

# SAPIENTIA & IUSTITIA

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
DE LA  
UNIVERSIDAD CATÓLICA SEDES SAPIENTIAE

AÑO 2 N. 4





## DERECHO, FRATERNIDAD Y PANDEMIA: NACERÁ UN MUNDO NUEVO

*Lafayette Pozzoli\**

*Pontificia Universidad Católica de São Paulo – PUC-SP, Brasil*

*lafayette@lafayette.pro.br*

**Resumen:** El artículo tiene como objetivo estudiar el desarrollo del proceso de aplicación de la Agenda 2030 de la ONU al contexto actual del derecho, teniendo como parámetro los conceptos de paz y justicia, dentro de un análisis de cómo el principio de la fraternidad puede ayudar a las personas en este momento de más de dos años de pandemia. Para llegar a un resultado, el artículo abordó primero cómo las agendas de la ONU ganaron legitimidad, luego los puntos principales de la Agenda 2030 con su carácter de construcción comunitaria y la relación con la democracia. Se realizará una investigación sobre el principio de la dignidad humana en la DUDH, a partir de 1948, y sus reflejos hermenéuticos, en el siglo XX, en los ordenamientos jurídicos de los estados miembros de la ONU. En seguida, se analizará el principio de la fraternidad como nuevo paradigma interpretativo, con su presencia en la Agenda 2045. El trabajo abordará también la naturaleza jurídica que tomará la futura agenda de la ONU. Finalmente, se ofrecerá un análisis de la fraternidad como uno de los objetivos de la Agenda 2045. Se considerará en este artículo la perspectiva del uso hermenéutico del derecho con una función promocional de la dignidad de la persona humana. La investigación se desarrolló utilizando el método de abordaje hipotético-deductivo, el procedimiento comparativo, la técnica de la documentación indirecta, la investigación bibliográfica en libros y revistas jurídicas; documental; legislación y en páginas electrónicas.

---

\* Abogado. Profesor. Con post-doctorado en Filosofía del Derecho y del Estado por la Università “La Sapienza”, Italia. Doctor y magíster en Filosofía del Derecho y del Estado por la PUC-SP. Fue pro-rector de post-grado, Investigación y Extensión y coordinador y profesor del Programa de Maestría en Derecho del UNIVEM. Profesor en la Facultad de Derecho de la PUC-SP. Editor jefe de la Revista de la Facultad de Derecho de la PUC-SP, *Direitos Democráticos & Estado Moderno* y miembro del Comité Científico de la *Revista Sapiencia & Iustitia*, revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae. Consultor internacional en legislación para personas con discapacidad por la OIT (Organización Internacional del Trabajo). Evaluador por el INEP (Ministerio de Educación) para Cursos Jurídicos. Asociado fundador de la Unión de los Juristas Católicos de São Paulo (UJUCASP) <https://orcid.org/0000-0001-7512-7549>.

**Palabras clave:** Pandemia; Fraternidad; Paz; Justicia; Dignidad Humana; Agenda 2045.

## **LAW, FRATERNITY AND PANDEMIC: A NEW WORLD WILL BEGIN**

**Abstract:** The article aims to study the development of the process of applying the UN 2030 Agenda to the current context of law, having as a parameter the concepts of peace and justice, within an analysis of how the principle of fraternity can help people at this time of more than two years of pandemic. To reach a result, the article first addressed how the UN agendas gained legitimacy and the main points of the 2030 Agenda and its character of community construction and the relationship with democracy. An investigation will be carried out on the principle of human dignity in the UDHR, from 1948, and its hermeneutic reflexes, in the 20th century, in the legal systems of two UN member states. At another point in the sequence, the principle of fraternity will be analyzed as a new interpretative paradigm, with its presence in Agenda 2045. Finally, the work will address the legal nature that will take the future UN agenda. Finally, an analysis of fraternity as one of the objectives of Agenda 2045. It will be considered in this article from the perspective of the hermeneutic use of law with a promotional function of the dignity of the human person. The research was developed using the hypothetical-deductive method of approach, the comparative procedure, the technique of indirect documentation, the bibliographic research: in books and legal journals; documentary; legislation and on electronic sites.

**Keywords:** Pandemic; Fraternity; Peace; Justice; Human dignity; Agenda 2045.

### **1. Introducción**

Este artículo fue producido a partir de la conferencia en el evento realizado en línea por la UCSS (Universidad Católica Sedes Sapientiae, Perú), cuyo título fue: Conferencia Magistral Internacional - Derecho, Fraternidad y Pandemia: Nacerá un nuevo mundo. Se llevó a cabo el día 25 de noviembre del 2021, y el título de este artículo es el mismo que el de la conferencia.

Luego de los saludos a los presentes<sup>1</sup>, el tema fue desarrollado en los siguientes términos: el objetivo de este artículo es investigar el proceso de creación de las agendas

<sup>1</sup> ¡Buenas tardes a todos!

Aquí en Brasil, hora de Brasilia, ahora son las 6:00 de la tarde.

A falta de una lengua latina, reconozco la dificultad de tener una lengua propia nuestra porque, entre otras razones, un fuerte colonialismo cultural secular proviene de un eurocentrismo. Soy consciente de que este hecho no debería ser tomado como excusa.

Hablaré en español, pero comenzaré desde mi idioma nativo, que es el portugués. ¡Podría parecer un portunhol! Bueno, espero que la comunicación tenga lugar y puedan entender lo que voy a decir. Les agradezco de antemano la amable paciencia de todos.

de la ONU (Organización de las Naciones Unidas) y, en particular, cuál es la relación de la implementación de la Agenda 2030, en el contexto del derecho latinoamericano, y en la perspectiva de una futura presencia del principio de la fraternidad como objetivo de la Agenda 2045 de la ONU. La pandemia ha demostrado que el ser humano no es autosuficiente y que necesita de los demás no solo para conservarse, sino también para desarrollarse.

Ampliando la comprensión y trazando una relación con la construcción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (en adelante, también DUDH), veremos cómo sucedió la elaboración de las agendas y específicamente de la Agenda 2030, que comenzó a guiar y orientar una serie de reflexiones y acciones prácticas en los más diversos campos de la sociedad.

Para llegar a este resultado, el artículo abordará primero los puntos principales de la Agenda 2030 y su carácter de construcción comunitaria. En otro momento, en la secuencia, el principio de la fraternidad será objeto de análisis. Finalmente, el trabajo abordará el carácter comunitario de la Agenda 2030, la falsa seguridad evidenciada por la pandemia y el principio de la fraternidad como vínculo comunitario.

Se desarrollará una investigación sobre el principio de la dignidad humana en la DUDH de 1948, y sus reflejos hermenéuticos en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la ONU.

El principio constitucional de la fraternidad puede ser un pilar significativo para el período posterior al final de la pandemia y aún otros pueden ser tratados de forma madura en este siglo XXI y con ello propiciar la construcción de caminos sólidos para la realización de la tolerancia a escala global. Finalmente, un sustrato significativo para la construcción de los objetivos de la Agenda 2045.

---

También me gustaría agradecer al profesor Gilmar Siqueira, del Brasil, estudiante de doctorado en la Universidad Federal del Pará, por su apoyo en el manejo del idioma español.

Soy Lafayette Pozzoli, abogado, profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, Brasil.

Asociado fundador de UJUCASP - Unión de Juristas Católicos de São Paulo.

Investigador en temas como los principios de la dignidad de la persona humana y la fraternidad.

Editor-jefe de la Revista de la Facultad de Derecho de la PUC-SP - Derechos Democráticos y Estado Moderno y Miembro del Comité Científico de Sapientia & Iustitia - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

Agradezco la invitación, que me fue dirigida, de estar en este evento que es muy importante para la comunidad jurídica científica internacional de derecho. Una feliz propuesta del profesor Edgar Odón Cruz Acuña.

Quisiera agradecer y saludar a todos los organizadores del evento y, sin duda, a la Universidad Católica Sedes Sapientiae - en la persona del Gran Canciller, Monseñor Lino Panizza Richero.

Saludo a todas las autoridades académicas, profesores, estudiantes y colaboradores, en la persona del Magnífico Rector Prof. César Antonio Buendía Romero.

El tema de mi ponencia hoy es: Derecho, Fraternidad y Pandemia: nacerá un nuevo mundo.

Además, la aplicación del método también será considerada en este artículo desde el punto de vista del uso hermenéutico del derecho con función promocional de la dignidad de la persona humana. La investigación se desarrolló utilizando el método de enfoque hipotético-deductivo, el procedimiento comparativo, la técnica de documentación indirecta, la investigación bibliográfica en libros y revistas jurídicas; documental; en la legislación y en las páginas electrónicas.

## 2. Comprendiendo las Agendas de la ONU

Un tema pensado a partir de mis estudios e investigaciones científicas con mentores y compañeros investigadores en mi grupo de investigación ha girado en torno a la Agenda de las Naciones Unidas (2030) y sus 17 objetivos<sup>2</sup> de desarrollo sostenible. Estos últimos, a su vez, se despliegan en 169 metas a alcanzar a través de una acción conjunta que reúne a diferentes niveles de gobierno, organizaciones, empresas y sociedad en su conjunto a nivel local, nacional e internacional.

A esto se suma la necesidad de que el derecho tenga mayor efectividad, lo que resulta en pensar el principio de la fraternidad como una propuesta de objetivo para la Agenda 2045 de la ONU, dando la oportunidad a los ciudadanos a partir de la segunda mitad del siglo XXI de poder trabajar el derecho como una función promocional de la

- 
- <sup>2</sup>
1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo.
  2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible.
  3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades.
  4. Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos.
  5. Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas.
  6. Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos.
  7. Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos.
  8. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.
  9. Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación.
  10. Reducir la desigualdad en los países y entre ellos.
  11. Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.
  12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles.
  13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.
  14. Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible.
  15. Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad.
  16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas.
  17. Fortalecer los medios de implementación y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.

persona humana, como desarrollaremos más adelante. Por el momento, vale la pena señalar que cada uno de los 17 objetivos de desarrollo sostenible representa un desafío a alcanzar para la promoción de un desarrollo más sostenible, justo, fraterno e inclusivo.

Aunque sea una agenda global, se ocupa de temas que son cruciales para los municipios, que es donde vive la gente. Como dijo André Franco Montoro, fiel partidario del municipalismo: “Nadie vive en la Unión; nadie vive en el estado; todos viven en el municipio”. Una agenda que es una herramienta que ya comenzó a implementarse por gobiernos municipales, estatales y nacionales, diversas organizaciones, universidades, empresas, bancos, entre otros.

La propuesta de los objetivos de desarrollo sostenible no es “reinventar la rueda”. Se trata de utilizarlos para facilitar el desarrollo de acciones integradas, con una visión de futuro positiva y común a diferentes colectivos, que genere impactos reales en la construcción del desarrollo sostenible.

Bajo esa línea, los municipios tienen un papel central para el éxito de esta agenda, pues, en el ámbito de los objetivos de desarrollo sostenible, es necesario que los gestores municipales incluyan dichos objetivos en sus políticas y proyectos, promuevan la integración y sostenibilidad de las iniciativas, actúen desde acuerdos y se articulen con otros agentes territoriales. La sociedad civil y el sector privado también son actores clave y deben participar en este proceso.

Para comprender mejor el contexto, es necesario señalar cómo se construyó la Agenda 2030 y cómo influye fuertemente en el proceso de interpretación, en todas las áreas del conocimiento humano, pero notablemente en el área del derecho. Esto proporciona un instrumento para la estabilidad de la democracia.

### **3. Construcciones de la Agenda 2030: democracia e interpretación**

Ampliando la comprensión y trazando una relación con la construcción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, veamos cómo sucedió la elaboración de las agendas y, específicamente, de la Agenda 2030, que comenzó a guiar y orientar una serie de reflexiones y acciones prácticas en los más diversos campos de la sociedad.

Recorriendo la historia reciente, tomaré tres momentos importantes que ayudaron a construir las agendas. Primero, en 1967 con la Encíclica sobre el Desarrollo *Populorum Progressio* del papa Pablo VI, el primer documento que trata sobre el desarrollo en todo

el mundo (recordemos también que la Encíclica *Rerum Novarum* del papa León XIII era específica para el campo del trabajo).

En segundo lugar, en 1995, la ONU celebró la Conferencia Mundial sobre Desarrollo Social (en Copenhague), una conferencia propuesta por iniciativa del expresidente chileno Patricio Aylwin, primera conferencia de la ONU sobre redes sociales. Cabe señalar aquí que la idea vino de América Latina. En tercer lugar, en la década de 1990, un trabajo de la ONU con los Estados miembros que más tarde generó la Agenda con los Objetivos de Desarrollo del Milenio desde el 2000 hasta 2015.

La Agenda 2030 es un documento extraído por la ONU de la mejor experiencia diplomática del mundo. Está orientada en cinco grandes áreas de importancia, una metodología que ayuda a tener una mejor comprensión. Las áreas son las siguientes:

Personas - Erradicar la pobreza y el hambre en todos los sentidos y garantizar la dignidad y la igualdad.

Prosperidad - asegurar vidas prósperas y plenas, en armonía con la naturaleza.

Paz - promover sociedades pacíficas, justas, fraternas e inclusivas.

Asociaciones - implementar la agenda a través de una sólida alianza global.

Planeta - proteger los recursos naturales y el clima de nuestro planeta para las generaciones futuras. (Confederação Nacional de Municípios, 2016, p. 23)

Estos son ámbitos que pasan por el universo de los sueños, porque los sueños ayudan a identificar mejor el significado de la vida. Parece que los diplomáticos de la ONU se inspiraron cuando prepararon la agenda 2030.

Una agenda que se elaboró antes de 2015, sin saber que pasaríamos por una pandemia. Por lo tanto, una comprensión necesaria aquí versaría en cómo la pandemia actual ha hecho que el ser humano se dé cuenta de sus límites y, al mismo tiempo, la necesidad de fortalecer sus lazos comunitarios y solidarios. Es necesario resaltar esta situación notable para que se rescate el principio de la fraternidad y así tener una mejor comprensión de la importancia de la actual Agenda 2030 y que la fraternidad esté presente en la Agenda 2045 como uno de sus objetivos.

La pandemia ha marcado profundamente la visión del ser humano: toda falsa seguridad y el sentimiento de autosuficiencia han sido puestas a prueba. Las medidas y movimientos tanto de los gobiernos como de la sociedad civil tienen como objetivo contener con la máxima firmeza la propagación de la enfermedad, pero, si bien es útil y encomiable, en vano encubrió lo que directamente salta a la vista: la fragilidad que

caracteriza la vida humana ha vuelto a resurgir con la misma intensidad con la que ha sido ignorada en los últimos años por la prosperidad económica y los avances tecnológicos que se han producido principalmente en los países más desarrollados. La inseguridad es parte de la vida humana y debe ser tomada en cuenta para lograr los objetivos de cada persona.

La imprevisibilidad, combinada con metas y anhelos, es parte de la vida cotidiana de las personas. Sin embargo, cuando a lo largo de algún tiempo uno tiene cierta seguridad, aunque sea momentánea, las personas a menudo olvidan la imprevisibilidad característica de la vida. La tentación que ofrece el espejismo de la seguridad es la de tomar la vida como “dada”. Además, la persona misma parecería en cierta medida “dada” o hecha, lo que no corresponde a las incertidumbres de la estructura narrativa de la vida humana.

Comprender el momento presente es sin duda una tarea que implica muchas reflexiones. Vale la pena recordar a un filósofo universal, Jacques Maritain, quien dijo:

... la tragedia de las democracias modernas radica en el hecho de que aún no han logrado alcanzar la democracia, pero a pesar de sus imperfecciones y límites, la democracia es la única forma por la que pasan las energías progresistas de la historia humana. (1964, p. 33)

Es en este contexto que el Poder Judicial, como responsable en buena parte de la construcción de la legitimidad del Estado, aprovecha el proceso de interpretación de las normas jurídicas, construyendo argumentos. Considerando la realidad brasileña, el proceso de interpretación de la ley, me atrevo a afirmar que puede ser alrededor del 70%, en oposición a los procesos interpretativos de la mayoría de los países europeos, de los que me arriesgo a afirmar sea alrededor del 30%. Es evidente que esto está intrínsecamente vinculado a una cultura de la nación, tal como fue constituida, al respeto que tiene por la tríada de libertad, igualdad y fraternidad de los ciudadanos, y cómo preserva sus valores, especialmente el principio del bien común.

Pero para entender mejor cómo se interpreta hoy el derecho y ayuda a la justicia en la construcción y sedimentación de la legitimidad del Estado y de las instituciones de la sociedad en su conjunto, es necesario analizar su trayectoria histórica.

Tomaríamos como base las enseñanzas judías, que consideran al ser humano como la culminación de la creación y tiene una importancia suprema en la economía del Universo. Por lo tanto, cada ser humano es único, y quien suprime una existencia es como si destruyera el mundo en su totalidad.

En este ámbito se atribuyó a la persona que había perdido la condición de ciudadano, para convertirse en súbdito de las grandes monarquías. Una nueva dignidad que resultó del significado filosófico conferido al universalismo de Alejandro: el mundo es una sola ciudad, una Cosmópolis, en la que todos participan como amigos e iguales: ciudadano revestido de una ciudadanía.

Con el cristianismo, surge la idea de que cada persona humana tiene un valor absoluto en el plano espiritual, como dijo San Pablo: “no hay distinción entre judío y griego” (Rm 10,12-13).

En el período del movimiento de la Ilustración, la inspiración del constitucionalismo fue el humanismo, cuyos derechos fundamentales fueron dogmatizados y un documento importante en ese momento fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de Francia.

Para que la ley pudiera ser preponderante —desde el siglo XVIII— se construyeron dos condiciones basadas en luchas por el cambio de culturas. Primero fue la condición política, desarrollándose en a) la soberanía nacional, basada en una voluntad general, y b) la separación de poderes. Luego, la condición jurídica, extendiéndose a través de la supremacía de la ley y para ello la necesidad de concebir el derecho como un sistema y, lo más importante de ello, le quedaba al poder judicial establecer el control de la legalidad y constitucionalidad.

Estas condiciones permitieron, en el siglo XIX, el desarrollo de la revolución industrial, el desarrollo del positivismo científico a partir del pensamiento de August Comte y la creación de un fuerte optimismo para la ciencia.

En el siglo XX, en el campo del derecho, se ha formado un positivismo jurídico incrustado desde los sistemas jurídicos de los Estados, la lucha por los mercados internacionales y el desencadenamiento de la Primera Guerra Mundial con el consiguiente levantamiento de un entorno que propiciaba la Segunda Guerra Mundial. Lamentablemente, se perdieron muchas vidas, pero el trágico evento dio como resultado el documento de la DUDH de 1948.

#### **4. Importancia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el siglo XX**

En el período posterior a la Segunda Guerra Mundial apareció el mayor documento jurídico construido por la humanidad en el siglo XX, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Dicho documento trazó en sus 30 artículos como hilo

conductor la dignidad de la persona humana y permitiÓ, inicialmente en Occidente, a los estados constitucionales desarrollar una nueva forma de interpretación, tras la transformación de la declaración en pactos, en el ámbito civil y económico, de finales de la década de 1960.

Cabe destacar que la UNESCO, teniendo como embajador francés a Jacques Maritain, lo invitó en 1947 a presidir el comité que preparó la Declaración, cuyo trabajo emprendido con los principales líderes mundiales de la época permitió la realización de un acuerdo cultural.

La lección maritainiana consistió en afirmar la verdad en la libertad, teniendo la dignidad de la persona humana como mayor apoyo. Una justificación racional de los derechos humanos solo es posible, según Maritain, mediante el descubrimiento de la ley natural, entendida en sus connotaciones realmente metafísicas y en su dinamismo realista, es decir, una noción de ley natural connotada simultáneamente con la naturaleza y la experiencia. Con esto, es necesario considerar al ser humano como persona, que tiene necesidad de una dimensión relacional en la sociedad.

En este sentido, el libro de Maritain, publicado en 1942, *Derechos del Hombre y Ley Natural*, ya contiene las bases de la declaración de la ONU de 1948. Como un ejemplo de ello, podemos comparar el texto del libro y el artículo primero. En la página 16 del libro de Maritain está escrito:

Cada uno de nosotros lleva un gran misterio que es la personalidad humana. Sabemos que un rasgo esencial de una civilización digna de ese nombre es la noción y el respeto a la dignidad de la persona humana; por otro lado, es una idea pacífica que, para defender los derechos de la persona humana, así como para defender la libertad, siempre debemos estar preparados para ofrecer la vida. (1967, p. 10)

El artículo primero de la Declaración dice: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (Organización de las Naciones Unidas, 1948).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU cumplirá 73 años el 10 de diciembre de 2021. Pero fue el 6 de noviembre de 1947, en la segunda Conferencia de la UNESCO celebrada en México, que Maritain, en su discurso inaugural de la

conferencia, dio el norte a la Declaración con la indicación de la dignidad de la persona humana como centro de la Declaración.

Actualmente, en Brasil, vivimos una influencia directa de la Declaración, con un nuevo modelo interpretativo del derecho, dejando a un lado un predominio del positivismo jurídico, como se enfatizó hasta finales de los años 90 y asumiendo el predominio de un realismo jurídico. Pasaremos a algunos ejemplos de procedimientos en la Corte Suprema de Brasil que, desde 2002, transmite en vivo para todo el país, por TV Justicia, todas las audiencias plenarios.

También es común tener audiencias públicas en las que los ministros pueden escuchar a la sociedad, en sus diversos segmentos profesionales y políticos, sobre un tema en particular. Una figura importante proveniente del proceso civil, en la reforma de 2015, fue el *amicus curiae* (amigo del tribunal), el cual es un tercero admitido en el proceso para proporcionar subsidios de instrucción, aportando información importante a la solución de la demanda.

Es posible afirmar que el realismo jurídico es una corriente filosófica predominante en este momento, un pensamiento jurídico filosófico que considera la realidad social en la toma de decisiones judiciales.

## 5. Principio Jurídico de la Fraternidad

En el mismo campo, debe haber aquí una preocupación por el concepto de fraternidad. Su identificación es fundamental, actualmente, dentro del área del derecho. Por lo tanto, no hace falta hablar de un concepto cerrado; un concepto de fraternidad cerrada sería algo atribuido por alguien, sería como decir que el arcoíris tiene un solo color. Por eso, cuando apuntamos al concepto de fraternidad, somos conscientes que estamos ante un concepto que se construye en todo momento.

Es importante recordar que el profesor André Franco Montoro, de la PUC-SP, a principios de la década de 1980 ya estaba trabajando el concepto de fraternidad en el área del derecho, aunque con poca resonancia. Para hacer una analogía, sería como imaginar una ley de losa en la luna<sup>3</sup> en ese momento: ¿qué importaba? Trabajar la fraternidad en el derecho era algo parecido, porque se decía que la fraternidad estaba relacionada con las áreas de teología y filosofía y no con el derecho.

Volviendo a la actualidad, analizando la Constitución Federal, el ministro Reynaldo Soares da Fonseca, del STJ (Tribunal Superior de Justicia) enumera siete momentos en las

<sup>3</sup> En Brasil existe un reciente instituto legal llamado ley de losa (Ley N° 13.465, de 11 de julio de 2017).

que la Constitución tomó el principio de la dignidad humana, y por lo tanto la fraternidad, como fundamento del bienestar Social:

... En art. 23, párrafo único (bienestar nacional); en art. 182, *caput* (bienestar de los habitantes de la ciudad); art. 186 (bienestar de propietarios y trabajadores – requisito para medir la función social de la propiedad rural); en el art.193, *caput* (bienestar social); en el art. 219, *caput* (bienestar de la población); en el art. 230, *caput* (bienestar de los ancianos); y en el art. 231, §1 (bienestar de los indios). (2019, p. 56)

Por lo tanto, si queremos ver y tener un mundo fraternal y nuevo, con el objetivo de ampliar la comprensión a escala global, creo que el principio de la fraternidad debe ser uno de los objetivos de la Agenda 2045, ya que la ONU es un organismo importante para llevar adelante un diálogo iniciado desde la fraternidad que apunta a la paz. Las agendas trabajadas por la ONU son instrumentos para este propósito.

Ya hemos tenido la agenda de 2015, inicialmente llamada Agenda del Milenio, con 8 Objetivos de Desarrollo del Milenio. Un programa resultante de un compromiso solidario y fraternal centrado en el desarrollo humano mundial, realizado por 189 dirigentes mundiales durante la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas en septiembre de 2000. Un compromiso adoptado y que resultó en la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, considerada como un esfuerzo por sintetizar los acuerdos internacionales alcanzados en diversas reuniones mundiales celebradas a lo largo del año 1990. Muchas fueron las consumaciones provenientes de las directrices del Programa del Milenio. La experiencia ha demostrado ser un camino viable para ser pisado por la humanidad con la conquista de tales documentos.

## **6. El principio de la fraternidad - Agenda 2045: nuevo paradigma interpretativo**

Ahora experimentamos la Agenda 2030, que tiene 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible. Por lo tanto, creemos que tener el principio de la fraternidad como uno de los objetivos de la Agenda 2045 hará posible que los Estados miembros de la ONU puedan incorporar la fraternidad en sus sistemas legales y planificación estratégica. El objetivo propuesto podría tener como forma una estructura en escala mundial, como enseña la Encíclica del papa Francisco *Fratelli Tutti*, que plantea tres enfoques básicos: la fraternidad humana universal, la solidaridad necesaria después de la pandemia y el

diálogo interreligioso. Estos son parámetros importantes y oportunos para la construcción del respectivo objetivo de la Agenda.

Vale la pena señalar, desde la Agenda del Milenio, que existe una creciente participación en la elaboración e implementación de la Agenda, un trabajo con los gobiernos, las ONG y la sociedad en general. Por ejemplo, en Brasil, el Consejo Nacional de Justicia institucionalizó metas para el Poder Judicial brasileño basadas en los objetivos y metas de la Agenda 2030. Se creó un Comité Interinstitucional de la Agenda 2030, con el objetivo de identificar la demanda del Poder Judicial vinculada a cada ODS (Objetivos de Desarrollo Sostenible), estableciendo una relación entre los sujetos de las *Tabelas Processuais Unificadas* (que es la manera de presentar los datos del Poder Judicial) con cada uno de los objetivos. Tal vez apenas perceptible en general, pero ¡vean qué *revolución* causa la Agenda!

El principio de la fraternidad es una herramienta de trabajo que ayudará en el diálogo con las diferentes culturas desde el punto de vista ético y humanístico como principio legal. Tanto la fraternidad a nivel local como la fraternidad universal, podrá servir como un nuevo paradigma interpretativo.

La tecnología, la ciencia, la política y la diplomacia han demostrado que no resuelven los dramáticos conflictos que hoy experimentan los seres humanos. De hecho, se han agravado en los últimos cien años. La fraternidad es el vínculo de unidad entre los seres humanos, fundado en la libertad de respeto de la dignidad de la persona humana y en la igualdad de derechos entre todos los seres humanos.

En los siglos XIX y XX los conceptos de libertad e igualdad han servido predominantemente como paradigmas interpretativos en todos los campos del conocimiento humano, especialmente en el derecho, de manera que en el siglo XXI la fraternidad deberá servir, predominantemente, como un paradigma interpretativo del derecho y de otros campos del conocimiento humano.

Es por este contexto que el principio de la fraternidad no funcionará como una utopía vacía, una mera poesía sin conexión con la realidad, sino más bien sobre una base firme, una base que podría permitir a la ONU, junto con los otros organismos internacionales, a los Estados miembros y a la sociedad en general crear las condiciones mínimas para la superación definitiva del hambre y el comienzo de una era, a escala planetaria, de respeto entre pueblos, naciones y entre personas.

Desear que el principio de fraternidad esté presente en la Agenda 2045 de la ONU puede ser un sueño. No obstante, es precisamente la posibilidad de realizar un sueño lo que hace interesante la vida, dijo el poeta. Retomando el pensamiento del político

católico brasileño, André Franco Montoro, quien también dijo: “cuando sueño sólo, es solo un sueño; cuando el otro comienza a soñar conmigo, es el comienzo de una nueva realidad”. Y este sueño mío, que también es de tantos otros investigadores, como el profesor Rogério Cangussu, el profesor Gilmar Siqueira, el profesor Ilton García y era del recordado profesor Ivanaldo Santos, compartido, aquí ahora, en un mensaje con todos ustedes, es un legado que los fraternalistas deseamos dejar a la humanidad.

El principio de la fraternidad puede ser un pilar importante para el período posterior a la pandemia y proporcionar la construcción de caminos sólidos para la realización de la tolerancia a escala mundial.

Ojalá que este desafío fuera asumido como una lucha por todos los que han tomado conocimiento del tema. Un fuerte ejemplo es el trabajo que está llevando a cabo el Comité Supremo de la Fraternidad Humana, creado por el papa Francisco, que ha impulsado aún más la lucha por una mayor difusión del principio de la fraternidad.

Con el advenimiento de la Agenda 2045, las constituciones nacionales tal vez tengan el principio de la fraternidad como faro guía en sus sistemas legales. Aquí ciertamente estaría el comienzo de una nueva realidad, un nuevo mundo y un gran legado para la humanidad, a partir de la segunda mitad del siglo XXI.

Pero, estando el principio de la fraternidad presente en la Agenda 2045, el siguiente paso sería un camino que lo llevará a los sistemas jurídicos, y su eficacia concreta, como sucedió con la dignidad de la persona humana impulsada por la Declaración de 1948. En este sentido, es importante considerar el derecho en su función promocional sobre la persona humana. En la secuencia se presentarán algunas notas acerca del tema.

Cuando el Estado comienza a tener un mayor papel en la sociedad, es decir, deja de ser un mero asegurador y toma activamente mayores funciones para sí mismo, también la ley positiva se convierte en la principal fuente de derecho y a través de ella el Estado puede llevar a cabo su papel de gestión y mando de la sociedad.

Considerando que el principio de la fraternidad esté presente en la Agenda 2045, el intérprete de derecho podrá trabajar el derecho como función promocional de la persona humana, en miras hacia una sociedad fraterna, justa e igualitaria.

## **7. Derecho como función promocional de la dignidad humana**

De hecho, con la creciente complejidad de la sociedad industrial y tecnológica, el Estado, que una vez ejerció básicamente la función de asegurador del orden público, amplió su campo de actividad más allá de esta función meramente represiva. Ya en el

siglo pasado, el Estado asumió la responsabilidad por la realización de servicios básicos, como la educación y la salud. Modernamente, el Estado tuvo que ampliar este conjunto de atribuciones para responder a la creciente complejidad socioeconómica de una economía capitalista en expansión, de modo que su papel primordial ha sido el de regular la sociedad.

Con la justificación de la complejidad económica, el Estado amplió sus funciones en medio de la sociedad y el resultado de esta acción estatal en el ámbito del derecho fue convertir a la ley en un instrumento de gestión gubernamental. Así, la ley también comenzó a tener funciones de regulación y estímulo de las conductas sociales, además del castigo que caracterizaba su papel meramente represivo. La norma jurídica necesita, en este sentido, acompañar los cambios sociales para poder regularlos mejor.

