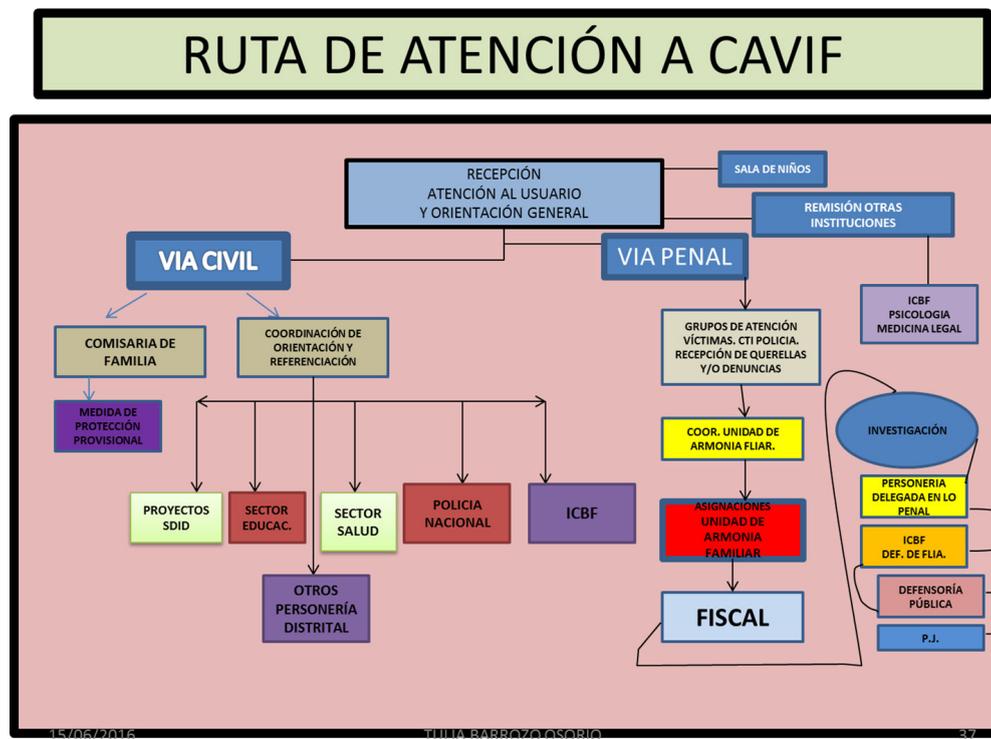


Tabla 1. Rutas de atención para las víctimas de violencia intrafamiliar. (Realizado por la autora)

Esta ruta se utiliza con la finalidad de atender a las víctimas de violencia intrafamiliar en todas sus formas, ya sea con alto riesgo o riesgo moderado, para interrumpir ese riesgo, evitarlo o disminuirlo, cualquiera que sea posible de acuerdo con el caso. El objeto es iniciar el proceso reparatorio de sus derechos, de implementar las medidas de seguridad con acciones integrales legales, psicológicas y sociales.

A raíz de las modificaciones en el área del Derecho Civil con ocasión de la influencia de los documentos internacionales ratificados por Colombia, en el campo penal se continúan realizando adecuaciones legales. La Ley 599 del 2000 trae interesantes modificaciones al Código Penal actual, agregando la violencia intrafamiliar a la categoría de delito en el artículo 229 (Declarado parcialmente EXEQUIBLE este artículo por la Corte Constitucional mediante sentencia C-029 de 28 de enero de 2009 pero bajo “... el entendido de que sus previsiones también comprenden a los integrantes de las parejas del mismo sexo) bajo el entendido de el que maltrate a otro física y psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, y establece circunstancias de agravación cuando se llevan a cabo sobre un menor, una mujer, o persona mayor de 65 años o discapacidad que se describe en la norma. No hace alusión a si el victimario ya no vive en ese núcleo familiar o si la violencia es pública o privada, es decir, de puertas adentro o de puertas afuera. El hecho objetivo es la violencia. Se observa cómo la causal del maltrato de obra, de palabra y trato cruel tiene su homóloga penal, no pide la norma ningún tipo de requisito adicional. Esta pena también se impone a quien no siendo miembro de la familia tiene como domicilio o residencia ese mismo lugar.

El artículo 230 se refiere al maltrato físico mediante restricción a la libertad física. Esta restricción propia de los celotípicos no necesariamente debe ser ejercida mediante la fuerza; basta una amenaza, el conocimiento precedente del actuar del celotípico para infundir en la psicología de la víctima el temor a salir, que no se atreva a hacerlo evitando anticipadamente las consecuencias que le sobrevendrán.

La Ley Natalia Ponce de León o ley 171 del 2014 también adiciona al Código Penal la conducta autónoma de “Lesiones con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares”. Estos fueron hechos sucedidos aproximadamente el año 2014. En estas líneas no se puede garantizar si hubo o no una relación de amistad o amorosa entre la víctima y el victimario. Durante el proceso hubo testigos en sentido afirmativo y negativo; pero el caso no es ese. El caso es que el victimario desarrolló una obsesión hacia la víctima y al parecer había desarrollado un interés no correspondido por ella. El Tribunal Superior de Bogotá rebajó la pena impuesta al victimario Johonatan Vega Chavez por el ataque con ácido a la víctima Natalia Ponce de León acaecido en marzo 27 de 2014 en Bogotá. Se le impuso una pena de veinte (20) años en segunda instancia, siendo que en primera instancia se le había impuesto una pena mayor de veintiún años (21) y diez (10) meses de prisión.

El defensor del victimario pide la rebaja de pena por alegar que actuó en estado de *ira e intenso dolor*, lo que hace presuponer que pudo haber habido una relación anterior entre ellos, y ante la negativa de la víctima no lo soportó más y actuó de manera desesperada y la atacó con ácido. Pero la defensa no pudo explicar cómo Vega actuó concienzudamente los actos preparatorios, la esperó de manera impaciente,

y al tenerla cerca le arrojó varias descargas del líquido que corroe dejándole en su cuerpo muchas quemaduras de importancia, y tuvo que ser sometida a demasiadas intervenciones quirúrgicas. Este hecho marcó un hito en la historia del Derecho Penal en Colombia e influyó para que la Ley 171/2014 incorporara la celotipia como conducta autónoma.

A pesar de algunas normas expedidas en Colombia sobre los derechos de la mujer, la tendencia es al aumento de la violencia contra ella y la pervivencia de la figura jurídica de la ira e intenso dolor para soslayar todo un cuerpo legal supranacional y de salud pública. Esto nos hace repensar mucho sobre los valores que imperan en la sociedad, la familia y el Estado colombiano. Se hace necesario una formación profunda desde los albores del ser humano y al interior del núcleo familiar para romper paradigmas ancestrales que tanto daño hacen culturalmente a la salud mental de los ciudadanos y de la posteridad.

1. Iniciaron manejando a secas la violencia doméstica; acordando pactos de no agresividad ante centros de conciliación (Ley de los ojos morados) - (Ley 294 de 1996)
2. En ese orden de ideas los sujetos pasivos eran la familia y el activo el que ejercía relaciones de dominio y sujeción jerárquica contra cualquier integrante de la familia. ¡Se establecen modalidades de violencia aun a nivel de agravios o amenazas!
3. Luego esta conducta se eleva a la categoría de conducta penal. Sujeto activo indeterminado, pero se supone que debía ser un varón que ejercía violencia al interior de la familia; bien jurídico tutelado: la familia. Continuaron las modalidades de violencia. (Ley 599 del 2000) (Modificación en el Código Penal) (Título VI. Delitos contra la familia. Capítulo I. De la violencia intrafamiliar)
4. Al aumentar las conductas, dando como resultado incluso la muerte de las mujeres por el hecho de serlo, se crea la Ley de la violencia de género, iniciativa presentada en el 2.008 por la entonces senadora, Gina Parody. En esta norma se incluyeron el concepto autónomo de violencia de género y sus distintas modalidades; también unas medidas de protección incluso impuestas por autoridades administrativas, sin perjuicio de dar traslado a la Fiscalía: principios de interpretación conforme a normas internacionales; creación de la corresponsabilidad Estado-Sociedad-Familia; dejó de ser obligación denunciar solo desde la intimidad del núcleo familiar; derechos de la mujer y principios de interpretación de la norma; obligaciones precisas para los distintos ministerios y campañas de educación a autoridades de familia, penal y todas las que deban intervenir en esos procesos a cualquier nivel; competencias para conocer del asunto: comisarías de familia y fiscalías; se establecieron rutas de atención al problema; otros. Sujeto activo: Indeterminado, pero cabe la posibilidad de entenderse que proviene de un varón. Sujeto pasivo: la mujer.
5. Ley 1761 del 2015⁵. A raíz de otro caso icónico en Colombia se crea el delito autónomo de feminicidio por el homicidio y empalamiento de una mujer colombiana, que después de clases nocturnas salió con compañeros a departir en un establecimiento cercano a su lugar de estudios.

En un estudio denominado *La construcción del rol de la mujer en el derecho penal: Una mirada desde la aplicación de la “ira e intenso dolor como atenuante en casos de feminicidio por celos en Colombia”* (Benavides Herrera, 2017), tras el estudio de su tema de investigación en este documento se afirma que de cada asesinato de mujeres en Colombia la administración de justicia acude a esta figura para atenuar las condenas por homicidios de los hombres contra las mujeres. Que las mujeres también dan muerte a sus parejas por celos, pero no en las dimensiones que lo hacen los hombres. Lo que nos hace llegar a la conclusión en este trabajo que el problema continúa siendo cultural.

El Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses contabilizó del 2006 al 2016 un total de 123 homicidios de mujeres a manos de su parejas o exparejas, frente a solo 27 en el caso contrario. La cifra es abrumadora y nos termina de reafirmar lo antes dicho sobre el control cultural y machista que permea en lo más profundo.

He aquí una muestra tomada en febrero de 2022 en la ciudad de Cartagena de Indias. Este fue el cuestionario:

Principio del formulario

Encuesta sobre la celotipia.

Realizado por: Tulia Barrozo O. - Docente de Derecho, Universidad de Cartagena.
Colaboradoras: Lina Herrera R., Jennifer Morales V., Elsa Quintana V. - Estudiante de Derecho, Universidad de Cartagena,

tbarrozo@unicartagena.edu.co Cambiar de cuenta

***Obligatorio**

Correo *

Tu dirección de correo electrónico

Sexo *

Femenino

Masculino

Ocupación *

Estudiante

Docente

Administrativo

- 1. Teniendo en cuenta que la celotipia es “un trastorno delirante irreversible y multifactorial que hace pensar al paciente que su pareja es infiel” ¿Conoce usted algún caso de esta en su entorno? ***
 - Sí
 - No
 - No sabe

- 2. ¿Con qué frecuencia observa en su entorno conductas de celotipia como amenazas, limitación de la autonomía y/o violencia física y verbal entre parejas? ***
 - Nunca
 - Casi nunca
 - Frecuentemente
 - Casi siempre
 - Siempre

- 3. ¿En qué etapa considera usted que se es más propenso a *sufrir* por causa de las conductas anteriormente descritas? ***
 - Adolescencia (12 -17 años)
 - Juventud (18 - 26 años)
 - Adulthood (27 - 59 años)
 - Persona Mayor (60 años o más)
 - Todas las anteriores

- 4. ¿En qué etapa considera usted que se es más propenso a *realizar* las conductas descritas en la pregunta dos (2)? ***
 - Adolescencia (12 -17 años)
 - Juventud (18 - 26 años)
 - Adulthood (27 - 59 años)
 - Persona Mayor (60 años o más)
 - Todas las anteriores

- 5. Dentro de las diversas causas que motivan a un agresor a cometer un feminicidio, ¿Considera que la celotipia figura como la principal? ***
 - Sí
 - No

6. ¿Está usted de acuerdo con que la celotipia se justifique como una conducta de ira o intenso dolor para aminorar la sanción del victimario? *

Sí

No

Enviar

Borrar formulario

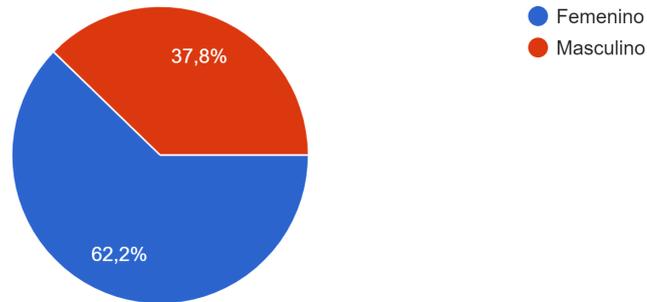
Final del formulario

Tabla 2. Encuesta aplicada

RESULTADOS DE LA ENCUESTA TOMADA A NOVENTA (90) PERSONAS

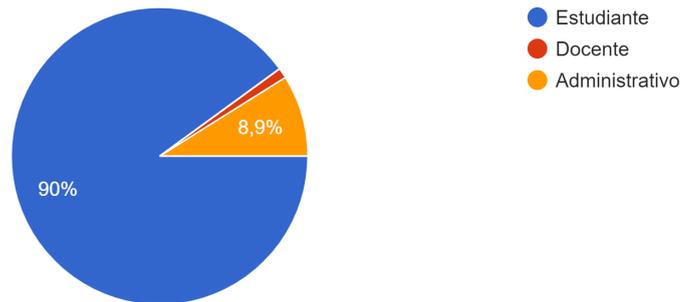
Sexo

90 respuestas



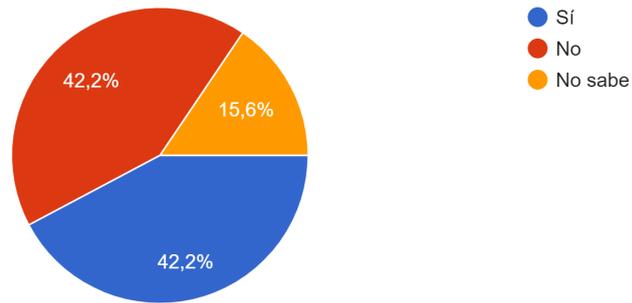
Ocupación

90 respuestas



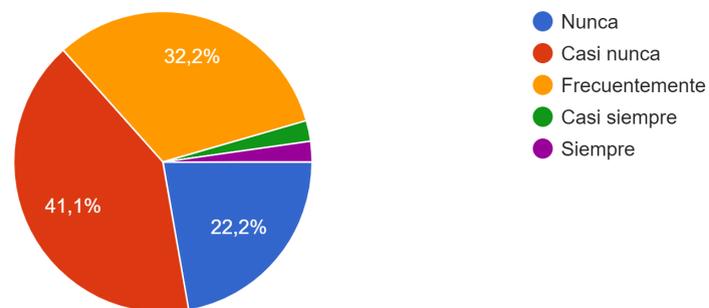
1. Teniendo en cuenta que la celotipia es "un trastorno delirante irreversible y multifactorial que hace pensar al paciente que su pareja es infiel" ¿Conoce usted algún caso de esta en su entorno?

90 respuestas



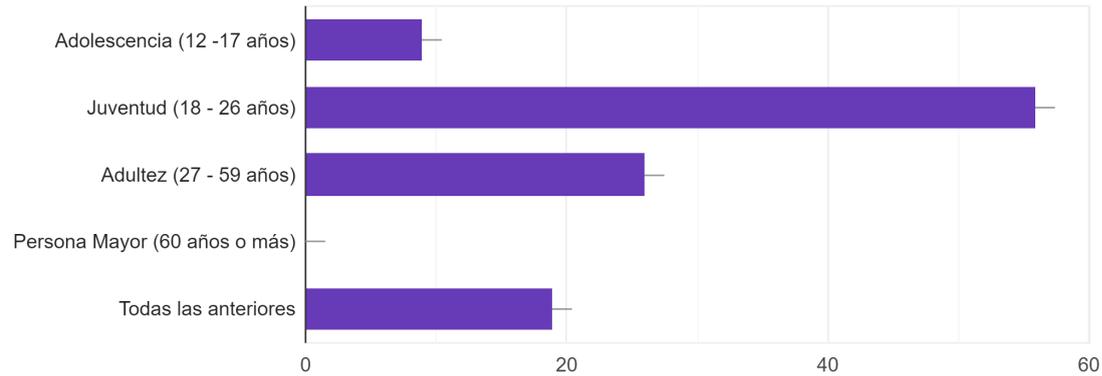
2. ¿Con qué frecuencia observa en su entorno conductas de celotipia como amenazas, limitación de la autonomía y/o violencia física y verbal entre parejas?

90 respuestas



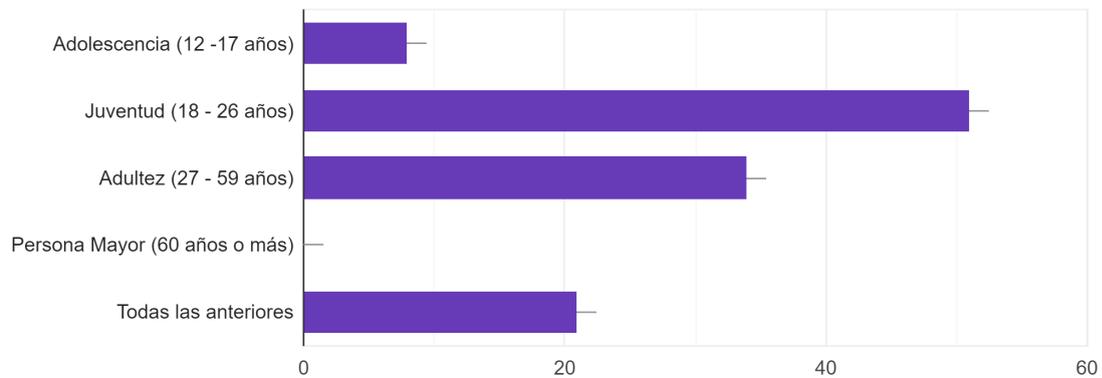
3. ¿En qué etapa considera usted que se es más propenso a *sufrir* por causa de las conductas anteriormente descritas?

90 respuestas



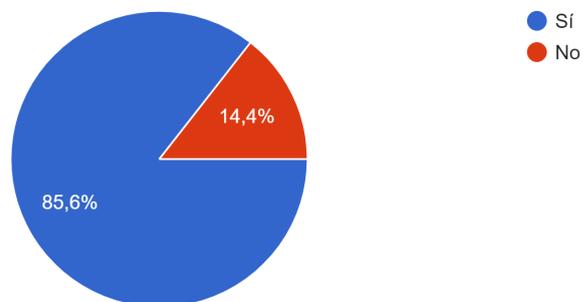
4. ¿En qué etapa considera usted que se es más propenso a *realizar* las conductas descritas en la pregunta dos (2)?

90 respuestas



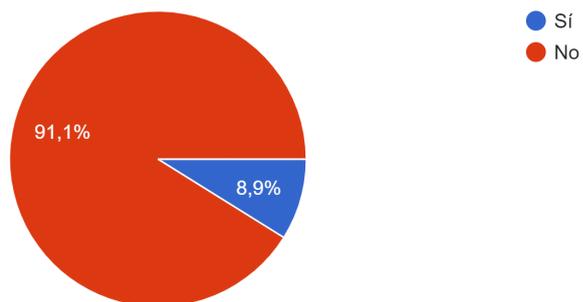
5. Dentro de las diversas causas que motivan a un agresor a cometer un feminicidio, ¿Considera que la celotipia figura como la principal?

90 respuestas



6. ¿Está usted de acuerdo con que la celotipia se justifique como una conducta de ira o intenso dolor para aminorar la sanción del victimario?

90 respuestas



CONCLUSIONES DE LA ENCUESTA

1. De noventa (90) personas el 62,2% de las encuestadas fueron mujeres, pero hubo un buen porcentaje de hombres encuestados también.
2. El 90% de los encuestados se trató de estudiantes.
3. Se aporta el concepto de celotipia y se pregunta si se conocen casos en su entorno, y las respuestas negativa y positiva fueron iguales en porcentaje, llegaron a un 42.2% ambas. De todos modos, una cifra considerable en el caso positivo, dado que se encuestó a noventa personas.
4. La pregunta fue sobre la frecuencia con la cual se observan conductas propias de la celotipia como amenazas, limitación de la autonomía, violencia física o verbal entre parejas. Interesante las respuestas porque a pesar de que los casos de violencia muchas veces ocurren de puertas para adentro, la respuesta de “Nunca” (22,2%) fue más baja que “Casi nunca” (41,1%) y “Frecuentemente” (32.2%). O sea, que las posibilidades de que ocurran estos hechos de violencia son más altas que nunca.
5. Pregunta sobre los rangos de edad en los que el encuestado considera que esos actos pueden “sufrirse”; o sea, las víctimas se encuentran en determinados rangos. La mayor fue la del rango de “juventud” (18-26 años) casi llegando a las 60 personas. Le siguió “adultez” (27-59 años) casi unas 30 personas. Y muy interesante que casi 20 personas contestaron “Todas las anteriores”, lo que no excluye a la adolescencia. Son respuestas críticas desde el punto de vista de quien escribe estas líneas, porque son rangos de edades de personas que ya tienen desarrollado el sentido común desde el punto de vista psicológico y ya tienen desarrollado el sentido de la conciencia, así como los conceptos del bien y el mal.
6. Esta pregunta trata sobre la etapa en la cual se encuentra la víctima más propensa a realizar las conductas en comento.
7. Esta pregunta sobre si los encuestados están o no de acuerdo que a favor del agresor se aluda la figura de la ira e intenso dolor. La respuesta fue contundente. Fue “No” con un 85.6% frente a un “Sí” con solo un 14,4%. Es tranquilizadora la respuesta porque se tiene conciencia de que, aunque en estricto Derecho Penal pueda acudir a esta figura a favor del victimario, desde la óptica de género y del derecho supranacional que protege los derechos de la mujer es reprochable acudir a ella porque se ataca la dignidad humana de la mujer.
8. La respuesta a la pregunta si se justifica la celotipia como un acto de ira e intenso dolor fue más contundente que la anterior. Un “No” en un 91,1%; “Sí” solo 8,9%.

CONCLUSIONES

Esta figura jurídica no se ha erigido en Colombia como causal autónoma de divorcio, ni de nulidad del matrimonio, como en muchas ocasiones se ha hecho ver en los medios. Esta figura constituye una de las modalidades de la causal de “Ultrajes, trato cruel y maltratamientos de obra” (art. 154 del C.C.). Sucede que el ultraje y trato cruel, que basta que sea uno, y no varios, como lo redactó el legislador, hace relación a la violencia psicológica, silenciosa, reiterada y continuada o no en el tiempo, de que puede ser víctima la mujer en el entorno conyugal, dentro del cual las situaciones son tratadas con hermetismo. En reciente fallo T-967/14 se revoca otro de un juzgado de familia de Bogotá, que había desatendido, por un lado, y valorado de manera inadecuada, por el otro, el acervo probatorio de la accionante. La Corte Constitucional invitó a varias entidades a brindar sus conceptos sobre violencia psicológica, la que fue alegada por la víctima, y todas concordaron, en el caso concreto, que se trataba de una celotipia, con las consecuencias y los síntomas emocionales y de salud física y mental que la víctima demostró, con testimonios y documentos desatendidos por el juez.

El juez opinó que solo quedó probado un simple conflicto familiar, pero que no se configuraba la causal. Luego de un minucioso análisis sobre el bloque de constitucionalidad y las normas nacionales que protegen a la mujer desde la perspectiva de género, la Corte concluyó que el juez colombiano continúa permeado de la cultura machista bajo la cual se pretende desconocer los derechos humanos de la mujer como la vida y la integridad física. La Corte encontró que el celoso marido le impidió a la víctima ver a sus amigos; limitó el contacto con familiares; insistía en saber siempre dónde estaba y la acusaba de serle infiel; reclamaba si hablaba con hombres en la calle y en el trabajo; la ignoró y trató con indiferencia cuando así lo consideró; controlaba su vida hasta su acceso a la salud, concordando todo con la violencia psicológica de que trata la causal de divorcio. La tutela prosperó por violación flagrante de derechos fundamentales y lo más positivo es que se le exhortó al Consejo Superior de la Judicatura que exija a todos los jueces del país de la jurisdicción de familia se capaciten sobre cómo impartir justicia desde la perspectiva de género. Además se exhortó al Congreso y al presidente de la República a iniciar acciones que reconfiguren los patrones culturales discriminatorios y estereotipos de género de los operadores, beneficiándose también el servicio de la justicia.

Luego de lo expuesto en este estudio, bien vale la pena que Colombia analice la posibilidad de erigir la celotipia como una causal autónoma de divorcio, ya que en muchos casos, hasta independientes de una relación de pareja, los desenlaces son fatales.

La ley nunca es suficiente para evitar, detener, disminuir, garantizar la discriminación y violación de los derechos de las mujeres. El cambio debe darse desde los mismos hogares colombianos y la sociedad, la familia y el Estado en conjunto juegan un papel importante en este cambio de paradigmas socio-culturales, para que haya salud mental y verdadero desarrollo social y construcción de paz.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- Arboleda Vallejo, Mario. 2022. *Código Penal y de Procedimiento Penal básico*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Abello Gual, Jorge Arturo y Bula Carreño, Johana Carolina. 2021. *Delitos sexuales y violencia de género*. Uniacademia Leyer.
- Benavides Herrera, Viviana Carolina. 2017. “La construcción del rol de la mujer en el Derecho Penal: Una mirada desde la aplicación de la ira e intenso dolor como atenuante en casos de feminicidio por celos en Colombia”. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá D.C. En: https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/62782?locale-attribute=pt_BR
- Biblia para el pueblo de Dios. 1998. Efesios 5, 22 Edición totalmente renovada. Editorial San Pablo.
- Código Civil. 2008. Códigos básicos. Bogotá: Legis Editores.
- Código Penal y de Procedimiento Penal básico. 2022. Bogotá: Uniacademia Leyer.
- Colombia. Congreso de la República. Decreto 100 8 23, enero, 1980 por el cual se expide nuevo Código Penal. Diario Oficial. Bogotá. D.E., No. 35441
- Cook, Rebeca J. y Cusck, Simone. 2010. *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. Bogotá D.C.: Profamilia. https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/62782?locale-attribute=pt_BR
- Guevara Herrera, G. G. (2018). El delito de violencia intrafamiliar : un análisis de la sentencia T-722 de 2015. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, 10(19), 156–176. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.10-num.19-2018-2138>
- Lazo, Gema Nicolás. Debates en epistemología feminista: del empiricismo y el standpoint a las críticas postmodernas sobre el sujeto y el punto de vista. 2009)
- Molina Sierra, G. M. (2018). Causas de reincidencia en los delitos de los menores en el SRPA, en la ciudad de Cartagena entre los años 2012 y 2015. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, 10(19), 126–155. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.10-num.19-2018-2163>
- Piva Torres, Gianni Egidio. 2020. *Violencia de género y feminicidio*. Bogotá D.C.
- Rodríguez Piñeres, Eduardo. Código Penal colombiano. Bogotá: Camacho Roldán y Cía. pp. 52-53. En línea ver en: http://archive.org/details/codigo_penal_colombiano_1890. (citado 18 de septiembre de 2014)
- Stenner, P. (1993). Discoursing jealousy. In E. Bunnan & I. Parker (Eds.), *Discourse analytic research: Repertoires and readings of texts in action*. London: Routledge.
- Tratamiento cognitivo conductual de los celos en la pareja, Revista Electrónica de Psicología Iztacala, Vol. 12, No 3, p. 173-186. <https://www.iztacala.unam.mx/carreras/psicologia/psiclin/vol12num3/Art9Vol12No3.pdf>

**EL DERECHO DE GUERRA EN LA CONQUISTA
DE AMÉRICA: REFERENCIAS MEDIEVALES
EN LA CAPTURA DEL TAHUANTINSUYO
Y LA GÉNESIS DEL PERÚ**

***THE LAW OF WAR IN THE CONQUEST OF AMERICA:
MEDIEVAL REFERENCES IN THE CAPTURE OF THE
TAHUANTINSUYO AND THE GENESIS OF PERU***

Manuel Bermúdez-Tapia¹

RESUMEN

La historia del proceso de descubrimiento, conquista, administración y surgimiento de las repúblicas en América está plagada de hechos, situaciones y referencias que no guardan una correlación histórica correcta. Los países iberoamericanos aceptaron una condición impuesta que desconocía el proceso de división étnico social durante la conquista. En el virreinato los conquistadores implementaron la tradición política-constitucional y militar medieval a la que tuvieron que adaptarse las colonias. Este contexto distorsionado por factores exógenos continuó hasta el proceso de las independencias nacionales cuando fueron creados ciudades y países a imagen y semejanza de los países modernos de Europa.

Palabras clave: Derecho de guerra. Derecho Internacional. Formación de estados. Conquista de América. Castas. Perú

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor ordinario auxiliar de la Facultad de Derecho y Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor Investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista. Registrado en RENACYT PO140233 y en Min Ciencias en Colombia. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1576-9464>

ABSTRACT

The history of the process of discovery, conquest, administration and emergence of the republics in America is full of facts, situations and references that do not have a correct historical correlation. The Ibero-American countries accepted an imposed condition that ignored the process of social ethnic division during the conquest. During the viceroyalty, the conquerors implemented the medieval political-constitutional and military tradition to which the colonies had to adapt. This context distorted by exogenous factors continued until the process of national independence when cities and countries were created in the image and likeness of modern European countries.

Key words: Law of war. International right. Formation of states. Conquest of America. Castes. Peru

INTRODUCCIÓN

La historia peruana es quizás el único referente histórico mundial de la confrontación de los dos imperios más grandes en el siglo XVI: España (Elliott, 2018) y el Tahuantinsuyo. Y de acuerdo con la tesis de Javier Pulgar Vidal registra una *continuidad histórica* desde el Tahuantinsuyo hasta la actualidad. “Perú” era un término que denominaba a todo el territorio al sur del Pacífico desde la ciudad de Panamá y esto contribuyó a generar la identificación de una realidad política (Pulgar, 1946).

Esta situación se dio en Italia (respecto de los reinos del norte, estado papal y del sur), Alemania (respecto del sacro imperio romano germánico) y de Prusia, Egipto, Siria, Irán (respecto de Persia), Turquía (respecto del Imperio Otomano), que *mantuvieron* una referencia histórica a pesar de que las denominaciones o el sentido lingüístico de la terminología no coincidían.

Esto permite indicar que, en contra del tradicional significado de “Perú” como derivado de *virú*, el concepto de *abundancia* es la mención correcta con la que se identificaba a todos los dominios de los señores quechuas entre el Pacífico y Los Andes, entre *Pasto* y el *Rio Maule*. De este modo, de *Pirwa*, en quechua “depósito”, es de donde proviene el verdadero significado del Perú (Pulgar, 1986, p. 49). Cabe señalar que, en *aimara*, el término *Pirwa* también es equivalente a *abundancia* (Huayhua, 2021).

Estas constataciones nos llevan a deducir que la mayor parte de la historia nacional fue *construida* sobre bases equivocadas, en algunos casos exaltándose en forma desproporcionada y en otros casos de forma deliberada (Howland, 1985, p. 193).

Esta errada elaboración histórica se mantuvo debido a que los diversos gobiernos de turno nunca llegaron a asumir un liderazgo efectivo y constante que les permitiera corregir los desaguisados del proceso de desarrollo de las culturas preincaicas, el Tahuantinsuyo, la colonia y la república.

Uno de los principales objetivos de este artículo es analizar el desajuste histórico producido por el hecho

de que los dos imperios más grandes del mundo, esgrimiendo el *derecho de guerra*, establecieron su dominio en Los Andes, ya en la Edad Moderna pero sujeto a una tradición bélica medieval.

METODOLOGÍA

Este artículo se basa en la *ponencia* expuesta en las XIII Jornadas de Historia del Derecho (Trujillo, 10-12 de noviembre del 2022) que contiene un *resumen histórico* del proceso de creación, formación y desarrollo de la zona ibérica y España (desde el 711 hasta la actualidad), el proceso descubrimiento, conquista y administración de los *nuevos territorios* europeos en América (Townson, 1990) y los orígenes de la república peruana en 1820.

El tipo de investigación es cualitativo, basado en un análisis documental histórico y descriptivo, identificándose como valores referenciales teóricos más significativos los *grandes hechos* que identifican como una constante medular el uso de las *reglas del derecho de guerra* en la interacción entre los reinos europeo y el Tahuantinsuyo. Esta situación se replicó en todo el territorio americano.

Los errores en el relato histórico del Perú tienen su origen en este desencuentro a partir del cual surge la denominación de Perú como referencia geográfica-política e internacional que permitió una continuidad histórica de un país que no ha logrado unificar los intereses de sus diferentes poblaciones sobre la base de un pasado poco conocido y manipulado por la desinformación.

1. España, producto histórico romano, germano y musulmán

España es el producto de más de dos milenios de historia, sobre los cuales se desarrollaron las bases de la identidad hispánica reflejada en su actual contexto político-regional (García, 2004, p. 227).

En términos objetivos parece que en la España actual no ha *finalizado la Edad Media*, conforme se puede observar en recalcitrante posición separatista de Cataluña sobre la unidad española. Esta división parte del propio concepto y planeamiento del matrimonio de los Reyes Católicos, cuando estos pactos matrimoniales conformaban las realidades políticas de los feudos europeos a fines de la Edad Media.