Estos continuos cambios que observamos en el contenido del derecho están estrechamente vinculados a las relaciones que se desarrollan o cambian en la estructura económica. Estas son relaciones que se guían por los intereses de los grupos que trabajan allí y por el propio crecimiento de la complejidad de la sociedad. El orden jurídico, por lo tanto, puede ser visto como el reflejo de la realidad social subyacente, pero también como un factor condicionante de esta realidad.

Así, a partir de los cambios económicos, el Estado ha trascendido el factor económico, ya que este representa una de las actividades y relaciones de la vida humana, pero no la única. Es por eso que el derecho, tomado como instrumento de acción, control y planificación por parte del Estado, implica dar mayor énfasis a las reglas de organización, de condicionamientos que anticipan conductas deseables.

En este sentido, el papel de las normas de organización es convencer y estimular conductas, es decir, que nazcan como una persuasión para que las personas entiendan que, al actuar conforme a la norma regulatoria, se acercarán al bien común de la comunidad. Es así como el derecho hoy también debe ser visto como un derecho que tiene una función promocional, que se interesa por comportamientos considerados deseables y, por lo tanto, no se limita a prohibir, obligar o permitir, sino que tiene como objetivo estimular el comportamiento.

Esta idea de las normas que organizan y anticipan los comportamientos humanos se relaciona, desde el punto de vista hermenéutico, con un derecho que tiene la función de promover la dignidad de la persona humana, en la medida en que promueve un sistema jurídico abierto a la realidad social y a las necesidades que las normas existentes aún no han podido abarcar.

Además, es posible afirmar que el derecho es una técnica de invención, algo que no está acabado, sino que se construye constantemente en las interacciones sociales,

considerando los valores de la sociedad. Del mismo modo, cabe mencionar que, si bien es cierto que el profesional del derecho se ocupa de proposiciones normativas y no de hechos, no es menos cierto que la experiencia jurídica presupone una referibilidad de estas proposiciones normativas a comportamientos reales.

El derecho tiene la función promocional precisamente porque consiste en una técnica de invención, concede espacio a una mayor participación de todo el cuerpo social. Es necesario que las personas que están más allá de la burocracia estatal participen activamente porque son los destinatarios de las normas legales. En cierto modo, es posible decir que son las personas participantes quienes abren los ojos tanto de los legisladores como de los implementadores de las reglas.

En el mismo sentido, debido a que el derecho es una técnica de invención, concede espacio a una mayor participación de la comunidad, socializando responsabilidades. Así, el derecho, en su función promocional, desde el punto de vista hermenéutico, asume el papel de promover la dignidad de la persona humana, en la medida en que promueve un sistema jurídico abierto a la realidad social y a las necesidades que las normas existentes aún no han podido abarcar.

## **8. Conclusiones**

Finalmente, de lo anterior queda la imagen de que es posible identificar en la actualidad del derecho dos caminos: el primero, una ley que no se preocupa por los valores y que prevalece la letra de la ley y que puede culminar en violencia generalizada o en tragedia, como se vio en las dos grandes guerras del siglo pasado, pero también en las numerosas guerras repartidas por todo el mundo en la actualidad. El otro camino: estamos frente a un derecho humanista, fraterno y justo, un derecho que promueve a la persona humana, que respeta la dignidad humana y las culturas, y que tiene una fuerte conexión con la historia moral y jurídica vivida por cada nación.

Finalmente, reflexionemos sobre lo que dijo el papa Francisco, recordando al papa Benedicto XVI: “la sociedad cada vez más globalizada nos hace vecinos, pero no nos hace hermanos”. Ojalá algún día dejemos de soñar y seamos testigos de la realidad de la Agenda 2045 de la ONU, teniendo como uno de sus objetivos el principio de la fraternidad y viendo a ese principio también en los sistemas legales de los Estados miembros de la ONU, proporcionando la creación de una cultura fraterna y de paz para la humanidad.

## Referencias

- Baggio, A. M. (2009). *O princípio esquecido/2*. Cidade Nova.
- Barzotto, L. F. (2010). *Filosofia do Direito: Os Conceitos Fundamentais e a Tradição Jusnaturalista*. Livraria do Advogado.
- Cachichi, R. C. D. (2019). Lex e Iustitia em Santo Tomás. En *Filosofia do direito* (pp. 139-145). Editora Thoth.
- Caso, G. (2005). *La Parola e la Giustizia*. Città Nuova.
- Confederação Nacional de Municípios. (2016). Guia para localização dos objetivos de desenvolvimento sustentável nos municípios brasileiros. <http://www.ods.cnm.org.br/agenda-2030>
- Costa, C. de S. & Pinheiro, V. S. (2021). A Fraternidade como Lei Natural da Alteridade: Uma Reflexão de Chiara Lubich sobre a Racionalidade Prática e o Bem Comum em Tempos de Pandemia. En *Pandemia, Direito e Fraternidade: Um Mundo Novo Nascerá* (pp. 93-106). Asces-Unita. <http://repositorio.asces.edu.br/handle/123456789/172>
- Fonseca, R. S. (2018). O princípio jurídico da fraternidade na jurisprudência do STF e do STJ. En *Direito e fraternidade: em busca de concretização* (pp. 159-204). Edunit.
- Fonseca, R. S. (2019). *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça*. Editora D'Plácido.
- Francisco. (2015). Carta Encíclica *Laudato Si'*. Sobre o cuidado da casa comum. Santa Sé.
- Leite, V. A. S. & Pozzoli, L. (2017). Fraternidade universal como novo modelo de desenvolvimento: construção de uma cultura de paz. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 6, 1409-1439.
- Lubich, C. (2016). *Como um arco-íris*. Cidade Nova.
- López, E. T.; Pozzoli, L. & Montemor, S. V. (2020). *Humanismo e Fraternidade Direito Ambiental*. Instituto Memória.
- Maritain, J. (1964). *Cristianismo e Democracia*. 5ªed. Rio de Janeiro: Agir Editora.
- Maritain, J. (1967). *Os direitos do homem e a Lei Natural*. José Olympio Editora.
- Maritain, J. (1968). *Rumos da Educação*. Agir.
- Monassa, C. C. S. & Pozzoli, L. (2014). *Solução de conflitos. A fraternidade em ação: construindo o saber jurídico*. Letras Jurídicas.

- Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Universal Declaration of Human Rights*. <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Organización de las Naciones Unidas. (2015). 17 objetivos para transformar nosso mundo. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. <http://www.agenda2030.com.br/>
- Organización de las Naciones Unidas. (2014). *Secretário-geral da ONU apresenta síntese dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável pós-2015*. <http://www.agenda2030.com.br/>
- Platão. (2000). *A República*. EdUFPA.
- Pozzoli, L. (2006, julio). Justiça Participativa e Cidadania. *Realismo - Revista Ibero-Americana de Filosofia Política e Filosofia do Direito*, 93 - 112.
- Pozzoli, L. (2001). *Maritain e o Direito*. Loyola.
- Pozzoli, L.; Siqueira, G. & Cachichi, R. C. D. (2021). Pandemia e Fraternidade: A Resposta Comunitária Oferecida pela Agenda da ONU 2030 uma Agenda para o Século XXI Construindo a Agenda 2045. *Revista Jurídica Unicuritiba*, 3(65), 410-429 <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4839>
- Ribeiro Neto, F. B. (2010). Humanismo, natureza e experiência. En *Princípios humanistas constitucionais: reflexões sobre o humanismo do século*. Letras Jurídicas.
- Santos, I.; Pozzoli, L. (2014). *Direito e educação. fraternidade em ação: uma abordagem interdisciplinar*. Letras Jurídicas.
- Siqueira, G.; Pozzoli, L. & Munhoz, C. M. C. (2019). Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fraternal – Um Percorso do Direito como Função Promocional. En *Constitucionalismo e direitos fundamentais* (pp. 179-193). Instituto Memória.
- Siqueira, G. & Pozzoli, L. (2021). O Princípio Constitucional da Fraternidade como Paradigma Interpretativo no Século XXI: Análise a partir do Preâmbulo da Constituição Federal Brasileira de 1988. En *O Preâmbulo da Constituição Federal* (pp. 247-278). Noeses.
- Sorgi, T. (1995). *Igino Giordani politica e morale*. Città Nuova.
- Toledo, I., R. & Pozzoli, L. (2017). Análise do princípio constitucional da dignidade humana face a dimensão da afetividade e o direito fraternal. *Problemata: Revista Internacional de Filosofia*, 8(1), 178-190. <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/problemata/article/view/27851>



# LA REDENCIÓN POLÍTICA EN *EL PRÍNCIPE* DE MAQUIAVELO: LA PROPUESTA DE MAURIZIO VIROLI

*Edgar Odón Cruz Acuña\**  
*Universidad Católica Sedes Sapientiae*  
ecruz@ucss.edu.pe

*Poul Michell Izaguirre Villanueva\*\**  
*Universidad Católica Sedes Sapientiae*  
pizaguirre@ucss.edu.pe

**Resumen:** Después de haber escudriñado en la vida y obra de Nicolás Maquiavelo, fluye la pregunta: ¿la posición de Maquiavelo en *El Príncipe* está a favor de la autonomía de la política respecto de la ética? Para intérpretes autorizados como Benedetto Croce y Federico Chabod, la teoría de la autonomía de la política sería el aporte que recorre las páginas de *El Príncipe*. Mientras que para Maurizio Viroli, otro conocedor e intérprete autorizado del canciller florentino, esta obra contiene principalmente un mensaje de *redención política*; Maquiavelo no puede pensar la política separada de la ética. En todo caso, se justifica la existencia de una ética política en un sentido diferente a la ética clásica de la tradición aristotélico-tomista o, dicho en lenguaje de Max Weber, una ética de la responsabilidad o consecuencialista diferente a la ética de la convicción o de principios. En este estudio, nuestra propuesta interpretativa irá en la perspectiva de Maurizio Viroli, la cual nos permitirá también redimir la persona y la obra misma de Maquiavelo de algunos prejuicios y malentendidos históricos.

**Palabras clave:** Estado, política, ética, autonomía, redención, *El Príncipe*.

---

\* Abogado por la PUCP, teólogo por la FTPCL y maestro con mención en teología dogmática por la FTPCL. Cuenta con estudios de maestría en filosofía en la PUCP, estudios de maestría en bioética y bioderecho en la UCSS. Es, además, doctorando en Derecho en la UCA (Argentina). Se desempeña como docente de los cursos de axiología, derecho civil: personas, filosofía del derecho, teología moral e introducción al derecho. Es jefe de Departamento Académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae. .

\*\* Bachiller en teología por la FTPCL y maestro en filosofía con mención en filosofía teórica por la Pontificia Universidad Gregoriana de Roma (Italia). Se desempeña como docente de filosofía en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

**THE POLITICAL REDEMPTION IN *THE PRINCE* OF MACHIAVELLI: THE PROPOSAL OF MAURIZIO VIROLI**

**Abstract:** After having scrutinized the life and work of Niccolò Machiavelli, the question flows: is Machiavelli's position in *The Prince* in favor of the autonomy of politics with respect to ethics? For authorized interpreters such as Benedetto Croce and Federico Chabod, the theory of the autonomy of politics would be the report that runs through the pages of *The Prince*. Whereas for Maurizio Viroli, another expert and authorized interpreter of the Florentine chancellor, this work mainly contains a message of political redemption; Machiavelli cannot think of politics separate from ethics; In any case, the existence of a political ethic is justified in a sense different from the classical ethics of the Aristotelian-Thomist tradition, or, in the language of Max Weber, an ethic of responsibility or consequentialist different from the ethics of conviction or principles. In this study, our interpretative proposal will go from the perspective of Maurizio Viroli, which will also allow us to redeem the person and the work itself of Machiavelli from some historical prejudices and misunderstandings.

**Keywords:** State, politics, ethics, autonomy, redemption, *The Prince*.

*Cuando llega la noche, regreso a mi casa y entro en mi escritorio, donde justo antes de entrar me quito la ropa sucia de fango y lodo que he usado durante todo el día y me visto con nobles y curiales ropajes. Entonces, dignamente ataviado, ingreso en las antiguas cortes de los hombres de la antigüedad, donde, recibido amablemente por ellos, me deleito con ese alimento que solum es mío, y para el que yo he nacido. Y una vez allí no me avergüenzo de hablar con ellos y preguntarles por las razones de sus acciones. Ellos por su humanidad me responden, y durante cuatro horas nada me distrae, me olvido de todos mis problemas, no temo a la pobreza, no me angustia la muerte, todo mi ser está con ellos.*

Nicolás Maquiavelo, Carta del 10 de diciembre de 1513

## 1. El problema

¿*El Príncipe* de Maquiavelo se mantiene vigente porque ha fundamentado la autonomía de la política respecto de la ética? ¿Será posible que Maquiavelo en su obra haya buscado separar intencionalmente la ética de la política? ¿Esta postura se condice con la experiencia práctica existencial de su autor mostrada en sus cartas autobiográficas y demás escritos políticos? Algunos especialistas en la obra del secretario florentino afirman que la autonomía política sería el aporte novedoso de *El Príncipe* en su época. Entre ellos, podemos mencionar a los distinguidos filósofos italianos Benedetto Croce (1866-1952) y Federico Chabod (1901-1960). La autonomía de la política señala que esta “tiene sus propias leyes, sus propios principios, y que las acciones de los príncipes no se pueden juzgar a partir de criterios ordinarios de moralidad, compasión, integridad y conocimiento” (Gascón, 2013, p. 71). Por otra parte, Maurizio Viroli (1952), un académico italiano, especialista en las obras de Maquiavelo, sostiene que *El Príncipe* es actual por ser un texto que contiene principalmente un mensaje de *redención política*. En el presente trabajo, presentaremos sintéticamente las diversas posiciones, aunque con especial atención a Viroli, cuyos argumentos se apartan de la interpretación tradicional sobre la política maquiaveliana, y pretenden redimir la obra y la figura de Maquiavelo de algunos malos entendidos que ha predominado en el transcurso de la historia.

## 2. La tesis de Benedetto Croce y Federico Chabod: *El Príncipe* y el fundamento de la autonomía de la política respecto de la ética

Algunos especialistas en la obra de Maquiavelo, sobre todo italianos, han señalado que la actualidad de *El Príncipe* estaría en que ha fundamentado la autonomía de la política respecto de la ética. Según esta interpretación, Maquiavelo tendría que ser reconocido, principalmente, porque en *El Príncipe* habría enseñado que a los príncipes o gobernantes de los estados no se les debe juzgar con los criterios y principios ordinarios de moralidad.

Croce (1931) en su *Etica e Politica* recoge cuatro trabajos suyos que ya habían sido publicados, a saber, *Frammenti di etica* (1922), *Elementi di politica* (1925), *Aspetti morali della vita politica* (1928) y *Contributo alla critica de me stesso* (1918). En el apartado XXI de *Frammenti di etica* titulado *La politica della virtù* (*La política de la virtud*), Croce afirma explícitamente: “Che la politica segua legge sua propria, diversa dalla legge morale, è verità ricevuta sovente con ritrosia e come di mala voglia” [Que la política sigue su propia ley, diferente de la ley moral, es una verdad que a menudo se recibe con desgana y como de mala gana] (1931, p. 151; la traducción es nuestra). Pero, es en su obra *Elementi di politica* (*Elementos de política*) donde nos encontramos explícitamente con el siguiente texto:

Ed è risaputo che il Machiavelli scopre la necessità e l'autonomia della politica, della politica che è di là, o piuttosto di qua, dal bene e dal male morale, che ha le sue leggi a cui è vano ribellarsi, che non si può esorcizzare e cacciare dal mondo con l'acqua benedetta. È questo il concetto che circola in tutta l'opera sua, e che, quantunque non vi sia formulato con quella esattezza didascalica e scolastica che sovente si scambia per filosofia, e quantunque anche vi si presenti talvolta conturbato da idoli fantastici, da figure che oscillano tra la virtù politica e la scelleraggine per ambizione di potere, è da dire nondimeno concetto profondamente filosofico, e rappresenta la vera e propria fondazione di una filosofia della politica.

[Y es bien sabido que Maquiavelo descubre la necesidad y autonomía de la política, de la política que está más allá, o más bien aquí, del bien y del mal moral, que tiene sus leyes contra las cuales es vano rebelarse, que no se puede exorcizar y expulsar del mundo con agua bendita. Este es el concepto que circula a lo largo de su obra, y que, aunque no está formulado con esa exactitud didáctica y escolástica que muchas veces se confunde con la filosofía, y aunque también aparece a veces perturbado por ídolos fantásticos, por figuras oscilantes entre la virtud política y la maldad por la ambición de poder, sin embargo, se puede decir que es un concepto profundamente filosófico, y representa el fundamento real de una filosofía de la política.] (Croce, 1931, pp. 384-385; la traducción es nuestra)

Según se deduce de la lectura, para Croce, Maquiavelo habría descubierto y fundamentado la autonomía de la política, es decir, la separación necesaria entre la ética y la política, ya que esta tiene su propia lógica y sus propias leyes. Además, sostiene que esta idea estaría presente en las demás obras de carácter político del ex secretario

florentino. También sostiene que la autonomía de la política es un concepto genuinamente filosófico y que sería el fundamento de la filosofía política.

En esta línea interpretativa, también se encuentra el filósofo Federico Chabod, un notable intérprete italiano de la obra de Maquiavelo, quien se consagró desde muy joven a escudriñar su pensamiento político, sumergiéndose en un contexto renacentista de profundos cambios sociales, de grandes descubrimientos e interminables conflictos y luchas por la conformación y consolidación de estados-naciones en Europa. En su obra titulada *Escritos sobre Maquiavelo* nos detalla la vida, los dichos y hechos de Niccolò antes, durante y después de su participación en el gobierno de la república de Florencia; resalta sus ideas sobre la milicia, la unidad ciudadana, la conciencia de identidad nacional, las relaciones amistosas con otros ducados y principados, la *virtù* del gobernante, la política como el ejercicio del poder real y objetivo, el Estado con sus fines y límites de acción, así como el ocaso del gobierno republicano de Florencia, la amenaza de Francia y Alemania sobre Italia, la división y corrupción que imperaba en el interior de estos Estados, en especial de la clase dirigente.

Respecto a la postura de la autonomía de la política en relación a la ética y otras actividades, encontramos el siguiente fragmento:

(...) el libro [*El Príncipe*], nacido por impulso de una finalidad práctica inmediata, se convierte en la obra clásica de la teoría política, la obra en la cual, por primera vez desde que el mundo era cristiano, se afirma el principio de la autonomía del quehacer político de toda premisa y finalidad metafísicas, su autonomía de las demás formas de actividad y, en primer lugar, la moral. (Chabod, 1984, p. 218)

Y en otro pasaje de la obra, Chabod expresa lo siguiente:

Mentre invece cominciava a porsi, come centro della vita postuma del Machiavelli, quella che era la grande affermazione sua di pensatore, e rappresenta il vero e profondo contributo ch'egli arrecava nella storia del pensiero umano: il nettissimo riconoscimento, cioè, dell'autonomia e della necessità della politica (...). Con ciò Machiavelli, buttando a mare l'unità medievale, diveniva uno degli iniziatori dello spirito moderno.

[Al paso que, en cambio, empezaba a situarse como centro de la vida póstuma de Maquiavelo la que había sido su gran afirmación de pensador y que representa la verdadera y profunda contribución que hacía a la historia del pensamiento humano, a saber, el carísimo reconocimiento de la autonomía y la necesidad de

la política, «que está más allá del bien y del mal moral». Con ello, Maquiavelo, echando al mar la unidad medieval, se convertía en uno de los iniciadores del espíritu moderno]. (1984, p. 107; la traducción es nuestra)

En consecuencia, en ambos escritos citados en la presente investigación, *Acerca de El Príncipe de Nicolás Maquiavelo* (1925) y *Niccolo Maquiavelli*, (1934), Chabod refiere expresamente que el aporte de Nicolás Maquiavelo al pensamiento político de inicios de la modernidad es el reconocimiento de la autonomía de la política no solamente respecto de la moral, sino también “de las demás formas de actividad”. De esta manera, Maquiavelo se convertía en una especie de precursor del espíritu positivista moderno.

Desde el punto de vista de estos autores, Maquiavelo debería ser reconocido porque finalmente nos ha explicado algo fundamental, a saber, la autonomía de la política con respecto de la ética. Lo que Maquiavelo habría sacado a la luz sería que existen criterios especiales para juzgar a los príncipes o gobernantes, y criterios comunes para juzgar a los ciudadanos.

Sin embargo, como manifiesta Viroli (2013b), “Nonostante l’autorevolezza dei suoi sostenitori, il testo del Principe non offre sostegni sufficienti a questa interpretazione” [A pesar de la autoridad de los que sostienen esta tesis, el texto de *El Príncipe* no ofrece suficiente apoyo para esta interpretación] (p. 334; la traducción es nuestra). Los que defienden la tesis de la autonomía se apoyan en los capítulos 15, 16, 17 y 18 de *El Príncipe* donde se describe la actitud y el comportamiento del gobernante en relación a los gobernados y amigos. Si prestamos atención, en estos capítulos Maquiavelo pretende ilustrar de qué modo *tutti gli uomini* (*todos los hombres*), y de modo particular los gobernantes, deben actuar si desean obtener respeto y alabanza y evitar vituperios o animadversiones. El texto señala aquellas cosas por las que los seres humanos, y de modo particular los gobernantes, pueden obtener aprobación, desaprobación u odio. No está haciendo una distinción entre reglas éticas para juzgar el actuar de los hombres en general y otras reglas especiales para los príncipes o gobernantes, tal como pretende fundamentar la teoría de la autonomía de la política. Se puede decir que los príncipes o gobernantes son una categoría particular por la función que desempeñan, pero no diversa. Tanto príncipes como ciudadanos son seres humanos y los criterios éticos valen para todos.

Lo que Maquiavelo ha enseñado en los capítulos 15, 16, 17 y 18 es la *virtù* de un príncipe, que debe ser valiente, astuto, seguro y buscar el bien de la comunidad siempre que pueda. Ser virtuoso significa que debe evitar la crueldad innecesaria; antes que buscar ser amado u odiado, ha de preferir ser respetado y temido. En circunstancias excepcionales, el príncipe halla razones en obrar mal en orden a obtener un bien mayor

para él y la comunidad. Como expresa en el capítulo 15: “Onde è necessario a uno principe, volendosi mantenere, imparare a potere essere non buono e usarlo e non usarlo secondo la necessità” [Por lo tanto, es necesario que un príncipe, queriendo mantenerse, aprenda a ser no bueno, y a hacer uso de ello o no dependiendo de la necesidad] (Machiavelli, 1971, p. 280; la traducción es nuestra). El texto original dice “*imparare a potere essere non buono*”, es decir, aprender a actuar con crueldad debido a la particular circunstancia y necesidad.

Según esta interpretación, el príncipe debe seguir las virtudes morales y si lo hace será alabado y admirado, pero en circunstancias excepcionales puede ser no bueno. Debemos aclarar que cuando Maquiavelo dice que “un príncipe puede ser no bueno”, no dice que deba ser *cattivo (malvado)*. Ser *cattivo* para Maquiavelo significa que una persona siempre o regularmente está orientada hacia el mal, que no solamente busca aniquilar al enemigo sino también el bien común, que pretende destruir la libertad de los ciudadanos, que favorece la corrupción y que es irreligioso. Para Maquiavelo está claro que para la consolidación de una nación es imprescindible la religión, junto con las leyes buenas y la milicia propia.

En circunstancias extraordinarias y de necesidad, el príncipe, gobernante o redentor puede elegir medios altamente cuestionables de inmoralidad, tales como la crueldad, la ira, el engaño o la venganza. Pero debe ser en aras de conseguir un bien mayor para la nación, como su emancipación del yugo enemigo o la conversión. Tanto la religión como la ética importan en la medida que influyen en lo político; aprecia el coraje del fraile y del filósofo que es capaz de convencer y cambiar, pero no es suficiente; en ocasiones hacen falta las armas y la guerra para procurar la seguridad y la paz para la nación. Maquiavelo recurre a determinados personajes de la historia para extraer ejemplos que fundamenten sus ideas: Moisés, Tito Livio, etc. Sobre Moisés comenta: “E chi legge la Bibbia sensatamente, vedrà Moisè essere stato forzato, a volere che le sue leggi e che i suoi ordini andassero innanzi, ad ammazzare infiniti uomini, i quali, non mossi da altro che dalla invidia, si opponevano a’ disegni suoi.” [Quien lea la Biblia sensatamente advertirá que Moisés se vio obligado, para asegurar la observancia de sus leyes y su gobierno, a matar a muchísimos hombres, que impulsados únicamente por la envidia, se oponían a sus proyectos.] (Maquiavelli, 1971, p. 237; la traducción es nuestra). Maquiavelo nos invita a leer el libro del Éxodo, concretamente el capítulo 32 que narra la escena del becerro de oro, donde Moisés toma la decisión de exterminar a los que no están de parte de Yahvé. Dice el texto del Éxodo:

Vio Moisés al pueblo desenfrenado -pues Aarón les había permitido entregarse a la idolatría en medio de sus adversarios- y se puso Moisés a la puerta del campamento, y exclamó: «¡A mí los de Yahvé!», y se le unieron todos los hijos

de Leví. Él les dijo: «Así dice Yahvé, el Dios de Israel: Cíñase cada uno su espada al costado; pasad y repasad por el campamento de puerta en puerta, y matad cada uno a su hermano, a su amigo y a su pariente.» Cumplieron los hijos de Leví la orden de Moisés; y cayeron aquel día unos tres mil hombres del pueblo. (Ex 32,25-27)

En este punto, comentando la posición de Maquiavelo con relación a la decisión de Moisés, Viroli (2018) señala:

Dio ama la giustizia, ed è amico di chi vuole compiere in terra opere di giustizia, come emancipare un popolo, combattere la corruzione, difendere la libertà. Dio capisce e scusa il politico che ha violato la legge morale perché costretto dalla necessità. L'eroe di Machiavelli, non dimentichiamolo, è Mosè, che per guidare il popolo ebreo in Terra Promessa si macchiò di efferate crudeltà e ciononostante ebbe sempre Dio come amico.

[Dios ama la justicia y es amigo de quienes quieren realizar obras de justicia en la tierra, como emancipar a un pueblo, combatir la corrupción, defender la libertad. Dios comprende y excusa al político que ha violado la ley moral porque fue obligado por necesidad. El héroe de Maquiavelo, no lo olvidemos, es Moisés, quien para llevar al pueblo judío a la Tierra Prometida se manchó de atroz crueldad y, sin embargo, siempre tuvo a Dios como amigo.] (p. 76; la traducción es nuestra)

Para Maquiavelo sería una acción excusable, más no justificable, en circunstancias extraordinarias realizar acciones perversas. Las circunstancias excepcionales y de extrema necesidad son muy diversas a las circunstancias ordinarias de la vida política. No podemos decir que aquello que vale como excepcional y extraordinario también sea válido para todas las circunstancias ordinarias. “Se il politico che persegue un fine moralmente degno è costretto ad essere «non buono» o ad «entrare nel male» la sua azione può essere scusata – mai giustificata – soltanto perché il fine è eticamente nobile e i mezzi necessari” [Si el político que persigue un fin moralmente digno se ve obligado a «no ser bueno» o «entrar en el mal», su acción puede ser excusada —nunca justificada— solo porque la consecuencia es éticamente noble y los medios empleados, necesarios] (Viroli, 2013, p. 336; la traducción es nuestra)

### 3. ¿En qué circunstancias se escribió *El Príncipe*?

Según Viroli, para conocer el sentido y el significado de *El Príncipe* debemos acercarnos a la historia personal de Nicolás Maquiavelo. Con este propósito, en este apartado vamos a centrarnos en los acontecimientos más importantes que le sucedieron entre los años 1512 y 1514.

#### 3.1. Maquiavelo entre 1512 y 1514: Despido, cárcel y tortura

Después que cae el gobierno republicano y asume nuevamente el poder la familia Medici, le comunican a Maquiavelo el 7 de noviembre de 1512 que ya no es más el canciller de la Segunda Cancillería de Florencia, y tampoco el Secretario de los Diez (Dieci li Libertà). Súbitamente y sin derecho a la defensa, el 10 de noviembre fue acusado y condenado a permanecer confinado en el dominio de Florencia por el espacio de un año y a pagar una multa de 1,000 florines de oro. En las semanas siguientes es sujeto de una investigación que durará hasta el 10 de diciembre. Se le ordena rendir cuenta de las grandes sumas de dinero que había manejado con relación al pago a las milicias que servían a la república de Florencia. Al final de la investigación no encuentran nada contra Maquiavelo a pesar de que el nuevo canciller de la Segunda Cancillería, Niccolò Michelozzi, es un devoto servidor del nuevo régimen de los Medici. Maquiavelo había servido a la república por el espacio de 14 años y en todo este tiempo lo había hecho con mucha honestidad. Es por ello que en la célebre carta del 10 de diciembre de 1513 puede afirmar: “et della fede et della bontà mia ne è testimonio la povertà mia” [la mejor prueba de mi lealtad y mi honestidad es sin duda la pobreza en la que vivo] (Machiavelli, 1971, p. 1160; la traducción es nuestra).

Según Strathern (1998), en febrero de 1513, se descubre una conspiración contra los Medici. Los principales sospechosos son Pietro Paolo Boscoli, Agostino Capponi, Niccolò Valori y Giovanni Folchi. Los Medici descubren una lista de nombres que los conspiradores pretendían reclutar, el séptimo nombre de la lista corresponde a ‘Niccolò Machiavelli’. Este último se entrega voluntariamente y lo encierran en la cárcel. Las declaraciones de los principales sospechosos no eran suficientes para probar la participación en la conspiración contra los Medici del canciller y ex secretario de Florencia. En la cárcel, Maquiavelo pasó por muchas privaciones y fue sometido a tortura, tal como refiere Strathern:

(...) es sometido a tortura en la variedad del *strappado*. Se atan las muñecas de la víctima por detrás de su espalda y se amarran a una cuerda que se hace pasar por una polea. Se le alza entonces de manera que cuelgue todo su peso de las

muñecas uncidas y se suelta la cuerda de manera que la víctima caiga casi al suelo. La sacudida de dolor es atroz y existe la posibilidad de que los brazos de la víctima salgan arrancados violentamente de sus articulaciones. (1998, p. 40)

De este tiempo en la cárcel, nos han llegado algunos versos y sonetos del pensador florentino. Estos sonetos tienen por destinatario a Giuliano di Lorenzo de Medici. En el primer soneto, Maquiavello le implora piedad a Giuliano, lo llama padre y le pide que “haga pedazos estas indignas cadenas”. Es el grito de un alma injustamente encarcelada que exige libertad:

Tengo grillos en los pies: las espaldas destrozadas por seis vueltas de cuerda; y no hablo de mis demás desgracias, porque es así como ordinariamente se trata a los poetas. Las paredes de mi calabozo, rezuman el agua y toda clase de insectos y asquerosas sabandijas: los hay tan gordos y tan bien alimentados que se les tomaría por mariposas: se exhala allí tal hedor, que los albañales de Rocinvalle y los bosques de la Cerdeña, no son sino perfumes comparados con los de mi noble hotel. Hay un ruido tal que se diría que la tempestad truena en el cielo, y que el Etna muge sobre la tierra. No se oyen más que cerrojos que se corren, llaves que rechinan en su cerradura, cadenas que se arrastran. Ya es un grito de algún atormentado que se queja al izarle demasiado alto. Lo que más me fastidia, es que como el otro día, estando dormido hacia el amanecer, se me despierte con un canto lúgubre, y oiga decir: *Se ora por vosotros*. Pues que el diablo los lleve con tal que vuestra piedad se refiera a mí ¡buen padre!, y que haga pedazos estas indignas cadenas. (Dumas, 1856, p. 39)

Es un tiempo de tanta humillación para Maquiavello que le molesta hasta las oraciones que se elevan por los presos y condenados. Incluso no le interesa el final de Boscoli y Capponi. Según Viroli (2013) el sentido de la parte final del soneto sería “Vadano pure alla morte Boscoli e Capponi, questo è il senso delle sue parole, purché la tua pietà si volga verso di me. È un uomo che vede la morte in faccia e tenta un gesto disperato per salvarsi” [Deja que Boscoli y Capponi vayan a la muerte (...), siempre y cuando tu compasión se vuelva hacia mí. Es un hombre que ve la muerte en la cara e intenta un gesto desesperado para salvarse] (p. 225; la traducción es nuestra).

En un segundo soneto que compone el ex secretario de Florencia, mientras perdura en la cárcel, nos dice:

Esta noche rogaba a las musas que visitasen con su dulce lira y sus dulcísimos versos a Vuestra Magnificencia para obtener para mí algunas distracciones y para presentaros mis excusas. Una de ellas se me apareció y me dijo haciéndome avergonzar con estas palabras: — ¿Quién eres tú, pues, tú que osas llamarme así? Yo le dije mi nombre, pero ella por castigarme me pegó en la cara y me cerró la boca. —Tú no eres Niccolò, añadió ella, tú eres el Dazzo, puesto que tienes las piernas y los pies encadenados, y porque estás sujeto como un loco. Yo quería decirle mis razones, mas ella replicó al punto: —Vete de aquí, farsante, vete de aquí con tu necia comedia. ¡Oh magnífico Julián!, apelo a vuestro testimonio: probadlo ¡por Dios!, que no soy el Dazzo, sino que soy yo mismo. (Dumas, 1856, p. 39)

En este soneto, Maquiavelo invoca a las musas en busca de consuelo y alivio. Sin embargo, recibe la visita burlesca de una de ellas que no lo reconoce como ‘Niccolò Maquiavelli’ sino como ‘il Dazzo’. Según Viroli (2013), ‘il Dazzo’ sería Andrea Dazzi, un hombre de letras mediocre de Florencia. La musa no reconoce a Maquiavelo y lo confunde con otro, pero al final del soneto Nicolás se dirige una vez más a Giuliano para decirle que por encima de todo lo que está viviendo, de la pérdida de su trabajo, de la cárcel y la tortura continúa siendo él mismo, un hombre de valor, un hombre que puede servir a la república de Florencia y por lo mismo pide su libertad porque siente que la merece.

En estas circunstancias terribles para Maquiavelo la fortuna le sonríe; es elegido Pontífice de Roma el cardenal Giovanni de Medici con el nombre de León X. Florencia se llena de alegría por la noticia y todos se vuelven amigos de los Medici. Estos, seguros de su poder, deciden mostrar un acto de clemencia con los encarcelados y liberan a algunos de los que habían sido injustamente acusados y sentenciados de conspiración. Entre ellos es liberado Nicolás Maquiavelo entre el 11 o el 12 de marzo de 1513.

Gracias a las cartas que el ex diplomático florentino escribe luego de su salida de la cárcel, contamos con algunos detalles importantes que pasamos a describir brevemente. En una carta con fecha 13 de marzo de 1513, Maquiavelo, con mucho júbilo, le dice a Francesco Vettori, “he salido de la prisión”. Citamos un pequeño fragmento de esta misiva:

Magnifice vir. Come da Pagolo Vettori harete inteso, io sono uscito di prigione con la letitia universale di questa città, non obstante che per l’opera di Pagolo et vostra io sperassi il medesimo; di che vi ringrazio. Né vi replicherò la lunga historia di questa mia disgrazia; ma vi dirò solo che la sorte ha fatto ogni cosa per

farmi questa ingiuria: pure, grazia di Iddio, ella è passata. Spero non incorrere più, sì perché sarò più cauto, sì perché i tempi saranno più liberali, et non tanto sospettosi.

[Magnífico señor. Como por Pagolo Vettori<sup>1</sup> habréis sabido, he salido de la prisión con alegría universal de esta ciudad, pese a que por obra de Pagolo y suya yo esperaba eso mismo, por lo cual le agradezco. No le repetiré la larga historia de esta desgracia mía, sino que le diré solamente que la suerte ha hecho de todo por hacerme esta injuria; sin embargo, por la gracia de Dios, ha pasado. Espero no incurrir otra vez, tanto porque seré más cauto como porque los tiempos serán más liberales, y no tan desconfiados.] (Machiavelli, 1971, p. 1128; la traducción es nuestra)

Maquiavelo considera su periodo en la cárcel como una desgracia y que la suerte o la fortuna, como luego dirá en sus obras, han hecho de todo para que él pase por este ultraje. Afortunadamente, por “grazia di Iddio” ha pasado. En otra carta escrita a Francesco Vettori, el 18 de marzo, le dice que está sorprendido de sí mismo por haber soportado tantos dolores con espíritu franco y valiente. Maquiavelo se estima a sí mismo sin falsa modestia. Leamos:

Ringraziovi quanto posso, et priego Iddio che con vostro utile et bene mi dia facultà di potervene essere grato, perché io posso dire che tutto quello che mi avanza di vita riconoscerlo dal magnifico Giuliano et da Pagolo vostro. Et quanto al volgere il viso alla Fortuna, voglio che habbiate di questi miei affanni questo piacere, che gli ho portati tanto francamente, che io stesso me ne voglio bene, et parmi essere da più che non credetti.

[Le agradezco cuanto puedo, y ruego a Dios que con vuestra utilidad y bien me dé facultad de poderle agradecer, porque puedo decir que todo lo que me queda de vida reconozco deberlo al magnífico Giuliano y a vuestro Pagolo. En cuanto a volver la cara a la fortuna, quiero que tengas de estos afanes míos este gusto: que los he soportado tan francamente que yo mismo me quiero por ello, y me parece que soy mejor de lo que creía.] (Machiavelli, 1971, p. 1129; la traducción es nuestra)

Como dice Viroli (2013) en *Il sorriso di Niccolò*, “L’uomo che esce dal carcere è ancora il Machiavelli che vi era entrato, reso più forte dalla terribile prova. Probabilmente

<sup>1</sup> Pablo Vettori era el hermano de Francisco Vettori.

mostrò agli amici il suo solito sorriso beffardo, per rassicurarli che non era cambiato” [El hombre que sale de la cárcel sigue siendo el Maquiavelo que entró en ella, fortalecido por la terrible experiencia. Probablemente, mostró su habitual sonrisa burlona a sus amigos, para asegurarles que no había cambiado] (p. 227; la traducción es nuestra). A la vez, es un hombre derrotado. La república a la que servía ha caído, lo han despedido de su trabajo, lo han encerrado en la cárcel y lo han torturado. Son estas circunstancias, estos episodios de su vida los que luego lo llevarán a su escritorio a escribir *Il Principe*.

Maquiavelo se siente aislado y perdido. Sabe que ha nacido para las cosas de la política, pero por ahora debe resignarse solo a pensarla y recrearla. Ha trabajado para su querida Florencia por el espacio de 14 años y la ha servido con pasión y honestidad. Ahora se encuentra fuera de las cosas que le apasionan y se marcha a vivir en la propiedad que le ha dejado su padre en Sant’Andrea in Percussina. En una carta que escribe a su sobrino Giovanni Vernacci el 4 de agosto le dice lo siguiente: “Io sto bene del corpo, ma di tucte l’altre cose male” [Yo estoy bien del cuerpo, pero de todas las otras cosas mal] (Maquiavelli, 1971, p. 1145; la traducción es nuestra).

### 3.2. Carta a Vettori del 10 de diciembre de 1513

En una carta del 10 de diciembre de 1513, dirigida a su amigo Francesco Vettori, Maquiavelo le revela cómo pasa los días en su finca rural ubicada en Sant’Andrea in Percussina, aproximadamente a catorce kilómetros de la ciudad amurallada de Florencia.

Inicia el relato de “lo que es su vida” con la frase “yo estoy en la villa”, es decir, estoy en el campo, estoy fuera de la ciudad, alejado de los asuntos políticos. Lo que para muchos hubiera significado una ocasión para escapar del tumulto de la vida en la ciudad y encontrar la paz en el estudio, en la meditación y en el disfrute de la naturaleza; para el ex secretario de Florencia, o como solía denominarse *quondam segretario* (en otro tiempo secretario), era una renuncia forzada a la vida que amaba. Le cuenta a Vettori que se ha pasado el mes de septiembre cazando tordos o zorzales comunes. Aquel que unos años atrás era el flamante secretario de la república de Florencia, ahora se despierta temprano para cazar zorzales. A sus ojos este estilo de vida es absurdo, ridículo y penoso. Terminado el tiempo de caza de zorzales, se dedica a cortar algunos árboles del bosque para hacer leña para el consumo propio y para venderla. Sin embargo, como más es lo que pierde en lugar de ganar con la venta de la leña, decide abandonar este negocio y comunica a todos que ya no tiene madera para vender.

Luego, Maquiavelo se aleja del bosque a un lugar tranquilo para leer y escribir. Lee con pasión a Dante, a Petrarca o a alguno de los poetas latinos como Tibulo y Ovidio. Le cuenta a su amigo Vettori: “leggo quelle loro amorese passioni et quelli loro amori,

ricordomi de' mia, godomi un pezzo in questo pensiero.” [leo de sus amorosas pasiones y sus amores me recuerdan los míos, y disfruto un rato de este pensamiento] (Machiavelli, 1971, p. 1158; la traducción es nuestra). En este tiempo marcado por el infortunio, nuestro admirado ex secretario lee poemas de amor. En la poesía encuentra consolación y gozo; gracias a la poesía logra soportar y superar la vida que lleva. Así como Boecio encontró, muchos siglos antes, en la filosofía la razón de su consuelo, Maquiavelo lo encuentra en la poesía, en la pasión amorosa, en eros. No solo lee las pasiones amorosas de los poetas, sino que recuerda las suyas y encuentra en ese recuerdo consuelo y placer. Maquiavelo creía, como Epicuro, que los buenos recuerdos pueden mitigar el dolor. Viroli (2013) añade lo siguiente:

Ora bisogna però tornare al resto della lettera, senza dimenticare che Niccolò ci ha rivelato un aspetto importante del suo animo, ovvero che l'amore, vissuto come passione che travolge e domina il cuore, non come immaginazione letteraria, è uno dei suoi antidoti contro la tristezza della vita e la malignità degli uomini. Ci hanno descritto Machiavelli come un uomo con l'animo di ghiaccio sigillato da un ghigno impenetrabile; è invece un uomo che trova gioia, nei giorni più bui della sua vita, a ricordare i suoi amori e a leggere di quelli dei poeti.

[Pero ahora tenemos que volver al resto de la carta, sin olvidar que Nicolás nos ha revelado un aspecto importante de su alma, a saber, que el amor, vivido como una pasión que abrumba y domina el corazón, no como imaginación literaria, es uno de sus antídotos contra la tristeza de la vida y la malicia de los hombres. Se nos ha descrito a Maquiavelo como un hombre con un alma de hielo sellada por una sonrisa impenetrable; en cambio, es un hombre que encuentra alegría, en los días más oscuros de su vida, al recordar sus amores y leer sobre los de los poetas.] (p. 241; la traducción es nuestra)

Luego de su encuentro con los poetas y sus historias de amor, se dirige a la taberna para hablar con los aldeanos que se encuentran en el lugar. Le mueve esa curiosidad que le era connatural y de este modo observa los diversos gustos que tienen los seres humanos y también sus diversas fantasías. Llegada la hora del almuerzo, se va a comer con su esposa e hijos los alimentos que su patrimonio le permite. Terminado el almuerzo vuelve a la taberna y se pone a jugar *triche-tach*<sup>2</sup> con el dueño de la taberna, con un carnicero, con un molinero y con dos panaderos. En este juego que dura toda la tarde, entre pleitos, bromas, peticiones y palabras injuriosas, Maquiavelo encuentra una manera de desahogar sus penas y sufrimientos. En estas circunstancias, el varón diplomático que otrora derrochaba fama y grandeza, ahora se siente despreciable. Por ratos, logra estimular su mente, se

<sup>2</sup> Juego de mesa semejante al backgammon.

desahoga de su mala suerte y espera que la rueda de la fortuna, que por ahora lo tiene muy lejos, se vuelva nuevamente hacia él.

Cuando llega la noche, vuelve a casa, se viste de gala, y dejando atrás sus lamentos, el mundo común y silvestre, se dispone a dialogar con los intelectuales y grandes hombres sobre la situación política y las grandes hazañas de la antigüedad:

Venuta la sera, mi ritorno in casa, et entro nel mio scrittoio; et in su l'uscio mi spoglio quella veste cotidiana, piena di fango et di loto, et mi metto panni reali et curiali; et rivestito condecentemente entro nelle antique corti degli antiqui huomini, dove, da loro ricevuto amorevolmente, mi pasco di quel cibo, che solum è mio, et che io nacqui per lui; dove io non mi vergogno parlare con loro, et domandarli della ragione delle loro actioni; et quelli per loro humanità mi rispondono; et non sento per hore di tempo alcuna noia, sdimenticho ogni affanno, non temo la povertà, non mi sbigottiscie la morte: tucto mi transferisco in loro.

[Cuando llega la noche, regreso a mi casa y entro en mi escritorio, donde justo antes de entrar me quito la ropa sucia de fango y lodo que he usado durante todo el día y me visto con nobles y curiales ropajes. Entonces, dignamente ataviado, ingreso en las antiguas cortes de los hombres de la antigüedad, donde, recibido amablemente por ellos, me deleito con ese alimento que *solum* es mío, y para el que yo he nacido. Y una vez allí, no me avergüenzo de hablar con ellos y preguntarles por las razones de sus acciones. Ellos por su humanidad me responden, y durante cuatro horas nada me distrae, me olvido de todos mis problemas, no temo a la pobreza, no me angustia la muerte, todo mi ser está con ellos.] (Maquiavelli, 1971, p.1160; la traducción es nuestra)

Viroli (2013) comentado esta parte de la carta a Vettori dice lo siguiente:

In queste righe di straordinaria bellezza Machiavelli rivela il suo animo, mostra tutta la sua grandezza interiore. Quando si toglie, prima di entrare nel suo studio, i panni con cui è andato per boschi e nell'osteria, si toglie anche la maschera che egli stesso mette, perché non può più essere se stesso e deve essere invece come la Fortuna vuole che egli sia, ovvero volgare e misero, nella speranza che la bizzarra dea si stanchi del suo gioco crudele. Quello che entra nello scrittoio, vestito con i panni «reali et curiali», quelli stessi che metteva quando andava nelle corti a incontrare re, principi, imperatori e papi, è un altro uomo: è il vero

Niccolò che può finalmente ragionare della sua arte, ovvero l'arte di fondare, conservare, redimere Stati. Seduto al tavolo a ragionare con i grandi uomini di Stato dell'antichità, che poi voleva dire riflettere su quanto avevano scritto gli storici delle loro scelte e delle loro azioni, Machiavelli trova finalmente se stesso. Si allontana dal mondo reale per entrare, con l'aiuto della fantasia e dell'immaginazione, nel mondo ideale degli uomini che con la loro virtù sono diventati immortali. La noia, gli affanni, la povertà e la morte diventano piccole cose di fronte alla grandezza degli uomini che lo accolgono come uno di loro e con lui dialogano con piacere. E poiché sono diventate piccole e lontane, le sue miserie non lo spaventano più, non gli fanno più male. Quella che Niccolò ci ha narrato nella sua lettera è una magia dell'immaginazione che è propria dei grandi. Grazie alla sua magia Niccolò si può godere quattro ore di vera pace, di pace con se stesso, nel silenzio della notte nella campagna invernale, con il fuoco che crepita nel camino alle sue spalle. Lasciamolo tranquillo. Ne ha bisogno.

[En estas líneas de extraordinaria belleza Maquiavelo revela su alma, muestra toda su grandeza interior. Cuando se quita, antes de entrar a su estudio, la ropa con la que fue al bosque y a la taberna, también se quita la máscara que él mismo se pone, porque ya no puede ser él mismo y debe ser como la Fortuna quiere que él sea, es decir, vulgar y miserable, con la esperanza de que la extraña diosa se canse de su cruel juego. El que entra al escritorio, vestido con las ropas "reales y curiales", las mismas que usaba cuando iba a las cortes a encontrarse con reyes, príncipes, emperadores y pontífices, es otro hombre: es el verdadero Niccolò que finalmente puede pensar en su arte, es decir, en el arte de fundar, preservar y redimir Estados. Sentado a la mesa para razonar con los grandes estadistas de la antigüedad, lo que significa, reflexionar sobre lo que los historiadores habían escrito sobre sus elecciones y sus acciones, Maquiavelo finalmente se encuentra a sí mismo. Se aleja del mundo real para adentrarse, con la ayuda de la fantasía y la imaginación, en el mundo ideal de los hombres que se han vuelto inmortales con su virtud. El aburrimiento, las preocupaciones, la pobreza y la muerte se vuelven pequeñas cosas ante la grandeza de los hombres que lo acogen como a uno de los suyos y dialogan con él con gusto. Y como se han vuelto pequeñas y lejanas, sus miserias ya no lo asustan, ya no lo lastiman. Lo que nos contó Niccolò en su carta es una magia de la imaginación propia de los grandes. Gracias a su magia, Niccolò puede disfrutar de cuatro horas de verdadera paz, de paz consigo mismo, en el silencio de la noche en el campo invernale, con el fuego crepitando en la

chimenea detrás de él. Dejémoslo tranquilo. Él lo necesita.] (pp. 243-244; la traducción es nuestra)

En el capítulo 6 de *El Príncipe*, Nicolás nos revelará que los grandes hombres de Estado con los que dialogaba eran Moisés, Ciro, Rómulo y Teseo. Luego de contar a su amigo Vittori dicho diálogo imaginario con estos grandes teóricos de la política, le revela que ha compuesto un opúsculo llamado *De principatibus (Dei Principati)* o como nosotros los conocemos *Il Principe (El Príncipe)*. Un opúsculo escrito en la soledad del Albergaccio, “In quello scritto c’è il risultato dei suoi studi sulla storia antica e c’è tutto quello che ha imparato negli anni in cui era segretario e poteva guardare la politica da vicino” [Un escrito que es el resultado de sus estudios sobre historia antigua y sobre aquello que ha aprendido en los años en los cuales ha sido secretario y ha podido mirar la política de cerca] (Viroli, 2013, p. 246; la traducción es nuestra).

En la parte final de la carta del 10 de diciembre, el diplomático de Florencia dice:

(...) et per questa cosa, quando la fussi letta, si vedrebbe che quindici anni che io sono stato a studio all’arte dello stato, non gl’ho né dormiti né giuocati; et doverrebbe ciascheduno haver caro servirsi d’uno che alle spese d’altri fussi pieno di esperienza.

[porque en cuanto lean mi opúsculo se darán cuenta de que los quince años que he pasado reflexionando sobre política, no los he pasado ni durmiendo ni jugando. Y por cierto, nadie debería dejar escapar la oportunidad de contar con los servicios de un hombre experimentado cuya formación han pagado otros.] (Machiavelli, 1971, p. 1160; la traducción es nuestra)

Maquiavelo hubiera deseado que leyera su opúsculo los Médici que eran los señores de Roma y de Florencia. Su esperanza era que leyendo su opúsculo los Medici se dieran cuenta de que Nicolás era el mejor consejero que necesitaba un príncipe, y sobre todo un nuevo príncipe como lo eran los Medici en 1513. Deseaba que le confiaran algún puesto, aunque sea de poco valor. Podría iniciar, como él mismo expresa, con el trabajo de hacer girar una piedra. Maquiavelo no sabe si ir en persona a Roma a entregar su opúsculo a Giuliano o hacerlo llegar por medio de su amigo Vettori. Le pide su consejo. La respuesta a la carta del 10 de diciembre le llega el 24 de diciembre de 1513, en el que Vettori le dice lo siguiente:

Voi mi scrivete, et anchora Filippo me l'ha decto, che havete composta certa opera di stati. Se voi me la manderete, l'harò chara; et anchora che non sia drento, iudico che sia conveniente iudichi la chosa vostra: non di meno, in quello mancharà la sufficienza et il iudicio, suplirà l'amore et la fede: e quando l'harò vista dirò mia oppenione del presentarla al magnifico Juliano o no, secondo mi parrà (...) Chome voi m'harete mandato quello tractato, vi dirò se mi pare vegnate a presentarlo

[Me escribes, y también Felipe me lo ha dicho, que has compuesto cierta obra sobre los estados. Si me la mandas lo estimaré en mucho, y aun cuando no estoy muy al tanto, juzgo que es conveniente que juzgue la cosa vuestra: sin embargo, donde falten la suficiencia y el juicio suplirá el amor y la lealtad; y cuando la haya visto diré mi opinión sobre el presentarla al magnífico Giuliano o no, según me parezca (...) Cuando me hayas mandado aquel tratado te diré si me parece que vengas a presentarlo.] (Maquiavelli, 1971, p.1163; la traducción es nuestra)

Vettori le pide a su compadre Maquiavelo que le envíe el manuscrito *De Principatibus* a fin de hacer un juicio sobre el mismo. Maquiavelo le envía presto su opúsculo y recibe de vuelta una respuesta elogiosa y diplomática el 18 de enero de 1514: “Ho visto e capitoli dell'opera vostra, e mi piacciono oltre a modo; ma se non ho il tutto, non voglo fare iudicio resolutivo” [He visto los capítulos de vuestra obra y me agradan enormemente, pero si no tengo el resto no puedo darte un juicio seguro] (Maquiavelli, 1971, p.1167; la traducción es nuestra). Con estas pocas palabras y, además, con un tono formal, Francesco Vettori comenta una de las obras maestras de teoría política. Sin embargo, este opúsculo no habría llegado ni a Giuliano ni al Papa Medici, al igual que Vettori no hablaría más sobre el tema. Cuando Maquiavelo se da cuenta de que sus esfuerzos han sido inútiles y que no encontrará ningún puesto ni en Roma ni en Florencia escribe una carta el 10 de junio de 1514 en la cual parece que pierde toda esperanza:

Starommi dunque così tra' miei pidocchi, senza trovare huomo che della servitù mia si ricordi, o che creda che io possa essere buono a nulla. Ma egli è impossibile che io possa stare molto così, perché io mi logoro, et veggo, quando Iddio non mi si mostri più favorevole, che io sarò un di forzato ad uscirmi di casa, et pormi per ripetitore o cancelliere di un connestabile, quando io non possa altro, o ficcarmi in qualche terra deserta ad insegnare leggere a' fanciulli, et lasciare qua la mia brigata, che facci conto che io sia morto; la quale farà molto meglio senza me, perché io le sono di spesa, sendo avvezzo a spendere, et non potendo fare senza spendere. Io non vi scrivo questo, perché io voglia che voi pigliate per me o

disagio o briga, ma solo per sfogarmene, et per non vi scrivere più di questa materia, come odiosa quanto ella può.

[Me estaré pues aquí entre mis piojos, sin hallar hombre que de mi servidumbre se acuerde, o crea que pueda yo ser bueno para algo. Pero es imposible que pueda estar mucho así, porque me desgasto y veo que si Dios no se muestra más favorable, un día me verá obligado a salir de mi casa y emplearme como repetidor o amanuense de algún condestable, si no puedo hacer otra cosa, o meterme en algún lugar desierto a enseñar a leer a los niños, y dejar aquí a mi brigada, que haga de cuenta que me he muerto; a la cual le irá mucho mejor sin mí, porque yo le resulto costoso por estar habituado a gastar y no poder hacer nada sin gastar. No te escribo esto porque quiera que te tomes por mí molestia o fastidio alguno, sino solo por desahogarme y para no volver a escribir sobre esta materia, como la más odiosa posible.] (Maquiavelli, 1971, p. 1177; la traducción es nuestra)

Ciertamente, al autor no le sonreía la fortuna; no consiguió que le devolvieran su puesto o un trabajo en el gobierno, y tampoco la obra tuvo acogida al principio. Cuando comenzó a circular en forma de manuscrito y luego en la versión impresa, muy pocas personas pudieron captar su verdadero valor. Por el contrario, la obra tuvo muchos enemigos, a tal punto que la consideraban obra del Diablo en persona, y el mismo Maquiavelo fue llamado el maestro del mal. Volviendo al texto de la carta del 10 de diciembre, en un primer momento, Maquiavelo había pensado dedicar su opúsculo a Giuliano de Médici, pero al final lo dedicó a Lorenzo, sobrino del Papa León X, que desde agosto de 1513 era la cabeza de los Medici en Florencia. Según una historia poco creíble, cuando Francesco Vettori, que se había convertido en el consejero más importante de Lorenzo, le presentó el trabajo de Nicolás, este apenas lo miró y se mostró mucho más interesado en aparear a dos perros que algún otro le había donado. Lorenzo no tenía ningún interés en leer un opúsculo como *De principatibus*, y si lo hubiera leído no lo hubiera entendido (Viroli, 2013).

La carta del 10 de diciembre de 1513 y las demás que hemos citado nos revelan las circunstancias en las que fue compuesto *El Príncipe*. Maquiavelo se siente fatigado y derrotado. No solamente ha perdido su trabajo en la cancillería de Florencia, ha sido encarcelado y torturado, sino que habiendo recuperado la libertad y demostrado su inocencia, es ignorado y abandonado a su suerte. Se ve forzado a salir de la ciudad, a refugiarse en el campo, viviendo como un campesino. Sin embargo, a pesar de todo ello, en las noches cuando ingresa a su escritorio imagina que dialoga con los grandes estadistas de la historia (Moisés, Ciro, Rómulo y Teseo) y vuelve a ser en su imaginación

el secretario de Florencia, habituado a tratar los asuntos de la ciudad, de la economía, la política y las relaciones interestatales. Trata de incorporarse dando sentido a su situación, sintiéndose bien consigo mismo y así de alguna manera se redime. Se redime buscando para sí un nuevo puesto en la gestión pública para Italia, un gobierno que facilite la unidad de sus ciudadanos, imaginando un príncipe que la salve de sus enemigos extranjeros y de la corrupción interna. Este es el Maquiavelo que escribe *El Príncipe*.

#### **4. La tesis de Maurizio Viroli: El mensaje de la redención política contenido en *El Príncipe* de Maquiavelo**

Viroli (2020) afirma que *El Príncipe* de Maquiavelo es un texto que contiene principalmente un mensaje de redención política. Para llegar a esta conclusión se hace la siguiente pregunta: ¿Qué tipo de texto es *El Príncipe*?, ¿cómo debemos leerlo para entender su significado? Según su interpretación, el texto de *El Príncipe* pertenecería a un género literario particular, muy difundido en Italia en los siglos XIV, XV e inicios del siglo XVI. Este género literario se llama *Specula Principis*. Un estilo de texto que pretende dar consejos y recomendaciones a los gobernantes; estos textos han trascendido y han llegado hasta nuestros días en gran número; y explican a los príncipes lo que deben hacer o dejar de hacer para conquistar el poder, para mantenerlo y conservarlo; para extender el poder y obtener gloria. Para ello, se exige que las leyes que gobiernan el estado sean buenas, que el gobernante cuente con una milicia propia en vez de mercenarios. *El Príncipe* de Maquiavelo pertenece a este género literario.

Luego, el profesor emérito de la Universidad de Princeton se hace la siguiente pregunta: ¿Cómo está construido el texto de Maquiavelo? La respuesta que ofrece es que *El Príncipe* está construido como una oración (*orazione*), como un discurso. Es un discurso que tiene por finalidad persuadir y mover a quien lo escucha a la acción. Esta es la finalidad del discurso político. Pero, ¿de qué manera se componen estos discursos? Siguen las reglas de un tipo de retórica que se llama *género deliberativo* (*genus deliberativum*). El género deliberativo o político es el arte de la comunicación eficaz, te enseña a componer un texto político que tenga fuerza persuasiva a través de las palabras; es decir, pretende persuadir a quien escucha o lee para poner en práctica aquello que el orador desea que se ponga en práctica (Viroli, 2020).

Ahora, ¿cómo están elaborados estos discursos políticos? Tienen un esquema muy claro y siguen las indicaciones de los clásicos de la retórica. Lo primero es elaborar un buen *exordio* (*exordium*), una introducción que capte la atención y prepare el ánimo del lector a lo que se desea comunicar; tiene el propósito de despertar la benevolencia, la docilidad y la buena disposición del lector. Para alcanzar esto se debe decir que aquello

que se va a ofrecer en el texto es importante, que se van a ofrecer y demostrar ideas y tesis nuevas. Esta parte del discurso político, es decir, el *exordio*, lo encontramos en la dedicatoria que hace Maquiavelo a Lorenzo di Piero de' Medici:

Desiderando io adunque offerirmi alla Magnificenzia Vostra con qualche testimone della servitù mia verso di Quella, non trovando intra la mia suppellettile cosa quale io abbia più cara o tanto essistimi quanto la cognizione delle azioni degli uomini grandi, imparata con una lunga esperienza delle cose moderne e una continua lezione delle antique, le quali avendo io con gran diligenza lungamente escogitate e essaminate, e ora in uno piccolo volume ridotte, mando alla Vostra Magnificenzia.

[Y deseando también yo ofrecerme a Vuestra Magnificencia con algún testimonio de mi obligación hacia ella, no he hallado entre mis enseres nada que me sea más querido o aprecie tanto como *el conocimiento de las acciones de los grandes hombres*, aprendido mediante una larga experiencia de los hechos modernos y una continua lectura acerca de los antiguos; que, tras haberlos examinado y meditado considerada y largamente, y resumidos ahora en un breve volumen, ofrezco a Vuestra Magnificencia.] (Maquiavelli, 1971, p. 257; la traducción es nuestra)

Comenta Viroli (2018):

Afinché il proemio raggiunga il risultato voluto, Machiavelli enfatizza le proprie qualità: la sua esperienza, la sua competenza negli affari di Stato e i sacrifici che ha dovuto affrontare per ottenerla, nonché la cattiva sorte che gli ha impedito di ottenere un adeguato riconoscimento. Scrive infatti di aver condensato nel libro “la cognizione delle azioni delli uomini grandi, imparata da me con una lunga esperienza delle cose moderne e una continua lezione delle antiche”, ottenuta “in tanti anni e con tanti mia disagi et pericoli”.