De este modo, el matrimonio “católico” no tenía por objetivo principal el *nacimiento* de una nueva realidad política, por lo que las negociaciones de Cristóbal Colón para el viaje a las indias no las hizo con el matrimonio sino sólo con Isabel La Católica (Pérez et al, 1997). Su esposo, Fernando de Aragón estaba muy involucrado con la zona europea del norte y el Mediterráneo debido a que se habían dividido las “tareas” de dominio y con ello se optó por mantener las autonomías de Castilla-La Mancha y de Cataluña.

Con la conquista de Granada y la expulsión de moros y judíos, con posterioridad a los primeros viajes

de Colón a “las indias”, se inicia la España imperial, que sólo conoció a un *emperador* porque este heredó dicho título por su vinculación al Sacro Imperio Romano Germánico.

El título de emperador no fue eficaz para Carlos I (o Carlos V en la zona germánica) y por ello es que se dividió el reino, dejando a Felipe II las Américas y España y a su hermano el Sacro Imperio Romano Germánico. Esta división se produjo por los muchos problemas de gestión y administración ocasionados por las autonomías regionales, los intereses de los príncipes germanos y las críticas a la posición de la Iglesia Católica, lo que dio origen a la *protesta* de Martín Lutero.

España continuó, a pesar de esta separación, siendo el reino más poderoso de Europa por sus actos contra el Imperio Otomano y esto se reflejó en la Batalla de Lepanto en 1571 cuando se finalizó con el *terror* que provocaba dicho reino en Europa.

Antes de evaluar el impacto de España en América es importante referirnos a la etapa previa al matrimonio de los Reyes Católicos porque permite resaltar el proceso histórico de creación de un conjunto de reinos que fueron amalgamando intereses comunes.

Los tres procesos referenciales que configuraron a la España de Carlos I, reino que generó la autorización a Francisco Pizarro para conquistar al *Pirú* (Tahuantinsuyo), fueron los siguientes

- a) El proceso de reconquista ibérica y las luchas contra el Califato Omeya entre los años 711 hasta 1492.

Este proceso histórico que generó *Al-Ándalus* (Andalucía) era una de las constantes geográficas y políticas en la Europa de la Edad Media, cuando el *poder* estaba centralizado en contraste con las demás zonas geográficas que se caracterizaban por la atomización del poder político.

- b) La peregrinación a la tumba del apóstol Santiago el Mayor, el cual generó la identidad ibérica (de origen romano y germánico).

En el año 813 Pelayo *vinculó* la “revelación” de un sueño que había tenido con la ubicación de la tumba del apóstol. Este hecho fue amplificado por el rey Alfonso II, quien inicia el *peregrinaje* que formó parte del proceso de identificación política (ideal común), religiosa (por lo católico) y administrativa generado por el proceso de cuidado de caminos y pueblos en la ruta del peregrinaje.

Este culto religioso promovió el proceso de *reconquista* que finalizó con la captura de Granada, lo que contribuyó a la posición de los reyes hispanos en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas en América, conforme se acredita en las Leyes de Burgos en 1512 y en el debate entre fray Bartolomé de las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda en la *Junta de Valladolid* en 1551.

Esta continuidad religiosa de los valores cristianos influyó durante la conquista de América garantizando el proceso de conversión católica de los pueblos indígenas y que son la base de los Derechos Humanos actuales. Esto último por lo menos en términos históricos referenciales por cuanto las distancias entre Madrid y sus colonias limitaban todo control efectivo pese a las sanciones establecidas.

- c) Las uniones político-matrimoniales y la sucesión de derechos a favor de Carlos I conforme esta relación:
- i. Nieto de Isabel la Católica por lo que heredó Castilla La Mancha, que tenía a León y la mayor parte de la zona ibérica.
 - ii. Nieto de Fernando de Aragón, que hoy se representa en Cataluña, Nápoles, Sicilia, Cerdeña, Valencia, Mallorca y Aragón.
 - iii. Nieto de Maximiliano I de Habsburgo, por quien heredó el título de emperador del Sacro Imperio Romano Germánico.
 - iv. Nieto de María de Borgoña, de quien heredó el Ducado de Borgoña (de donde se generó la *fuerza* para la creación de la primera bandera peruana) y Austria.
 - v. Hijo de Juana I de Castilla, quien fue presa política de su suegro y que fue una condición favorable para la asunción al poder.
 - vi. Hijo de Felipe (llamado “el hermoso”).

Este conjunto de referencias político-matrimoniales provocó que Felipe II fuera el rey con la mayor cantidad de territorios en todo el mundo y originó la denominación geográfica de las Filipinas en Asia (de las Heras, 2013, p. 185).

Pese a estos antecedentes, España de igual forma que el Perú no ha logrado tener una *unidad política* estable y la referencia más próxima de esta división fue el período de la dictadura del general Franco, donde casi se llega al exterminio de las *identidades regionales*. Por ello la Constitución española de 1978 desarrolló dos elementos referenciales que guían el modelo constitucional peruano actual: La necesidad de *preservar* la unión geográfica y política del territorio, como parte de la *constitución histórica o pátrea* y la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El aporte de la cultura musulmana al proceso de conquista de América fue significativo, no sólo por el mestizaje sino por el intercambio de plantas y animales de consumo masivo que implicó un valor referencial en América.

Cabe señalar que el proceso de construcción del *modelo jurídico-político-cultural-social* se basó en la preservación de lo “local”. La imposición del modelo europeo hubiera limitado la administración de los nuevos territorios y por ello se puso énfasis en la idea de *mantener* el modelo socio-normativo de los pueblos locales. En materia de *registro y estudio* fue equiparado al *modelo jurídico occidental*, dando origen a muchas referencias equivocadas, como por ejemplo la asimilación del *servinacuy* a la convivencia, que era proscrita en la Europa católica por ser contraria a los valores morales-sexuales de la época.

El *fundamento* del pluralismo jurídico actual no es histórico, tal como sucede con las rondas campesinas que son más europeas que andinas (Bermúdez-Tapia, 2022, p. 61). En Castilla de la Mancha se registran rondas inclusive en una época previa a la Conquista de Granada.

2. Diferenciando: Una cosa es Castilla-La Mancha y otra es España

La conquista de América es un proceso histórico muy complejo que se generó en la zona mesoamericana y en Sudamérica.

a) El proceso de conquista de Mesoamérica.

Pese a la propuesta de muchos historiadores mexicanos, muy similar a la posición peruana, la historia de Mesoamérica es compleja y no guarda correlación entre lo que sucedió y lo que se *difundió* y es de “conocimiento público”.

En el siglo XVI se registraron varios reinos muy limitados geográficamente, con lo cual no es posible asignarle la categoría de “Imperio” ni a los mexicas o a otra referencia política (Cortés, 1985).

Fueron reinos que tenían una hegemonía mexicana, lo que fue evidenciado cuando Hernán Cortes logró juntar a los pueblos de Tlaxcala, Cempoala, Quiahuiztlan, Texcoco, Chalco, Xochimilco, Azcapotzalco, Mixquic, Huejotzincas contra los mexicas que dio origen a la *conquista de Tenochtitlan* en 1521.

La *conquista y dominio* en la zona mesoamericana fue posible gracias a los pueblos indígenas liderados por Hernán Cortes y no como se difunde en la actualidad. Esta referencia histórica ha provocado que se crea que en la zona ibérica ha sido uniforme y estable. Esto no es correcto porque la *sucesión de la corona de Castilla La Mancha* no fue fácil: la relación entre Isabel la Católica y Juana, su hija mayor, fue una constante disputa político-religiosa.

En

En 1504, Isabel la Católica había desheredado a Juana, pero fue la corona de Aragón la que otorgó la sucesión a favor de la hija para debilitar a Castilla. Esta disensión se amplió cuando a la hija de los Reyes Católicos se le atribuyó una enfermedad mental. Ya para entonces Carlos I pudo asumir su reino porque aún no había nacido “España”.

Debido a las constantes luchas por los dominios de Flandes, la zona germánica y la zona de la península italiana la Corona de Aragón no podía ejecutar actos de dominio ni actos de guerra en América. Por ello Fernando II optó por generar una sucesión a su nieto.

b) El proceso de conquista del Perú o el Tahuantinsuyo.

Etimológicamente, “Tahuantinsuyo” es la referencia a los *cuatro suyos*, división administrativa-geográfica que habían empleado los quechuas bajo la dirección de los Incas.

Nótese que hay una diferenciación que no suele ser detallada en los libros de historia, por cuanto los “quechuas” es la cultura de la zona central del Cusco que se extendió por toda Sudamérica y los “Incas” son los gobernantes de los quechuas, que provienen de uno de los reinos Lupacas de la zona del Altiplano y Lago Titicaca, lo que hoy serían los *aimaras*.

Esta referencia es importante porque en la planificación de la conquista del *Pirú* por parte de Francisco Pizarro, Diego de Almagro y Hernando de Luque se plantearon llegar hasta *el Levante* por el *Mar del Sur* (Océano Pacífico) y para ello se solicitó permiso a Sevilla.

No se asumía la equivalencia del “Perú” con el “Tahuantinsuyo”. Esto ha sido descubierto por Javier Pulgar Vidal en su búsqueda etimológica de palabras quechuas que sobrevivieron hasta la República y que se grafican en la expresión “Vale un Perú”, que implicaba la *ejecución de una empresa con una gran ventaja, rédito o beneficio* que sólo se puede comparar a lo que se obtiene de una fuente o depósito que contiene muchos recursos (alimentos para los quechuas, minerales para los europeos).

Desde 1522 hasta 1532, en que se arriba a Piura (norte del Perú), la situación política de la península ibérica registraba la creación de España con Carlos I, gracias a la sucesión generada por Fernando II de Aragón en 1516, pese a que inicialmente Carlos I tenía una visión más de Flandes y el Sacro Imperio Romano Germánico y no sabía ninguna lengua ibérica.

Cuando en el Tahuantinsuyo finalizaba la *guerra de sucesión* entre Atahualpa y Huáscar, España era el reino más poderoso de Europa. Atahualpa venció, pero ninguno de ellos había sido reconocido como Inca por su padre, el Inca Huayna Cápac (o el Consejo Inca) ni entronizado o investido con la *mascaipacha* (cetro imperial Inca) en la ciudad del Cusco.

El 16 de noviembre de 1532 surgió el *Perú* como realidad política debido a la sucesión de la *conquista de territorio* (i), la colonia (ii) y la república entre 1821 y el 2022 (iii).

La historia de la conquista repite la versión de que Francisco Pizarro sólo contaba con 62 caballeros (caballería), 12 arcabuceros, 106 soldados y cuatro cañones frente a aproximadamente 30,000 indígenas provenientes de los reinos Tallán y Cañaris y Atahualpa registraba un aproximado de 80,000 soldados acampando fuera de la zona de Baños del Inca, donde se desarrolló la *reunión* en lo que hoy es la Plaza de Armas de la ciudad de Cajamarca (norte del Perú).

- i. Desde este temprano episodio los historiadores peruanos exageran y generan una visión idílica de la historia del país (Bermúdez-Tapia, 2022, p. 257), falseando algunos datos como:

Se afirma que los *pueblos indígenas* que estaban contra el Imperio Inca apoyaron a las tropas de Francisco Pizarro.

Este dato sólo es parcialmente cierto porque los únicos pueblos que se *unieron* a la empresa de Francisco Pizarro fueron los tallanes y los cañaris, pero por razones diferentes.

Los *tallanes* fueron empleados como *traductores* en la empresa de la conquista, al nivel que inclusive se detalla que *Felipillo* participó en la conquista de la Araucanía (hoy Chile) y manipuló el *diálogo* entre Hernando de Luque y Atahualpa que desencadenó que este *arroje* la Biblia, dando origen al *fin del Tahuantinsuyo*.

Aunque los *cañaris* eran del grupo étnico de Atahualpa por razones de estrategia bélica optaron por apoyar a Huáscar, legítimo sucesor al Imperio Inca porque Huayna Cápac había decidido *mantener* sus condiciones de reino aliado a los Incas, pese a haberlos vencido.

Este hecho es significativo y explica el motivo que tenía Atahualpa, luego de huir de la captura que le había ocasionado Huáscar, para llevar a cabo un genocidio contra los *cañaris* antes de la entrevista con Francisco Pizarro. Los *cañaris* fueron motivados por el propio Atahualpa y no por Francisco Pizarro, las principales élites militares de la época estaban contra el Inca.

Desde noviembre de 1532, durante su recorrido por todo el territorio del Tahuantinsuyo otros reinos se fueron sumando a las huestes españolas (Bermúdez-Tapia, 2022, p. 21). Así se *unieron* los chimú, los chachapoyas, los jaujas, los huancas, los chancas, los lupaca (quienes destruyeron la momia de Pachacútec porque este los había conquistado), los nazca, entre otros (Bermúdez-Tapia, 2021, p. 11).

- ii. El origen de las *castas* fue el *acuerdo* entre grupos militares en representación de sus *naciones* para someter y administrar el territorio (Bermúdez-Tapia, 2017, p. 49).

Esto explica por qué muchos curacas andinos en la época de la Emancipación lucharon a favor de las tropas realistas: la *república* implicaba el fin de sus privilegios. También explica los motivos de José Gabriel Condorcanqui (autodenominado Túpac Amaru II) para sublevarse.

La existencia de dos repúblicas (indios y criollos) permitía que unos conserven sus *usos y tradiciones* que se extendían en el ámbito económico y político (Bermúdez-Tapia, 2022 p. 91), motivo por el cual era *necesario* mantenerlo y permitió por ejemplo que un descendiente inca fuera representante peruano ante las Cortes de Cádiz en 1812.

Condorcanqui planteaba como *vasallo español* su crítica al doble pago de impuestos en su tránsito entre Cusco y Buenos Aires, a la división del virreinato peruano por parte de los Borbones en el siglo XVIII (Salvatto, 2011, p. 221).

Manco Inca buscó ser *aliado* de los españoles para así conservar sus privilegios imperiales hasta que se dio cuenta que había sido utilizado por estos.

En los casos de Manco Inca y José Gabriel Condorcanqui ninguno planteó o elevó el surgimiento del *Perú* como realidad política. Consecuentemente, se buscaba *retornar* al modelo imperial incaico.

3. El derecho de guerras y el origen de las castas en el Perú

El territorio del Tahuantinsuyo pasó a convertirse en *Perú*, como reino adscrito a España, conforme se registra en el *Salón de Reinos* en el Palacio del Buen Retiro en Madrid, que registra al *Reino del Perú* (Tahuantinsuyo) como *parte del dominio* del rey de España.

Esta es una clara diferencia con el *Reino de México*, que fue una creación mucho más europea que indígena y por ello es que Nueva España trató de mantener su condición ibérica inclusive en la época de la invasión francesa y la captura de Felipe VII por parte de Napoleón Bonaparte desde 1808.

Tomando en cuenta que los Andes representó una realidad geográfica mucho más compleja que Mesoamérica, los españoles optaron por *mantener y ampliar* las reglas del *derecho de guerra* establecidas en la época medieval sobre la cual se desarrolló la *subordinación, el vasallaje* y el *cobro de tributos* a favor de la Corona de España y sus administradores en los *nuevos territorios* (Bermúdez-Tapia, 2021, p. 445).

Una representación de esta situación, que desmitifica toda la historia peruana está representada en el Escudo de Armas de Huancayo, conforme la siguiente imagen:

Imagen 01. Escudo de Armas de Huancayo



Fuente: Municipalidad Provincial de Huancayo (2022)

En este sentido reproducimos literalmente lo que la propia municipalidad detalla en la descripción de su blasón (hispano) otorgado por Felipe II en 1654:

Imagen 02. Descripción del Escudo de Armas de Huancayo.

SIGNIFICADO

Cada figura, metal y color tienen un significado. Cada uno de ellos resume la historia de la alianza Hispano-Huanca, desde 1533 hasta 1554, y que los curacas prometieron mantenerla constante e invariable para siempre.

La darga jaquelada (1. mano izquierda superior) es un escudo de cuerpo jaquelado, con el cual los Huancas defendieron sus cuerpos en su lucha contra los incas de Quito y del Cuzco. La porra simboliza el arma poderosa con la cual los Huancas ampararon a los españoles, dando cumplimiento a la alianza. Las tres cabezas cortadas, son la de tres orejones o auquis del Cuzco, capturados y muertos en batallas en que los Huancas derrotaron a los capitanes de Manco Inca. Son, en realidad, las tres cabezas que los embajadores de los curacas Huancas entregaron a Pizarro en 1539. El campo verde significa la más profunda y pura fidelidad profesada por los Huancas a favor de los castellanos.