[Para que el prefacio (*exordio*) logre el resultado deseado, Maquiavelo enfatiza sus cualidades: su experiencia, su competencia en los asuntos de Estado y los sacrificios que tuvo que afrontar para obtenerla, así como la mala suerte que le impidió obtener el reconocimiento adecuado. De hecho, escribe que ha condensado en el libro “el conocimiento de las acciones de los grandes hombres, aprendido mediante una larga experiencia de los hechos modernos y una continua lectura de lo antiguo”, obtenido “a lo largo de muchos años y con muchas molestias y peligros”.] (p. 60; la traducción es nuestra)

Además, en el *exordio*, para que el lector esté dispuesto a aceptar sus consejos y exhortaciones, Maquiavelo debe eliminar las dudas u opiniones hostiles sobre sí mismo y su autoridad para dar consejos políticos. En primer lugar, el prejuicio, muy actual en nuestro tiempo y presente en la Florencia del siglo XVI, por el cual un hombre del pueblo no puede dar reglas y consejos a los príncipes o gobernantes, y que este privilegio pertenece exclusivamente a los ciudadanos más ricos, cultos y poderosos. Para eliminar esta convicción, describe su condición de hombre de pueblo como una condición que le permite ver los asuntos del Estado mejor que los grandes o ricos (Viroli, 2013, p. 338). Dice explícitamente en la dedicatoria: “a conoscere bene la natura de’ populi bisogna esser principe, e a conoscere bene quella de’ principi bisogna esser popolare” [es menester ser príncipe para conocer a fondo la naturaleza de los pueblos, pero ser del pueblo para conocer a fondo la de los príncipes] (Maquiavelli, 1971, p. 257; la traducción es nuestra).

Luego del *exordio* (*exordium*), viene la *partitio* en donde Maquiavelo expone el tema del cual trata su opúsculo. Como dice en el capítulo segundo de *El Príncipe*, no hablará de las repúblicas, sino que se centrará únicamente en los principados; y respecto de ellos nos enseñará cómo se conquistan, cómo se conservan, se extienden y también cómo se pierden. Estos son los temas de los cuales tratará en su obra.

La prueba más clara de que *El Príncipe* es un discurso político deliberativo y que sigue las reglas de la retórica clásica, lo encontramos en el capítulo 26 que tiene por título: “Exhortación a ponerse al mando de Italia y liberarla de los bárbaros”. *El Príncipe* se cierra con una *exhortatio* que tiene el propósito de ‘tocar’ las pasiones de quien escucha o lee. El autor debe mover las pasiones que sean necesarias para lograr el objetivo que se propone. Si la intención de Maquiavelo es que alguien libere a Italia de la desunión y la corrupción, debe mover dos tipos de pasiones o emociones: la *indignatio* y la *conquestio*. La *indignatio* es una forma profunda de repulsión y de enfado por la situación de injusticia y la crueldad; mientras que la *conquestio* consiste en despertar el sentimiento de compasión.

En tal sentido, el capítulo 26 es una exhortación construida según las técnicas de la *indignatio* y la *conquestio*. Maquiavelo usa la *indignatio* para mover a su lector a la indignación, al enojo, a la aversión. Dice en el texto “Vedesi come la prega Dio che le mandi qualcuno che la redima da queste crudeltà e insolenzie barbare” [Que se la ve rogar a Dios para que le envíe a alguien que la redima de tales crueldades y ultrajes bárbaros] (Maquiavelli, 1971, p. 297; la traducción es nuestra). Maquiavelo quiere mostrar a su lector que la situación es lúgubre, cruel, nefasta y tiránica. Con la técnica de la *conquestio* señalará la inocencia y la debilidad de Italia y de esta manera desea suscitar compasión en su lector. Dice Maquiavelo:

Al presente, volendo conoscere la virtù d'uno spirito italiano, era necessario che la Italia si riducessi nel termine che ell'è di presente e che la fussi più stiava che li Ebrei, più serva ch'e' Persi, più dispersa che li Ateniesi, senza capo, senza ordine, battuta, spogliata, lacera, corsa, e avessi sopportato d'ogni sorte ruina.

[En el presente, para conocer la virtud de un espíritu italiano era necesario que Italia se viera reducida a los términos en que lo está hoy día: más esclava que los judíos, más sierva que los persas, más dispersa que los atenienses, sin cabeza, sin orden, abatida, expoliada, lacerada, teatro de correrías y víctima de toda clase de devastación.] (Maquiavelli, 1971, p. 297; la traducción es nuestra)

En el capítulo 26, que es la conclusión de *El Príncipe*, la noción de redención aparece de manera recurrente. Maquiavelo está pensando en un príncipe redentor que sea a la vez prudente y virtuoso por un lado, firme, fuerte y astuto por otro; este podría brotar de la familia de los Medici. Maquiavelo cree que las condiciones son apropiadas e idóneas para la aparición de un nuevo príncipe que redima a Italia. Maquiavelo imagina una Italia en oración pidiendo a Dios que envíe a alguien para que la redima de las crueldades de los bárbaros y de la corrupción. Maquiavelo está convencido que esta empresa la podrían llevar a cabo los Medici, ya que no solamente están a la cabeza de Florencia, sino también a la cabeza de la Iglesia católica, a través del Papa León X, soberano del Estado pontificio.

El ex secretario de Florencia invita a la ilustre casa de los Médici a imitar a los grandes hombres de la antigüedad que redimieron a sus pueblos. Estos excelentes hombres serían: el gran Moisés elegido por Yahvé para liberar al pueblo de Israel esclavo en Egipto; Ciro el Grande, rey de Persia, ungido por Dios que acabó con la cautividad de los judíos en Babilonia; Rómulo, considerado como el primer monarca de Roma y fundador de esta ciudad en el 753 a.C.; Teseo, héroe fundador de Atenas. Invita encarecidamente a los Medici que no dejen pasar esta ocasión para que Italia pueda ver a su *redentore* (redentor):

Non si debba adunque lasciare passare questa occasione, acciò che l'Italia dopo tanto tempo vegga uno suo redento- re. Né posso esprimere con quale amore e' fussi ricevuto in tutte quelle province che hanno patito per queste illuvioni esterne, con che sete di vendetta, con che ostinata fede, con che pietà, con che lacrime: quali porte se li serrerebbero, quali populi gli negherebbero la obediencia, quale invidia se li opporrebbe, quale italiano li negherebbe l'ossequio? A ognuno puzza questo barbaro dominio. Pigli adunque la illustre casa vostra questo assunto con quello animo e con quella speranza che si pigliano le imprese iuste, acciò che sotto la sua insegna e questa patria ne sia nobilitata

[No se debe, en suma, dejar pasar esta ocasión, a fin de que Italia, luego de tanto tiempo, vea a su *redentor*. No tengo palabras para expresar con qué amor sería recibido en todos los lugares que han padecido las invasiones extranjeras, con qué sed de venganza, con qué tenaz lealtad, con qué devoción, con qué lágrimas. ¿Qué puertas se le cerrarían? ¿Qué pueblos le negarían obediencia? ¿Qué envidia obstaculizaría su paso? ¿Qué italiano le negaría pleitesía? A todos apesta esta bárbara dominación. Asuma, pues, vuestra ilustre casa dicha tarea con el ánimo y la esperanza con que se asumen las empresas justas, a fin de que, bajo su enseña, esta patria resulte ennoblecida.] (Maquiavelli, 1971, p. 298; la traducción es nuestra)

Maquiavelo concluye *El Príncipe* citando al gran poeta y filósofo italiano Francesco Petrarca (1304-1374) a fin de que anuncie la profecía del renacimiento de la virtud y de la redención de Italia: “Virtù contro a furore prenderà l’arme, e fia el combatter corto, ché l’antico valore nelli’italici cor non è ancor morto” [La virtud contra el furor empuñará las armas, y será el combate corto: que el antiguo valor en el corazón itálico aún no ha muerto] (Machiavelli, 1971, p. 298; la traducción es nuestra).

Las palabras de Petrarca invocan el mito de la resurrección y del renacimiento que han inspirado las obras políticas del canciller florentino. De esta manera concluye Maquiavelo su gran obra política que le dará la gloria de la inmortalidad. Aunque sabemos que los Médici no cumplieron este sueño, sin embargo, Maquiavelo nos enseña que a pesar de los momentos difíciles de la vida uno no debe renunciar a sus grandes ideales, a sus grandes sueños. Maquiavelo fue un gran patriota porque llegó a amar a su patria más que a su propia alma y el sueño de vivir de una manera digna bajo un buen gobierno siempre lo movieron a escribir y a vivir. Concluimos este estudio citando unas palabras de Viroli:

I lettori più sensibili avvertono che *Il Principe* è testo sulla redenzione politica nel quale l’autore ha saputo trasferire la propria volontà e il proprio bisogno di redenzione. Per questa ragione *Il Principe*, dopo 500 anni è ancora attuale ed è facile prevedere che lo resterà a lungo. Quando nessuno lo leggerà più, vorrà dire che è morta l’aspirazione alla grande politica che sa redimere i popoli, e che i popoli si sono rassegnati alla penosa politica dei mediocri politici.

[Los lectores más sensibles advierten que *El Príncipe* es un texto sobre redención política en el que el autor ha sabido trasladar su voluntad y su necesidad de redención. Por eso, *El Príncipe*, después de 500 años, sigue vigente y es fácil predecir que lo seguirá siendo durante mucho tiempo. Cuando nadie lo lea más,

significará que la aspiración a una gran política que redima a los pueblos está muerta, y que los pueblos se han resignado a la dolorosa política de políticos mediocres.] (Viroli, 2013, p. 343; la traducción es nuestra)

## 5. Conclusiones

Ante la pregunta que ha guiado este trabajo, es decir, si *El Príncipe* de Maquiavelo se mantiene vigente porque ha fundado la autonomía de la política con respecto de la ética, hemos ofrecido las respuestas de Benedetto Croce y Federico Chabod, para quienes la autonomía de la política sería el principal aporte del secretario de Florencia. Frente a esta interpretación hemos ofrecido la propuesta de Maurizio Viroli para quien el contenido principal de *El Príncipe* no sería la autonomía sino fundamentalmente un mensaje de redención política.

Llegado a este punto, ofrecemos las siguientes conclusiones:

- a) Atribuir a Maquiavelo la autoría de la teoría “el fin justifica los medios” o “la autonomía de la política respecto de la ética” nos parece una perspectiva válida pero superficial e insuficiente, si consideramos la totalidad de la obra, sus cartas y, sobre todo, la vida práctica profesional de Maquiavelo en la que siempre fue correcto, honesto, respetuoso de la autoridad, las buenas leyes y de la religión como principio de unión de la nación. De la lectura atenta de los capítulos 15, 16, 17 y 18 que en general tratan “De las cosas por las que los hombres, y sobre todo los príncipes, son alabados o vituperados”, no podemos inferir simplemente que Maquiavelo haya planteado una distinción entre los criterios para juzgar a los príncipes, por un lado, y los criterios para juzgar a los ciudadanos, por otro, como justificando la existencia de una ética para los príncipes y una ética para el pueblo. Según Viroli, lo que Maquiavelo enseñaría en estos capítulos sería que un príncipe debe ser bueno siempre que pueda. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, un príncipe puede asumir actitudes perversas, es decir, “imparare a potere essere non buono” (aprender a ser no bueno) con el propósito de lograr el bien común y la paz social. Cuando un príncipe o un político sigue un fin moralmente bueno, pero se ve obligado por las circunstancias a no ser bueno, su accionar puede ser excusable pero de ninguna manera justificable. Solo si el fin que se propone es éticamente noble y los medios que se emplean para lograrlo son necesarios, se puede pensar en excusar la acción no ética de un príncipe o gobernante.

- b) Luego de revisar los principales acontecimientos de la vida de Maquiavello entre los años 1512 y 1514, podemos señalar que *El Príncipe* es la obra de un hombre debilitado, derrotado y caído en desgracia; un hombre que lo ha perdido casi todo. En un periodo muy corto es despojado de su cargo, es acusado de formar parte de la conspiración contra los Médici, es encarcelado en un recinto lúgubre y tenebroso, es torturado atrozmente, y luego de ser liberado por una gracia especial, tiene que pasar sus días en el campo, alejado de los asuntos de vida política, en relación con los campesinos y con la tierra. Sin embargo, a pesar de estas circunstancias tan adversas en las que lo ha colocado el destino, Maquiavello decide redimirse a sí mismo. No tiene la posibilidad de hacer política práctica (su gran pasión ejercida por varios lustros al servicio de la república de Florencia). Sin embargo, hace política teórica y escribe diversas obras, dando rienda suelta a su imaginación, creatividad y espíritu libre. A pesar de su estado anímico y su difícil situación, Maquiavello explora lo mejor de su talento escribiendo, entre 1513 y 1525, *El Príncipe*, obra dedicada a los Médici; *Discursos de la Primera Década de Tito Livio*, donde muestra su “verdadera visión política”, describiendo a la república como la mejor forma de gobierno y no una monarquía absoluta; luego escribe su *Discurso sobre el Arte de la Guerra*, una obra de comedia (*Mandrágora*) y numerosas cartas a sus amigos. Pero es *El Príncipe* su obra maestra donde sueña con un redentor para Italia y piensa también en su propia redención deseando para sí el retorno a la vida política. La carta del 10 de diciembre es un bellissimo testimonio de cómo, a pesar de las circunstancias, Maquiavello se separa un tiempo para hacer lo que más le apasiona, las cosas de la política; y nos muestra su grandeza interior. Ayudado por su gran imaginación y experiencia en el gobierno se recoge por las noches, en el silencio de su habitación, a razonar y a “tertuliar” con los grandes maestros y estadistas de la antigüedad (Moisés, Ciro, Rómulo y Teseo), fruto de estos encuentros ve la luz *El Príncipe*.
- c) La propuesta de Viroli señala que *El Príncipe* contiene principalmente un mensaje de redención política. Para llegar a esta conclusión el especialista se plantea algunas preguntas: ¿Qué tipo de texto es *El Príncipe*? Su respuesta es que esta obra pertenece a un determinado género literario llamado *Specula Principis* y que por lo mismo pretende ser un texto que explica a los gobernantes lo que deben hacer para conquistar el poder y para obtener la gloria. La siguiente pregunta que se hace Viroli es, ¿cómo está construido el texto de Maquiavello? La respuesta que nos ofrece es que *El Príncipe* está compuesto

en el formato de un discurso político que tiene por finalidad persuadir con las palabras y mover a la acción a quien lo pueda leer. Finalmente, Viroli se plantea la pregunta, ¿cómo están hechos estos discursos políticos? Su respuesta es que estos discursos siguen las reglas de la retórica clásica. Aplicando todos estos criterios interpretativos a *El Príncipe*, Viroli sostiene que el sentido de esta obra se revela ante nuestros ojos en la lectura del capítulo 26, en donde Maquiavelo sueña para Italia con un nuevo príncipe virtuoso y prudente, un príncipe redentor (*redentore*). Un redentor que la redima de las crueldades y ultrajes de los bárbaros y de la corrupción interna. Esta propuesta interpretativa no solo nos permitiría darle un sentido más profundo a esta obra, también nos ayudaría a redimir la obra y la persona de Nicolás Maquiavelo de muchos malos entendidos históricos; un hombre que el 16 de abril de 1527, poco antes de morir, escribió: “amo la patria mia più dell’anima” [“Amo a mi patria, más que a mi alma”].

### Referencias

- Biblia de Jerusalén. (1975). Desclée de Broouer.
- Croce, B. (1931). *Etica e politica*. Desclée De Brouwer.
- Croce, B. (2014). *Etica e politica*. Adelphi.
- Chabod, F. (1984). *Escritos sobre Maquiavelo*. Fondo de Cultura Económica.
- Dumas, A. (1856). *Impresiones de viaje. La vila Palmieri*. D. F. de P. Mellado.
- Gascón, D. (2013). Entrevista con Maurizio Viroli. 500 años de El Príncipe. La herencia de Maquiavelo. *Letras Libres*, 13(145), 70-74.
- Machiavelli, N. (1971). *Tutte le opere* (Ed. M. Martelli). Sansoni.
- Strathern, P. (1998). *Maquiavelo en 90 minutos*. Titivillus.
- Teatro Due. (2020, 16 de diciembre). Maurizio Viroli - La Redenzione dell’Italia. Il Principe di Niccolò Machiavelli. <https://youtu.be/rpRwBefvJnM>
- Viroli, M. (2013a). *Il sorriso di Niccolò. Storia di Machiavelli*. Laterza.
- Viroli, M. (2013b). L’attualità del Principe. En A. Campi (Ed.), *Il principe di Niccolò Machiavelli e il suo tempo: 1513-2013*. Istituto della Enciclopedia Italiana. <https://www.treccani.it/export/sites/default/machiavelli/pdf/Vol.Machiavelli ESTRATTO isbn.pdf>
- Viroli, M. (2018a). *La redenzione dell’Italia. Saggio sul “Principe” de Machiavelli*. Laterza.

Viroli, M. (2018b). *Scegliere il principe. I consigli di Machiavelli al cittadino elettore*.  
Laterza.

# EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA EDUCACIÓN INTERCULTURAL BILINGÜE EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

*Vanussa Zuleyka Torrejón Durand\**  
*Corte Superior de Justicia de Lima*  
zuleykatorrejon@gmail.com

**Resumen:** A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, los niños, también incluimos niñas, son reconocidos como sujetos de derecho, facultándoles derechos específicos que deben ser atendidos por el Estado y la sociedad bajo el principio del interés superior del niño en todas las esferas donde se vean involucrados. En el presente artículo, la autora recoge los instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos más importantes ratificados por el Estado Peruano en materia de niñez con atención especial en la niñez indígena a la luz de su interés superior del niño, así como su derecho a la educación bajo un enfoque intercultural bilingüe.

**Palabras clave:** Niños indígenas, derechos humanos, interés superior del niño, educación intercultural bilingüe.

## THE BEST INTEREST OF THE CHILD AND INTERCULTURAL BILINGUAL EDUCATION IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

**Abstract:** From the Convention on the Rights of the Child, children, we also include girls, they are recognized as subjects of law, empowering them with specific rights that must be taken care of by the State and society under the principle of the best interests of the child in all the spheres where they are involved. In this article, the author collects the most important international legal instruments on human rights ratified by the Peruvian State in the field of childhood with special attention to indigenous children in light of their best interests of the child, as well as their right to education under a bilingual intercultural approach.

---

\* Asistente judicial de la Corte Superior de Justicia de Lima. Abogada por la Universidad Católica Sedes Sapientiae, con estudios de especialización en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Derechos de los Pueblos Indígenas y Políticas Interculturales por la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Miembro del grupo de estudios de cine y derechos humanos “Communis Opinio” de la FDCP-UCSS. Afiliación institucional a la Corte Superior de Justicia de Lima.

**Keywords:** Indigenous children, human rights, best interests of the child, intercultural bilingual education.

## 1. Legislación internacional de los derechos humanos

Antes de analizar la legislación internacional de los derechos humanos en materia de niñez y educación, precisaremos su definición. La legislación internacional puede definirse como un conjunto de normas jurídicas que reglan las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional (los Estados, las organizaciones internacionales, la Organización No Gubernamental y los individuos) (Madies, 2017). La doctrina señala que la legislación internacional es materia del derecho internacional. Y en esa misma línea, “La materia que el derecho internacional regula es esencialmente relativa, con una tendencia expansiva que cobra notoriedad, por ejemplo, en el campo del derecho internacional de los derechos humanos” (Salmón, 2014, p. 21). Forman parte de la legislación internacional, los tratados internacionales. Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), “Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

En el Perú, los tratados están reconocidos dentro del ordenamiento jurídico interno a través de la Constitución Política del Perú de 1993. El artículo 55 dispone: “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. La Constitución no solo reconoce a los tratados en general como parte de nuestro ordenamiento jurídico nacional, sino también aquellos que son de materia de derechos humanos. La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, dispone lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. La observancia de los tratados se realiza de acuerdo con los principios<sup>1</sup> de la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados, fundamentalmente los principios de *pacta sunt servanda*<sup>2</sup> y buena fe (art. 23). En tal sentido, los tratados de derechos humanos en materia de niñez y pueblos indígenas, constituyen parámetros de interpretación para todos los derechos y libertades reconocidos por la Constitución y nuestro derecho interno.

---

1 Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 23 de mayo 1969.

2 Este principio establece que lo acordado en un tratado debe ser fielmente cumplido por las partes según lo pactado. Una de las principales consecuencias de este principio “es que un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (Art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Según Santistevan (2002), “Los tratados sobre derechos humanos tienen una vocación progresiva o de desarrollo. Ello significa que los derechos reconocidos en el catálogo constituyen un estándar mínimo que se exige al Estado” (p. 273). Con esto quiere decir que los Estados pueden procurar garantizar mejor y al máximo nivel los derechos siempre que puedan. Además, los derechos reconocidos en los tratados deben ser interpretados de manera interdisciplinaria y dinámica y estar atentos a las nuevas realidades y necesidades de la sociedad.

## 2. Interés superior del niño

En el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los derechos de los niños se reconocen por primera vez en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños<sup>3</sup>. Luego, en la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>4</sup> de manera implícita. Pero, el término del “interés superior del niño” aparece por primera vez de forma literal en la Declaración de los Derechos del Niño<sup>5</sup>, señalando lo siguiente:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgarse leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. (Principio 2)

Sin embargo, la calidad de “Declaración” no la hace vinculante frente los Estados, por ello, su implementación no tiene efecto jurídico relevante. Pero, tiempo después, con la Convención sobre los Derechos del Niño, el término “interés superior del niño” empieza a tener un reconocimiento formal y aceptación inmediata por el derecho internacional. Esto fue implementándose progresivamente en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos relativos a la niñez.

### 2.1. Convención sobre los Derechos del Niño

---

3 Aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924.

4 Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

5 Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, Convención), fue *adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, el 20 de noviembre de 1989*. En el Perú fue aprobada mediante Resolución Legislativa N. 25278, el 3 de agosto de 1990. La Convención es un tratado internacional sobre los derechos humanos que contiene el catálogo mínimo de derechos específicos de la infancia, con carácter vinculante para los Estados que lo ratificaron. Debe entenderse desde los principios específicos de los tratados de derechos humanos y la que se contempla en la misma Convención, es decir, una interpretación en favor del interés superior del niño por ser este el objeto y fin de la Convención. Asimismo, la Convención representa un gran hito en los derechos de la niñez, porque cambia y formaliza un nuevo paradigma respecto del niño, niña y adolescente. A partir de ella, se reconoce al niño como sujeto de derecho capaz de ejercer derechos humanos.

Los derechos reconocidos en la Convención se interpretan en 4 principios generales, así lo establece el Comité sobre los Derechos del Niño en la Observación General N.5: de no discriminación (art. 2), el interés superior del niño (art. 3), la garantía de la supervivencia y el pleno desarrollo (art. 6), y la participación infantil (art. 12).

Entre todas ellas, existe un principio de carácter más abstracto y considerado el principio rector de los derechos de los niños. Nos referimos al interés superior del niño. Como establece la Convención, “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (n. 1, art. 3).

Sobre este artículo, Cillero (2016) destaca tres aspectos centrales:

Primero, es un mandato que se dirige a un amplio arco de destinatarios y en consecuencia es una cláusula de carácter general que establece criterios imperativos para la aplicación e interpretación de la CDN; establece una protección prioritaria; y, tercero, la CDN no define ni el contenido ni la función del principio. (p. 109)

El interés superior del niño tiene un amplio escenario de aplicación e interpretación. La valoración de este principio es obligatoria para quien se encuentre en un escenario donde está involucrado un niño. Además, el interés superior del niño no solo debe plantearse y aplicarse desde el punto de vista legal, sino, y cuando se requiera, deberán considerarse otras disciplinas para evaluar y tomar la mejor medida que satisfaga al niño.

Todos los derechos consagrados en la Convención también son aplicables a los niños indígenas. Sin embargo, considerando además su condición especial de pertenencia a una comunidad indígena, la Convención dispone lo siguiente:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará al niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma. (art. 30)

Finalmente, el Estado Peruano, al ser Estado Parte de la Convención y registrar niños indígenas dentro de sus habitantes, también debe aplicar el interés superior del niño como un principio en toda situación que les afecte directa o indirectamente sus derechos. Así también, tiene que sus prácticas culturales e idiomas como parte de su desarrollo humano.

*2.1.1. Observación general N. 11: los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del niño*

Antes de exponer el contenido de la observación general N. 11, es menester mencionar qué son las observaciones generales de la Comisión sobre los Derechos del Niño. Las Observaciones Generales son emitidas por el Comité de los Derechos del Niño (en adelante, el Comité), creado por el artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual entró en funciones el año 1991. Su función principal es supervisar a los Estados en la correcta aplicación de la Convención. Si bien es cierto la Convención no menciona explícitamente sobre las observaciones generales, no obstante, en la letra d) del artículo 45 autoriza al Comité a “formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención”. Esto se interpreta que el Comité puede emitir observaciones generales como parte de sus funciones y atribuciones.

Según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos<sup>6</sup> (2012), señala lo siguiente:

El Comité CDN elabora sus Observaciones generales con miras a clarificar los contenidos normativos de derechos específicos establecidos por la Convención

---

<sup>6</sup> Es la principal entidad de las Naciones Unidas en derechos humanos, fue creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1993 por medio de la resolución 48/141.

sobre los Derechos del Niño o temas particularmente relevantes a la Convención, así como a ofrecer asesoramiento sobre medidas prácticas para su puesta en marcha. (...) Las Observaciones Generales constituyen una interpretación autorizada sobre aquello que se espera de los Estados partes cuando ponen en marcha las obligaciones que figuran en el CDN.

Precisado ello, analizaremos la Observación General N. 11: los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta Observación tiene como objetivo que los Estados Partes de la Convención garanticen el ejercicio efectivo de los derechos de los niños indígenas. Asimismo, recuerda que la cultura es un derecho individual y también colectivo, por lo tanto, constituye importante reconocer las tradiciones y los valores colectivos de las culturas indígenas en el desarrollo de los niños.

El Comité, a través de la Observación General N. 11, menciona lo siguiente:

La aplicación del principio del interés superior del niño requiere particular atención en el caso de los niños indígenas. El Comité señala que el interés superior del niño se concibe como un derecho colectivo y como un derecho individual, y que la aplicación de ese derecho a los niños indígenas como grupo exige que se examine la relación de ese derecho con los derechos culturales colectivos. Los niños indígenas no siempre han recibido la atención especial que merecen. (n. 30)

Entonces, cuando se aplica el principio del interés superior del niño a un niño indígena, es importante hacerlo desde la relación con sus derechos culturales. Esto involucra tomar en cuenta la opinión del niño indígena y de los miembros de la misma comunidad dentro de su contexto cultural. Solo así se puede garantizar la aplicación efectiva del principio respecto de sus derechos, de manera que la cultura forme parte para la determinación.

Es preciso aclarar que los derechos de los niños indígenas son todos los derechos que la Convención reconoce a los niños no indígenas, pero con una atención especial y diferenciada por su condición cultural. En ese sentido, los Estados Partes deben garantizar el disfrute de estos derechos y dar el nivel de vida adecuado a todo niño indígena. En esa línea, en la Observación General N. 11, el Comité señala lo siguiente:

Los Estados Partes, a fin de poner en práctica efectivamente los derechos que reconoce la Convención a los niños indígenas, tienen que promulgar las disposiciones legislativas apropiadas de conformidad con la Convención (...) Para

que en la política y en la programación se tenga en cuenta el contexto cultural, los Estados Partes deberían celebrar consultas con las comunidades indígenas y directamente con los niños indígenas. Se debería formar a los profesionales que trabajan con niños indígenas acerca de la forma de tener en cuenta los aspectos culturales de los derechos de los niños. (n. 80)

2.1.2. *Observación General N. 14: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*

La Observación General N. 14 reconoce al interés superior del niño como un derecho, principio, y una norma de procedimiento que tiene por objetivo garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. El objetivo de esta Observación es mejorar la comprensión y aplicación del interés superior del niño para ser la primera consideración cuando se deba decidir en situaciones donde se vea involucrado un niño. Para ello, los Estados Partes del Convenio deberán justificar en sus decisiones que han tenido en cuenta explícitamente este principio.

El Comité subraya un triple concepto<sup>7</sup> del interés superior del niño. El primer concepto lo define como un derecho sustantivo: entre tantos intereses que tiene el niño, en la evaluación de un caso en concreto donde se vea involucrado, se considera primordialmente el derecho al interés superior del niño. El segundo, como un principio jurídico interpretativo fundamental: se entiende al principio como un criterio de interpretación, y en caso una disposición jurídica admite varias se elige la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Y finalmente, el tercero como una norma de procedimiento: cuando se tome una decisión que afecte a un niño, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el niño, basado en su interés superior.

<sup>7</sup> Texto original: “6. El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: a) *Un derecho sustantivo*: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. b) *Un principio jurídico interpretativo fundamental*: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) *Una norma de procedimiento*: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales”.

Entre estas tres, se ensayará la definición del interés superior del niño como principio. Los principios son un tipo de norma jurídica que se refieren a mandatos generales de interpretación del derecho. Pero también se puede interpretar en otros ámbitos como en las políticas públicas, por ejemplo, que la política EIB se interprete a la luz principio del interés superior del niño. Según Rubio y Elmer (2019):

Los principios no solo existen en el derecho sino en todos los ámbitos del pensamiento humano, y pueden tener diversos propósitos. Algunos explican las ideas; otros orientan sobre cómo hacer las cosas; otros son teleológicos, es decir, van hacia determinados fines, y así sucesivamente. (p. 120)

El concepto del interés superior del niño es complejo y abstracto. Por ello, más allá de tener una definición exacta, el principio debe aplicarse teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades del niño indígena.

Ahora bien, para guiar una buena decisión sobre la aplicación de este principio, el Comité señala algunos elementos que deben tomarse en cuenta y evaluarse para cada caso en concreto. Dichos elementos son los siguientes:

- a) La opinión del niño
- b) La identidad del niño
- c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones
- d) Cuidado, protección y seguridad del niño
- e) Situación de vulnerabilidad
- f) El derecho del niño a la salud
- g) El derecho del niño a la educación

Como se aprecia, en cada uno de estos elementos se considera la participación activa del niño siendo sujeto de derecho y la consideración especial de su condición. Es por ello obligatorio su observancia para todos y en especial para quienes están o estarán involucrados directa o indirectamente en las decisiones de un niño. Asimismo, estos elementos son mínimos que deben considerarse en cada caso concreto.

Ahora bien, a partir del párrafo 1 del artículo 3 de la Convención, se puede saber cuándo aplicar y quiénes son los primeros en atender obligatoriamente el interés superior del niño. Entonces, cuando indica “En todas las medidas concernientes a los niños”, esto significa que en cualquier “medida” (pasiva, inactiva u omisión) donde esté uno o varios niños, su interés superior debe ser una consideración primordial a la que debe atenderse y

la expresión “concernientes a” se refiere a las medidas y decisiones relacionadas directa e indirectamente con un niño o un grupo de niños.

Para terminar, cuando se refiere a “Las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”, en general son todas las instituciones cuya labor y decisiones repercuten en los niños y la efectividad de sus derechos. Y en específico, las instituciones son los “tribunales”, quienes tienen competencia para ver y resolver procesos judiciales, incluye también los procesos de conciliación, mediación y arbitraje; las “autoridades administrativas”, quienes se encargan de todos los niveles relativos a la educación, el cuidado, la salud, el medio ambiente, las condiciones de vida, la protección, el asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad; y “los órganos legislativos”, quienes aprueban las leyes, reglamentos o convenios (como los tratados de comercio bilaterales o multilaterales o los tratados de paz que afectan a los niños). Todos ellos deben regirse por el interés superior del niño en sus diferentes espacios cuando se vean involucrados en situaciones donde interviene un niño.

### **3. Derecho a la educación intercultural bilingüe**

Antes de analizar la legislación internacional que reconoce el derecho a la educación intercultural bilingüe, definiremos el concepto de la EIB. Como premisa a ella ensayaremos el concepto de educación. Según León (2007), “La educación consiste en preparación y formación para inquirir y buscar con sabiduría e inteligencia, aumentar el saber, dar sagacidad al pensamiento, aprender de la experiencia, aprender de otros” (p. 602). Entonces, la educación viene a ser la preparación constante del hombre, a través de la sabiduría y la inteligencia, para adquirir conocimientos aprendiendo de los otros (culturas, ciencias, personas, objetos, etc.).

Según la doctrina predominante, “La educación además de ser un derecho es un instrumento liberador que ayuda a promover una cultura de respeto de los Derechos Humanos y con ello un futuro más digno” (Montanez, 2015, p. 246). La educación es un derecho humano y por tanto es intrínseca al ser humano. En ese sentido, también los niños y demás miembros de los pueblos indígenas son titulares del derecho, y deben recibir una educación en las condiciones que se merecen. Para garantizar esto, los tratados internacionales sobre derechos humanos obligan a los Estados a cumplir los derechos y recomendaciones respecto de la educación para los pueblos indígenas.

Con esta premisa, pasaremos a definir la EIB. La educación intercultural bilingüe es un modelo educativo inclusivo y su interpretación nace del derecho a la educación, con la característica que es un derecho exclusivo de los niños indígenas. La condición básica de este derecho es enseñar a los niños indígenas en su propia lengua y en castellano

como segunda lengua. De este modo, se garantiza su derecho a la identidad cultural y a la educación. Entonces, el derecho a la educación intercultural bilingüe es un instrumento para fortalecer el proceso de construcción de la autonomía en los niños indígenas y la autodeterminación de sus pueblos.

Definido el concepto de educación intercultural bilingüe, desde la premisa de la educación, corresponde analizar la legislación internacional de los derechos humanos del derecho a la EIB. Para ello, se consideraron los tratados más importantes y de los cuales emana la obligatoriedad directa del Estado Peruano a cumplirlos, debido a su adhesión o ratificación.

### **3.1. Convención sobre los Derechos del Niño**

Previo al reconocimiento del derecho y la interpretación novedosa a la EIB en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>8</sup> es el primer instrumento internacional de derechos humanos (y la primera en la legislación internacional) que reconoce a la educación como un derecho humano del hombre. A partir de ello, la educación, viene teniendo un desarrollo progresivo en los diferentes documentos internacionales, algunos de manera declarativa y otras vinculantes y de obligatorio cumplimiento.

Ahora bien, la Convención establece el derecho a la educación en los artículos 28, 29 y 30. Y en especial sobre el derecho a la educación intercultural bilingüe, señala lo siguiente:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma. (art. 30)

La Convención es la primera legislación internacional de derechos humanos que habla del derecho a la educación de los niños indígenas con una interpretación intercultural

<sup>8</sup> “1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos” (Art. 26, Declaración Universal de los Derechos Humanos).

bilingüe, al señalar al idioma y a la cultura como elementos fundamentales a tomar en cuenta para el acceso a este derecho cuando se trate de pueblos indígenas.

Además, resulta importante señalar que el artículo en mención no solo hace referencia a la minoría indígena, sino también a la étnica, religiosa y lingüística, a quienes no se les debe negar el derecho a la educación. De esta forma, la Convención es precisa y reafirma que la educación es un derecho humano para todos sin discriminación por motivo alguno.

Para un desarrollo más profundo y especial sobre el derecho a la educación recogido en la Convención, el Comité de los Derechos del Niño ha elaborado una Observación General que explica el alcance y contenido de este derecho.

### 3.1.1. *Observación general N. 01: propósitos de la educación*

La Observación General N. 01: propósitos de la educación, es la primera Observación del Comité de los Derechos del Niño y también la primera en materia de educación. A la fecha, el Comité no ha emitido una Observación General específica sobre el derecho a la educación intercultural bilingüe. Sin embargo, y para efectos de esta investigación, esta Observación representa una importante fuente doctrinaria respecto del contenido del derecho a la educación y las obligaciones de los Estados Partes para garantizarlo.

Un primer análisis que realiza la Observación versa sobre la identidad cultural y su revalorización con otras culturas en la educación de los niños. En la Convención sobre los Derechos del Niño se establece que la educación debe estar encaminada a “inculcar al niño el respeto de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país del que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya” (inc. c, art. 29). Respecto a esta disposición, el Comité reconoce la necesidad de un enfoque equilibrado entre la educación y la cultura, y una buena propuesta es la educación intercultural bilingüe. Asimismo, advierte a los Estados Partes la necesidad de un modelo educativo intercultural bilingüe que ayude a fomentar en los niños el respeto a su identidad cultural y la práctica de su idioma y valores, teniendo en cuenta que la educación permita trazar diálogos con culturas distintas.

Otra cuestión importante que señala la Observación está en la interpretación del párrafo 1, del artículo 29 de la Convención. Más allá de la lista de obligaciones que tienen los Estados Partes en relación a la educación y los niños, existen otras dimensiones que deben tomarse en cuenta. Las dimensiones son las siguientes:

- a) Naturaleza indispensablemente interconexa de las disposiciones de la Convención (párrafo 6 de la Observación). Los derechos de los niños deben

entenderse con otros principios, disposiciones y derechos. Además de los principios de la niñez existen otros en el plano internacional de los derechos humanos, permitiendo un desarrollo integral del niño. Esto involucra también a la sociedad, no es posible graficar la existencia de los derechos de los niños sin que la comunidad sea parte.

- b) Importancia al proceso por el que se ha de promover el derecho a la educación (párrafo 8 de la Observación). En otras palabras, para que la educación sea efectiva deben considerarse algunos elementos básicos: plan de estudios, los procesos de enseñanza, los métodos pedagógicos y el marco en el que se imparte la educación. Estos procesos deberán ser tomados en cuenta para los Estados en la aplicación en su territorio, evaluando siempre las condiciones de los niños y niñas.
- c) La enseñanza debe girar en torno al niño (párrafo 9 de la Observación). Queda claro una vez más que el interés superior del niño siempre será una directriz a considerarse en materia de niñez. La educación, como señala la observación, va más allá de la enseñanza de los conocimientos básicos, pues es importante que en la educación se marque una relación social, cultural y ambiental tomando en cuenta lo que es mejor para el niño.
- d) Necesidad de un planteamiento holístico de la educación que garantice las oportunidades educativas (párrafo 12 de la Observación). La educación debe ser integral, potenciando al máximo la capacidad del niño o niña y le permita desarrollarse en sociedad de manera independiente y autónoma.
- e) Necesidad de planear e impartir la educación de manera que promueva y refuerce la gama de valores éticos concretos consagrados en la Convención (párrafo 13 de la Observación). Los valores éticos deben ser los que también ayuden a prestar atención a los problemas existentes en la propia comunidad del niño, exigiendo que la enseñanza sea multidisciplinaria y bilingüe.
- f) Función esencial de las oportunidades de educación apropiadas en la promoción de todos los demás derechos humanos y la noción de su indivisibilidad (párrafo 14 de la Observación). La educación es un derecho que permite el acceso y desarrollo de los demás derechos del niño para participar

plena y responsablemente en la sociedad.

### **3.2. Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza**

La Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza ocupa un lugar preeminente entre los instrumentos normativos de la Organización de las Naciones Unidas para la Cultura, las Ciencias y la Educación (en adelante, UNESCO)<sup>9</sup> en el ámbito de la educación. Fue aprobada por la Conferencia General de UNESCO el 14 de diciembre de 1960. Es el primer instrumento internacional que abarca ampliamente el derecho a la educación. Asimismo, su compromiso es también con los niños y niñas indígenas, quienes aún siguen padeciendo en el ejercicio efectivo de una educación que reconozca su valor e identidad.

Respecto a la educación de los niños indígenas, la UNESCO (2021), señala lo siguiente:

Apoya a los Estados Miembros y colabora con sus asociados con miras a garantizar la realización del derecho de los pueblos indígenas a la educación. Esto abarca el seguimiento del derecho a la educación para todos, incluidos los pueblos indígenas, y la garantía de un acceso equitativo al aprendizaje a lo largo de toda la vida. Al adoptar un enfoque inclusivo, la UNESCO hace un llamamiento a todos los países para eliminar los obstáculos que limitan la asistencia, la participación y el rendimiento de los pueblos indígenas en el ámbito educativo.

Como se puede ver, el máximo organismo internacional en materia de educación manifiesta que la educación debe ser inclusiva y para todos, y en primer orden está garantizar su acceso. De igual modo, cuando menciona que es para todos, incluye a todos sin discriminación por cualquier motivo. Al respecto, Montánchez (2015) afirma:

La idea de incluir en la enseñanza a todos los alumnos, está en la demanda y necesidad de respetar las diferencias existentes entre todos y todas, ya sea por género, procedencia, capacidad o etnia, garantizando un sistema educativo integrador a todos los niveles y en el aprendizaje a lo largo de toda la vida. (p. 254)

---

<sup>9</sup> La UNESCO, es un organismo internacional creado por Naciones Unidas en el año 1945, su objetivo principal es contribuir a la paz y a la seguridad en el mundo mediante la educación, la ciencia, la cultura y las comunicaciones.

Compartimos la idea del autor al señalar que la educación debe ser para todos, y respetando las diferencias. Garantizar el acceso a este derecho es hacerlo generando espacios libres de discriminación. Ahora bien, la Convención que analizaremos es “relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza”. Antes de presentar el contenido de los derechos que protege esta Convención, se pasará a definir la palabra “discriminar”.

El Diccionario de la Lengua Española, publicado por la Real Academia Española, define la palabra “discriminar” de dos maneras: “1. Seleccionar excluyendo”, y “2. Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física o mental, etc.” (s.f., Real Academia Española). Esta definición es desde el léxico o vocabulario, por lo tanto, general. Una definición técnica y clara de discriminación lo ofrece el ordenamiento jurídico.

Solo para mencionar algunos ejemplos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de la ONU, de 1965, define la expresión “discriminación racial”<sup>10</sup>; y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la ONU, de 1979, define la expresión “discriminación contra la mujer”<sup>11</sup>. Estos ejemplos de definición son claros y precisos en el terreno de la legislación internacional sobre discriminación. “La discriminación se inscribe, de esta manera, en el horizonte de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y ello hace evidente la necesidad de su eliminación para lograr una sociedad libre, igualitaria y justa” (Rodríguez, 2007, p. 66).

Para la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, el término “discriminación” se define de la siguiente manera:

Toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga

---

10 Definición de “discriminación racial, según la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial: “En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública” (párr. 1, art. 1).

11 Definición de “discriminación contra la mujer”, según la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: “A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (art. 1).

por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza. (art. 1)

A la luz de esta definición, el bajo nivel de porcentaje en el acceso a la educación intercultural bilingüe de los niños indígenas en el Perú también califica como discriminación en la esfera de la enseñanza, fundada en la exclusión del idioma y la cultura del niño indígena. Una de las causas de esta exclusión en la enseñanza se debe a la insuficiente plana docente preparada con un enfoque intercultural bilingüe. En ese sentido, esta Convención obliga a los Estado Partes lo siguiente:

En que debe reconocerse a los miembros de las minorías nacionales el derecho a ejercer las actividades docentes que les sean propias, entre ellas la de establecer y mantener escuelas y, según la política de cada Estado en materia de educación, emplear y enseñar su propio idioma (inciso c), art. 5)

Los programas de docencia para la enseñanza en EIB deben promoverse desde el Estado, y reconocerse desde los miembros de los pueblos indígenas, quienes conocen mejor las condiciones culturales y el idioma de su comunidad. En ese sentido, cualquier otro tema de orden político y social de los Estados Partes de la Convención no debe limitar el acceso a este derecho humano a quienes prioritariamente la tienen: los niños indígenas. Por el contrario, al ser una población vulnerable necesita de mayor atención en el ejercicio de sus derechos.

Finalmente, los Estados deben trabajar para reducir las brechas discriminatorias en los modelos de enseñanzas y conseguir la igualdad de oportunidades para todos los niños. Por ello, los Estados Parte de la Convención deben: “Adoptar las medidas necesarias, inclusive disposiciones legislativas, para que no se haga discriminación alguna en la admisión de los alumnos en los establecimientos de enseñanza” (inciso b, art. 3).

### **3.3. Convenio 169 de la OIT**

Los pueblos indígenas han tenido una especial atención para la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) desde el primer Convenio en 1957, cuando se adoptó un primer instrumento internacional vinculante, el Convenio N. 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en países independientes. Luego, en junio de 1989 con el Convenio N. 169 sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobada por Perú mediante Resolución Legislativa N. 26253, publicado el 5 de diciembre de 1993.

Las primeras acciones que obliga el Convenio de la OIT 169 a los Estados Partes, para proteger los derechos de los pueblos indígenas y garantizar el respeto de su integridad, las establece en el número 2, del artículo 2, señalando lo siguiente: “que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población (inciso a). También, “que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones” (letra b).

En lo referido a la educación de los niños indígenas, el Convenio 169 reconoce el derecho en los artículos 26.º, 27.º, 28.º y 29.º. Primero, señala que la educación debe ser garantizada en todos los niveles y con igualdad: “Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional” (art. 26).

Asimismo, considera que la educación debe desarrollarse y aplicarse en atención a las necesidades de los pueblos y con la cooperación de estos. Lo establece señalando lo siguiente:

Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. (n. 1, art. 27)

Como puede verse, la OIT obliga a los Estados Partes del Convenio a desarrollar y aplicar programas educativos que respondan a las necesidades de los pueblos indígenas, esto significa que deben tomar en cuenta los elementos que caracterizan a una determinada comunidad, y en especial para quienes va dirigido la educación, por ejemplo, los niños del pueblo indígena Urarina deben recibir una educación que tome en cuenta los conocimientos culturales de su comunidad.

En esa misma línea, el artículo 28 del Convenio establece los deberes de los Estados Partes frente a los pueblos indígenas para la preservación de sus lenguas originarias. Para que esto sea posible deben diseñar y enseñar en las escuelas, en la familia y comunidad, en el idioma del niño y en español como segunda lengua. De esta manera, la identidad cultural del niño se preserva con la educación.

Para concluir, el objetivo del Convenio, con relación a la educación de los niños de los pueblos indígenas, es descrito en los siguientes términos: “deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional” (art. 29).

### **3.4. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, “la Declaración”), es un documento jurídico internacional que afirma los derechos de los pueblos indígenas, alentando a los Estados a cumplir y aplicar eficazmente todas sus obligaciones con los pueblos indígenas. La Declaración fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de setiembre del 2007. Una Declaración a diferencia de un Convenio está desprovista de fuerza jurídica, “insta al esfuerzo” pero no incluye mecanismos que obliguen al cumplimiento de sus contenidos. Sin embargo, “Sí representan la elaboración dinámica de normas jurídicas internacionales y reflejan el compromiso de los Estados de avanzar en una cierta dirección y de respetar determinados principios” (Naciones Unidas, 2021). En ese sentido, la Declaración tiene un efecto vinculante para la promoción, el respeto y el cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas en todo el mundo. Habiendo precisado esto, presentaremos lo que la Declaración dice referente a la educación de los niños indígenas.

La Declaración considera que las personas indígenas, y en especial los niños indígenas, tienen derecho a la educación y el Estado debe tomar medidas para garantizar su acceso. En ese sentido, señala lo siguiente:

Los Estados adoptarán medidas eficaces, junto con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma. (n. 3, art. 14)

A partir de este artículo, es importante precisar que la Declaración no solo obliga a los Estados a garantizar el acceso a la educación y prioritariamente a los niños indígenas, sino que además la educación debe tomar en cuenta la cultura e idioma del niño. Por lo tanto, esa atención especial y particular sobre los niños debe hacerse a la luz del principio del interés superior del niño. Finalmente, la Declaración reconoce que “los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden

debidamente reflejadas en la educación pública y lo medios de información públicos” (n. 1, art. 15).

### **3.5. Pacto internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales**

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC), fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas con resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre del año 1966, y ratificado por el Perú mediante Decreto Ley N. 22129, el 28 de marzo del año 1978. En ella, se reconoce a la educación como un derecho de segunda generación en la línea de generación de los derechos humanos, es decir, pertenece al conjunto de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>12</sup>.

El PIDESC dedica dos artículos al derecho a la educación, los artículos 13 y 14. El artículo 13, la disposición más extensa del Pacto y en la que nos centraremos, es el artículo de alcance más amplio y más exhaustivo sobre el derecho a la educación de toda la legislación internacional sobre los derechos humanos. Ahora bien, en este artículo no solo se reconoce a la educación como un derecho sino, además, como un derecho que deben gozar todos los seres humanos, sin discriminación y condición de ningún tipo, orientada al pleno desarrollo de su personalidad y del sentido de su dignidad. Para garantizar que la educación tenga un alcance para todos los niños, los Estados Partes del Pacto deben asegurar el acceso obligatorio y gratuito a este derecho.

Si bien es cierto el Pacto no reconoce o el derecho a la educación intercultural bilingüe o la educación que deben recibir los pueblos indígenas, lo antes mencionado es importante para la interpretación del derecho a la educación en general en cuanto a su universalidad, obligatoriedad y gratuidad.

Según Tünnermann, “La educación debe desarrollar la capacidad de reconocer y aceptar los valores que existen en la diversidad de los individuos, los sexos, los pueblos y las culturas, y desarrollar la capacidad de comunicar, compartir y cooperar con los demás” (p. 47). Bajo este concepto la educación debe ser valorada desde el individuo y su diversidad, y en este caso desde los elementos identitarios que configuran esa diversidad: pueblos, costumbre y lenguas.

---

12 La segunda generación recoge los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos fueron incorporados poco a poco en la legislación a finales del siglo XIX y durante el siglo XX. Tratan de fomentar la igualdad real entre las personas, ofreciendo a todos las mismas oportunidades para que puedan desarrollar una vida digna. Su función consiste en promover la acción del Estado para garantizar el acceso de todos a unas condiciones de vida adecuadas. Algunos derechos de segunda generación son el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho al trabajo, el derecho a una vivienda digna, etc.

### 3.5.1. *Observación General N. 13: el derecho a la educación*

Para conocer el contenido del derecho a la educación del PIDESC, el Comité DESC ha desarrollado una exacta interpretación a través de su Observación General N. 13. El Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, más conocido como el Comité DESC, es el organismo que supervisa la aplicación y cumplimiento del Pacto y está compuesto por 18 expertos. Además, emite interpretaciones de las disposiciones del Pacto, conocidas como “Observaciones Generales”. Hasta el momento de escribir esta investigación asciende a 25 el número de las observaciones.

La Observación General N. 13 del Comité, interpreta a la educación como un derecho intrínseco del hombre y por ende de los pueblos indígenas, como una herramienta para salir de la pobreza y participar plena y activamente de la vida en sociedad. Para alcanzar el objetivo del acceso a la educación para todos, el Comité DESC ha desarrollado 4 características que deben tener en cuenta los Estados Partes en la implementación de este objetivo. Tales características son las que siguen:

- a) Disponibilidad: Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Por ejemplo, deben crearse más instituciones educativas en los pueblos indígenas, crear salarios justos para los docentes EIB, crear libros en la lengua del pueblo indígena, etc.
- b) Accesibilidad: La accesibilidad a la que se refiere el Comité consta de 3 dimensiones: la primera es no discriminación, es decir, la educación debe ser accesible a todos sin discriminación alguna, por ejemplo, el acceso a la educación de los niños indígenas en su propio lenguaje; la segunda es la accesibilidad material, la educación ha de ser asequible materialmente (localización geográfica o medio tecnológico), por ejemplo, la construcción de escuelas en las mismas comunidades indígenas; y finalmente la accesibilidad económica, es decir, la educación debe ser obligatoria y gratuita para la enseñanza primaria, secundaria y superior, así como ha de ser accesible para todos, por ejemplo, que los niños indígenas gocen del derecho al acceso a una educación gratuita.
- c) Aceptabilidad: la forma y el fondo de la educación han de ser aceptables para los estudiantes y, cuando proceda, para los padres. Por ejemplo, los métodos de aprendizaje para un niño Awajún deben tomar en cuenta su interés superior.
- d) Adaptabilidad: la educación ha de ser flexible y adaptarse a las necesidades de los estudiantes, por ejemplo, los docentes EIB han de adaptarse a los espacios culturales de los niños indígenas y comunicarse en su idioma, con ello se garantiza un acceso efectivo.

Estas 4 características que señala el Comité DESC sobre la educación, son mínimos que los Estados Partes deben tomar en cuenta para garantizar el acceso y pleno ejercicio del derecho a todas las personas, reconociendo de manera especial la condición de los miembros de los pueblos indígenas, en especial de los niños indígenas. Observando y entendiendo estas condiciones particulares se puede llegar a una satisfacción efectiva del derecho. En ese sentido, la educación intercultural bilingüe es una exigencia y un derecho propio de los niños indígenas y deben garantizarse bajo el análisis de las cuatro características recomendadas por el Comité.

### **3.6. Convención Americana sobre Derechos Humanos**

Al nivel del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (más conocido como SIDH), la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>13</sup> (en adelante, CADH) es uno de los principales instrumentos y también fuente de obligaciones de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en materia de derechos humanos. El Perú ratificó la CADH el 12 de julio de 1978. Asimismo, la CADH reconoce como medios de protección de los derechos y libertades a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) (art. 33).

En lo que se refiere al tema de investigación, la Convención en su artículo 26<sup>14</sup> establece las obligaciones de los Estados Partes para el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, y en ella está incluida el derecho a la educación. Para explicar mejor lo que esto significa citaremos el caso “Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay”, resuelta por la Corte IDH.

En la sentencia del caso “Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay”, la Corte vincula el derecho a la educación como un derecho progresivo y por lo tanto debe adecuarse a la necesidad de cada sociedad o comunidad. En ese sentido, responsabiliza al Estado de Paraguay de no haber tomado medidas suficientes y adecuadas en materia educativa para revertir la situación de vulnerabilidad causado a los miembros de la comunidad indígena. Lo dice señalando lo siguiente:

13 Más conocido como el Pacto de San José. Fue adoptado por los Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

14 Artículo 26. Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

La Corte reconoce y valora positivamente las iniciativas tomadas por el Paraguay para proporcionar alimento, atención médico-sanitaria y materiales educativos a los miembros de la Comunidad Yakye Axa (supra párrs. 50.100 a 50.105), sin embargo, considera que estas medidas no han sido suficientes ni adecuadas para revertir su situación de vulnerabilidad, dada la particular gravedad del presente caso. (2005, párr. 169)

La OEA en 1988 adopta el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, más conocido como el “Protocolo de San Salvador”, en ella, en el artículo 13, desarrolla y reconoce el derecho a la educación de manera más extensa que en la CADH.

#### **4. Conclusiones**

El Estado peruano ha ratificado importantes instrumentos jurídicos de derechos humanos en materia de niñez y pueblos indígenas, pero el solo acto no garantiza la efectividad y el ejercicio pleno de los derechos ahí contenidos. Por ello, la Convención sobre los Derechos del Niño, en función de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú, debe ser adecuada y aplicada en la legislación nacional.

El interés superior del niño es un principio rector en materia de niñez, y obliga al Estado y aquellos que participan de manera directa e indirecta en las decisiones de los niños a tomar en cuenta previamente su interés superior, y de manera especial cuando se trate de niños que pertenecen a algún pueblo indígena considerar su identidad lingüística y cultural en el ejercicio efectivo de sus derechos.

El derecho a la educación intercultural bilingüe en la legislación internacional de los derechos humanos no está reconocido de manera taxativa como un derecho, sino a partir de la interpretación del derecho a la educación. Ello no significa que no se deba atender y garantizar este derecho en los Estados donde hay pueblos indígenas. Por el contrario, los tratados obligan de manera especial la atención de las minorías indígenas en la esfera de la educación. Y es en este contexto y con dicho propósito que se hace prioritaria la aplicación del principio del interés superior del niño.

El interés superior del niño es un principio garantista para la educación intercultural bilingüe del niño indígena del Perú. Su garantía se funda por ser un principio orientador para guiar el servicio público educativo, además, porque centra al niño indígena como

sujeto primordial para la decisión considerando y valorando su identidad cultural y lingüística.

### Referencias

- Aguado, T., y Del Olmo, M. (2010). *La educación intercultural. Perspectivas y propuestas*. Ramón Areces.
- Aguilar, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6(1), 223-247. <https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derecho-ninos-ninas/QL-yiwAzxp7.pdf.pdf>
- Aguilar, M. (s. f.). *Las Tres Generaciones de los Derechos Humanos*. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México.
- Alegre, S., Hernández, X., y Roger, C. (2014). *El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas*. Sistema de Información sobre la Primera Infancia en América Latina.
- Bermúdez, M. (2002). *Los derechos lingüísticos* (2.<sup>a</sup> ed.). Ediciones legales.
- Carmona, M. (2011). *La Convención sobre los derechos del niño: instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos*. Dynkinson.
- Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay, sentencia (Corte IDH, 17 de junio de 2005). [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf)
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2018). Los pueblos indígenas en América Latina: desafíos para la igualdad en la diversidad. Autor.
- Cillero Bruño, M. (2016). La Convención internacional sobre los Derechos del Niño: introducción a su origen, estructura y contenido normativo. En M. I. Álvarez Vélez, A. Bartolomé Tutor, I. Campoy Cervera, D. Carrillo Márquez, M. Cillero Bruño, I. Claro Quintáns, M. Reyes Corripio Gil-Delgado, R. De Couto Gálvez, S. Díez Riaza, M. Gisbert Pomata, B. Gómez Bengoechea, I. Lázaro González, M. López Álvarez, C. Martínez García, C. Molina Blázquez, F. de Montalvo Jääskeläinen, C. Perazzo Aragoneses, J. Rey Pérez, J. Ruiz de Huidobro de Carlos, B. Sáenz de Santamaría Gómez-Mampaso, A. Serrano Molina, *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (pp. 85-121). Aranzadi.

- Chirinos, A., y Zegarra, M. (2004). *Educación Indígena en el Perú*. Ministerio de Educación.
- Comité de los Derechos del Niño. (2001). Observación general N. 01: sobre los propósitos de la educación. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsiQq18gX5Zxh0cQqSRzx6Ze%-2f9ZHeLGwBpr0TgNk7n2Kw91dP1%2f4cAAZh8NdExKdqmTpTbz1Hg-1vBQAM%2fEmmV3gcnjkSfX0RAH2%2bGBhVOFPL%2f>
- Comité de los Derechos del Niño. (2009). Observación General N. 11: sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2f5F0vHfIzasSO0EEdqdWm-q9j7BRb4MgUghBq2t4zc8Pcsuoz0dvNNmr4a3mUiapl41%2fluXgL-pG6fTEeIEhHWT9rQvM>
- Comité de los Derechos del Niño. (2013). Observación General N. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2f5F0vFKtnY3RFBX0eVOrGE-VYuImujMv4OPRK5sl2s3WTdcWJHDSYkp3d7UQ3eUVGj0IAhy6cx%-2fFz2o1R6l%2bw7rXFOWO>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1999). Observación General N. 13: El derecho a la educación. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW%2bKyH%2bnXprasyMzd2e8mx4cYID1VMUKXaG3Jw9bomilLKS84HB8c9nIHQ9mUemvt0Cxb-bfDfFO2m9g5qE0ChQkVmKOszYsRIY5Zmhy5rwH6R>
- Constitución Política del Perú (1993). <https://lpderecho.pe/constitucion-politica-peru-actualizada/>
- Llevot, N. (2006). *La educación intercultural : discursos y prácticas*. Universitat de Lleida.
- López, L. E., y Küper, W. (1999). La educación intercultural bilingüe en América. *Revista Iberoamericana de Educación*, (20), 17-85.
- Naciones Unidas. (3 de Marzo de 2021). Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Pueblos Indígenas. Recuperado de [https://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenousdeclaration\\_faqs.pdf](https://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenousdeclaration_faqs.pdf)
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2021, 04 de marzo). Autor. <https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/callsubmissionsCRC.htm>

- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (s. f.). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre, 1966. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- Ordoñez, P. (2013). El derecho a la educación intercultural bilingüe (EIB) de las comunidades nativas del Perú. *Pensamiento Constitucional*, 18(18), 429-446. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8964/9372>
- Peña, J. (2010). El derecho a la educación intercultural y bilingüe desde una perspectiva plurilegal. *Ius Inter Gentes*, 7(7), 95-106.
- Real Academia Española. (s. f.). Discriminar. *Diccionario de la Real Academia Española*. <https://dle.rae.es/discriminar>
- Rebaza, K., y Seminario, N. (2018). El Derecho a la Educación Intercultural Bilingüe de la Niñez Indígena en el Perú: Avances y Desafíos. *Revista del Instituto de la Familia*, 1(7), 135-163. <https://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/view/1255>
- Trapnell, L., y Neira, E. (2004). *Situación de la Educación Intercultural Bilingüe en el Perú*. Banco Mundial, PROEIB, Andes. <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Situacion%20de%20la%20EBI%20en%20el%20Peru.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2 de Marzo de 2021). Autor. <https://es.unesco.org/themes/inclusion-educacion/pueblos-indigenas>
- Zavala, V., y Córdova, G. (2003). Volver al desafío: hacia una definición crítica de la EBI en el Perú. Ministerio de Educación – DINFOCAD, GTZ – PROEDUCA –Componente de Educación Bilingüe Intercultural. <https://repositorio.minedu.gob.pe/bitstream/handle/20.500.12799/542/307.%20Volver%20al%20desaf%3%ado%20Hacia%20una%20definici%3%b3n%20cr%3%adtica%20de%20la%20educaci%3%b3n%20biling%3%bce%20intercultural.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Zermatten, J. (2003, 23 de marzo). El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico. Informe de trabajo, 3-2003. [https://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr\\_interes-superior-nino2003.pdf](https://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf)
- Zuñiga, M. y Ansión, J. (1997). *Interculturalidad y Educación en el Perú*. Foro Educativo.





# LA IMPLEMENTACIÓN DEL TELETRABAJO: RETOS APREMIANTES DESDE EL CONTEXTO PANDÉMICO

*Magnolia Cárcamo García\**

*Universidad del Atlántico*

*mcarcamog@mail.uniatlantico.edu.co*

*Pamela Alexandra de la Hoz Ibarra\*\**

*Universidad del Atlántico*

*palexandradelahoz@mail.uniatlantico.edu.co*

**Resumen:** Actualmente, los países se encuentran sorteando una pandemia que ha traído consigo retos en materia laboral. Por esto, los empleadores se han visto en la necesidad de incursionar en la implementación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, para evitar así, pérdidas económicas durante el tiempo de confinamiento. En ese sentido, esta investigación aborda la temática del teletrabajo dentro del contexto pandémico, atendiendo a sus características principales: voluntariedad, igualdad de trato y reversibilidad.