Fuente: Municipalidad Provincial de Huancayo (2022)

Este es el *patrón político-social y cultural* del proceso histórico registrado entre 1532 a 1826 que finaliza con Simón Bolívar que pone fin a las castas al *despojar* a los indígenas de sus territorios.

En el debate constitucional antes de la Constitución de 1823 se hizo evidente que España no tenía los recursos para una eventual reconquista. Bolívar, por su parte, tenía intenciones de ampliar la Gran Colombia con Tumbes, Jaén y Maynas e incrementar los territorios de Bolivia (que se había independizado del Perú conforme su acta de independencia).

En este periodo incluso se registró la intención de crear un *Estado colchón* en Arica-Tarapacá y venderlo a Inglaterra, de forma equivalente a lo que ocurrió con Uruguay, pese a que esta era una provincia de Argentina.

CONCLUSIONES

Las condiciones negativas, limitativas y condicionales en todo este proceso no suelen ser conocidas y por eso se asumen versiones sobre dimensionadas y sujetas a un patrón de referencia que invoca un *atavismo* forzado. El Perú nació sin *ciudadanos* bajo la perspectiva de la creación de los *países europeos*, conforme los ideales políticos-filosóficos-constitucionales de Thomas Hobbes, Immanuel Kant y John Locke.

Estos elementos históricos merecen ser fundamentados porque de lo contrario no se podría generar el proceso de mejora del país, que registra un contexto caótico porque no tiene ciudadanos (Bermúdez-Tapia, 2019, p. 137).

REFERENCIAS

- Bermúdez-Tapia, M. (2017, julio) La evaluación jurisdiccional de Derecho y condiciones de una comunidad campesina. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (49), 49-62.
- Bermúdez-Tapia, M. (2019) Las dos repúblicas en el Perú: Indios y Criollos de 1821 a 2019. *Iura*, 4(1), 137-146.
- Bermúdez-Tapia, M. (2021). Análisis de la legitimidad del pluralismo jurídico en el Perú. *Pacha: Derecho Y Visiones*, 1(1), 11-17. de <http://ojs.pachaderechoyvisiones.com/index.php/pacha/article/view/3>
- Bermúdez-Tapia, M. (2022) Derechos reconocidos en una relación familiar en comunidades indígenas. *Actualidad Jurídica*, (341), 91-107.

- Bermúdez-Tapia, M. (2022, enero-junio) La histórica división de la población en Los Andes. *Iura*, 7(1), 21-34 <http://doi.org/10.22497/iura/71.7103>.
- Bermúdez-Tapia, M. (2021) La cultura de la legalidad en una república bicentenaria. En: Tribunal Constitucional (2021) Reflexiones constitucionales sobre el Bicentenario. Significado, importancia y retos en la forja del Estado Constitucional peruano. Lima: Tribunal Constitucional
- Bermúdez-Tapia, M. (2022) La reciprocidad en el Sistema Normativo Andino. *Anuario Peruano de Derecho Constitucional*, (2), 257-271.
- Bermúdez-Tapia, M. (2022) La reciprocidad como principio jurídico base del sistema normativo andino. *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, (2), 61-93. https://aadconst.org.ar/wp-content/uploads/2022/10/Revista-Asoc.Arg-Derecho-Const_No2-1o-Sem.2022-1.pdf
- Cortés, H. (1985). *Cartas de la conquista de México*. Ciudad de México: Sarpe.
- de las Heras Santos, J. L. (2013). Ejemplaridad, paternalismo y utilitarismo en la justicia de la España de los Habsburgo. *Estudios Humanísticos. Historia*, (12), 185-213.
- Elliott, J. H. (2018). *España y su mundo (1500-1700)*. Taurus.
- García Fitz, F. (2004). ¿Una España musulmana, sometida y tributaria? La España que no fue. *Historia. Instituciones. Documentos*, 2004,(31): 227-248.
- Huayhua Pari, F. (2021). *Yatichaña aru pirwa= Vocabulario pedagógico aimara*. Puno
- Howland Rowe, J. (1985). Probanza de los incas nietos de conquistadores. *Histórica*, 9(2), 193-245.
- Municipalidad Provincial de Huancayo (2022, 11 de noviembre). *Escudo de Huancayo*. <https://www.munihuancayo.gob.pe/portal/ciudad/escudo-provincia>
- Pérez, J., & Fontenla, F. S. (1997). *Isabel y Fernando: los reyes católicos* (Vol. 4). Madrid: Editorial Nerea.
- Pulgar Vidal, J. (1946) *Historia y geografía del Perú: las ocho regiones naturales del Perú*. Lima: UNMSM
- Pulgar Vidal, J. (1986). Las siete canastas alimentarias: la alimentación en el trapecio andino y en el resto del territorio nacional. *Boletín de Lima* (s/n), 49-55.
- Salvatto, F. G. (2011). La representación política en la España peninsular entre el final de la dinastía Habsburgo y el comienzo de la era Borbónica. *Trabajos y comunicaciones*, (37), 221-248.
- Townson, D. (1990). *La España musulmana* (Vol. 19). Madrid: Ediciones AKAL.



Autora: M. del Socorro MoraC

LEY QUE REGULA LA MATERNIDAD SUBROGADA PARA PROTEGER LOS DERECHOS DE LA GESTANTE COLABORADORA EN EL PERÚ

LAW THAT REGULATES SURROGATE MATERNITY TO PROTECT THE RIGHTS OF THE PREGNANCY COLLABORATOR IN PERU

Karla Patricia Mendoza Rodríguez¹

RESUMEN

Esta investigación analiza la falta de reconocimiento de los derechos de la gestante colaboradora en materia de maternidad subrogada, con el objetivo de demostrar que hace falta una ley que proteja los derechos de la gestante debido a que ella, en uso de su derecho a decidir, cuidará al nuevo ser durante todo el periodo gestacional.

Desde un enfoque dogmático, ya que con una metodología inductiva y exegetica se ha interpretado la normativa vigente y la información sobre casos resueltos por el órgano jurisdiccional, se ha llegado a establecer que es necesario modificar el artículo 7 de la ley N° 26842 y el artículo 361 del Código Civil.

Palabras clave: Maternidad subrogada. Gestante colaboradora. Altruista.

¹ Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo. Maestra en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad Nacional de Trujillo.

ABSTRACT

The purpose of this research is to expose the existing problems regarding the lack of recognition of the rights of the collaborating pregnant woman in matters of surrogate motherhood; therefore, the objective is to emphasize that with the issuance of a law that regulates the matter, it will also be possible to protect the rights of the pregnant woman as a vital part of this procedure, considering that she is who, in use of their right to decide, will take care of the new being throughout the gestational period.

This investigation has a dogmatic approach since the current regulations have been interpreted with an inductive and exegetical methodology whose legal analysis of the information collected regarding cases resolved by the jurisdictional body has established that it is necessary to modify Article 7 of Law No. 26842 and Article 361 of the Civil Code

Keywords: Surrogate motherhood; collaborating pregnant woman; altruistic.

1. INTRODUCCIÓN

Los resultados de diversas investigaciones han influido en nuestro desenvolvimiento social y en el ámbito jurídico, por lo que se debe considerar su actualización y/o modernización para evitar vacíos normativos ante los nuevos conflictos sociales. La legislación debe evolucionar al ritmo de los cambios del mundo moderno a fin de evitar que los ciudadanos vivamos dentro de un marco normativo obsoleto.

Como bien ha precisado Bobbio (1991:33): “El Estado democrático es, por tanto, el Estado fundado no ya sobre el derecho de subordinación, sino sobre el de integración. El estado democrático y la sociedad progresan a la par integrándose recíprocamente con el fin de realizar una sociedad verdaderamente democrática”. En tal sentido, se debe evitar que la ciudadanía conviva con un sistema legal inconsistente con los nuevos intereses del ciudadano.

La presente investigación se ocupa de los avances en torno a las técnicas de reproducción asistida, en especial de la maternidad subrogada y cómo estos han influido en la sociedad, a tal punto de llegar hasta el ámbito jurisdiccional en busca de tutela judicial efectiva con el afán de lograr la paternidad y maternidad, considerando que no basta la existencia de la variedad científica que se pone a disposición de las personas que adolecen de problemas de fertilidad sino que depende mucho de la posibilidad de acceder a ellas..

El Perú no es un país que ha sido ajeno a estas prácticas médico científicas en el ámbito de la maternidad subrogada; sin embargo, de los casos judicializados se aprecia que nuestros operadores del Derecho se han enfrentado a un vacío normativo. El artículo 7 de la Ley N° 26842 no regula este método de reproducción asistida y por eso los justiciables han recurrido a distintas vías del proceso judicial con el fin de regularizar y obtener el tan ansiado reconocimiento de su paternidad.

Se conoce que el Decimoquinto Juzgado Especializado de Familia de Lima en el fundamento cuarto de la sentencia emitida en el expediente N° 183515 – 2006 – 00113 respecto de la maternidad subrogada ha precisado:

“(…) estando a que nuestro ordenamiento jurídico positivo en el devenir del tiempo se está quedando desactualizado, ya que el avance de la ciencia médica – biológica viene incorporando a nuestra vida diaria nuevas situaciones fácticas, como en este caso, nuevas técnicas de reproducción humana, que también requieren de protección y amparo jurídico, y el derecho no puede quedar ajeno ante esta realidad existente; que el artículo 139° inciso 8 de la Constitución Política del Estado prescribe como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional “El Principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (...) lo que obliga al órgano jurisdiccional crear el derecho pertinente (...)” (Sentencia, 2009).

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que de las sentencias emitidas por el órgano jurisdiccional se ha advertido que los pronunciamientos están dirigidos a proteger los derechos del menor y de los padres de intención, dejando de lado los derechos que le asisten a la gestante colaboradora en cuanto a la protección de su salud física y emocional, limitándose tácitamente a validar el ejercicio de su derecho a la libertad de elegir sobre su cuerpo.

En una situación de infertilidad se debe considerar que la paternidad forma parte del ejercicio del derecho a decidir encontrando en la subrogación un último recurso para cumplir con el ideal de lograr descendencia y, por ende, nos encontramos ante una categoría del Derecho que ha cambiado con el tiempo como consecuencia de los avances científicos y que se enmarcan dentro de los derechos de cuarta generación que deben ser atendidos por el Estado.

Esta investigación se justifica en la existencia de un problema social que debemos resolver, porque no obstante que si bien en nuestro país ya existen pronunciamientos respecto de la procedencia de la maternidad subrogada como el caso de la sentencia recaída en el expediente N° 6374-2016 emitido por el Quinto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima (2017) que reconoce el derecho a la salud reproductiva como parte del derecho a la autodeterminación y privacidad.

No es menos cierto que aún se encuentra pendiente la protección de los derechos de la gestante en torno a su salud física y psicológica, toda vez que no se advierte que se haya dispuesto algún deber de protección que brinde soporte emocional y garantice su debida recuperación integral vulnerando su integridad y dignidad humana.

Es importante precisar que el objetivo de la presente investigación es determinar que con la emisión de una ley que regule la maternidad subrogada se va a proteger los derechos de la gestante colaboradora sin cuya participación este procedimiento de reproducción asistida sería imposible.

Al legislar a favor de la maternidad subrogada también se protegen los derechos a la salud física y emocional de la gestante colaboradora porque ella no solo afrontará el embarazo sino también el parto,

además de un sinnúmero de cambios físicos y emocionales que trae consigo el alumbramiento. De esta manera, se pondrá fin a la incertidumbre jurídica existente en torno a esta materia.

1.1. Reproducción asistida

Las técnicas de reproducción asistida tienen por finalidad tratar los problemas de infertilidad mediante una gama de procedimientos a realizarse con los gametos para lograr la fecundación y después efectuar la cesión de los embriones al útero de la futura gestante. (Sociedad Española de Fertilidad, 2013)

Cabe señalar que las Teras son aquellos medios por los cuales se evidencia la intervención del hombre en la procreación de un ser humano haciendo uso de medios tecnológicos. Entre estos medios se puede precisar dos grupos: 1) la inseminación artificial y 2) la fecundación extracorpórea o in vitro (Cubillos, 2013).

Debido a las investigaciones científicas y a la nueva tecnología se ha logrado superar las barreras de la infertilidad.

1.2. Técnicas de reproducción asistida (TERAS)

Respecto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se ha identificado 2 posturas: 1. argumentos a favor y 2. argumentos en contra.

A favor:

- a. Sustentada en el deseo del ser humano de formar una familia con hijos biológicos, constituyendo la infertilidad la principal causa que frustra este ideal de vida. Para tal efecto, se considera a las TERAS como una posibilidad que otorga la ciencia para superar este impedimento.
- b. *Argumento del pluralismo*: Este argumento postula la intervención del legislador para regular el uso adecuado de las TERAS, resguardando sus derechos y protegiéndolo incluso contra sus propios actos. (LUNA F., 2008: 20-21)

En contra:

- a) *Relacionado con lo natural*: Enfatiza en que el uso de las TERAS va contra la naturaleza, lo califica de artificial. Es calificado como una técnica que promueve la gestación sin amor que irremediablemente va a conllevar al deterioro de la familia como institución.
- b) *Conlleva a la disolución social*: Se plantea que este tipo de técnicas acarrear conflictos sociales y conllevan a que se otorguen licencias para realizar experimentos y manipulaciones genéticas con consecuencias más que nefastas. (LUNA F. , 2008, págs. 21-23).

Aceptar la postura en contra del uso de las TERAS impediría a las parejas lograr la tan ansiada paternidad, para lo cual es menester que se legisle sobre la materia con el fin de regular el uso adecuado de estos recursos tecnológicos.

1.3. Maternidad o gestación subrogada

Se entiende por maternidad subrogada el proceso gestacional seguido por una tercera persona en reemplazo de aquella mujer que se ve imposibilitada de concebir y/o de afrontar de manera exitosa este proceso. Sin embargo, la doctrina ha sabido diferenciar la gestación por sustitución, calificándola como 1. tradicional o 2. La gestación propiamente dicha.

a. Gestación tradicional: En esta modalidad se requiere contar con el aporte del material genético de la gestante.

En este caso existirá necesaria coincidencia entre la madre y la gestante; sin embargo, los padres de intención no siempre serán los padres genéticos o por lo menos no lo será la madre de intención, ya que se puede utilizar el gameto del varón. Este es un caso de maternidad subrogada propiamente dicha. Esta gestación se podrá lograr a través de la fecundación in vitro o por inseminación artificial.

b. Sustitución gestacional: En esta modalidad la gestante no podrá aportar su material genético y gestará con el aporte de los gametos de uno o de ambos padres de intención. La gestante y la menor no compartirán carga genética por lo que nos encontramos ante un caso de gestación por sustitución o subrogada.

Conforme se puede advertir en el primer casos, al existir coincidencia entre la gestante y la madre se advierte colisión con la filiación; sin embargo, en el segundo caso, si bien no existe conflicto alguno, no podemos negar que el proceso gestacional genera un vínculo de apego entre el nuevo ser con quien lo cuida en su vientre. Por este motivo resulta vital atender esta circunstancia, correspondiéndole al Estado intervenir con el fin de cautelar los derechos de la gestante a fin de salvaguardar su integridad física y emocional.

1.4. Circunstancias especiales que determinan recurrir a la gestación o maternidad subrogada

Son diversas las circunstancias que suponen recurrir a la maternidad o a la gestación subrogada, entre las que podemos identificar:

- Infertilidad que haga irrealizable asumir un embarazo de manera convencional.
- Que se ponga en peligro la salud de la madre y del niño y como consecuencia de ello resulte imposible llegar a término la gestación.

- Ejecutar un deseo post muerte cuando se ha reservado anticipadamente los gametos.
- Por considerar que el asumir un embarazo va a perjudicar estéticamente a la madre.

Existen circunstancias diversas que nos hacen pensar en recurrir a la maternidad o gestación subrogada; sin embargo, no todas justifican su recurrencia por lo que es menester la intervención estatal a fin de regular debidamente su aplicación en salvaguarda de los derechos de todos los sujetos intervinientes.

1.5. Posiciones discrepantes y derechos humanos involucrados

A pesar de que a nivel mundial cada vez más las parejas deciden recurrir a este método de reproducción asistida para alcanzar la tan ansiada paternidad y maternidad socialmente y que incluso los operadores del derecho se han pronunciado a favor de la aplicación de esta TERA todavía existe controversia la legalidad de este método.

Ante tal circunstancia se han identificado 2 posiciones una a favor y otra en contra.

A favor

Nuestra postura a favor del ejercicio de derechos sociales encuentra su sustento dentro del marco del ejercicio de los derechos sociales y familiares cuyo objetivo es que la pareja logre su ideal de vida.