En relación con el lente metodológico, esta investigación se enarboló mediante el método del análisis, identificando así puntos álgidos para el estudio. Para tales efectos se analizaron los antecedentes y el panorama general del teletrabajo. Partiendo de ello, se realizó un análisis del panorama colombiano y los aspectos relevantes a la luz de la Ley 1221 de 2008. Posteriormente, se estudiaron los retos y las vicisitudes de la figura del teletrabajo durante la coyuntura de la COVID-19. Finalmente, se abordó la temática del advenimiento y desarrollo de la figura del trabajo en casa.

Por último, entre los resultados encontrados en la presente investigación se destaca que, durante la situación de emergencia, muchos de los que trabajan desde sus hogares no cuentan con la cobertura de salud y de seguridad social. En síntesis, este estudio permitió concluir que, desde el punto de vista práctico, dentro del panorama laboral colombiano en tiempos de pandemia, se ha producido una equiparación entre las figuras de teletrabajo y trabajo en casa.

---

\* Estudiante de VII semestre del programa de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico. Colombia.

\*\* Estudiante de VIII semestre de del programa de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico. Colombia.

**Palabras clave:** Teletrabajo, trabajo en casa, Colombia, COVID-19, pandemia, situación de emergencia.

## THE IMPLEMENTATION OF TELEWORKING: PRESSING CHALLENGES FROM THE PANDEMIC CONTEXT

**Abstract:** Countries are currently going through a pandemic that has brought challenges in terms of labor. The employees have been seen the need dabble in the implementation of the new information and communication technologies to avoid economic losses during the time of confinement. This investigation is about the teleworking inside of the pandemic context according to its main characteristics: willfulness, equal treatment and reversibility.

In relation to the methodologic lens, this investigation it was raised through the analysis method identifying critical points for the study. The effects, background and general panorama of teleworking were also analyzed. Based on this, an analysis of the Colombian panorama and the relevant aspects in light of Law 1221 of 2008 was carried out. Subsequently, the challenges and vicissitudes of the figure of teleworking during the COVID-19 situation were studied. Finally, the issue of the advent and development of the figure of work in the home was addressed.

Finally, among the results found in this research, it is highlighted that, during the emergency situation, many of those who work from home do not have health and social security coverage. In summary, this study allowed us to conclude that, from a practical point of view, within the Colombian labor landscape in times of pandemic there has been an equality between the figures of teleworking and home work.

**Keywords:** Teleworking, work at home, Colombia, COVID-19, pandemic, emergency situation.

### 1. Introducción

El devenir histórico ha sido testigo de cómo la tecnología se ha convertido en una pieza clave para la humanidad, trayendo consigo nuevos estilos en la forma de hacer las actividades cotidianas; distintas maneras de trabajar, estudiar e incluso vivir. Del mismo modo, lo que hace que la tecnología tenga funcionamiento satisfactorio es el internet (conjunto de redes interconectadas por medio de un teléfono o un computador), el cual nos permite tener acceso fácil a cualquier tipo de información e igualmente estar conectado con el mundo entero en tiempo real.

En ese sentido, el ordenamiento jurídico nacional se vio influenciado por el uso cada vez más frecuente de las tecnologías de la información y comunicación. En tales circunstancias, han surgido muchas instituciones de trabajo y una de ellas es el modelo del teletrabajo, adoptado en el territorio colombiano mediante la promulgación de la Ley 1221 de 2008. De ese modo, en los 14 años que lleva en vigencia la mencionada ley, han sido varias las organizaciones que han implementado el teletrabajo en sus actividades productivas. Muestra de ello son las cifras reveladas en 2018 por el Ministerio TIC, según las cuales, hasta ese año, Colombia contaba con 122,278 teletrabajadores, aproximadamente. Evidentemente, esto es muestra del impacto que han tenido los nuevos requerimientos impuestos por el fenómeno de la globalización económica en el contexto de las relaciones laborales en nuestro país.

Ahora bien, nos encontramos frente a un contexto social, económico y sanitario cada vez más complejo, como lo es la Emergencia Económica, Social y Ecológica, surgida en el marco de la pandemia mundial causada por la COVID-19. Como consecuencia, se han presentado cambios significativos en el modo de vida que llevábamos. Por ello, la situación actual a la cual se enfrenta la humanidad, representa un jaque frente al modelo de teletrabajo vigente en nuestro país, planteado en la ley referenciada.

Tras lo dicho anteriormente, en el presente artículo se busca analizar el panorama laboral actual existente en Colombia a raíz de la Emergencia Económica, Social y Ecológica (Decreto 637 del 6 de mayo de 2020). Para ello, es indispensable evaluar las condiciones laborales de los teletrabajadores en virtud de las nuevas medidas dispuestas por el Gobierno Nacional a la luz de la situación de emergencia y, del mismo modo, constatar si el modelo colombiano de teletrabajo en tiempos de pandemia se ajusta a lo postulado en la ley 1221 de 2008. Para tales efectos, se presenta una revisión doctrinal, jurisprudencial y legal acerca del teletrabajo, su definición, conceptos relacionados y garantías para su implementación.

## **2. Marco teórico**

El derecho laboral como disciplina jurídica autónoma presenta un periodo de configuración fundamentado principalmente en el auge de una sociedad industrial, así como también en los logros sociales, jurídicos y políticos de las revoluciones campesinas.

Es en este contexto que recurrimos a Racciatti (s. f.), quien define al trabajo típico como “el empleo asalariado a tiempo completo, en un único lugar, para un único empleador, por un período indefinido” (p. 2). Esto no quiere decir que el derecho laboral clásico no contemplaba formas atípicas de trabajo, tales como los trabajadores a domicilio. Sin embargo, lo que predominaba en ese sistema era la idea de la permanencia del trabajador

en una instalación fija por un largo periodo de tiempo. De ese modo, D'Antona (1998) nos presenta los cuatro elementos principales del derecho del trabajo bajo ese modelo: “el estado-nación, la gran fábrica, el pleno empleo, la representatividad general del trabajo a través del sindicato” (p. 311).

Ahora bien, es durante la década de los 70 cuando se presenta una crisis en el modelo típico de la relación de trabajo, en la cual los pilares anteriormente mencionados se debilitan a razón principalmente de ciertos factores, tales como; a) la declinación de la industria y la importancia creciente del sector de servicios y b) el surgimiento o resurgimiento de “formas atípicas” de empleo. Todo esto, atendiendo al crecimiento exponencial de los servicios en el mercado laboral que data incluso del siglo XX, motivado por los nuevos paradigmas tecnológicos.

En ese orden de ideas, la tercerización es, según Granda y Smolje (1997):

ADQUISICIÓN SISTEMÁTICA, TOTAL O PARCIAL MEDIANTE PROVEEDORES EXTERNOS, DE CIERTOS BIENES, O SERVICIOS, NECESARIOS PARA EL FUNCIONAMIENTO DE UNA EMPRESA. SIEMPRE QUE HAYAN SIDO PREVIAMENTE PRODUCIDOS POR LA PROPIA EMPRESA, O ESTA SE HALLE EN CONDICIONES DE HACERLO, Y SE TRATE DE BIENES O SERVICIOS VINCULADOS A SU ACTIVIDAD.

Así pues, tenemos que la declinación de los criterios clásicos del modelo fordista produjeron nuevos planteamientos en las relaciones de trabajo. Una aproximación al fordismo se deriva de lo escrito por De la Garza Toledo y Neffa (2010), quienes aseveran que el fordismo es entendido como un tipo de proceso de producción con un sistema de máquinas en línea continua y una organización del trabajo parcializado; control de tiempos y movimientos, estandarizado; producción y consumo en mesa; una gestión estatal y un sistema de contratos colectivos, además de salario indirecto que aseguraría su reproducción.

Desde ese punto de vista, se han generado las denominadas “nuevas formas de empleo”, lo que viene siendo una manifestación del avance tecnológico en todas las áreas de la sociedad. Es decir, las relaciones de trabajo atípicas representan los nuevos modos de producción que se independizan del contrato de trabajo típico, entre las que destacan, por ejemplo, el teletrabajo y las nuevas formas de trabajo autónomo.

Aunado a lo anterior, se reconoce el desarrollo de las formas de ocupación atípica. Asimismo, su eco en materia económica y social, existente en la actualidad. Como bien anota Caamaño Rojo (2005):

queremos insistir en la importancia de adoptar soluciones jurídicas concordantes con esta nueva realidad que puedan servir de soporte para evitar a toda costa que los ajustes económicos que necesariamente deben efectuar las empresas y los países, derivados de las nuevas condiciones de la sociedad globalizada e informatizada, se alcancen en desmedro de una gran cantidad de personas —los trabajadores dependientes o independientes y sus respectivos grupos familiares— que han carecido de las oportunidades o de la formación apropiada para no ser marginados del mercado de trabajo formal. (p. 16)

Así las cosas, resultan incuestionables los retos y vicisitudes a los cuales actualmente se enfrenta el mercado del trabajo en virtud de una sociedad que lejos de desindustrializarse, plantea una compleja reorganización de su sistema, a la luz de las estrategias motivadas por la globalización. La nueva realidad del derecho laboral no debe entenderse como el fin de la economía industrial, sino al contrario, como la manifestación de un cambio en las estrategias en la industria.

Muestra de ello, es lo que, desde el fin de la Guerra Fría, la especie humana ha estado experimentado como la última etapa de ese proceso continuo, que algunos sociólogos y politólogos, como Bell (2000) y Held (2007), entre otros, identifican como la sociedad post- industrial, la postmodernidad o la globalización contemporánea. Además de todo, la globalización está caracterizada por la internacionalización de los mercados, las TIC y la construcción de una sociedad global. Así las cosas, Held (2007) postula que la globalización “connota la ampliación e intensificación de relaciones sociales, económicas y políticas a través de regiones y continentes. Es un fenómeno multidimensional que abarca muchos procesos diferentes y opera en múltiples escalas temporales” (p. 69).

En efecto, debido al surgimiento y avance de las TIC la figura del teletrabajo refleja la búsqueda en la creación de herramientas que cumplan con las exigencias de una mejor calidad de vida en un contexto social y laboral cada vez más complejo, y que se amolde a los retos de vanguardia. En esa línea de ideas, el fomento de los derechos y garantías del trabajador, reviste de urgencia, atendiendo que estos deben ser la piedra angular en esta modalidad de trabajo.

### 3. Marco metodológico

En esta ponencia se emplearán los siguientes tipos de investigación: a) investigación cualitativa y b) investigación socio-jurídica. Primordialmente, la investigación cualitativa:

(...) estudia la realidad en su contexto natural, tal y como sucede, intentando sacar sentido de, o interpretar los fenómenos de acuerdo con los significados que tienen para las personas implicadas. La investigación cualitativa implica la utilización y recogida de una gran variedad de materiales —entrevista, experiencia personal, historias de vida, observaciones, textos históricos, imágenes, sonidos— que describen la rutina y las situaciones problemáticas y los significados en la vida de las personas. (García, Gil & Rodríguez, 1996, p. 32)

A su vez, podemos citar a Munévar Quintero (2014), para quien la investigación socio-jurídica: “al considerar sus alcances y efectos del campo jurídico en la sociedad, concibe nuevos objetos de regulación que emergen en razón a esa interacción fáctica y valorativa con la realidad social” (p. 7).

Siguiendo con esto, el tipo de estudio utilizado en este trabajo será descriptivo. La elección se da en razón a que “estos estudios describen la frecuencia y las características más importantes de un problema. Para hacer estudios descriptivos hay que tener en cuenta dos elementos fundamentales: Muestra, e Instrumento” (Ander-Egg, 1995, p. 38).

En consecuencia, dentro de las fuentes de información que se usarán para este artículo se encuentran: doctrina de diversos autores nacionales e internacionales, consultas de búsqueda web, jurisprudencia nacional emanadas de las Altas Cortes, así como testimonios. Además, entre los instrumentos o técnicas de recolección de información se emplea la entrevista, la cual se define como “la conversación de dos o más personas en un lugar determinado para tratar un asunto. Técnicamente es un método de investigación científica que utiliza la comunicación verbal para recoger informaciones en relación con una determinada finalidad” (Grawitz, 1984 p. 188). La información versará en torno a acontecimientos vividos y aspectos subjetivos de la persona tales como creencias, actitudes, opiniones o valores en relación con la situación que se está estudiando.

Con lo anterior se podrá analizar el impacto que ha tenido el fenómeno jurídico del teletrabajo desde su implementación en el año 2008 hasta el día de hoy. En virtud de lo anteriormente mencionado, se enfatiza en la trascendencia de llevar a cabo este tipo de investigación, ya que busca generar espacios de discusión desde la academia. En este orden de ideas, en este artículo, el teletrabajo bajo un contexto colombiano en tiempos

de pandemia es el objeto de estudio, para lo cual se analizarán cada una de las fuentes de información y los instrumentos mencionadas.

#### **4. Planteamiento del problema**

En los últimos años, las distintas dinámicas sociales, particularmente el trabajo, han tenido cambios paradigmáticos. El teletrabajo es uno de esos fenómenos que con el devenir de la historia ha transformado las formas de empleo. Sea, a modo de ejemplo, las estipulaciones dadas en Colombia mediante la Ley 1221 (2008). En ese escenario, se regula una nueva modalidad de prestación de servicios llamada teletrabajo. De lo anterior resulta que, la Sentencia T-254-16, M.P (Corte Constitucional, 2016), expuso lo siguiente:

La Ley 1221 de 2008 consagra algunas directrices para el fomento y aplicación de esta nueva modalidad de prestación de servicios en Colombia. En primer lugar, el teletrabajo no puede ejercerse por cualquier tipo de trabajador, sino solo respecto de aquellos que por la naturaleza de sus funciones puedan desempeñarlas por fuera del lugar de trabajo. Por esta razón, para su implementación es imperativo que el empleador precise claramente los objetivos y metas que se esperan del trabajador en el tiempo destinado para sus actividades, lo que respectivamente envuelve la estructuración de un sistema de control de gestión para determinar la satisfacción de dichos criterios.

Al lado de ello, la promulgación de la Ley 1221 (2008) pareció haber puesto un punto final a la discusión en torno a la adopción de nuevas modalidades de trabajo en el ámbito nacional. No obstante, el debate, lejos de acabarse, parece haber ganado terreno en todas las esferas sociales. En ese sentido, a raíz de la emergencia mundial, Colombia ha experimentado cambios trascendentales en la vida productiva y laboral del país. De ese modo, el Gobierno Nacional estipuló mediante la Circular 018 (2020), que, las entidades del sector público y privado, de acuerdo con las funciones que cumplen y la naturaleza de la actividad productiva que desarrollen, deben diseñar medidas específicas, redoblando los esfuerzos en esa fase de contención del virus. En virtud de ello, muchos son los trabajadores que desarrollan sus actividades laborales acudiendo al teletrabajo y el trabajo en casa.

Así las cosas, en medio de la presente pandemia originada por la enfermedad infecciosa (COVID-19), causada por el virus SARS-CoV-2, se conocieron cifras importantes respecto de la figura del teletrabajo. Un ejemplo de ello es la investigación desarrollada por Acrip (Federación Nacional de Gestión Humana), en la cual se evidenció

que: “una de cada dos empresas en Colombia no contaba con políticas o esquemas de trabajo remoto, mientras que tan solo un 11,2 por ciento ya implementaban actividades de teletrabajo” (2020, p. 12). Lo anterior resulta llamativo, ya que se destaca la precaria situación laboral y social en la que se ha desarrollado el teletrabajo en el contexto nacional durante la pandemia.

Así las cosas, el trabajo en casa encuentra su génesis en la necesidad de contener la propagación del virus y mitigar la rápida desaceleración de los procesos organizacionales. En ese orden de ideas, dado que el trabajo en casa no representa el cumplimiento de los requisitos establecidos para el teletrabajo, se ha convertido en una alternativa para los empleadores, al momento de reducir costos en sus labores productivas. Asimismo, dentro del contexto del trabajo en casa se prescinde de ciertas formalidades, tales como la visita previa al lugar de trabajo, la Guía para la Prevención y Actuación en Situaciones de Riesgo suministrada por la ARL y la realización del trámite del Formulario de Afiliación y Novedades adoptado por el Ministerio de Salud y Protección Social.

En esa misma línea, la OIT (2020) postula:

El trabajo desde casa es una modalidad de trabajo en la que el trabajador realiza las principales tareas de su trabajo mientras permanece en su casa, utilizando la tecnología de la información y las comunicaciones (TIC). A los efectos de la presente guía y en el contexto de la pandemia de la COVID19, se utilizará el término «trabajo desde casa» para referirse exclusivamente al teletrabajo en el hogar como una modalidad de trabajo provisional y alternativa. (p. 6)

Ahora bien, se destaca que, pese a las medidas normativas presentadas por el Gobierno Nacional y aunque no se precisa una incompatibilidad respecto a ambas figuras, lo cierto es que la escasa regulación existente dentro del ordenamiento jurídico colombiano genera una trampa conceptual, a partir de la cual se evidencia el equiparamiento entre ambas modalidades laborales. Esto es, se predica la aplicación del teletrabajo, no obstante, se identifica que, en el ámbito material, la tendencia ha sido la implementación del trabajo en casa, desconociendo las particularidades de cada una.

Dentro de este panorama, es trascendente analizar las temáticas planteadas a la luz de preceptos constitucionales como la primacía de la realidad sobre la formalidad en el ámbito laboral (art. 53, Constitución Política, 1991). En ese sentido, si bien es cierto que el tema del trabajo en casa es incipiente desde el punto de vista doctrinal y legal, también hay que destacar que es esto no debe convertirse en un crisol para la violación y desmejora de las condiciones laborales de los trabajadores. En otras palabras, es necesario que haya

un acuerdo de voluntades entre las partes, donde se establezcan las formas, modos y lugares en los que se desarrollarán las actividades laborales.

En ese sentido, en el contexto latinoamericano, vemos descripciones sobre el panorama laboral actual inmerso en la pandemia:

Con un mercado deprimido, las relaciones laborales entre empleados y empleadores sufrieron un rápido deterioro, se reducen remuneraciones, se extinguen beneficios sociales e incluso se amplían horas de trabajo, lo que contrajo el ingreso real de gran parte de los trabajadores que lograron mantener su plaza de empleo formal; mientras que, otros migraron de la ocupación plena a la subocupación, y los menos afortunados, al desempleo. (Iturralde Durán & Duque Romero, 2021, p. 3)

Considerando la anterior situación y resaltando la importancia de la investigación en relación con la problemática encontrada, surge la siguiente pregunta problema: ¿Cómo se ha implementado la figura del teletrabajo en Colombia durante la pandemia provocada por la COVID-19? Frente a esta trascendente cuestión se formula la siguiente hipótesis: la implementación del teletrabajo en el territorio nacional colombiano, durante la pandemia, se ha convertido en un escenario donde es persistente el equiparamiento entre esta modalidad de prestación de servicios y el trabajo en casa, debido a la ausencia de regulación específica en cuanto a esta última. Al lado de ello, este escenario ha auspiciado la falta de cumplimiento a las garantías laborales en el marco del teletrabajo, las cuales son vinculantes a la luz de distintas disposiciones normativas, entre las que se encuentran la Ley 1221 (2008) y el Decreto 884 (2012).

## 5. Resultados

### 5.1. Antecedentes y panorama general del teletrabajo

A partir del año 1973, el físico estadounidense Jack Nilles desarrolló una propuesta, la cual se basaba en el lema de “llevar el trabajo al trabajador, en lugar del trabajador al trabajo”; y esto a causa de que Estados Unidos estaba enfrentando una crisis petrolera y lo que se buscaba era optimizar los recursos no renovables. Por consiguiente, había dificultades relativas al transporte y a los empleados les costaba desplazarse a su lugar de trabajo. Entretanto, muchas empresas no contaban con los trabajadores necesarios en su planta. De esta manera, se llega al surgimiento del teletrabajo como una estrategia de productividad dentro del paradigma económico emergente. Por su parte, en el contexto europeo se suele hablar de *telework* y *teleworking* para referirse a la utilización de las

TIC como medio para la producción de determinados bienes y servicios sin recurrir a las instalaciones físicas de una empresa.

Podemos decir entonces que, el teletrabajo consiste en la realización de labores por parte del trabajador desde su domicilio o un lugar distinto a la empresa; por supuesto, con el uso de las tecnologías de la información y comunicación. En ese sentido, diversos autores destacan lo siguiente:

Desde un punto de vista preventivo se ha de considerar que el teletrabajo es una forma organizativa cuyo arraigo va en aumento y que el concepto de lugar de trabajo cada vez se aleja más del tradicional, por lo que implica un replanteamiento de los conceptos de seguridad y de vigilancia de la salud en prevención del daño. (Vicente et al. 2018, p. 291)

Corolario a lo anterior, la figura del teletrabajo, como se ha mencionado en líneas arriba, ha traído consigo retos en todo el orbe, y para ello se hace menester destacar la exigencia de un replanteamiento dentro del mercado laboral, atendiendo a las nuevas dinámicas de vinculación y contratación laboral en Colombia. Al respecto, conviene mencionar que el contexto en el cual fue promulgada la referida ley, estaba determinado por altos índices de desempleo y trabajo informal.

Por otro lado, en lo referente al contexto latinoamericano tenemos que, en el año 2001 por primera vez en la historia, un país latinoamericano (Chile) reconoce y adopta el teletrabajo, reformulando así su normatividad en la esfera de los derechos de los teletrabajadores.<sup>1</sup>

Del mismo modo, en el caso de peruano, Valencia Catunta (2018), expone:

En el ordenamiento jurídico peruano, en la Ley 30036 que regula el teletrabajo, los aspectos más resaltantes al definir el teletrabajo son: el uso de las TIC; el trabajo subordinado de labores y la no presencia física del teletrabajador. (p. 208)

## **5.2. Panorama colombiano y aspectos relevantes a la luz de la Ley 1221 de 2008**

En Colombia, hacia el año 2008 la consagración de esta modalidad surge con la Ley 1221 de ese mismo año, en la cual se define y regula el teletrabajo en el país; el Decreto 884 de 2012 “Por medio del cual se reglamenta la Ley 1221 de 2008 y se dictan

---

<sup>1</sup> Normatividad adoptada el día 5 de octubre de 2001, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Ley 1975.

otras disposiciones” y la Resolución 2886 de 2012 del Ministerio TIC, “Por la cual se definen las entidades que harán parte de la Red Nacional de Fomento al Teletrabajo y se dictan otras disposiciones”. En ese sentido, las entidades encargadas de la divulgación y reglamentación de esta modalidad de trabajo son el Ministerio TIC, y el Ministerio del Trabajo. De manera puntual, el teletrabajo es definido mediante la Ley 1221 de 2008 “por la cual, se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones” (16 de julio de 2008. D.O. N. 47.052), en los siguientes términos:

ARTÍCULO 2.º. DEFINICIONES. Para la puesta en marcha de la presente ley se tendrán las siguientes definiciones:

Teletrabajo. Es una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo.

(...)

Teletrabajador. Persona que desempeña actividades laborales a través de tecnologías de la información y la comunicación por fuera de la empresa a la que presta sus servicios. (Ley 1221, 2008)

A partir de lo anterior, se asumen dos de las características más trascendentes del teletrabajo, a su turno: la prestación de un servicio de forma personal a distancia y la ejecución de esto con el apoyo de los medios tecnológicos y de comunicación. Precisamente, el teletrabajo plantea la optimización de los recursos y una mejor administración en la forma como las organizaciones generan costos en el desarrollo de sus dinámicas laborales. De esa forma, se tiene que, en Colombia, se establecen tres modalidades de teletrabajo o tipo de teletrabajador, las cuales responden a los espacios de ejecución del trabajo, las tareas a ejecutar y el perfil del trabajador. En primer lugar, el Teletrabajo Autónomo consiste en que trabajadores independientes hacen uso de las TIC para el desarrollo de sus tareas, ejecutándose desde cualquier lugar elegido por él.

El teletrabajo puede revestir una de las siguientes formas:

- Autónomos son aquellos que utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional, puede ser una pequeña oficina, un local comercial. En este tipo se encuentran las personas que trabajan siempre fuera de la empresa y sólo acuden a la oficina en algunas ocasiones. (Ley 1221, 2008)

Por otro lado, los teletrabajadores móviles son aquellos trabajadores que utilizan dispositivos móviles para ejecutar sus tareas. Su actividad laboral les permite ausentarse con frecuencia de la oficina. No obstante, no tienen un lugar definido para ejecutar sus tareas.

- Móviles son aquellos teletrabajadores que no tienen un lugar de trabajo establecido y cuyas herramientas primordiales para desarrollar sus actividades profesionales son las Tecnologías de la Información y la comunicación, en dispositivos móviles. (Ley 1221, 2008)

Finalmente, el Teletrabajo Suplementario se presenta cuando los trabajadores con contrato laboral alternan sus tareas en distintos días de la semana entre la empresa y un lugar fuera de ella usando las TIC para dar cumplimiento. Se entiende que teletrabajan al menos dos días a la semana.

-- Suplementarios, son aquellos teletrabajadores que laboran dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo lo hacen en una oficina. (Ley 1221, 2008)

Ahora bien, a la luz de lo previsto en la referenciada ley, tenemos que, para que el teletrabajo se pueda llevar a cabo, debe haber constancia por escrito y se debe estipular la actividad laboral a desempeñar junto con los medios de comunicación para efectuar las reuniones de trabajo, las responsabilidades en cuanto a la custodia de los elementos de trabajo, los días y jornada en los que el teletrabajador realizará sus actividades, así como las medidas de seguridad informática que debe cumplir y conocer cada empleado. Cabe destacar que el contrato de trabajo solo se puede modificar si es de mutuo acuerdo entre las partes. Visto así, el teletrabajo como modalidad especial de trabajo goza de todas las garantías laborales constitucionales y legales.

Del mismo modo, dentro de la misma ley, encontramos las garantías de tipo legal, las cuales se encargan de crear un escenario de cumplimiento de los derechos de los teletrabajadores, y dentro de estas podemos encontrar las siguientes:

Al teletrabajador no se le será aplicable la jornada máxima laboral. Tal como lo menciona la Ley 1221 de 2008, “A los teletrabajadores, dada la naturaleza especial de sus labores no les serán aplicables las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno (...)”. (Art. 6, núm. 1)

Por lo que se refiere al trabajo suplementario, la anterior disposición aplica cuando la jornada laboral es verificable, y el empleador hace una solicitud para esto. El párrafo del mismo artículo de la ley mencionada, expresa lo siguiente para este caso:

Cuando el teletrabajo sea ejecutado donde sea verificable la jornada laboral, y el teletrabajador a petición del empleador se mantiene en la jornada laboral más de lo previsto en el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, o le asigna más trabajo del normal, el pago de horas extras, dominicales y festivos se le dará el mismo tratamiento de cualquier otro empleado. (Ley 1221, 2008)

En relación al salario que devengue el teletrabajador, este no podrá ser inferior al de un empleado que desempeñe la misma labor en las instalaciones físicas de la misma empresa u organización. En los eventos en los que el empleador utilice solamente teletrabajadores, para fijar el salario se deberá estimar la naturaleza del trabajo y la remuneración que se paga para labores similares en la localidad. Así las cosas, un empleado por el solo hecho de suscribir un contrato de trabajo, no significa que se le pueda considerar teletrabajador por el hecho de realizar ocasional o transitoriamente actividades de su trabajo en su domicilio o lugares diferentes a los locales o sedes de su empleador. Al momento de generarse la asignación de tareas para los teletrabajadores se deberá hacer de tal manera que se garantice su derecho a tener un descanso de tipo creativo, recreativo y cultural.

En efecto, un tema que suele generar todo tipo de controversias, encuentra su génesis en materia de la protección de la Seguridad Social en virtud del teletrabajo. En Colombia, de acuerdo al artículo 9 del Decreto 884 de 2012 [Ministerio del Trabajo]. Por medio del cual se reglamenta la Ley 1221 de 2008 y se dictan otras disposiciones:

Artículo 9°. Obligaciones de las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP. Las Administradoras de Riesgos Profesionales -ARP-, en coordinación con el Ministerio del Trabajo, deberán promover la adecuación de las normas relativas a higiene y seguridad en el trabajo a las características propias del teletrabajo. Las Administradoras de Riesgos Profesionales, deberán elaborar una guía para prevención y actuación en situaciones de riesgo que llegaren a presentar los teletrabajadores, y suministrarla al teletrabajador y empleador. (Ministerio del Trabajo, 2012).

De ese modo, frente a la adopción del teletrabajo, el empleador tiene determinados deberes en pro de garantizar que el teletrabajador a su cargo desarrolle sus funciones

en espacios productivos, sanos y seguros. Primeramente, el empleador debe afiliar al teletrabajador al Sistema de Seguridad Social Integral. A su turno, si se trata de una empresa privada, se debe dar la incorporación en el Reglamento Interno de Trabajo o mediante resolución, de las condiciones especiales para que opere el teletrabajo. Por supuesto, se deben verificar las condiciones del lugar destinado al teletrabajo, para el cumplimiento de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo con la asesoría de su Administradora de Riesgos Laborales. Asimismo, el teletrabajador ha de realizar el Auto reporte de Condiciones de Trabajo.

En ese sentido, debido a la naturaleza del teletrabajo, se deben garantizar por parte del empleador la implementación de los correctivos necesarios en el lugar de trabajo del teletrabajador, con la Asesoría de la Administradora de Riesgos Laborales (ARL). Igualmente, el teletrabajador tiene derecho a que los equipos de trabajo suministrados tengan los medios de protección adecuados para la tarea a realizar. Por lo tanto, el empleador tiene el deber de facilitar los espacios y tiempos para la capacitación de los trabajadores a su cargo en materia de seguridad y salud en el trabajo. En concordancia con lo anterior, se debe informar y dar una copia al teletrabajador de la política de la empresa en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Cabe resaltar que los teletrabajadores gozan de los mismos derechos y deberes en el ámbito de seguridad social (Ley 100, 1993), que un trabajador al desempeñar sus actividades de forma presencial en una organización; y que el pago de los aportes de estos se deberá realizar por medio de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA).<sup>2</sup> Es decir, en sus garantías en materia de Seguridad Social Integral no han de existir menoscabos o desmejoras.

En ese sentido, se destaca lo postulado por Valero y Riaño (2020):

Si bien el teletrabajo es una ventaja para la productividad, hay análisis relacionados con las condiciones de SST que demuestran efectos negativos en la salud de los teletrabajadores y la falta de controles por parte de los empleadores para mitigar los daños. (p. 31)

Partiendo de lo inmediatamente expuesto, se precisa que, pese a que el teletrabajo tiene como principal herramienta el uso de las TIC y, como consecuencia de esto no es necesaria en todos los casos, la presencia física del trabajador en las instalaciones de

---

<sup>2</sup> La Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) es una ventanilla virtual que permite el pago integrado de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y Parafiscales en la cual los aportantes reportan la información para cada uno de los subsistemas en los que el cotizante está obligado a aportar. Ministerio de Salud.

las empresas, este, bien sea de entidad pública o privada, tiene derecho a desarrollar sus funciones en condiciones de bienestar, protección, calidad y seguridad.