- Sectores de izquierda redactan sobre ley apego a las persiõnadescendencia.
- Se ejerce el derecho a decidir de la pareja: derecho que se encuentra reconocido en el artículo 6 de la Constitución Política del Perú, en que se establece que como política nacional, el promover la paternidad y maternidad responsables y reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. (Constitucion Política del Perú)
- Ejercer el derecho a la libertad de decidir respecto de la gestante colaboradora.

En contra

Esta postura encuentra su sustento en los siguientes fundamentos:

- Se objetiviza a la gestante colaboradora.
- Se afecta a la dignidad de la gestante.
- Afecta el derecho del niño a conocer su identidad.
- Trae como consecuencia afectación psicológica tanto a la madre como al niño.

1.6. La finalidad (altruista o comercial)

La gestación subrogada tiene dos modalidades, las cuales se dividen según la finalidad que persigue la gestante y pueden ser altruista o comercial.

- La finalidad altruista hace referencia a la gestación gratuita motivada por los lazos de buena voluntad y con el único propósito de contribuir con los padres de intención para que puedan lograr su propósito sin que exista retribución dineraria alguna. (Martínez: 2015).

Generalmente, quienes recurren a este tipo de modalidad son familiares directos, por lo que se advierte que la circunstancia que se ha advertido de los casos presentados en nuestro país caen por su propio camino.

- La finalidad comercial es aquella respecto de la cual la gestante percibe una contraprestación por el “servicio” prestado. Esta es una de las modalidades más criticadas por la sociedad debido a que es calificada como un modo de comercialización, lo cual trae como consecuencia desnaturalizar la finalidad primordial del uso de esta TERA denigrando la dignidad de la persona.

Es importante tener en cuenta que, cualquiera sea la modalidad que adopte el Estado para regular la maternidad subrogada, es necesario que se respete la autonomía de la voluntad de las partes intervinientes siempre sobre la base del consentimiento informado.

1.7. Sentencias relevantes a nivel internacional y en el Perú.

1.7.1. A nivel internacional

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica (Fecundación in vitro)*, ha reconocido que el Derecho a la vida privada se relaciona con: la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación en cuyo fundamento 137 ha quedado establecido que conforme lo establece la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “*la decisión (...) de tener hijos biológicos (...) pertenece a la esfera más íntima de la vida familiar (...) y la forma cómo se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como en pareja y que la vida en común y la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia y la utilización de la FIV para combatir la infertilidad también está vinculada con el goce de los beneficios del progreso científico*” (Sentencia: 2012).

Es decir, se le ha dado una dimensión social al derecho a la vida, a la autonomía, a la identidad, en virtud de poder utilizar los beneficios del progreso científico para lograr la integración de las personas a los derechos sanitarios.

En este caso se advierte que en el reconocimiento de los nuevos derechos se están utilizando fundamentos basados en nuevas realidades dando paso a la legitimidad de los mismos.

1.7.2. A nivel nacional

Como se ha señalado, el Perú no es ajeno a esta práctica de TERA, incluso existe pronunciamiento jurisdiccional sobre esta materia.

- **Casación N° 563-2011-Lima** en la cual se advierte que una pareja de esposos contrató los servicios de una madre sustituta (bajo la modalidad de la maternidad subrogada) con la finalidad de concretar su sueño de ser padres. El procedimiento se llevó a cabo a cambio de una contraprestación económica. Así mismo, de la lectura de la sentencia se advierte que la fecundación se realizó con el gameto del padre de intención y el óvulo de la gestante, es decir, que se recurrió ante la modalidad de maternidad subrogada propiamente dicha.

Habiendo nacido la menor, fue inscrita en los registros civiles por la madre de alquiler y por su conviviente; sin embargo, después de nueve meses fue entregada a los padres de intención para que inicien el proceso de adopción; sin embargo, en el proceso la madre de alquiler y su conviviente desistieron de continuar con la adopción, por lo que los comitentes tuvieron que recurrir a la vía judicial para interponer una demanda de adopción por excepción, obteniendo un pronunciamiento favorable tanto en primera como en segunda instancia.

Al respecto la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en el fundamento 10 precisó:

“(…) nos encontramos ante un “conflicto de derechos” de una parte el de los padres de la menor a ejercer su patria potestad y de la otra, el derecho de la menor a tener una familia idónea que le proporcione todo lo necesario para su desarrollo integral y a no alterar su desarrollo integral; derechos que no pueden coexistir en el caso de autos, a la luz de los hechos detallados en el octavo considerando, pues nos encontramos ante padres que premeditadamente ha acordado procrear a un ser humano con la finalidad de entregarlo a otras personas, para a cambio de recibir beneficios, que si bien los demandados niegan que hayan sido económicos, de sus propias declaraciones se advierte que su proceder tenía por finalidad mejorar su situación y viajar a Italia con su familia, además de haber aceptado recibir dinero mensualmente durante el tiempo de gestación de la demandada y en otros casos como una “ayuda económica” quedando evidenciado que el actuar de los demandados ha estado plagado en todo momento por un interés económico (...)” (Sentencia, 2011) (f. 10).

Se puede advertir que el ente jurisdiccional descalificó a la madre biológica de la menor por haber aceptado procrear para otros y a cambio de una contraprestación económica, emitiendo pronunciamiento a favor de los padres de intención; sin embargo y sin cuestionar lo resuelto por la Sala en referencia, es importante destacar que en el considerando octavo se hace referencia a la

existencia de un informe psicológico N° 1567-2008-MCF-PSI en el cual se indica: “*Se aprecia que la señora accedió a dar a su hija en adopción (...) reconoce que en determinados momentos siente remordimiento porque su hija mayor se afectó al entregar a su bebé en adopción. Así mismo se aprecia que la relación afectiva que le une a su menor hija no es sólida (...)*” (Sentencia, 2011). Es decir, se aprecia que la madre subrogada presenta cierta afectación psicológica, sin embargo, no se advierte que el colegiado haya emitido pronunciamiento alguno que tenga como finalidad protegerla en su integridad física ni psicológica.

- **Expediente N° 6374-2016-0-1801-JR-CI-05.** Este proceso surge como consecuencia de que un matrimonio con infertilidad opta por la gestación subrogada utilizando un óvulo de una donante anónima producto del cual nacieron dos niños.

Lo resaltante de esta sentencia es que en el octavo considerando efectúa un análisis sobre los alcances del artículo 7 de la Ley N° 26842 y señala:

“(...) el texto citado puede tener una lectura que limita el ejercicio del derecho de acudir a Técnicas de Reproducción Asistida (TERAs) solo para los casos en donde sirva para una procreación de donde el elemento genético de la madre coincida con su condición de gestante. Ciertamente, ese es el supuesto que recoge el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Lo anterior no significa, sin embargo, que los otros supuestos no previstos en la norma estén proscritos. Es decir, no puede realizarse una interpretación a contrario sensu del texto citado para concluir que prohíbe el uso de TERAs para otras situaciones. Lo único que puede afirmarse es que el artículo 7 de la Ley General de Salud no regula más supuestos que la madre gestante comparta carga genética con su bebé”. (Sentencia, 2017).

Cabe señalar que a través de esta sentencia se ha reconocido un nuevo derecho que es el “*Derecho a la salud reproductiva*”, el cual ha quedado establecido que se encuentra relacionado con el “*derecho a la autodeterminación*” y “*privacidad*”. Esta sentencia también reconoce la potestad que tienen las mujeres para que de manera informada puedan acudir a la asistencia de técnicas científicas para lograr ser madres y expresamente se les reconoce la potestad de recurrir a la cooperación adicional y necesaria de terceras personas haciendo clara y expresa referencia al uso de la técnica de la maternidad subrogada. (Sentencia, 2017)

Como se puede advertir, los operadores jurídicos le están especificando un significado concreto a los derechos de libertad, autonomía, intimidad y al derecho a decidir sobre la familia y, por ende, seguridad en torno a los alcances del ejercicio del derecho a recurrir a la maternidad subrogada.

Corresponde reconocer dentro de la regulación de la maternidad subrogada el derecho a la salud física y mental que le asiste a la gestante colaboradora como parte del ejercicio del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico desde su actuación como pieza vital en este procedimiento.

En suma, dentro del ámbito nacional y a través de las sentencias analizadas, podemos advertir que si bien la jurisprudencia ha regulado la maternidad subrogada en atención a la advertencia de un vacío normativo, no es menos cierto que únicamente se está protegiendo a los padres de intención y al menor, sin embargo, se está dejando de lado el deber de protección que el Estado debe brindar a la gestante en su condición de parturienta.

Teniendo en cuenta lo señalado y considerando el objetivo central de esta investigación, es preciso proteger los derechos de la gestante colaboradora, toda vez que sin su participación este procedimiento de reproducción asistida sería imposible.

2. CONCLUSIONES

- 2.1. Respecto de la maternidad subrogada se sabe que ha sido reconocida a través de la jurisprudencia, cuyos pronunciamientos han sido emitidos ante el vacío legal contenido en el artículo 7 de la Ley General de Salud.
- 2.2. Cuando hablamos de maternidad subrogada debemos entender que ésta hace referencia de modo general a la modalidad de maternidad subrogada propiamente dicha y a la gestación subrogada. A fin de no colisionar con la institución jurídica de la filiación, sin embargo, es menester que normativamente se establezca la permisión de la modalidad de gestación subrogada, es decir, que se establezca la prohibición de que la gestante done su óvulo.
- 2.3. Considerando que esta práctica se ha hecho visible en nuestro país y debido a la falta de regulación, se advierte la necesidad de proteger a la gestante subrogada a fin de evitar la práctica ilegal de esta modalidad de uso de TERAS, debiendo garantizarse su asistencia médica integral (física como psicológica) antes, durante y después del parto.
- 2.4. A fin de proteger la dignidad de la gestante se debe regular únicamente la práctica altruista.
- 2.5. En el Perú debe eliminarse el vacío legal sobre la materia a través de la emisión de un texto normativo a fin de proteger la vulneración de derechos de las gestantes colaboradoras y de esta forma pueda ser más viable la fiscalización del proceso a través de la creación de un órgano estatal.
- 2.6. La pareja solicitante debe demostrar que adolece de incapacidad, esterilidad o infertilidad.
- 2.7. La regulación de la maternidad subrogada ocasionará la modificación del artículo 7 de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud, además del artículo 361 del Código Civil respecto de la filiación de los niños nacidos bajo esta modalidad.

3. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- BOBBIO, N. (1991). El tiempo de los derechos. Traducción de Rafael de Asís Roig. Madrid. Editorial Sistema. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjCwZTquuz4AhVoA7kGHQKgCewQFnoECAIQAQ&url=http%3A%2F%2Fculturadh.org%2Fue%2Fwp-content%2Ffiles_mf%2F144977835110.pdf&usg=AOvVaw3JK6n8Z-q3kUqW203C9lokz
- CUBILLOS, J. M. (2013). *Técnicas de reproducción asistida: estatus jurídico del embrión humano*. Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo. https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/5218/cubillosjuanmanuel.pdf
- LUNA, F. (2008). *Reproducción asistida, género y Derechos Humanos en América Latina*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- MARTÍNEZ-MARTÍNEZ, V. (Diciembre de 2015). Maternidad subrogada: Una mirada a su regulación en México. *DIKAION*, XXIV(2), 353-382.
- Sociedad Española de Fertilidad. (2013). *Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida*. Madrid.

Normas

- Constitución Política del Perú. 1993.
- Ley N° 26842 - Ley General de Salud.

Sentencias

- Sentencia, Casación N° 563 - 2011 (Corte Suprema de Justicia de la República - Sala Civil Permanente 06 de diciembre de 2011).
- Sentencia, Exp. 6374-2016-0-1801-JR-CI-05 (Corte Superior de Justicia de Lima - Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional 21 de febrero de 2017).
- Sentencia, Exp. 183515-2006-00113 (Corte Superior de Justicia de Lima - Decimo Quinto Juzgado Especializado de Familia 6 de enero de 2009).
- Sentencia, Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) VS. Costa Rica (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2012).





CULTURA Y LIBROS



Entrevista

DIALOGANDO EN VOZ BAJA CON MORAC

Adolfo Asmat Chirinos-Zavala

M^a del Socorro MoraC, artista visual, educadora, conferenciante y crítica de arte independiente, ha desarrollado proyectos de investigación, curaduría y ha presentado exposiciones colectivas y personales durante las últimas tres décadas.

Es química-farmacéutica por la Universidad Nacional de Trujillo de Perú, artista plástica, docente por la Escuela de Bellas Artes Macedonio de la Torre de Trujillo, Perú y doctora en Bellas Artes por la Universidad Complutense de Madrid con su tema de investigación: “Creatividad y melancolía. Un estudio psicobiológico de las dimensiones de la personalidad en el artista plástico contemporáneo”.

M^a del Socorro MoraC muestra una dialéctica entre tiempo y memoria en su creatividad, en la cual se contempla metafóricamente evocaciones de imágenes de parajes o vivencias guardadas de la niñez. Es una artista que al momento de desarrollar su obra fluye entre la concentración, la perseverancia y la creatividad, persiguiendo más el buen hacer que el mucho hacer, aunque ello la lleve a nadar contracorriente. También busca, investiga por los distintos ángulos de la historia del arte y el comportamiento humano. Los estudia, los observa, los parafrasea y los procesa con conocimiento y con plena libertad, manteniendo un rigor formal.

En cuanto a la manera de desarrollar su obra, le da mucha importancia a los aspectos conceptuales y estéticos, logrando una obra con un discurso de símbolos universales dentro de una visión contemporánea con gran complejidad conceptual en una composición figurativa y otras veces muy cercana a una semiabstracción. Texturas muy elaboradas por el amalgamiento matérico, en donde la forma y el color se conjugan de manera vibrante entre sí.

Según el psicólogo e investigador Mihaly Csikszentmihalyi: “Cada quien tiene su forma de trabajar, existen hilos conductores que podrían constituir lo que llamamos fases para la concreción de un producto creativo”, pero también el escritor húngaro Arthur Koestler, en su libro “El acto de la creación”, plantea: “Que hay dos formas de escapar a nuestras rutinas de pensamiento y conducta: la primera, zambullirse en el ensueño o estados similares, donde los códigos del pensamiento racional quedan suspendidos. Y la otra manera de escapar es en dirección opuesta, o sea la caracterizada por el momento espontáneo de la intuición que conlleva la creatividad”.

Asmat: ¿Cómo es el proceso creativo para realizar tu obra?

MoraC: Trabajo a partir de ideas, conceptos, canciones, poemas; y, por supuesto, a partir de la naturaleza y todo lo que nos ofrece. Mis series dependen de muchos factores, tanto internos como externos. Por ejemplo, la serie “Madre Eterna”, si bien parte del recuerdo físico de mi madre-Marina- tiene una base conceptual que es el papel de la mujer en el desarrollo evolutivo de la humanidad. Las series “Retazos de ternura” o “Paisajes del ayer” son recuerdos velados de los sitios y experiencias de la infancia. Las series “Transparencias” o “Pequeños objetos olvidados” son homenajes a los maestros del bodegón y un ejercicio de observación y reflexión sobre las cosas que dejaremos al partir. La Botánica y la Microbiología han sido una constante fuentes de inspiración. Al contemplar una hoja (Ruskin decía que si se sabía dibujar una hoja, se podía dibujar el mundo), o un pequeño ser bajo el microscopio, “serendipeando”, con los ojos y la mente abiertos, podemos encontrar lo bello y valioso en todas partes.

Creo en la disciplina y en la curiosidad. Hay que trabajar, hay que investigar y no dejar que la pereza intelectual o manual nos impida continuar. Aún en medio de circunstancias muy adversas, podemos con resiliencia y algo de suerte, llevar a cabo nuestros proyectos y comunicar al mundo nuestras ideas y nuestra preocupación por el destino de la humanidad.

Asmat: A lo largo del devenir histórico de la humanidad, el arte nace de la necesidad del ser humano de manifestarse a través de sus ideas, emociones, sentimientos y de comunicarse con los demás. En los tiempos en que vivimos el arte y la cultura tienen que convertirse en generadores de cambio que sacudan conciencias, para transformar esta sociedad de tiempos de globalización que carece de empatía. ¿Cuál es tu visión sobre el arte y la cultura en la era de la globalización?

MoraC: Estamos en una era de transición en la que hay una verdadera confusión. Como dice Achille Mbembe: “Sobre todo, una de las principales transformaciones antropológicas de nuestro tiempo es la división de la humanidad en múltiples fracciones de clase clasificadas por razas. Es, por un lado, la distinción entre personas humanas solventes y personas insolventes. También es, a escala planetaria, la división entre lo que Etienne Balibar llama la ‘parte móvil de la humanidad’ y la ‘humanidad errante.’” (Mbembe, A. (2020). *Brutalisme*. Paris: La Découverte, p. 132). Un artista no puede ser indiferente a lo que está sucediendo en todo el mundo. Parece que el desconcierto es lo que está globalizado. Y no podemos pretender que la gente, por más que tenga que migrar, olvide instantáneamente sus raíces. Así como los esclavos africanos transportaron el maní en un viaje de vuelta que hizo que recalara en América del Norte como comida de pobres, para luego ser mundialmente aceptado; así, ciertas filosofías y costumbres serán transportadas en este movimiento migratorio constante y comenzará un resurgir del arte, alimentado por nuevas ideas, técnicas y materiales de distintas partes del mundo. Porque, así como hay personas resilientes, así también hay culturas resilientes. La misión de los artistas, que toman en serio su labor, es mantener viva la llama de la conciencia humana y brindar un momento de reflexión en épocas de desconsuelo y desesperanza.

Asmat: ¿Hacia dónde ha evolucionado su obra en estas últimas décadas y qué es lo que buscas?

MoraC: Mi obra está ligada a mi filosofía y a mi evolución conceptual. Yo no sería la artista que soy si no hubiese estudiado Farmacia y no hubiese empezado a profundizar en lo que significa el arte para nuestro cerebro y para la sociedad. Todo ello empezó con mi tesis y con el encuentro de la Neuroestética. Las técnicas aprendidas son importantes, pero más importante que el continente es el contenido. Me encanta trabajar con lápices de colores y tiza pastel, pero también disfruto con el óleo o las técnicas mixtas. Me gusta experimentar y parafrasear a los maestros antiguos con técnicas como el pan de oro o el estofado. El Medioevo tiene algo que me atrae y me seduce: no es un sentimiento religioso, es más bien una sentida admiración a su alarde de minuciosidad y a la vez a la libertad en sus composiciones, algo que me lleva a querer aprender de ellos ya que pueden ser el punto de partida para futuras series e ideas a desarrollar. En mi serie de “Plantas sagradas” utilizo su diseño y me he llevado agradables sorpresas. Así es la serendipia en el arte y en la vida: uno va buscando una cosa y puede que encuentre otra más valiosa, admirable e imprescindible.

Asmat: Un estudio realizado por el psicólogo Mihaly Csikszentmihalyi (1934-2021) comprobó que los adolescentes que no soportan la soledad son incapaces de desarrollar el talento creativo. La soledad es necesaria para encontrarse con uno mismo. Mirarse, reflexionar y encontrar el silencio interior es un estado donde acrecienta la creatividad y eleva la resiliencia. ¿Mirándolo así un artista necesita vivir en soledad, para mirarse hacia su interior, reflexionar y realizar su arte?

MoraC: Es un mito eso de estar solos, el artista necesita de la sociedad como la sociedad necesita de los artistas. Los artistas nunca están solos: siempre están acompañados por sus ideas, por un libro, por una canción, una obra de teatro, el cine... o por un modelo. Por otro lado, hay que distinguir “soledad” de “aislamiento”. La soledad es necesaria para la creación, porque lo más valioso para realizar una obra es el tiempo y, si no lo cuidamos, si lo dispersamos, ese material tan escaso y escurridizo, no volverá. Estar aislado es una contradicción para la profesión actual de comunicar o brindar ideas que es el material con el que tejen sus obras los artistas en cualquier campo. Para poder dar, primero tienes que recibir, filtrar, meditar y luego expresar lo que opinas desde tu punto de vista, a un público, por tanto, puede ser que necesites estar contigo mismo para crear, pero luego necesitas de la sociedad para crecer.

El Principito, personaje del famoso libro de Saint-Exupéry, contesta: “¿Qué es la soledad? Es un reencuentro consigo mismo y no debe ser motivo de tristeza, es un momento de reflexión.” Aldo Pellegrini, mucho más sensible a lo que pasa en nuestro tiempo, dice: “Habría que decir más bien que la soledad del hombre es tan vieja como el mundo. Pero hoy, en este estupendo mundo en que vivimos, el problema de la soledad ha adquirido proporciones gigantescas. Ya no se trata de literatura: se trata pura y concretamente de soledad, decantada, cristalina, sólida e impenetrable soledad.” Desde mi punto de vista, como personal de salud y profesora de arte, el único remedio para la soledad es salir de uno mismo, compartir, relativizar y hacer algo de lo que realmente disfrutemos solos o acompañados. No olvidemos que las enfermedades mentales serán una de las primeras causas de discapacidad en el siglo XXI. Las causas pueden ser múltiples, pero la sensación de aislamiento o no pertenencia parece estar

entre uno de los principales desencadenantes de esas patologías y esto en un mal común, no algo que tenga por exclusividad el artista.

Asmat: Existe una frase de Antonio Damasio que dice: “Quizá la cosa más indispensable que podemos hacer como seres humanos, cada día de nuestras vidas, es recordarnos a nosotros mismos y a los demás que somos complejos, frágiles, finitos y únicos.” Sobre el tiempo, espacio y silencio, que es la vida misma, y cómo pasamos por ella. De niños soñamos mirando horizontes, que son nuestro punto de partida. Luego todo lo que sucede en el transcurrir de nuestra existencia depende no sólo de la voluntad y los sueños que cada uno tiene para crear su camino, su bienestar natural o su aspiración por crear un mundo mejor, sino de una serie de circunstancias...¿Desde su perspectiva de artista y pensadora, es posible alcanzar un mundo mejor si reconociéramos lo frágiles y finitos que somos, sin confundir la fragilidad con debilidad?

MoraC: Hay dos posturas bien claras frente a la consciencia de la muerte: o disfruto o me cuido. O vivo desesperadamente o me escondo. Entre esas dos posturas hay una serie de matices, de zonas grises. Algunos prefieren vivir breve e intensamente. Otros optan por ir con calma. Al final, según los investigadores del comportamiento humano, hemos ido evolucionando lentamente para ser menos violentos y más compasivos. Pero, siguen habiendo personas ruines que atacan a indefensos (incluso en sus propias familias), se aprovechan de las necesidades de otros y no ven más allá de sus propios intereses. La filosofía, la ética, la religión y, por supuesto el arte, han ayudado a la humanidad en su lento camino hacia la mejora de nuestra conducta con nuestros congéneres y con los demás habitantes del planeta que nos acoge, la Tierra. Esperemos que caminemos hacia una consciencia global y planetaria. Es urgente y necesario, no por la Tierra, que ella se cuida sola, sino por nuestra especie y por todos aquellos que caerán si no ponemos freno a nuestra codicia y a nuestra inacción frente a lo que no sentimos como “nuestro”. Ya lo estamos viendo en este tiempo de pandemia sin fronteras: ¿No nos preocupaba que los países pobres no tuviesen vacunas para la Covid? Pues bien, ahora viene una variante de África -Ómicron- que pone en jaque todas nuestras expectativas de movilidad navideña. Todo y todos estamos interconectados. Cuando entendamos eso, la humanidad entera tendrá la oportunidad de demostrar de lo que es capaz en tiempos de paz o de guerra.

MORAC: LA FRAGMENTACIÓN DE LO COTIDIANO

Cristóbal Campana Delgado

Historiador

El género humano tiene infinitas formas y medios para comunicar sus ideas, emociones y la testificación de su propia dramaturgia.

El arte pasa a ser así el gran ecran donde se mueven las imágenes del drama del hombre. MoraC se deleita en la armonía de los opuestos, recordando además que “El todo es algo distinto a la suma de sus partes” y que la impresión del espectador depende no sólo de la obra sino de su propia organización perceptiva - diálogo íntimo, personal y subjetivo.

Lo sustancial en sus obras es la refinada sutileza cromática que permite comunicar el deslumbramiento ante su propia interioridad, ante una naturaleza que se resiste a morir, ante la dolorosa tragedia que nos retacea o nos hace piezas mecánicas incapaces de reconocer su ubicación y existencia.

La materia pictórica es manejada muy espiritualmente, y aún pareciendo torturado por texturas tiernas, expresa cabalmente el dolor cotidiano de vivir a retazos. Ella retrata ese retaceo y, para darle fuerza a su mensaje, se siente obligada a fragmentar sus propios cuadros, para que así la mente del observador los vuelva a componer o reunir de acuerdo a sus propias experiencias. Logra bien su intento.

M^a DEL SOCORRO MORAC

Nace en Trujillo, Dpto. La Libertad. Perú Doctora en Bellas Artes por la UCM. Madrid 2015 Licenciada Química - Farmacéutica - Universidad Nacional de Trujillo - Perú. 1981 Artista Plástica y Docente. Escuela de Bellas Artes Macedonio de la Torre. Trujillo - Perú. 1991 Miembro de la Asociación Española de Críticos de Arte AECA Miembro de la Asociación Internacional de Críticos de Arte AICA Miembro de Arte Trujillo [Perú] Contemporáneo ARTPEC Miembro de la Asociación Española de Farmacéuticos de Letras y Artes AEFLA ACTIVIDAD ARTÍSTICA: Seleccionada en Certamen de Pintura Pincel Verde, Leganés. Madrid, España 2007 / Seleccionada en Certamen de Pintura Valdemoro. Madrid, España 2007 / Seleccionada en Certamen de Pintura AIMA. Madrid, España 2006 / Seleccionada Concurso Coca Cola. Trujillo, Perú 2001 / Seleccionada en el VII Salón de Pintura Latinoamericana. Trujillo, Perú 2001 / Finalista Salón Regional II Bienal, Banco Wiese. Trujillo, Perú 1998 / Finalista III Concurso de Pintura Johnnie Walker. Lima, Perú 1997 / Seleccionada Concurso de Pintura Mitchell. Arequipa, Perú 1997 / Finalista Salón Regional II Bienal, Banco Wiese. Trujillo, Perú 1998 / Mención honrosa II Concurso de Pintura Johnnie Walker. Lima, Perú 1996 / Seleccionada IV Salón de Pintura Latinoamericana. Machala, Ecuador 1994 / Seleccionada II Salón de Pintura Latinoamericana. Loja,

Ecuador 1992 / Seleccionada I Salón de Pintura Latinoamericana. Piura, Perú 1991 / EXPOSICIONES INDIVIDUALES: “Serendipia: MoraC 30 años en el Arte” Fundación Obra Pía de los Pizarro. Palacio Barrantes-Cervantes, Trujillo - España 2021/ “Metáforas del silencio” (Bipersonal) CEART Tomás y Valiente. Fuenlabrada, Madrid - España 2013 / “Metáfora de la memoria” (Bipersonal) Sala de Arte Antonio Machado, Leganés. Madrid - España 2007 / “Nexus“ Sala Picasso, Caja Rural Toledo - España 2007 / “Entre dos aguas”. Sala Miró, Palacio de Congresos de Madrid - España 2006 / “El eterno retorno” Casa de la Emancipación. Trujillo - Perú 2003 / “Materia & Memoria” Galería Banco Wiese Sudameris, Trujillo - Perú 2001 / “Espacios comunicantes” (Bipersonal) Banco Extebandes, Trujillo - Perú 1997 / “Silencio compartido” (Bipersonal) Museo Municipal de Piura - Perú 1995 / “MoraC” Galería de Arte del Colegio de Arquitectos, Trujillo - Perú 1993 / “Óleos y pastel” Galería de Arte de la Alianza Francesa, Trujillo - Perú 1989 / PRINCIPALES COLECTIVAS: “Más allá del horizonte” Arte Trujillo [Perú] Contemporáneo. En el marco de exposiciones independientes de ARCO Perú 2019 Centro Cultural Moncloa, Madrid - España 2019 / “Tradición & Contemporaneidad” Fundación Obra Pía de los Pizarro. Palacio Barrantes- Cervantes. Trujillo, Cáceres-España 2018 / “Sincretismo: Arte Perú Contemporáneo” Fundación Obra Pía de los Pizarro. Palacio Barrantes-Cervantes. Trujillo, España 2017 / “Muñeca rota” Sala de exposiciones de la Facultad de Bellas Artes UCM - Madrid. 2017 / “Creatividad & Melancolía” Sala de exposiciones de la Facultad de Bellas Artes UCM, Madrid 2015 / “Ritos & Mitos” Museo Nahim Isaías. Guayaquil, Ecuador 2013 / “Travesías de extramares”

[73] Galería de Artes Visuales del Centro Cultural Ccori Wasi, Lima - Perú 2012 / “Arte Iberoamericano Contemporáneo” Galería Municipal de Arte de Valparaíso, Chile. Museo de Arte Contemporáneo Plaza - La Paz / Fundación Patiño, Cochabamba - Bolivia, Museo de Arte del CC. San Marcos, Lima - Perú 2011-12 / “Bosque Interior” Galería del Teatro Francisco Rabal de Pinto, Madrid 2011 / “Raíces“ Sala Espacio Ronda, Madrid - España 2010 / “Arte Perú Contemporáneo” Sala de Arte del Castillo de Santa Catalina, Cádiz -España 2010 / “Arte Peruano Contemporáneo “ Archivo Histórico, Albacete - España 2010 / “Arte Peruano Contemporáneo” Aula Cultural Universidad Abierta, Ciudad Real - España 2010 / “Donde el viento juega con las redes” Galería Joaquín González, Madrid - España 2009 / “Colores del Maíz” Centro Hispano Centroamericano, Madrid - España 2009 / “VII Certamen Nacional de Pintura Píncel Verde”

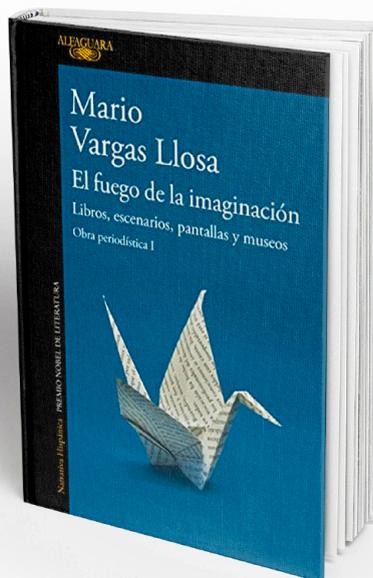
C. C. José Saramago, Leganés - España 2009 / “Rituales de la Papa” Fundación Alianza Hispánica, Madrid - España 2008 / “Dolmen de Dalí” Museo Casa de la Moneda, Madrid - España. 2008 / “Xilografía Peruana Contemporánea” Sala de Arte, Bellas Artes UCM, Madrid - España. 2008 / “Undiscovered Interconnections” Galería Broms, Helsinki - Finlandia 2008 / “El Orden del Camino: Trujillo Arte del Siglo XX” Casa de la Emancipación, Trujillo - Perú 2007 / “Pintura Iberoamericana Contemporánea” Fundación Artcoví, Madrid - España 2007 / 4º Salón de Arte Contemporáneo “Etnia” Los Archivos del Rey, Bruselas -Bélgica 2007 / “Geografía de la Memoria” Sala de Arte delBBVA Banco Continental, Piura - Perú 2007 / “Herencia Contemporánea” Exposición Itinerante: Dresde-Alemania y Paris - Francia 2007 / “Entre el Mar y el Barro” Fundación Alianza Hispánica, Madrid - España 2007 / “En el

■

Umbral de la Memoria” Casa do Brasil, Madrid - España 2006 / “Línea Negra” II Salón de Dibujo, Club Colonial, Huanchaco, Trujillo - Perú 2005 / “Cumbre Trujillos del Mundo” Ayuntamiento de Trujillo, Extremadura - España 2005 / “Hurgando en la Memoria” Galería Skimo Arte, Madrid - España 2004 / “Línea Negra” Salón de Dibujo, Casa de la Emancipación, Trujillo - Perú 2004 / “Cuatro Décadas” Homenaje a la ESBAT “ Macedonio de la Torre” Madrid - España 2003 / “Raíces Invisibles” C.

C. INC-Piura y Casa de la Emancipación de Trujillo - Perú 2003 / “Expo Art” Salón de Artes Plásticas, Casa Orbegoso, Trujillo - Perú 2003 / “Formas Múltiples” Galería Soledad Arroyo, Toledo - España 2003 / “Visión del Sur” Sala del Arco de Santa María, Burgos -España 2002 / “Visión del Sur” C C. La Rábida, Huelva -España 2001 / “Raíces Invisibles” Galería Rua, Laredo, Santander - España 2001 / “Espacios Significantes” Fundación Diaz-Caneja, Palencia - España 2001 / “Memoria y Herencia” Museo Municipal López Villaseñor, Ciudad Real - España 2001 / “Arte América 99” II Feria de Arte Latinoamericano, Puerta Toledo, Madrid - España 1999 / “Arte América 98”, I Feria de Arte Latinoamericano, Casa de Campo, Madrid - España 1998 / Exposición Salón Regional II Bienal, Banco Wiese, Trujillo - Perú 1998 / Exposición III Concurso de Pintura Johnnie Walker. Museo de la Nación, Lima - Perú 1997 / Exposición Concurso de Pintura “Mitchell”, Arequipa - Perú 1997 / Exposición II Concurso de Pintura Johnnie Walker Museo de la Nación, Lima - Perú 1996 / “I Salón “Arte Joven” Galería Banco Wiese, Trujillo - Perú 1994 / “Exposición Grupo Artístico RHASTROS” Galería INC La Libertad - Trujillo 1989.