### **5.3. Retos y vicisitudes del teletrabajo durante la coyuntura**

Ahora bien, frente a la coyuntura actual, muchas fueron las medidas que adoptaron los empleadores para mitigar los efectos del aislamiento obligatorio preventivo, promovido por el Gobierno Nacional durante las primeras fases de la cuarentena. Tales disposiciones fueron: despedir empleados, negociar licencias remuneradas por un menor salario, suspender contratos, bancos de horas, trabajo en casa, vacaciones anticipadas colectivas, entre otras. Sin embargo, la alternativa más común ha sido el teletrabajo. Con todo y lo anterior, desde el ámbito práctico, el auge del teletrabajo en Colombia se ha agudizado en virtud del distanciamiento social originado por la pandemia. Con esto, conviene anotar que, en el contexto de emergencia mundial, en materia laboral, la tendencia ha sido la de aplicar y promocionar la modalidad de teletrabajo en el territorio nacional. En ese sentido, cada vez son más las empresas que adoptan esta figura como medio de garantizar productividad, seguridad y reducción de costos operacionales.

En el caso de América Latina, distintas organizaciones como la Organización Internacional del Trabajo postulan que, pese a la creciente implementación del teletrabajo, emanada del confinamiento durante la pandemia, no se cuenta con datos que, desde el punto de vista estadístico, permitan comparar esta estrategia en la región. En ese orden de ideas, tenemos que:

Un problema fundamental para esto ha sido que aún no existe una definición aceptada universalmente que permita su medición a partir de una serie de preguntas en las encuestas de hogares. En algunos casos, se utiliza únicamente al hogar como lugar para desarrollar el teletrabajo, mientras que en otros casos se utiliza un criterio más amplio de trabajo fuera de los locales de la empresa. (Organización Internacional del Trabajo, 2020b, p. 91)

Lo anterior sirve de argumento para comentar que, en el contexto nacional colombiano, la implementación del teletrabajo ha sido un escenario de polémicas, las cuales versan, entre otros aspectos, en el debate acerca de la idoneidad o no de una flexibilización cada vez más aguda de las garantías laborales de los teletrabajadores, en medio de la situación de emergencia en la que se encuentra Colombia. En ese sentido, uno de los temas que más ha generado discusión en el esquema actual colombiano de implementación del teletrabajo, versa sobre la jornada laboral y, más aún, en los límites en

la asignación de labores por parte del empleador. Se tiene que, es deber de este, establecer las horas diarias y los días de la semana en que el teletrabajador debe estar accesible y disponible para la empresa en el marco de la jornada laboral.

De tal forma, en el teletrabajo no se pueden emplear más de las horas contempladas en el máximo legal permitido. Por lo tanto, la estipulación de los horarios laborales en los que el teletrabajador desarrollará sus labores delimita la responsabilidad en caso de accidente de trabajo. En adición a ello, se le debe garantizar al teletrabajador, pausas activas y ejercicios de relajación.

No obstante, la realidad muestra que varios teletrabajadores han sido sometidos a excesivas cargas de trabajo. Si bien el teletrabajo plantea lo que muchos denominan como “nuevas formas de subordinación”, en las cuales, el hecho de no contar con la presencia física de un supervisor no conlleva a que el teletrabajador sea menos subordinado; lo cierto es que este ha sido un medio donde el derecho al descanso y los pilares más importantes del teletrabajo, tales como el afianzamiento de los lazos familiares y equilibrio entre los espacios laborales y personales de los empleados, entre otros, han sido desmejorados considerablemente.

En atención a ello, lo relacionado con este punto neurálgico se destaca lo encontrado por la Organización Internacional del Trabajo (2020a):

Las investigaciones sobre el teletrabajo han demostrado repetidamente que los empleados que trabajan desde el hogar tienden a trabajar más horas que cuando están trabajando en los locales del empleador, en parte porque el tiempo para desplazarse al lugar de trabajo es sustituido por actividades laborales y también debido a los cambios en las rutinas de trabajo y a la desaparición de los límites entre el trabajo remunerado y la vida personal. El teletrabajo, en general, puede dar lugar a un horario de trabajo más prolongado y a un aumento de la carga de trabajo durante las noches y los fines de semana. (p. 5)

En atención a la problemática expuesta, el literal J del artículo 7 contenido en la Ley 1010 (2006), dispone sobre el acoso laboral que, entre sus asuntos más relevantes, están la exigencia arbitraria por parte del empleador para que el empleado desempeñe actividades por fuera de la jornada laboral, y esto sin tener en cuenta el descanso al cual el trabajador tiene derecho.

Corolario a lo anterior, los recientes pronunciamientos del Ministerio del Trabajo dentro del marco de la pandemia, señalan que la implementación del teletrabajo requiere

el deber de ceñirse al horario laboral, esto con el fin de garantizar el derecho a la desconexión digital. Ahora bien, en Colombia, aunque esta categoría aún no está legislada, la Constitución Política en su artículo 53 contempla la garantía al descanso necesario. Por otro lado, según lo estipulado en el Código Sustantivo del Trabajo, este derecho se define al limitarse la jornada ordinaria de trabajo a 8 horas diarias y 48 semanales, con sus debidas excepciones. Por otra parte, se encuentran normas promulgadas por la Organización Internacional del Trabajo, relacionadas al tiempo de trabajo, en las cuales se garantizan los periodos de descanso diario y semanales, así como de las vacaciones anuales, con el fin de proteger el bienestar y la salud física y mental de los trabajadores.

Así las cosas, el derecho a la desconexión digital, entendido como el derecho a no contestar comunicaciones, llamadas, correos electrónicos o mensajes de trabajo fuera de su horario laboral, se encuentra regulado en países como Francia<sup>3</sup> y España<sup>4</sup>. Lo anterior es importante mencionarlo, ya que el paradigma de “la flexibilización del teletrabajo durante la pandemia”, ha sido un escenario donde la precaria situación del país en la esfera del empleo, ha generado estragos en la protección de los derechos de los teletrabajadores. En esa línea de ideas, en Colombia, el artículo 6 de la Ley 1221 (2008) en materia de jornada laboral debe interpretarse a la luz del respeto por la dignidad humana del trabajador y sus derechos fundamentales.

En atención a ello, en la presente investigación se realizó la siguiente entrevista a una teletrabajadora, a la cual llamaremos Catalina López para guardar su identidad. La situación presentada fue la siguiente: una jefa de un call center en la ciudad de Barranquilla, traspasa los límites de la jornada laboral flexible, ofreciendo a una de sus empleadas la realización de horas extras. Expresó C. López (comunicación personal, 12 de agosto de 2020):

Mientras disfrutaba de una semana de receso académico universitario, mi jefa me llama a mi teléfono personal con el ánimo de proponer horas extras y que las mismas me iban a ser debidamente pagadas. Yo rechazo la oferta porque realmente me sentía muy agotada y quería disfrutar con mi familia después de mi jornada habitual de trabajo.

Por otra parte, resulta innegable que, debido a la pandemia, el mercado laboral en Colombia se enfrenta a retos, tales como el aumento del desempleo, empleo informal, segregación y discriminación de distintos grupos poblacionales. Por consiguiente, en varios sectores de la sociedad se advierte la crisis en materia laboral que afecta al país

<sup>3</sup> Ley 2016/1088, del 8 de agosto de 2016. También conocida como Loi Travail.

<sup>4</sup> La Ley Orgánica 3/2018, del 5 de diciembre, aprobada por las Cortes Generales de España.

y la necesidad de reformular las estrategias con las que se pretende lograr el desarrollo económico y social. En ese sentido, las problemáticas expuestas se han agudizado, debido a la coyuntura actual que ha afectado no solo a Colombia, sino a la región entera.

Así las cosas, un común denominador en cuanto a la situación de los teletrabajadores durante el confinamiento, ha sido el incumplimiento a los deberes de las Aseguradora de Riesgos Laborales frente a estos. Una muestra de ello, han sido los estudios realizados por diversas entidades en los cuales se diagnostica el difícil momento para los teletrabajadores en materia de protección social. Esto se puede notar en una investigación realizada en abril por la Universidad del Rosario, en el cual se evidencia que, el 90,7 % de las personas que por confinamiento tuvieron que empezar a usar su casa como oficina, no recibieron soporte de las Aseguradoras de Riesgos Laborales para la adopción de la modalidad de teletrabajo en la etapa de aislamiento.

Lo anterior refleja la tendencia de imputación de costos de la crisis económica del país a los derechos de los trabajadores, invirtiendo el principio de ajenidad de los riesgos, por el cual el trabajador nunca debe asumir las pérdidas del ejercicio productivo. Es decir, asegurar la productividad de las empresas, ha sido el justificante de muchos empleadores para desproteger los derechos de los teletrabajadores en tiempos de pandemia, obviando así, las garantías en la calidad de vida de los trabajadores y lo postulado en el artículo 2.2.1.5.9 del Decreto 1072 (Ministerio del Trabajo, 2015), por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo:

Artículo 2.2.1.5.9. Obligaciones de las Administradoras de Riesgos Laborales, ARL. Las Administradoras de Riesgos Laborales –ARL–, en coordinación con el Ministerio del Trabajo, deberán promover la adecuación de las normas relativas a higiene y seguridad en el trabajo a las características propias del teletrabajo. Las Administradoras de Riesgos Laborales, deberán elaborar una guía para prevención y actuación en situaciones de riesgo que llegaren a presentar los teletrabajadores, y suministrar al teletrabajador y empleador (Ministerio del Trabajo, 2012).

#### **5.4. El advenimiento y desarrollo de la figura del trabajo en casa**

Sin lugar a dudas, la pandemia ha sido un catalizador para una nueva cultura laboral en Colombia, caracterizada por una reducción significativa en los canales de protección al trabajador. Aunado a ello, ante un sistema presencial en modificación, el trabajo en casa operaba hasta hace unos pocos meses sin regulación específica, lo cual generaba

cierto malestar e incertidumbre en algunos sectores. Puntualmente, en el contexto laboral colombiano en tiempos de pandemia se ha producido el equiparamiento entre el trabajo en casa y el teletrabajo, esto es, se establece que los trabajadores desempeñarán sus funciones acudiendo a esta última. No obstante, desde un punto de vista práctico, las condiciones en las que se desarrollan tales funciones, obedecen a la modalidad de trabajo en casa.

En este orden de ideas, el acelerado auge del trabajo en casa durante los últimos meses, entre otros aspectos, radica en la necesidad de contener la propagación del virus en todo el globo y, por consiguiente, mantener los puestos de trabajo. Al lado de ello, la implementación masiva de esta modalidad se enmarca dentro de una serie de medidas adoptadas por el Gobierno Nacional en aras de evitar despidos de empleados dentro de las distintas entidades.

Con todo, el 12 de mayo de 2021 se expide la Ley 2088, mediante la cual, se regula el trabajo en casa. Esto debido a situaciones problemáticas que se han generado en el mercado laboral en Colombia durante la emergencia, tales como la sobrecarga y el acoso laboral, el no pago de horas extras y prestaciones económicas, entre otras. En ese sentido, esto se expresa en desmejoras de las condiciones de trabajo, beneficios, derechos y garantías para los trabajadores, por ejemplo, la afiliación a las Aseguradora de Riesgos Laborales, a una entidad prestadora de salud y el pago de las demás prestaciones laborales. Llegados a este punto, es necesario traer a colación la definición establecida por la Ley 2088 (Ministerio del Trabajo, 2021) respecto a la figura del trabajo en casa:

ARTÍCULO 2. Definición de Trabajo en Casa. Se entiende como trabajo en casa la habilitación al servidor público o trabajador del sector privado para desempeñar transitoriamente sus funciones o actividades laborales por fuera del sitio donde habitualmente las realiza, sin modificar la naturaleza del contrato o relación laboral, o legal y reglamentaria respectiva, ni tampoco desmejorar las condiciones del contrato laboral, cuando se presenten circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales que impidan que el trabajador pueda realizar sus funciones en su lugar de trabajo, privilegiando el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Así las cosas, a la luz de esta nueva ley, los trabajadores y empleadores podrán acudir a la modalidad de trabajo en casa por una vigencia de hasta tres meses, prorrogables por otro periodo igual o hasta que cesen las circunstancias que ocasionaron la excepción. Asimismo, se destaca que la relación laboral deberá continuar bajo los términos pactados al inicio del contrato, en aras de que el empleado cuente con los mismos derechos y

garantías, propios de la jornada laboral. En ese escenario, es importante recordar que, en los eventos donde los empleadores hayan realizado una ponderación, y consideren que los beneficios del trabajo en casa son mucho mayores a los que percibían antes de la implementación de esta figura, la tendencia ha de ser el tránsito al teletrabajo. Esto obedece a que en el análisis de la naturaleza del trabajo en casa y el teletrabajo, se ha logrado dilucidar que ambas modalidades, pese a que representan formas de flexibilización en las formas típicas de empleo, tienen discrepancias sustanciales en su campo de aplicación que ya han sido expuestas.

Por otro lado, se tiene que, cuando se presenten circunstancias especiales que lleven a aplicar el trabajo en casa, no se podrán desmejorar las condiciones del contrato inicial. En conexión a ello, la Ley 2088 (2021) establece que, durante el tiempo laborado de manera remota, el trabajador también continuará amparado por las prestaciones económicas y asistenciales en materia de riesgos laborales. A tal efecto, la gran diferencia entre el teletrabajo y el trabajo en casa radica en que, el primero, exige al empleador proporcionar los sistemas de interacción, herramientas de conexión y comunicación; situación que no se contempla en el trabajo en casa. Así las cosas, el teletrabajo se ha erigido como una modalidad laboral permanente, que se soporta en el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a diferencia del trabajo en casa que, como se ha advertido en líneas anteriores, obedece a situaciones especiales y específicas.

En últimas, se reconoce que la Ley 2088 (2021) trajo consigo un avance significativo en lo referente a la protección de los trabajadores que desempeñan sus funciones laborales acudiendo al trabajo en casa, dado que se busca formalizar su situación laboral. Lo anterior debido a que, antes de la expedición de esta ley, no existía ninguna normatividad en Colombia que regulara expresa e íntegramente estos puestos de empleo, lo cual generaba, como se ha destacado con suficiencia, un panorama de incertidumbre. No obstante, también se advierte que la figura del trabajo en casa es un tópico cuya insipiencia en el panorama colombiano se halla en el hecho que aún existen deficiencias en el ámbito de promoción del contenido de esta ley y de sus instrumentos.

En otros términos, la escasa divulgación de esta Ley 2088 (2021) ha provocado que, uno de los objetivos de la misma, esto es, que las garantías de los trabajadores no se vean desdibujadas, no se haya materializado aún. Entretanto, no basta con manifestar si el modelo colombiano de teletrabajo desarrollado durante la pandemia se ajusta o no a lo estipulado en la Ley 1221 (2008) y demás disposiciones, sino también reflexionar si dichos preceptos normativos son convenientes con la realidad cambiante de un país que, en tiempos de pandemia, se encuentra inmerso en un contexto social complejo.

Finalmente, en el marco de la pandemia se ha evidenciado que, a pesar de los esfuerzos de empresas, entidades y organizaciones por mantener óptimos ritmos de productividad, haciendo uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC), la incorporación del teletrabajo aún es incipiente debido no sólo a las implicaciones en materia legal, económica, tecnológica y logística, sino también a los nuevos paradigmas del mercado laboral. Todo esto parece confirmar la necesidad de adoptar cuerpos normativos cada vez más próximos al conglomerado social y a las dinámicas existentes. Es decir, la misma naturaleza de las relaciones laborales precisa la generación de estudios y debates que se centren en los presupuestos sociales, económicos y culturales.

## **6. Reflexiones finales**

Con base en las ideas recogidas y analizadas anteriormente, se ha podido evidenciar la existencia de una problemática en el campo de aplicación del teletrabajo en Colombia en tiempos de pandemia: la equiparación de la figura del teletrabajo con la del trabajo en casa. El interés por resaltar esta situación emana precisamente de las dinámicas actuales, en las que muchos empleadores han establecido con sus trabajadores, la implementación del teletrabajo, no obstante, la coyuntura actual ha sido instrumentalizada en el incumplimiento de las obligaciones que los primeros, en virtud del contrato de teletrabajo. Esto se convierte en un asunto apremiante en la medida de que el trabajo en casa no contiene los elementos, formalidades y requisitos previstos en la Ley 1221 (2008) y demás disposiciones normativas que regulan la temática.

Por otro lado, esta investigación permitió abordar asuntos de marcada relevancia para la ciencia jurídica, tales como el desarrollo histórico y doctrinal de las formas típicas y atípicas de empleo; la conceptualización de la globalización y la tercerización laboral; el surgimiento y evolución del teletrabajo; el desarrollo normativo y doctrinal del teletrabajo en América Latina; la regulación del teletrabajo en Colombia a partir de la normatividad vigente, así como sus particularidades, características, tipología y formalidades; la precaria situación actual en la que se implementa el teletrabajo en el ámbito nacional; los retos apremiantes y vicisitudes dentro del mercado laboral; la figura del trabajo en casa y sus diferencias frente al teletrabajo y los desafíos que se deben atender en la promulgación del decreto reglamentario del trabajo en casa.

En lo referente a las dificultades, se destaca el hecho de que existen aspectos que hasta hace muy poco no habían sido atendidos desde la labor del legislador colombiano, tales como la figura del trabajo en casa y las garantías para su implementación. Ahora bien, dado que estos temas son aún incipientes desde el punto de vista normativo y doctrinal, al momento de realizar esta investigación se encontraron limitantes en cuanto a las fuentes

de información, ya que la mayoría de las disponibles analizan las temáticas propuestas desde un enfoque, según el cual, no hay una delimitación conceptual entre el trabajo en casa y el teletrabajo. En ese sentido, se produce una confusión entre las modalidades del teletrabajo contempladas en la ley. Por otra parte, se evidenció la carencia de estadísticas que permitieran, desde el punto de vista regional, analizar ciertas variables como lo son el número de personas bajo la modalidad de trabajo en casa durante la pandemia y empresas que implementan esta figura en medio del panorama expuesto.

De la misma manera, tras el análisis de los resultados encontrados en esta investigación, parece pertinente anotar que, en medio de la crisis sanitaria, económica, ecológica y social, los costos psicosociales se reflejan en el aumento de la ansiedad, el miedo e incluso el pánico colectivo. Por ello, se enfatiza en lo indispensable que resulta para las empresas y el Gobierno Nacional, contar con asesoría profesional durante esta época de teletrabajo y políticas de prevención, ya que de lo contrario se agravarán los efectos negativos en la salud pública. Sea a modo de ejemplo, problemáticas perentorias como la infoxicación. En ese orden de ideas, esta investigación se decanta por establecer que, uno de los puntos álgidos dentro de la ciencia jurídica, ha de ser la creación de espacios desde la academia que tengan importantes incidencias en el ámbito de un debate que, en estos tiempos, cobra mucha fuerza: el derecho a la desconexión digital.

En relación con ello, se pretende que esta investigación funja como una fuente clave a la hora de elaborar propuestas desde la ciencia jurídica, en el ámbito de la implementación de la Ley 2088 (2021) y la reforma a la Ley 1221 (2008), atendiendo al análisis que en este documento se desarrolla. En conexión con lo anterior, se busca que este trabajo se convierta en la piedra angular de una línea de investigación, la cual resulte pertinente e idónea para futuras investigaciones. Es decir, se persigue que a partir de este análisis puedan elaborarse estudios en el marco del abordaje doctrinal y académico de los asuntos aquí expuestos, no sólo en el ámbito nacional colombiano, sino además, en la esfera internacional, optando por perspectivas, tales como el enfoque de género dentro del teletrabajo; el panorama de las personas en condiciones de discapacidad; la situación de las madres gestantes y lactantes; las brechas digitales en el mercado laboral; la infoexclusión y la infoinclusión y, por último, el contexto de las asociaciones sindicales.

Lo anterior autoriza a concluir que el modelo de teletrabajo implementado en Colombia durante la pandemia ha ocasionado que ciertas brechas laborales se agraven. Esto se hace posible debido a los bajos niveles de escolaridad presentes en ciertos sectores del país y la carencia de determinadas competencias en el manejo de los recursos digitales. Por lo anterior, en el marco de la emergencia que se vive en Colombia y en todo el globo, es necesario imponer límites claros para evitar el abuso de poder en las relaciones

laborales. Sentado esto, se propone, además, el diseño y promoción de políticas o medidas en pro de mejorar la problemática de inserción al mercado laboral y, más a profundidad, un replanteamiento que verse, entre otros aspectos, en capacitación idónea en el manejo de las TIC, incentivo a la responsabilidad social empresarial y generación de espacios para la inclusión social.

### Referencias

- Ander-Egg, E. (1995). *Técnicas de Investigación Social* (24.<sup>a</sup> ed.). Editorial Lumen.
- Bell, D. (2000). *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Editorial Taurus.
- Caamaño Rojo, E. (2005). Las transformaciones del trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico. *Revista de Derecho*, 18(1), 25-53.
- Circular 0018. (2020, 10 de marzo). Ministerio de Salud y Protección Social, Ministerio del Trabajo, Departamento Administrativo de la función Pública. <https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/616038/Circular-externa-0018-2020-acciones-contencion-coronavirus.pdf/92ccd0b4-c825-8eeb-a29c-89956d17c80b?t=1583870658660>
- Circular 0021. (2020, 17 de marzo). Ministerio del Trabajo. <https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/0/Circular+0021.pdf/8049a852-e8b0-b5e7-05d3-8da3943c0879?t=1584464523596>
- Circular 041 de 2020. (2020, 2 de junio). Ministerio del Trabajo. <https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/60876961/Circular+0041-2020.PDF/98d19065-352d-33d2-978e-9e9069374144?t=1591222484807>
- D'Antona, M. (1998). Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità? *Riv.giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 49(2), 311-331.
- De la Garza Toledo, E., y Neffa, J. (2010). Modelos económicos, modelos productivos y estrategias de ganancias: conceptos y problematización. En *Trabajo y modelos productivos en América Latina. Argentina, Brasil, Colombia, México y Venezuela luego de la crisis del modelo neoliberal*. CLACSO.
- Decreto 0884. Por medio del cual se reglamenta la Ley 1221 de 2008 y se dictan otras disposiciones. (2012, 30 de abril). Ministerio del Trabajo. <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2012/Documents/Abril/30/dec088430042012.pdf>

- Decreto 1072. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo. (2015, 26 de mayo). Ministerio del Trabajo. [http://normograma.sena.edu.co/normograma/docs/decreto\\_1072\\_2015.htm](http://normograma.sena.edu.co/normograma/docs/decreto_1072_2015.htm)
- Diazgranados Quimbaya, C. (2018). Precisiones conceptuales e implementación práctica del teletrabajo. En L. A. Diazgranados Quimbaya, y E. A. Perafán del Campo (Eds), *Derecho Laboral en Colombia* (pp. 71-93). Universidad Católica de Colombia. [https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/23056/1/derecho-laboral-en-colombia\\_Cap03.pdf](https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/23056/1/derecho-laboral-en-colombia_Cap03.pdf)
- El Teletrabajo se consolida en Colombia con más de 122.200 trabajadores remotos. (2018). Teletrabajo. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia. <https://www.teletrabajo.gov.co/622/w3-article-75998.html#:~:text=Colombia%20tiene%20hoy%20122.278%20teletrabajadores,venido%20consolid%C3%A1ndose%20en%20el%20pa%C3%ADs.>
- Estudio de trabajo remoto: Prácticas laborales virtuales implementadas por las empresas en Colombia. (2020). Acrip Nacional. <https://www.acripnacional.org/wp-content/uploads/2020/07/ESTUDIO-TRABAJO-REMOTO-nuevo-ACRIP-NACIONAL.pdf>
- García, E., Gil, J. y Rodríguez, G. (1996). *Metodología de la investigación cualitativa*. Ediciones Aljibe.
- Granda, F. y Smolje, A. (1997). Outsourcing: herramientas para el análisis económico y estratégico. *Costos y Gestión*, (25), 1359-1370. <https://www.intercostos.org/documentos/temas/19-4-PARTE1A.pdf>
- Grawitz, M. (1984). *Métodos y técnicas de las ciencias sociales*. Editia mexicana.
- Held, D. (2007). ¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política. En *La globalización y el orden jurídico. Reflexiones contextuales* (pp. 69-85). Universidad Externado de Colombia.
- Herrera, J., Valdés, G., Jaramillo. I. y Arias, A. (2009). *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Discusiones y debates*. Editorial Universidad del Rosario.
- Iturralde Durán, C. A., y Duque Romero, L. E. (2021). Precarización del teletrabajo en Ecuador en contexto de covid-19: variables de análisis desde el enfoque marxista. Chakiñan, *Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, (14), 146–162. <http://chakinan.unach.edu.ec/index.php/chakinan/article/view/503>
- Ley 100. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. (1993, 23 de diciembre). Congreso de la República de

- Colombia. *Diario Oficial*, N. 41.148. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0100\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html)
- Ley 1010. Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo. (2006, 23 de enero). Congreso de la República de Colombia. *Diario Oficial*, N. 46.160. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1010\\_2006.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1010_2006.html)
- Ley 1221. Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones. (2008, 16 de julio). Congreso de la República de Colombia. *Diario Oficial*, N. 47.052. [https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3703\\_documento.pdf](https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3703_documento.pdf)
- Ley 2088. Por la cual se regula el trabajo en casa y se dictan otras disposiciones. (2021, 12 de mayo). Congreso de la República de Colombia. *Diario Oficial*, N. 51.672 [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_2088\\_2021.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2088_2021.html)
- Munévar Quintero, C. (2014). *La investigación socio-jurídica en nuevos objetos de regulación: desafíos metodológicos de alcance interdisciplinar en el estudio del derecho ambiental*. IV Encuentro Latinoamericano de Metodología de las Ciencias Sociales, 27 al 29 de agosto de 2014, Heredia, Costa Rica. La investigación social ante desafíos transnacionales: procesos globales, problemáticas emergentes y perspectivas de integración regional. Centro Interdisciplinario de Metodología de las Ciencias Sociales. [https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab\\_eventos/ev.8304/ev.8304.pdf](https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.8304/ev.8304.pdf)
- Organización Internacional del Trabajo. (2020a). *El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella. Guía práctica* (1.ª ed). [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_758007.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_758007.pdf)
- Organización Internacional del Trabajo. (2020b). *Panorama laboral 2020 América Latina y el Caribe* (1.ª ed.). [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_764630.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_764630.pdf)
- Teletrabajo y trabajo en casa ¿cuál es la diferencia? (2020, junio 15). *Portafolio*. <https://www.portafolio.co/economia/empleo/teletrabajo-y-trabajo-en-casa-cual-es-la-diferencia-541759>
- Racciatti, O. (s. f.). *Riesgo, Flexibilización Laboral, Transformaciones y Derecho Laboral*. Instituto del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.
- Rodríguez Garreta, J. (2020). *Compendio teórico práctico de derecho del trabajo*. Ediciones Doctrina y Ley.

- Sentencia T-254/2016. (2016, 17 de mayo). Corte Constitucional. Luis Guillermo Guerrero Pérez M.P <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-254-16.htm>
- Teletrabajo y riesgos laborales. (s.f). <https://teletrabajo.gov.co/622/w3-article-4501.html#:~:text=Los%20teletrabajadores%2C%20al%20igual%20que,Social%20Integral%2C%20incluyendo%20riesgos%20laborales.&text=Asegurar%20que%20el%20teletrabajador%20realice%20el%20Autoreporte%20de%20Condiciones%20de%20>
- Valencia Catunta, A. (2018). Aspectos regulatorios del teletrabajo en el Perú: análisis y perspectivas. *Revista IUS*, 12(41), 203-226. Recuperado en 26 de febrero de 2021, de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472018000100203&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472018000100203&lng=es&tlng=es).
- Valero-Pacheco, I. C., & Riaño-Casallas, M. I. (2020). Teletrabajo: Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo en Colombia. *Archivos De Prevención De Riesgos Laborales*, 23(1), 22-33. <https://doi.org/10.12961/apr.2020.23.01.03>
- Vicente, M.T.; Torres, J.I.; Torres, A.; Ramírez, M.V.; Capdevila, L. El teletrabajo en salud laboral: Aspectos médico-legales y laborales. *Revista CES Derecho*, Vol. 9, No. 2, julio- diciembre 2018, 287-297

# CONDUCCIÓN EN ESTADO DE EBRIEDAD. FACTORES QUE INFLUYEN EN SU REALIZACIÓN Y LA INEFICACIA DISUASORIA DEL TIPO PENAL EN LIMA NORTE ENTRE EL 2015 Y 2020

*Andrea Alarcón Lopez\**

*Universidad Católica Sedes Sapientiae*

2018100221@ucss.pe

*Valeria Bejarano Cuadrao\*\**

*Universidad Católica Sedes Sapientiae*

2018100778@ucss.pe

*Juan Castilla Zuñiga\*\*\**

*Universidad Católica Sedes Sapientiae*

2018200048@ucss.pe

*Álvaro Lujan Zuñiga\*\*\*\**

*Universidad Católica Sedes Sapientiae*

2018200382@ucss.pe

*Yosselin Valladares Cosme\*\*\*\*\**

*Universidad Católica Sedes Sapientiae*

2019101124@ucss.pe

*Moisés N. Paz Panduro\*\*\*\*\**

*Universidad Católica Sedes Sapientiae*

mpaz@ucss.edu.pe

---

\* Alumna del Octavo Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Sedes Sapientiae (UCSS). Integrante de la Asociación Derecho y Realidad - Ius Et Re, conformada por alumnos de la Facultad de Derecho UCSS. Integrante del Círculo de Estudios de Derecho Penal de la Facultad de Derecho UCSS.

\*\* Alumna del Octavo Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Sedes Sapientiae (UCSS). Integrante de la Asociación Derecho y Realidad - Ius Et Re, conformada por alumnos de la Facultad de Derecho UCSS. Integrante del Círculo de Estudios de Derecho Penal de la Facultad de Derecho UCSS.

**Resumen:** El presente trabajo aborda una investigación dogmática y estadística del delito de conducción en estado de ebriedad en Lima Norte desde el año 2015 al 2020. La investigación versará sobre la ineficacia preventiva de la comisión habitual y reiterante de este tipo penal.

**Palabras clave:** Delito de conducción en estado de ebriedad, peligro abstracto, adelanto de las barreras de punibilidad, principio de oportunidad, vehículo motorizado, influencia alcohólica, delito pluriofensivo.

## **DRUNK DRIVING. FACTORS THAT INFLUENCE IT'S IMPLEMENTATION AND THE DETERRENT INEFFECTIVENESS OF THE CRIMINAL TYPE IN NORTH LIMA BETWEEN 2015 AND 2020**

**Abstract:** The present work addresses a dogmatic and statistical investigation of the crime of drunk driving in North Lima from 2015 to 2020. The investigation will focus on the preventive ineffectiveness of the habitual and repetitive commission of this criminal type.

**Keywords:** Drunk driving offense, abstract danger, advancement of punishable barriers, principle of opportunity, motorized vehicle, alcoholic influence, multi-offensive crime

### **1. Introducción**

En la actualidad, a pesar de la distinta información proporcionada a través de campañas de concientización en materia de educación vial, los accidentes de tránsito causados por conductores en estado de ebriedad no han dejado de ser una cifra en aumento. También se ha incrementado proporcionalmente la creación de sanciones administrativas o penales, como el delito de conducción en estado de ebriedad, que atenta contra el bien jurídico seguridad pública. A través de la redacción del presente artículo, se

---

\*\*\* Alumno del Séptimo Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Sedes Sapientiae (UCSS). Integrante de la Asociación Derecho y Realidad - Ius Et Re, conformada por alumnos de la Facultad de Derecho UCSS. Integrante del Círculo de Estudios de Derecho Penal de la Facultad de Derecho UCSS.