EL FUEGO DE LA IMAGINACIÓN, OBRA PERIODÍSTICA DE MARIO VARGAS LLOSA



Durante más de sesenta años, Mario Vargas Llosa ha desarrollado una intensa labor como articulista. Para él, los textos publicados en medios escritos de todo el mundo son una especie de autobiografía intelectual, literaria y política que ha ido levantando al ritmo de la actualidad de cada momento. Con este volumen dedicado a la cultura, Alfaguara da comienzo a la publicación de la obra periodística del premio Nobel peruano, y lo hace siguiendo una estructura temática, lo

que permite al lector descubrir en profundidad el ideario del autor a través del tiempo en cada una de las materias.

«Éstas son las reflexiones maduradas a lo largo de una vida dedicada a la lectura de novelas, a la contemplación del arte, del teatro y del cine. No sólo el testimonio entusiasta de intensas horas de placer o de digestiones felices después de haber leído o visto los frutos de la fantasía. También es una aproximación comprensiva a la condición

humana, a su mundo subjetivo —sus valores, conflictos, deseos, anhelos y preocupaciones— y a la manera en que han dejado su huella en la historia. No sé si el futuro se pueda leer en la palma de la mano, en los posos de café o en los arcanos del tarot. El presente, en cambio, y de esto no tengo dudas, se puede intuir en el fuego de la imaginación. Y ni siquiera hace falta ser un mago o tener poderes para ello. Basta —y este volumen lo demuestra— con ser un lector y un espectador apasionado y crítico».

Del prólogo de Carlos Granés

La opinión de los críticos

«Cuatrocientas páginas de espectáculo crítico que, a un tiempo, hilvanan una biografía de lector excepcional: [...] piezas magistrales de una crítica inflamada de pasión literaria, tan lejos de una improbable objetividad valorativa como del mero impresionismo». Domingo Ródenas de Moya, Babelia

«En esta crónica general del fuego de su imaginación como visitante de obras ajenas sobresale una personalidad generosa que quiere ver en lo que escriben o crean otros la misma

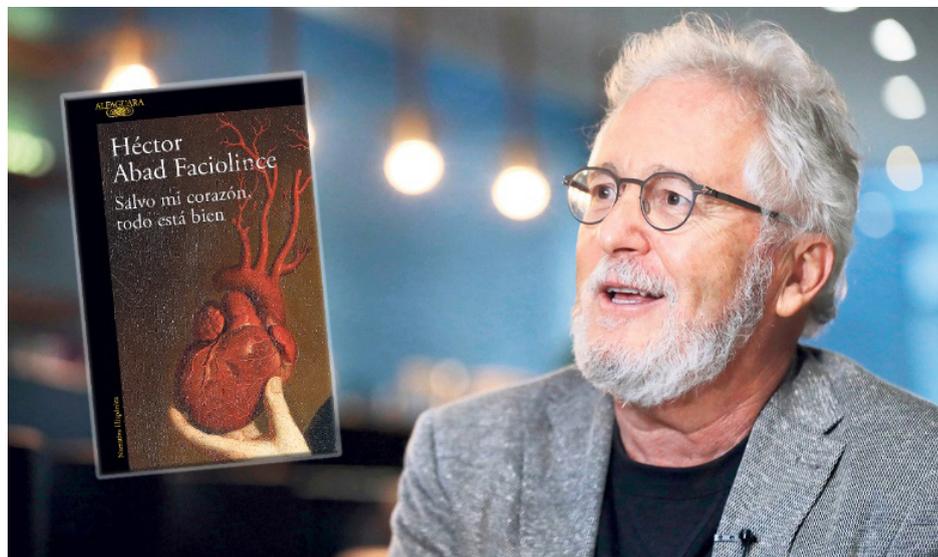
pasión que a él lo alimenta: la literatura. El fuego de la literatura». Juan Cruz, Faro de Vigo

«La escritura de Mario Vargas Llosa ha dado forma a nuestra imagen de Sudamérica y tiene su propio capítulo en la historia de la literatura contemporánea. En sus primeros años, fue un renovador de la novela, hoy, un poeta épico.» Per Wästberg, presidente del Comité Nobel

«Entre nuestros contemporáneos, nadie mejor que el Premio Nobel de 2010 ha sido capaz de seducir amablemente a una gran masa de lectores contándoles historias llenas de sentido con una prosa tan bella como eficaz. Y con un dominio de las estrategias narrativas que la evolución de la literatura del siglo XX instrumentó para superar la manera de hacer novela en el siglo anterior.» Darío Villanueva

«Sus libros contienen la más compleja, apasionada y persuasiva visión de la novela y del oficio de novelista de la que tengo noticia; también contienen el mejor estímulo que un novelista puede encontrar para escribir, un estímulo solo inferior al que contienen las propias novelas de Vargas Llosa.» Javier Cercas, El País.

SALVO MI CORAZÓN, TODO ESTÁ BIEN, LIBRO DE HÉCTOR ABAD FACIOLINCE



Héctor Abad Faciolince

ALFAGUARA , Octubre 2022

«Lo que voy leyendo de Héctor Abad Faciolince lo voy guardando como migas de pan muy esféricas, pulidas, luminosas, para cuando tenga que atravesar el gran bosque de la noche». Manuel Rivas

«Una novela total». Jaime Cedillo, El Cultural

El sacerdote Luis Córdoba está a la espera de un trasplante de corazón. Es un cura amable, alto, gordo, pero su mismo tamaño hace que no sea fácil encontrar un donante. Como los médicos le aconsejan reposo y su residencia tiene muchas escaleras, recibe hospedaje en una casa donde viven dos mujeres, una de ellas recién separada, y tres niños. Córdoba, que es bueno y culto -crítico

de cine y experto en ópera-, goza compartiendo lo que sabe con las mujeres sin esposo y los niños sin padre. Pronto se ve envuelto y fascinado por la vida familiar y, sin pretenderlo, empieza a desempeñar el papel de paterfamilias y a replantearse sus opciones de vida.

Salvo mi corazón, todo está bien es la historia de un sacerdote bondadoso -inspirado en un cura real- que pone a prueba sus creencias y su optimismo inquebrantable en un mundo hostil. Su crisis existencial, en medio de personajes llenos de ganas de vivir, nos muestra una visión del matrimonio como una fortaleza sitiada: los que están dentro quieren salir, y los que están fuera quieren entrar.

Fragmento

[Así, el corazón es el principio de la vida, el Sol del microcosmos (tal como el Sol, proporcionalmente, merece ser llamado el Corazón del mundo), por cuya virtud y pulsación la sangre se mueve, se perfecciona, se vuelve nutritiva, y se defiende de la corrupción y la coagulación; de modo que, cumpliendo con su deber de nutrir, cuidar y alimentar todo el cuerpo, este dios familiar es el fundamento de la vida y el autor de todo].

Mi corazón, leal, se amerita en la sombra.

Es la mitra y la válvula... Yo me lo arrancaré para llevarlo en triunfo a conocer el día, la estola de violetas en los hombros del alba, el cingulo morado de los atardeceres, los astros, y el perímetro jovial de las mujeres.

RAMÓN LÓPEZ VELARDE

El corazón, si pudiera pensar, se pararía.

FERNANDO PESSOA

A Cecilia Faciolince, con el amor de un hijo descreído a su madre creyente

Obertura

Aunque Luis fuera cura, como yo, muy pocas personas le decían padre. Yo le decía Córdoba, y casi todos sus amigos le decían Gordo. Ahora a él, al padre Luis Córdoba, le habían impedido regresar a nuestra casa en la esquina de la carrera Villa con la calle San Juan. Al fin se le permitía salir de la habitación compartida donde había pasado las últimas semanas, en la Clínica León XIII, pero no podía volver a su casa, a la casa donde vivíamos juntos desde hacía veinte años. Para

él, eso era como un destierro, y para mí, su compañero y su mejor amigo, como un exilio que me impedía cuidarlo, como un divorcio involuntario que los dos estábamos obligados a aceptar. Mi único consuelo era que había encontrado un buen sitio donde refugiarse mientras esperaba a que alguien muriera para salvarlo a él. Su vida dependía de una muerte ajena, y este era un sacrificio que yo, aunque quisiera, no le podía ofrecer.

La casa adonde se fue a vivir Córdoba tenía cuatro cuartos, como cualquier corazón. Cada cuarto, al llegar de la luz de la calle, emanaba su propia sombra y su propio latido. No sé si todo el mundo sentía esa pulsación, pero yo la podía percibir. Las dos primeras piezas eran las más pequeñas y daban a un lado y otro del zaguán. Este era una especie de atrio cubierto con una pérgola y lleno de unos anturios tan rojos y brillantes que parecían artificiales. «Un rojo comunista», decía Luis. Teresa, la dueña de la casa, solía regarlos cada tres o cuatro días con un fervor que el Gordo, por compensar, llamaba bautismal. Más que hablarles, Teresa les rezaba a sus anturios y estos le respondían creciendo, haciéndole reverencias, floreciendo de rojo partisano, de blanco enfermera, y de un rojo tan pasado de rojo que se volvía negro, negro como la sangre que brota de una vena. El cuarto de la izquierda, pared en medio, era el dormitorio de los niños, Julia y Alejandro; el de la derecha, tras la otra pared, la pieza de los juguetes y los juegos. Fue esta segunda pieza la que Teresa vació por completo para que Córdoba la ocupara, y cuando él llegó consistía tan solo en una cama alta, de enfermo, un cuadro de santa Ana enseñando a leer a la Virgen, un armario vacío con olor a lavanda y un sillón de lectura con una lámpara de pie que

dirigía su pantalla hacia un libro imaginario, invisible en el aire, a media altura, inundado de cálida luz.

Por el centro del zaguán, tras un portón de hierro con círculos de vidrio color vino, se entraba en el salón de la casa, que estaba dividido en dos espacios simétricos, casi como dos pulmones ovalados y del mismo tamaño. El salón respiraba con una brisa fresca, intermitente, que llegaba del patio central. Uno de los pulmones era la sala, con sofá, cómoda antigua, mesa de centro, una gran alfombra persa con diminutas celdillas rojas y un par de sillones; el otro era el comedor, con una mesa redonda de comino crespo, para seis personas, e incluso para ocho, si se apretaban un poco. En la madera de esa mesa las palabras vibraban con un tono profundo, franco, más de barítono que de tenor, más de contralto que de tiple.

Después del salón estaban los otros dos cuartos, frente a frente. El de la derecha era la alcoba conyugal. Allí dormía Teresa en una cama demasiado ancha para una sola persona, que ella miraba como se mira un féretro vacío, tanto al acostarse como al levantarse. Hacía varios meses que Joaquín, su marido, después de haberse enamorado de una jovencita de carnes firmes y frescas, había abandonado esa alcoba, ese vientre y esa cama. El cuarto de la izquierda era el más amplio de la casa y en cierto sentido el más importante: la biblioteca. Este había sido también el estudio y espacio de trabajo del esposo ausente, tapizado de arriba abajo con libros leídos, anotados, de combate, y presidido por un escritorio grande, de madera maciza, ahora ocupado casi por completo por un estorbo aparatado de televisión, recién

aterrizado allí desde la casa de Villa con San Juan, la de Córdoba, la que yo había aprendido a considerar también mía después de tantos años viviendo en ella con él.

Detrás del pequeño patio central, al fondo, se ocultaban las vísceras de la casa, esos espacios de los que se habla menos pero donde ocurrían, quizá, las cosas más vitales: una amplia cocina con comedor auxiliar, cuadrado, con una tapa de mármol blanco, donde todos solían desayunar

La crítica ha dicho:

«Una reivindicación abierta de sentir, de apasionarse, de disfrutar de las cosas hermosas, un libro donde se defiende que la única esperanza que tenemos como humanos es seguir apostando por la belleza, por lo que nos hace inteligentes y mejores». David Trueba

«Héctor Abad ha escrito una novela sobre la bondad sin ser ñoña, sobre el deseo sin ser sórdida y sobre la muerte sin ser dramática, porque su propio corazón lo instó a cifrar en esta novela su obra y su vida». Fernando Iwasaki, ABC

«Con Héctor Abad Faciolince tenemos siempre, en el sentido más noble, más amplio, más fuerte, el Amor en toda su majestuosidad. [...] Una novela de reparación». Albert Bensoussan, El País

«Ningún libro de Héctor Abad Faciolince ocurre fuera de la vida. Aunque diriman el duelo, la pérdida o el miedo, se aferran a ella». Karina Sainz Borgo, ABC Cultural

«Abad Faciolince podría encajar entre ese grupo de escritores que yo denomino como el de los poetas que escriben novelas. [...] Lo más importante, sin

▪ CULTURA Y LIBROS

embargo, es que manjar tan suculento lo consiguen los buenos escritores con un único ingrediente, uno que está en todas las cocinas, que no tiene valor de cambio pero que usamos a diario como el aire para respirar: el lenguaje, esta combinación maravillosa de sonido y sentido con la que los buenos novelistas, sin proponérselo, siempre acaban contando algo de nuestra propia vida. No busquen otro truco, no hay más que eso. Y esta sí es la magia de la literatura». Esperanza Ortega, El Espectador

«Quien toca este libro toca a un hombre» Juan Cruz, El Periódico

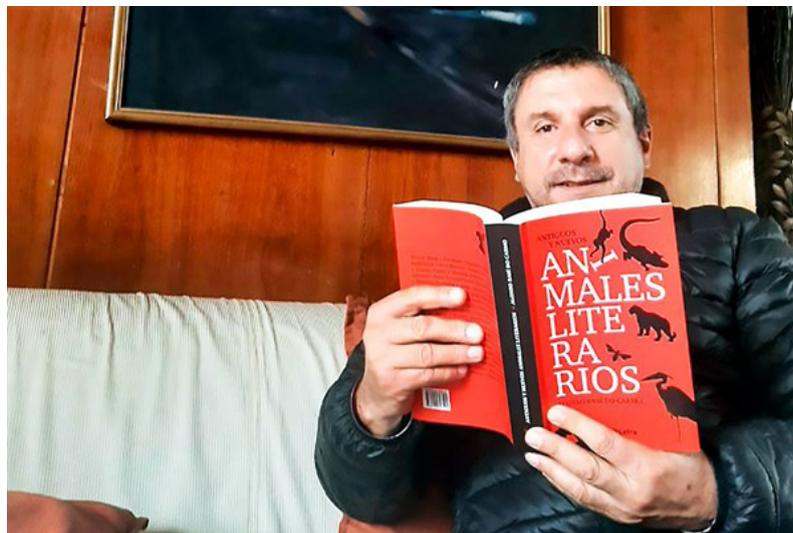
«Otra novela poderosa. También cercana a gente que conocí, y profundamente cervantina». José Miguel Giráldez, El Correo Gallego

«Una novela a contracorriente». Álvaro Devís, Murcia Plaza

«Uno de los autores más venerados y exitosos de América Latina». The Guardian

ANTIGUOS Y NUEVOS ANIMALES LITERARIOS, DE ALONSO RABÍ

ANTIGUOS Y NUEVOS ANIMALES *Antiguos y nuevos animales literarios es una vasta y apasionante exploración de una fauna literaria que Alonso Rabí ha reunido a través de los años.*



Aquí encontramos una suma de entrevistas a 47 autoras y autores, también críticos literarios, incluso fotógrafos, de horizontes diversos, la mayoría son peruanos, y hay muchos latinoamericanos, pero hay también autores europeos y orientales. Todos han sido elegidos por tener en común su entrega completa a la literatura. Y a una literatura entendida por Alonso Rabí del modo más amplio, como práctica, como placer, como obsesión, como objeto de estudio, y por supuesto como tema.

Es un libro heterogéneo en apariencia, pero con una lógica interna que la lectura va desvelando, a medida que avanzamos de la mano de este amigo, que hace las preguntas que hubiésemos querido hacerle a Antonio Cisneros, Abelardo Oquendo o José Watanabe por citar algunos que ya no están. Preguntas como de dónde viene tu amor por los

libros, qué significa la escritura para ti, a quiénes lees y por qué. Pero también otras que abren la posibilidad de la transmisión y despiertan el placer del conocimiento. Es allí donde Alonso Rabí tira suavemente del pestillo para que con la voz de sus entrevistados se presenten también ante nosotros distintas tradiciones literarias, generaciones de poetas y escritores, autoras y autores fundacionales, en suma, para que esos diálogos cara a cara invoquen siglos de lectura y bibliotecas enteras.

El orden elegido es el más justo, el alfabético, y la lectura continua nos invita a poner frente a frente a autores disimiles, hasta contradictorios, donde Plinio Apuleyo Mendoza precede a Lina Meruane, y Orhan Pamuk le sigue a Karina Pacheco.

Antes de echar una mirada a los autores que aparecen aquí, esos sus trofeos de caza, voy a detenerme en el periodista, aquel que en una buena entrevista debe contener la tentación narcisista para poner su voz al servicio de lo que el entrevistado tiene por compartir. En algunos casos se tratará de cosechar lo que está a flor de piel, y hacerlo eludiendo la facilidad, el discurso hecho; en otros habrá que arrancar con delicadeza algo que anda más escondido.

Alonso Rabí lo hace de un modo elegante y caluroso, a partir de una preparación cuidada y sin preciosismos, que traduce no solo la alta concepción que tiene de su oficio, sino también el profundo respeto que le inspira la creación literaria. Con la sencillez que suele acompañar a la gente cultivada y que se reconoce en la pasión de los otros, Rabí invita a un compartir, haciéndolo primero él mismo.

Comienza situando la entrevista en su contexto, alimentándolo y trazando un perfil singular de los entrevistados. Por el modo de presentarlos, o incluso de no presentarlos, intuimos también sus afinidades y sus disimilitudes. Me permito citar algunos fragmentos que me han gustado particularmente:

«Poeta de engañosa sencillez, sin duda. Amante de la obra de poetas extraños y desatendidos, visitante frecuente de las palabras de poetas suicidas, La Hoz vive su marginalidad sin estridencia ni exhibición», escribe sobre Luis La Hoz, entrevistado por zoom durante el encierro de esta pandemia. Y le sigue una conversación tan entrañable que el lector termina queriendo leer de inmediato a La Hoz e impregnarse de esa mirada radiante del poeta, que Rabí logra transmitirnos.

«Me siento frágil e indefenso, pero al mismo tiempo corajudo y tenaz. Tengo un optimismo a prueba de bombas, que no me explico», le dice Fernando Ampuero en una conversación donde hace un balance de su vida entera y en la que sentimos el privilegio de asistir a una confesión, así como a un vibrante homenaje al periodismo.

«Javier Sologuren, además de haber sido un estupendo poeta, es una de las personas más integras y generosas que tuve la suerte de conocer» escribe sobre el poeta peruano.

Sus propias referencias y posicionamientos con respecto a libros y autores, también su propia mirada respecto al hecho literario, apuntalan las entrevistas que construye, manteniendo en todo momento el equilibrio entre lo memorable y lo que podría parecer anecdótico pero resulta revelador, algo que señala de entrada Hugo Coya en el prólogo a este libro.

Pero si uno se siente cercano a los entrevistados de Alonso Rabí, es también porque estas conversaciones están organizadas como historias dentro de otra historia, la del autor y van dando cuenta de sus movimientos, viajes, actividades culturales, de su propia curiosidad, del sentido de la oportunidad que tiene todo buen periodista, pero también y sobre todo, de modo más sutil, de sus intereses y pasiones. «Este libro retoma mi antigua obsesión por dialogar y conocer», escribe en su Nota del autor.

No es en vano que Beatriz Sarlo, Angel Rama o Julio Ortega coincidían reivindicando en los setentas a la entrevista literaria como otro género literario a partir del momento en que está hecha desde una perspectiva interesada en establecer un diálogo de iguales que indaga en el desarrollo de una obra.

Como lo señala el autor, las primeras entrevistas de este libro datan de los noventa y fueron publicadas en el 2008. A ellas les fue añadiendo otras nuevas, en ediciones sucesivas hasta la presente edición de *Pez Letra*, que incluye entrevistas hechas en los últimos años. Ha sido, pues (y quizás lo seguirá siendo) un proyecto orgánico y abierto, que se alimenta con nuevos integrantes y permite revisiones, un coro de voces que se amplifica, y que permite otro tipo de diálogos que el lector teje y construye a su manera. Es un libro tan vivo como la literatura que invoca. Tenemos a autores que cuentan no solo su pasado, sino, y sobre todo, sus proyectos, que hablan de sus búsquedas y sus descubrimientos, que cuentan lo que leen en ese momento.

En este libro hay algunos temas literarios nacionales y continentales recurrentes a los que Alonso Rabí vuelve siempre con una variación en el ángulo, lo que permite entender no solo la importancia que tuvieron, sino también, en algunos casos, su carácter fundacional. El boom es uno de ellos. Una generación entera e incluso la siguiente, se mide con relación al boom. Cada uno con sus matices y sus subjetividades, y también resentimientos que adivinamos. Lo que significó el boom puede resumirse de manera sencilla en una frase de alguien lejano de Latinoamérica (y nada sencillo) como es Pamuk, que dice de este fenómeno:

pensé: uno puede vivir en las periferias, en los patios traseros del mundo y desde allí dirigirse al mundo.

Otro tema recurrente, es el libro *La utopía arcaica* y la relación de Mario Vargas Llosa con José María Arguedas, que nos aparece en las miradas de autores distintos casi como una metonimia

de otras confrontaciones sociales que se han perennizado con el tiempo. Pues para todos los interlocutores, pero también para la lectora que soy hoy, este libro sigue apareciendo como una herida (ocasionada o sufrida).

Encontramos y reencontramos también referencias a la distancia literaria entre Vargas Llosa y Julio Ramón Ribeyro: la ambición totalizante y la poética de la derrota. Todo eso motiva postulados y respuestas de autores y críticos diversos (Alonso Cueto, Peter Elmore, Efraín Kristal), que se completan y también contradicen, que nos permiten intentar hacernos esas mismas preguntas; a veces incluso dejarnos convencer por alguno de ellos.

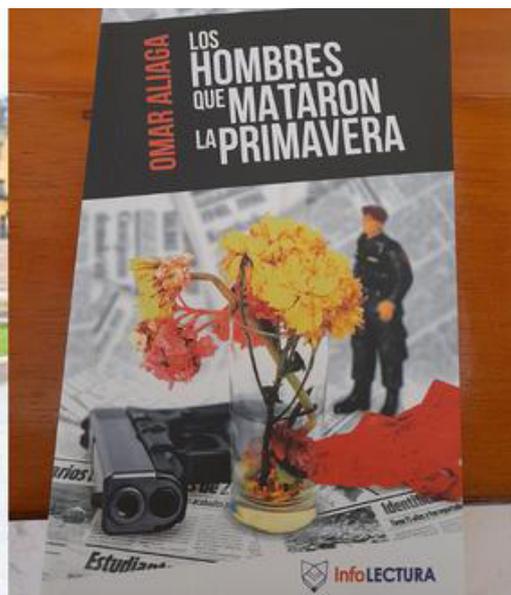
La relación entre ficción y realidad es un cuestionamiento constante al que también el Rabí periodista conduce deliberadamente, como intentando contrastar sus propias ideas y dejándonos adivinarlas a través de sus comentarios sutiles, sus repreguntas.

Así, el oficio del periodismo aparece bajo matices distintos según las generaciones: como sustento y escuela de la perseverancia, del manejo eficaz de la palabra para los mayores; y como todo eso pero además como un género literario en sí mismo, para los más jóvenes.

En la voz de Leila Guerriero, describiendo su oficio, en el fino análisis de Peter Elmore sobre la relación entre periodismo y escritura o en la crítica a la sentimentalidad melodramática que Julio Ortega observa en mucho de la crónica que se publica hoy, se siente como este género es hoy uno de los más ricos, por democrático y por beber de fuentes que resultan inagotables.

DEBUT SIN DESPEDIDA: LOS HOMBRES QUE MATARON LA PRIMAVERA, NOVELA DE OMAR ALIAGA

La primera novela de Omar Aliaga narra escabrosas historias ocurridas en Trujillo con el escalpelo de un cirujano y una prosa que combina diversos registros lingüísticos.



“Con este texto de aliaga se confirma que la literatura y el periodismo son orillas del mismo río, con normas y pactos diferentes con el lector”.

El sábado presentamos el libro del periodista Omar Aliaga “Los hombres que mataron la primavera”. Una historia que retrata al Trujillo de los años recientes. En un periodo de cambios, de apertura comercial, en que el crimen se vuelve galopante y la corrupción se institucionaliza. Una época de héroes y víctimas que se confunden e intercambian roles. Con este texto de Aliaga se confirma que la literatura y el periodismo son orillas del mismo río, con normas y pactos

diferentes con el lector. Así, los textos son productos de una elucubración que tiene más de experiencia del periodismo del día a día que de la teoría de una cátedra tradicional.

¿Y qué cosa es el periodismo? En la prensa de diarios y revistas el escribir es un método que construye un sistema que plantea un orden lógico. Es ese orden que debe contener información y prosodia. ¿Prosodia? Sí, aquel requisito para que toda escritura tenga belleza y plasticidad. Escribir así es una propuesta comunicativa que impulsa un haz de significados y significantes. Un texto es, entonces, un desafío intelectual. El desafío

conjuga el orden y la imaginación. El periodismo literario es el resultado de esta unidad. Una unidad que está respaldada por la gramática.

PUEDES VER: Bibliometro: ¿cómo y dónde pedir préstamos de libros en el Metropolitano?

Como ocurre con el libro de Aliaga que es una novela cuyos personajes y sucesos relatados pueden ser asociados a hechos reales ocurridos en Trujillo. Sin embargo, el libro contiene una advertencia inicial: "... los retazos de realidad que pueda identificar en sus páginas son solo eso: retazos en los que se teje una historia con personajes y hechos de ficción creados exclusivamente por la mente del autor".

Dice **Charlie Becerra** sobre el libro: "Omar Aliaga debuta en la novela con una prosa sólida, envolvente, forjada en el vértigo de las salas de redacción. No solo eso: lo hace con una de las historias más emocionantes y enigmáticas que se han escrito alguna vez en el norte peruano".

Aliaga es un periodista de reconocida trayectoria. Y este libro confirma de la técnica de la crónica que es recalcar la necesidad de comunicar una noticia. Que aparte de la información recabada, se debe contar/narrar con un conjunto de conceptos gramaticales que hacen compatible la comunicación. Que para comunicar la idea narrativa, uno debe manejar el dominio de todas las herramientas del idioma. Y que, finalmente, es pertinente conocer y ejercitarse en un método. Ciertamente, todo ello teniendo como propósito una sola meta: tener presente al usuario/lector.

ENSAYO

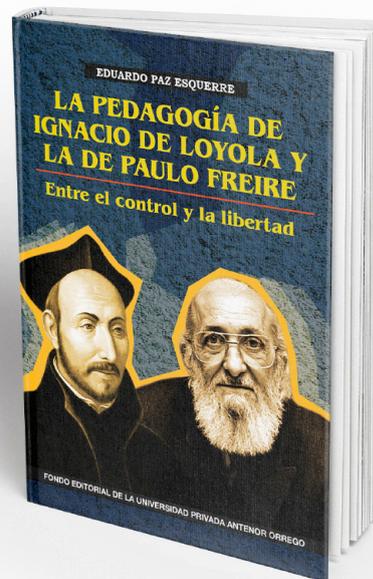
LA PEDAGOGÍA DE IGNACIO DE LOYOLA Y LA DE PAULO FREIRE

Entre el control y la libertad

© Eduardo Paz Esquerre

*Libro galardonado explora el fenómeno educativo
a través de un paralelo entre dos paradigmas de la educación*

La presente investigación cualitativa se realizó como indagación documental, con el propósito de comprender, en profundidad, aspectos fundamentales existentes en la pedagogía de Ignacio de Loyola y Paulo Freyre, para lo cual, se realizó una lectura minuciosa de los textos en examen de ambos autores. Se registraron los pasajes de interés, con el fichaje bibliográfico correspondiente a cada autor, según los tópicos considerados en la investigación, como los referentes al educador, el contenido educativo, los medios educativos, el educando, la educación como instrumento de opresión o control, la educación como práctica de la libertad y el acto educativo. La identificación e interpretación de los tópicos permitieron efectuar la yuxtaposición de datos en comparación, lo cual facilitó la comparación – explicación y la identificación de convergencias, divergencias y tendencias entre ambos autores. Con este proceso se reconocieron principios fundamentales implícitos en los tópicos estudiados: se identificaron componentes destacados de acción; y se efectuó la inferencia de diversas consideraciones en torno a la experiencia de aprender y enseñar.



INSTRUCCIONES PARA PUBLICAR EN IURA

1. Los artículos son originales e inéditos, enviados por correo electrónico, escritos en tipo de letra Times New Roman, tamaño 12, en español con letras de color negro, en formato Word, tablas en Excel, tamaño A4, interlineado de 1.15.
2. La extensión máxima de los textos, incluyendo imágenes, tablas y bibliografía, es de veinticinco (25) páginas.
3. Los títulos no exceden de veinte palabras, en cada idioma. En caso necesario, los autores utilizan subtítulos, en forma tal que expliquen o amplíen la idea del título y que no se contabilizan dentro de ese límite.
4. Los artículos, después del título en español e inglés, nombre y apellidos del autor o autores, comprende, al menos, las siguientes partes: resumen y palabras clave, abstract y key words, introducción, material y métodos, resultados, discusión, conclusiones y referencias bibliográficas. Las palabras clave no exceden de cinco.
5. La tipología de textos es la siguiente:
 - a) Artículos de investigación científica: textos que presentan, de manera detallada, los resultados de una investigación cualitativa, cuantitativa o mixta, cuya estructura incluye: resumen y palabras clave, abstract y key words, introducción, metodología, resultados, discusión, conclusiones y referencias bibliográficas.
 - b) Artículos de revisión: textos sobre una investigación en los cuales se analizan, sistematizan e integran los resultados de otros trabajos de investigación sobre un determinado campo de la ciencia, tecnología o humanidades, con el propósito de dar cuenta del desarrollo de dichos campos.
 - c) Artículos de reflexión: textos que presentan resultados de una investigación sobre un tema específico desde una perspectiva analítica, interpretativa, crítica o reflexiva.
 - d) Ensayos: textos en los cuales el autor expone un tema en forma libre, según su manera personal de concebirlo; implica reflexión, opinión o criterios propios, propuesta y defensa de ideas; tienen carácter argumentativo. Por lo general, en ellos se distingue: resumen, introducción, desarrollo o cuerpo central y conclusión.

6. Según el tipo de investigación o naturaleza del tema, caben las adaptaciones en la estructura del artículo por parte de los autores. Se tiene en cuenta, por ejemplo, que material y métodos, resultados y discusión aluden al desarrollo de los contenidos del problema tratado, sobre todo cuando se utiliza alguna variante de la investigación cualitativa.
7. En nota de pie de la primera página del artículo, se indican los siguientes datos del autor: título profesional, grado o condición académica, filiación institucional, algún otro dato relevante y correo electrónico.
8. El resumen se presenta en trescientas palabras como máximo; en él se debe aludir al objetivo, la relevancia, la metodología y las conclusiones.
9. Para las citas y referencias bibliográficas, se utiliza el sistema APA.
10. Los títulos y subtítulos se escriben en negrita. Los resaltados se presentan en itálicas (cursivas), no en negrita ni en letras mayúsculas, tampoco subrayadas o en colores.
11. Los cuadros o tablas, gráficos y otras ilustraciones, con sus títulos y leyendas respectivos, son numerados correlativamente. En la leyenda se cita la fuente, incluso si la elaboración es del autor. Todas las imágenes, a colores o en blanco y negro, son enviadas en formato JPG de alta resolución, y ubicadas en el lugar que deben ocupar dentro del texto.
12. Las unidades de medida se escriben según el Sistema Internacional de Medidas; las cifras deben agruparse en tríos a la derecha e izquierda de la coma decimal y separadas entre sí por un espacio simple.
13. Cada texto es acompañado de una página previa en la cual el autor registra lo siguiente: nombre, lugar de trabajo, dirección, correo electrónico, teléfono, título profesional, principales publicaciones y resumen de su hoja de vida.
14. Los autores llenan y firman un formato mediante el cual autorizan la publicación de su artículo.
15. Presentado el texto para su publicación, no se envía, al mismo tiempo, a otras revistas.
16. Cada autor recibe tres ejemplares del número en el que aparece su artículo, si se trata de una versión impresa de la revista, y el libre acceso a tres ejemplares del artículo si se trata de una edición electrónica.
17. Los artículos expresan el pensamiento personal de sus autores, no de la institución.
18. Todos los textos remitidos son sometidos a evaluación, según lo estipulado en la sección sistema de arbitraje.



Plantas sagradas / Óleo sobre lino



UPAO

FONDO EDITORIAL