\*\*\*\* Alumno del Séptimo Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Sedes Sapientiae (UCSS). Integrante de la Asociación Derecho y Realidad - Ius Et Re, conformada por alumnos de la Facultad de Derecho UCSS. Integrante del Círculo de Estudios de Derecho Penal de la Facultad de Derecho UCSS.

\*\*\*\*\* Alumna del Sexto Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Sedes Sapientiae (UCSS). Integrante del Círculo de Estudios de Derecho Penal de la Facultad de Derecho UCSS.

\*\*\*\*\* Coordinador del Área de Derecho Público y Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la UCSS. Profesor Asociado en la Academia de la Magistratura (UCSS). Profesor en el Centro de Altos Estudios en Justicia Militar (CAEJM). Profesor en pre y post grado a nivel nacional. Jefe del Área Penal en el Estudio Paz Panduro Asesores & Consultores.

abordará la problemática del delito de conducción en estado de ebriedad. Sobre la base de aquel análisis será posible determinar los supuestos de hecho, consecuencias y posibles soluciones para este grave problema que aqueja a la sociedad.

## 2. Nociones acerca de conducción en estado de ebriedad

### 2.1. Definición de conducción en estado de ebriedad conforme al Art. 274 C.P.

La conducción en estado de ebriedad representa un riesgo para la comunidad. A consecuencia de ello, dicha problemática ha sido abordada dentro de distintas regulaciones pertenecientes al ordenamiento jurídico nacional. De este modo -y como ejemplo de ello-, el Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Tránsito establece que “Está prohibido conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas, estimulantes o disolventes y de cualquier otro elemento que reduzca la capacidad de reacción y buen manejo del conductor” (2018, Art. 88).

Por otro lado, la descripción típica del mencionado comportamiento se encuentra regulada además dentro del capítulo I -perteneciente al título XII- del Código Penal peruano, en donde se clasifica como un delito de peligro común. De esta forma, resulta adecuado realizar la siguiente precisión con respecto a dicho concepto:

Puede definirse como aquellos en los que no se requiere que la conducta del agente haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar [el *peligro* es un concepto de naturaleza normativa en cuanto a que su objetivo de referencia es un bien jurídico, aunque su fundamento —además de normativo— también se basa en una regla de experiencia o de frecuente que es, a su vez, sintetizada en un tipo legal], sea cuando se quiere realmente la posibilidad de lesión —*peligro concreto*— o cuando según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el objeto protegido —*peligro abstracto*—. (Acuerdo Plenario N°6-2006/CJ-116, 2006, fundamento 9)

En cuanto a la descripción legal -del presente código-, se ha establecido mediante el artículo 274° que:

El que encontrándose en estado de ebriedad con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor a 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, conduce, opera o maniobra un vehículo motorizado será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas e inhabilitación, conforme al artículo 36° inciso 7.<sup>1</sup>

Cuando el agente presta servicios de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general, encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción superior de 0.25 gramos-litro o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de libertad será no menor de uno ni mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas e inhabilitación conforme al artículo 36°, inciso 7.

Dentro de los aspectos relevantes, y necesarios de precisar en el delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad o drogadicción, se encuentra el bien jurídico protegido. Según Peña Cabrera (2010), no existe una definición categórica del bien jurídico afectado. Contrario a ello, se ha establecido que posee carácter pluriofensivo, pues:

En el seno de la doctrina penalista se puede distinguir 3 posiciones: a) en primer lugar, los autores que consideran que se protege directamente la vida, integridad física y la salud de las personas que participan en el tráfico viario (tesis individualista); b) en segundo lugar, los que, contrariamente, sostienen que se protege la seguridad en el tráfico diario en sí misma, esto es, de forma autónoma con respecto a los bienes jurídicos penales vida, integridad física y salud (posición colectivista o automatista); y c) por último, los autores que, a modo de solución intermedia, defienden que se protege la seguridad en el tráfico rodado, pero no como un interés en sí mismo, sino como un instrumento para tutelar la vida, integridad física y salud de las personas que participan en este concreto ámbito. (p. 531)

Con respecto a la tipicidad objetiva, se ha establecido dentro del vigente Código Penal que el sujeto activo puede ser cualquier persona natural, pues no se realiza mención

---

<sup>1</sup> Artículo 36° Código Penal: Inhabilitación.

7. Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo.

alguna sobre la autorización que debe poseer el individuo para conducir el vehículo motorizado (Peña Cabrera, 2010). En cuanto al sujeto pasivo, el mismo autor menciona que “lo es la sociedad, por cuanto este tipo no prevé lesión alguna de bien específico y concreto” (2010, p. 537).

Resulta importante resaltar la delimitación en torno a la tipicidad subjetiva (Peña Cabrera, 2010). La forma dolosa se presenta como la **única forma de comisión del comportamiento de conducir en estado de ebriedad**, esto pues:

Solo permite la comisión dolosa, que debe abarcar tanto el conocimiento por el autor del hecho de conducir tras haber ingerido las sustancias legalmente relacionadas y de la influencia negativa de las mismas sobre la conducción, como voluntad de actuar en esas condiciones; como sostuvimos en acápite precedentes, el factor subjetivo (de contenido normativo), no ha de ser verificado al momento de la comisión del hecho punible, sino desde un momento *ex -ante*, cuando el autor se predetermina a ingerir alcohol, sabiendo que ha de conducir un vehículo automotor, de manera que su organismo debe estar desprovisto de toda sustancia que pueda afectar sus poderes de control y de dominabilidad. Al retrotraer el examen del tipo subjetivo del injusto, adoptamos la teoría del *actio libera in causa*, cumplimentando con el análisis del juicio de reproche personal, contenido líneas atrás (pp. 550-551).

Por último, al tratarse de un delito de peligro abstracto y de mera actividad, su consumación se llevará a cabo al conducir el vehículo en estado de ebriedad, lo cual se determinará según la cantidad de gramos de alcohol por litro de sangre o sustancias psicotrópicas determinadas en la normativa.

## **2.2. Definición de conducción en estado de ebriedad conforme a la doctrina**

El delito de conducción en estado de ebriedad en la doctrina tiene un sentido único, ya que este tipo se configura de una manera diferente a los de peligro concreto. Conforme a la ley, posee doble sanción: la administrativa y la penal. Ello sucede porque es sancionable con multas y suspensión de la tarjeta de conducir (sanciones administrativas impuestas por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones) y con penas privativas de la libertad, además con pago de reparación civil sea que el accionar típico del sujeto activo causó

daño material o físico (sanciones penales impuestas por el Ministerio Público, artículo 274 del C.P en concurso con otros tipos penales) o sea que no ocasionó daño alguno.

En la doctrina peruana, según Caro Coria (1997, citado en Taboada, 2019) se establece que el conducir en estado de ebriedad posee una naturaleza doble, es una falta administrativa y por lo tanto, la sanción debe ser impuesta por la administración competente; sin embargo, esta debe abstenerse en los casos en que la acción suponga un delito, Así, cuando la acción del agente activo pueda ser encuadrada en el Artículo 274 del Código Penal. De ser este el caso, la administración no deberá continuar con la investigación o con la sanción, porque tiene la obligación de informar y trasladar los actuados al Ministerio Público para que esta entidad se encargue de las investigaciones y sanciones penales (cabe recalcar que dentro del proceso penal también se determinan las sanciones administrativas y civiles, tales como suspensión del permiso de conducir, pago de reparación civil, etc.). En este sentido, queda claramente establecido que la competencia del Ministerio Público prima por sobre la entidad administrativa, de acuerdo al Artículo 159, inciso 5, de la Constitución Política del Perú de 1993, en donde se determina y reconoce el principio acusatorio y al encargado del ejercicio de la acción penal. Por lo que, en el primer momento, de la acción típica, materia de este trabajo de investigación, se deberá evaluar si es de naturaleza penal o administrativa (Taboada, 2019. p.172).

La conducción en estado de ebriedad para la doctrina penal es un acto que puede ser peligroso para la seguridad pública, porque conducir bajo los efectos del alcohol es el primer paso para concretar un delito mayor como por ejemplo lesiones graves, homicidio, daño patrimonial, etc. Es por ello que el tipo se encuentra en el Título XII del Código Penal, dentro de los delitos contra la seguridad pública. El tipo penal es de peligro abstracto, es decir, busca prevenir un delito mayor como consecuencia de la conducción bajo los efectos del alcohol, es así que se justifica la sanción penal de la conducta.

Como se sabe, el tráfico rodado es una actividad de riesgo, que tiene lugar en el ámbito del desarrollo cotidiano en espacios de afluencia de personas y siempre supone un peligro. Es por este motivo que, la conducción de vehículos de transporte posee límites como parte del riesgo permitido asumido por la sociedad como necesario para desarrollar las actividades esenciales de la vida; sin embargo, este riesgo permitido se incrementa cuando una persona manipula un auto u otra máquina de transporte bajo los efectos del alcohol, ya que esta substancia entorpece las actividades motrices del cuerpo, la lucidez mental, la coordinación cuerpo-mente y la capacidad de respuesta a estímulos externos. Es por estas razones que el Derecho Penal en su labor preventiva del delito sanciona la acción de conducir bajo los efectos del alcohol.

De acuerdo a este punto, Asmat (2019) refiere que:

Estos delitos se caracterizan porque los bienes protegidos no se mencionan en absoluto en el tipo, sino que constituyen sólo el motivo para la creación del precepto penal. No se exige que el órgano jurisdiccional haga una comprobación del peligro, lo que si es necesario al tratarse de los delitos de peligro concreto. Este peligro abstracto se entiende como un peligro demostrado por estadísticas, esto es, se trata de un peligro presente en la generalidad de los supuestos a pesar de que llegase a faltar en el caso específico. Esto significa que, en tanto la exigencia del peligro no se menciona de modo expreso en el texto legal, los delitos de peligro abstracto reconocen, una presunción iuris et de iure lo que implica que la responsabilidad penal viene estimada en la descripción típica que del hecho hace la norma sin que se exija al órgano jurisdiccional la comprobación de, si en la situación concreta, existió el peligro. (p. 32)

En conclusión, el delito de conducción en estado de ebriedad es de peligro abstracto y se configura cuando el agente conduce maquinaria de transporte de personas o insumos comerciales en la vía pública, entendiendo como el lugar por donde circula el tráfico rodado y las personas. De esta manera, el delito es pluriofensivo al momento de concretarse el peligro que se pretende prevenir con la sanción del estado anterior al delito concreto (como consecuencia de conducir bajo los efectos del alcohol se puede llegar a cometer homicidios, lesiones leves o graves, daño patrimonial, etc.). Así, el Derecho Penal no espera que el peligro se configure, sino que lo evita o trata de evitarlo.

### **2.3. Definición de conducción en estado de ebriedad conforme a la jurisprudencia**

En la jurisprudencia nacional, el delito de conducción en estado de ebriedad se distingue en dos modalidades: la primera, cuando el agente activo no desarrolla servicio de transporte de pasajeros y la segunda, cuando sí los desarrolla; sin embargo, debe notarse que la diferencia no se encuentra en la acción típica, sino en la actividad que desarrolla; puesto que una persona que brinda el servicio a la sociedad, transportando personas mediante un vehículo automotor, tiene la responsabilidad y el deber del cuidado de todos los pasajeros y, de todas las personas que circulan en la vía pública. Por ello podemos decir que el conductor prestador de servicios de transporte tiene mayor responsabilidad que una persona que conduce su vehículo personal.

Por ejemplo, el Expediente 000175-2017-0/Dos de Mayo, expedido por la Corte Superior de Justicia de Huánuco -Sala de Apelaciones- desarrolla de manera jurisprudencial el delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción en el distintivo de prestación de servicio de transporte público, en donde manifiesta que, para la configuración concreta exige:

Conducir o maniobrar un vehículo motorizado, bajo los efectos de alcohol o de drogas. Al ser un tipo de peligro abstracto, no requiere la presencia del peligro material, y menos aún un resultado lesivo; la mera conducción sobre el límite legal permitido de alcohol en la sangre configura la tipicidad positiva. Su forma agravada es igualmente regulada en el segundo párrafo del artículo 274° del Código Penal, al establecer que: «Cuando el agente presta servicios de transporte público de pasajeros encontrándose en estado de ebriedad (...), la pena privativa de libertad será no menor de uno ni mayor de tres años (...)». La consumación en este caso, se producirá cuando el sujeto activo, bajo la influencia de bebidas alcohólicas conduce un vehículo de transporte público prestando servicios efectivos en esas condiciones. Es doloso entonces porque el agente decide prestar el servicio público conociendo que ha ingerido alcohol y que puede superar el límite cuantitativo permitido. (p. 5)

Es por ello como decíamos que, desde la jurisprudencia, el delito materia de investigación se distingue de dos formas: si el agente es prestador de servicios de transporte público y si no lo es. Esta diferenciación repercute en la condena, en la determinación de la intensión como dolosa (tipicidad subjetiva); toda vez que no hay posibilidad de que sea culposa por la intencionalidad a priori al acto en sí mismo. Así, el agente sabe que está bajo los efectos del alcohol y aun así decide manipular un vehículo automotor aun cuando sabe que esto puede causar daño a la sociedad y a las personas que están bajo su cuidado. El elemento doloso de su acto, naturalmente, repercute en la condena que se le impondrá.

La Sala de Apelaciones de Huánuco en el Expediente 000175-2017-0/Dos de Mayo, consideró que, para probar la comisión del delito es necesario probar los siguientes hechos: el vehículo en donde se intervino al sujeto era utilizado para el servicio de transporte público, si el imputado se disponía a desarrollar dicho servicio, si lo estuvo haciendo o si lo hizo con anterioridad antes de ser intervenido por la autoridad competente y, de ser el caso, si en el Acta de Intervención Policial figura haberse encontrado botellas de bebidas alcohólicas o recipiente que contenga dicho líquido, así también que la documentación incautada (permiso de conducir, autorizaciones, permisos de ruta, licencias adicionales, etc.) permita presumir la actividad de transporte público. En caso contrario, si no existe la

mínima corroboración de estos elementos mencionados, solo se configuraría el delito de conducción en estado de ebriedad en su forma simple (pp.5-6).

Por otro lado, en el Expediente 0582-2016-2-1826-JR-PE-04 de la Corte Superior de Justicia de Lima, Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Lima Especializado en Procesos Inmediatos (NCP) se desarrolla un proceso inmediato cuya materia es el delito materia de análisis. El proceso inmediato, en palabras sencillas, es un proceso especial que se caracteriza por la celeridad y economía procesal. Es así que, la Sala desarrolla el siguiente encuadramiento del hecho con el delito:

(...) Se estima necesario someter los hechos imputados al acusado al estricto rigor jurídico que embarga la estructura funcional (realización de la tipicidad objetiva y subjetiva), así debemos verificar si los hechos atribuidos a su persona, representa la conducta típica de conducción de vehículo en estado de ebriedad, dentro de la teoría del delito, ya que debido a *la función de garantía* que deben cumplir los tipos penales, como consecuencia del *principio de legalidad*, se tiene que solo los comportamientos que pueden subsumirse en la descripción típica pueden ser objeto de sanción penal. En el presente caso la conducta incriminada materia a acusación se encuentra subsumida en el tipo penal antes mencionado, toda vez que el acusado el día veinticinco de noviembre del 2015 a las 22:03 horas aproximadamente, fue intervenido cuando conducía el vehículo de placa de rodaje C8U-331, en estado de ebriedad y al ser sometido al Dosaje etílico arrojó un resultado de 1.83 g/l de alcohol en la sangre; cargos que han sido aceptados por el acusado, asistido por su abogado defensor; y, al no haberse determinado algún supuesto de justificación o exculpación, su conducta merece ser objeto de reproche penal. (p. 4-5)

Como se puede apreciar, la tipificación del hecho ahora no indica que el imputado prestaba servicios de transporte público porque al momento de la intervención no se encontraron los elementos desarrollados en párrafos precedentes.

Por último, como jurisprudencia relevante para la investigación, tenemos la Casación N° 103- 2017/Junín, en su décimo cuarto fundamento desarrolla el concepto del delito investigado:

El delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, tipificado en el artículo 274 del Código Penal, está configurado como un delito de peligro abstracto en el que no es necesario demostrar, en el caso concreto, el peligro efectivo para la seguridad del tráfico, cuyo contenido está conformado por

aquellos principios que garantizan la seguridad en la conducción de los vehículos motorizados: principios de confianza, conducción reglamentada y seguridad [El legislador adelanta las barreras punitivas para establecer un mayor ámbito de protección para el bien jurídico, cuando las formas imprudentes no alcanzan a proteger ese ámbito que el legislador estima necesario tutelar ]. Esto es así, pues la razón para incriminar dicha conducta es el peligro que genera para la seguridad del tráfico público. De esta manera, estamos ante un delito de peligro abstracto donde la mera conducción en estado de ebriedad acarrea, sin más, la comisión del hecho punible. En otras palabras, el delito de conducción en estado de ebriedad se consuma por el solo hecho de conducir en esas circunstancias: una vez que se verifica que la influencia alcohólica en el conductor, se deberá aplicar el precepto bajo análisis. (p. 10)

Así también, la Casación N° 103- 2017/Junín, en su décimo cuarto fundamento establece para los ofendidos de este delito, diferenciando sociedad y la víctima de la acción:

En la historia de la persecución penal hay dos personajes que se disputan la calidad de ofendido: la Sociedad y la víctima (persona individual o jurídica) que ven dañados o puestos en peligro sus intereses y sus derechos. Son muchos más, en cambio, los que se atribuyen la condición de víctima. Unos y otros buscan, en todo caso, el castigo del culpable —autor del delito—, y también pretenden la tutela social y el resarcimiento del daño que han sufrido. Entre los elementos que caracterizan al delito se hallan la identidad del agresor y la del agredido, que entran en colisión personal, por el ataque que aquél emprende, ante el enfrentamiento que los compromete, por la malicia que alguno utiliza para obtener determinada ventaja. Es decir, pueden ser ofendidos, y lo son de iure y de facto, la Sociedad, que se ve agraviada o amenazada por el hecho punible, el individuo —o los individuos— y la persona colectiva —o las personas colectivas—, que miran dañados o puestos en peligro sus intereses y sus derechos.” (p. 11)

Por ello, se puede apreciar que, dentro de la doctrina y la jurisprudencia, el delito de conducción en estado de ebriedad tiene características concretas que se deben probar para su configuración penal. Asimismo, el Derecho Penal en su labor preventiva busca disuadir a las personas de conducir vehículos motorizados bajo los efectos del alcohol, por ello tipifica este hecho como delito para prevenir los daños mayores que se podrían

ocasionar como consecuencia del acto ya desarrollado, lo que convierte a este delito uno de peligro abstracto, doloso y pluriofensivo (la sociedad y la víctima directa).

### **3. Análisis del tipo de conducción en estado de ebriedad conforme a la Teoría del Delito**

#### **3.1. Sobre el Comportamiento de acción u omisión**

Como sabemos, el delito se realiza a través de una conducta humana y, para que ello suceda, debe existir un comportamiento o hecho. La diferencia en estos conceptos de hecho y comportamiento es que la conducta es la mera acción u omisión, mientras que el hecho, además de esta acción u omisión, contempla que debe causar un resultado material existiendo un nexo causal entre este último y el hecho en ese sentido. Si el delito es de mera actividad debe hablarse de conducta y cuando el delito es de resultado material nos referimos al hecho. Asimismo, es importante saber en qué consisten los conceptos de acción y omisión para entender cómo se configura un delito, la acción simplemente es el movimiento corporal, es decir, requiere que exista una actividad voluntaria. Es importante resaltar ello, ya que este movimiento debe ser causado conscientemente y la omisión es lo contrario a la acción, es una inactividad del hacer en donde existe un deber jurídico: De esta forma, estamos frente a la obligación de actuar de cierta manera y no se hace, entonces existe una omisión.

Luis Miguel Bramont-Arias Torres (2008) recoge información de diversas doctrinas de acuerdo a la *teoría de la pena*, la cual nos dice que la acción, desde el área penal, se demuestra por el actuar, pues da como resultado un cambio o alteración en la realidad, ya que está proyectado a la afectación de un bien jurídico penalmente protegido. La acción es la base común de toda conducta punible, activa o pasiva, dolosa o culposa y, según la teoría finalista, el actuar o la acción humana es el ejercicio de la actividad final, por lo que no solo deberíamos enfocarnos en la causalidad sino también respaldar la teoría finalista, por cuanto esta concluye que la actividad final en su actuar está orientada de manera consciente desde el inicio hasta el fin. Así, cabe destacar también que, la acción cumple una función meramente negativa, que permite apartar aquellas conductas que no son relevantes en material penal. Hablamos sobre los supuestos de ausencia de acción, que se presentan cuando estas acciones no forman parte de la voluntad como por ejemplo: los actos reflejos, la fuerza física irresistible y el estado de inconsciencia.

Además de ello, la doctrina clasifica las clases del delito en delitos de resultado y los delitos de mera actividad. En el primer punto se exige además del comportamiento, la afectación al bien jurídico y, de esta manera la sanción se presenta no sólo como un delito consumado, sino también a través de la tentativa, ello porque proviene de un delito imperfecto, ya que se exige la existencia de una relación de causalidad en la afectación o daño al bien jurídico y la conducta del sujeto. Los delitos de mera actividad no requieren un resultado, se consuman con el despliegue de la misma conducta, por lo que no se requiere una afectación al bien jurídico protegido, como el caso materia de análisis.

Ahora bien, partiendo de estos conceptos, centraremos nuestro objetivo de investigación en los contextos y normativas jurídicas de nuestro país en relación a la conducción en estado de ebriedad (tema al que cualquier ciudadano de a pie ha tenido cuando menos una mínima referencia) y, también abarca parte de un análisis jurídico penal en el artículo 274 del Código Penal, tipificado como el delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción. Este es un delito de **mera actividad que, en párrafos anteriores lo hemos evaluado y estudiado**, no requiere un resultado, ya que la sola acción consuma el delito y solo basta con el simple hecho objetivo de conducir en estado de ebriedad para que la conducta sea considerada típicamente antijurídica y culpable.

Peña (2010) realiza un análisis de los supuestos típicos de acuerdo con la normatividad del artículo 274 del Código Penal haciendo referencia a la “conducta prohibida” conformada por elementos necesarios para determinar el delito, la operatividad o maniobra de un vehículo motorizado, la conducción, instrumento, herramienta, máquina u otro. Dado los supuestos de la norma, se entiende que, por operatividad por conducción, o maniobra a toda acción que consiste en manipular o manejar, los mecanismos de la dirección de un vehículo motorizado desplazándolo en el espacio.

Con ello se demostraría la necesidad de la conducción que exhorta la puesta en marcha del objeto de riesgo. Por esta razón, Peña Cabrera, asume que, necesariamente la acción de conducir tiene un cierto efecto temporal.

De acuerdo con los elementos de la acción en el Artículo 274 del Código Penal, la causa recae en el mismo sujeto que conduce el vehículo, encontrándose en ese momento con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos litro.

Podemos destacar que son varios los indicadores que conforman la conducta típica: La conducción en este caso es aquella en la que recae la sanción de quien lo hace y que esa conducción esté referida a la de un vehículo motorizado indicado a la referencia prevista en la norma sub examine como pena privativa de libertad, la privación de la licencia de conducir y, la inhabilitación. La ingestión de sustancias alcohólicas que genere un grado

de intoxicación etílico, que suceda en entorno público, podríamos decir que son las causas principales por las que repercute en el resultado típico del delito sub examine, además de la influencia de la ingestión (alcohol) en el organismo del conductor (proporcional), tal y como se señala en el Artículo 274 del Código Penal, si una persona conduce una unidad vehicular con un nivel de alcohol superior al establecido por la norma jurídica: 0.5 gramos por litro, si se trata de conductores particulares y 0.25 gramos por litro en el caso de conductores de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general.

### **3.2. Sobre la tipicidad de la conducta**

Bramont-Arias Torres, Luis Alberto señala que, la tipicidad es la adecuación de un hecho que se produce en la realidad en la norma jurídico penal. De ello se puede comprender que la tipicidad es la subsunción del hecho o de la conducta que se presenta en la vida real para así subsumirse o encuadrarse en el tipo penal de forma precisa (Manual de Derecho Penal. Parte Especial, 2002).

Es preciso reiterar conforme se destacó anteriormente que, el delito de conducción en estado de ebriedad es un delito de peligro abstracto, el cual haremos mención en las próximas líneas.

Los delitos se pueden clasificar en delitos de lesión o en delitos de peligro concreto o delitos de peligro abstracto. En el primer caso, son aquellos en los que se exige un resultado lesivo al bien jurídico protegido, en los otros la exigencia del peligro viene contenida en el propio tipo penal, como elemento que configura este. En los tipos de delitos de peligro concreto se hace imprescindible una comprobación de la situación peligrosa por parte del órgano jurisdiccional. Es decir, el juez debe comprobar que existió el peligro objetivo y real de afectación al bien jurídico protegido en el tipo penal. Se debe visualizar y cumplir con todos los presupuestos requeridos para adecuar y calificar la conducta de hecho como un delito.

El tipo estudiado, es un delito de peligro abstracto o de mera actividad, que se caracteriza porque se castiga el comportamiento del sujeto sin que lesione el bien jurídico protegido, que en este caso sería la seguridad pública. La exigencia de un peligro inminente no se expresa de manera taxativa en la norma legal, sino que este tipo de delito solo toma una presunción, que implica que la responsabilidad se estima en la descripción propia del hecho que el tipo penal fija.

Empezamos el análisis de los puntos que integran la tipificación del delito, tales como el bien jurídico, sujeto activo y pasivo, además del comportamiento típico.

### 3.2.1. *Bien jurídico*

Dentro del área penal, se distingue y se precisa cuál es el bien jurídico protegido del delito de peligro abstracto de conducir en estado de ebriedad y, como se pudo desarrollar en párrafos precedentes algunos académicos del derecho penal discernen entre el bien jurídico peligro de seguridad de tráfico rodado y el bien jurídico peligro entre los ciudadanos, personas, que intervienen en ellos.

Asmat (2019) señala:

La conducción estado de ebriedad sería un delito pluriofensivo de peligro en el que la acción peligrosa se proyecta, simultáneamente sobre dos bienes jurídicos tutelados, pero de manera diferente. (...) La presencia del bien jurídico colectivo —seguridad del tráfico— posee un sentido anticipatorio para la protección de los bienes jurídicos individuales -vida, integridad corporal y patrimonio (p. 33).

El bien jurídico que protege el tipo penal de conducción en estado de ebriedad fue debatido por la doctrina, toda vez que no se distinguía entre el bien jurídico colectivo de seguridad del tráfico o un interés personalísimo; sin embargo, fue resuelto a través de una Casación de la Corte Suprema de Justicia (Segunda Sala Penal Transitoria), en la Casación N° 103-2017/Junín en el fundamento décimo quinto menciona que:

El codificador de 1991 incorporó al catálogo de delitos, aquellas conductas que atentan contra el bien jurídico “Seguridad Pública”, si bien los tipos penales comprendidos en este Título ofenden directamente un bien jurídico de naturaleza colectiva —esto es, el bienestar de toda una población—, éstos también se dirigen a tutelar indirectamente los bienes jurídicos personalísimos, en concreto, la vida, el cuerpo y la salud de la persona de forma individual. (p. 10)

Con esta precisión queda aclarado cuál es el bien jurídico que protege el tipo penal de conducción en estado de ebriedad: Seguridad Pública de la Sociedad, el mismo que es objeto de nuestra investigación.

### 3.2.2. *Sujeto activo*

El sujeto activo, como en todos los delitos comunes, se interpreta de la misma manera, es decir, se presenta con la misma locución pronominal “El que” y, se menciona a la persona que realiza el tipo penal.

El delito de conducción en estado de ebriedad, sigue el estilo gramatical de los delitos comunes. En este sentido, siendo una descripción general, no hay interrogante respecto de que el delito puede ser cometido por un varón o una mujer o por cualquier persona natural.

### 3.2.3. *Sujeto pasivo*

Es muy recurrente que en los diferentes tipos penales se mencione al sujeto pasivo de una manera textual, en otros casos, en delitos especiales, se menciona si es un varón, mujer o un integrante de la familia, para que de esta manera se cumpla el tipo penal. En el caso del tipo de conducción en estado de ebriedad, la Casación 103-2017/Junín en su fundamento décimo noveno menciona que:

En los delitos contra la Seguridad Pública, el sujeto pasivo, también llamado víctima u ofendido, es el que resulta directa o inmediatamente perjudicado por el delito o el que soporta las consecuencias del mismo; en el delito bajo análisis, el sujeto pasivo es la Sociedad así como todos y cada uno de sus habitantes, ya que la conducción de un vehículo motorizado en estado de ebriedad o drogadicción, los afecta en su seguridad, en el tránsito; tanto en el desplazamiento vehicular como el peatonal y el de pasajeros. (p. 11)

Es muy clara la afirmación que se hace en uno de los fundamentos de la Casación sub examine, en la cual se explica que el sujeto pasivo en el delito es la Sociedad y esta se representara a través del Ministerio Público para ejercer la acción penal.

### 3.2.4. *Comportamiento*

El comportamiento se adecua a lo que textualmente expresa el tipo penal del artículo 274 del vigente Código Penal.

El Expediente N° 00175-2017/Huánuco, de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, establece en sus fundamentos jurídicos cuatro y quinto:

Que el tipo penal de Conducción de Vehículo en Estado de Ebriedad o Drogadicción, exige para su configuración, de una conducta consistente en conducir o maniobrar un vehículo motorizado, bajo los efectos de alcohol o de

drogas. Al ser un tipo de peligro abstracto, no se requiere la presencia del peligro material, y menos aún un resultado lesivo. (p. 5)

En consecuencia, siendo un delito abstracto se sanciona la mera realización de la conducta, sin la consecuencia de lesión a nadie. Solo se debe verificar la influencia excesiva del alcohol permitido y que conduzca el vehículo.

### **3.3. Sobre la antijuricidad de la conducta**

Luego de haber evaluado los elementos objetivos y subjetivos en la tipicidad, nos enfocaremos en examinar la antijuricidad del comportamiento del sujeto activo, ante el delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción.

Debido a que no toda conducta típica es considerada un ilícito penal porque pueden existir causas que justifiquen el comportamiento típico, por ausencia de imputación objetiva, entre otros, por ello debemos analizar siempre de acuerdo con las circunstancias que acontecieron en el caso concreto.

En el sentido mencionado anteriormente, Peña (2010) diferencia la tipicidad de la antijuricidad concluyendo que:

(...) la categoría de la tipicidad penal informa ámbitos de lesividad social, mientras que la antijuricidad penal, supone incidir en un plano de valoración, en cuanto diversas variables contenidas en el ordenamiento jurídico, en lo que respecta a esferas permisivas de conducta típica. (p. 317)

En tal sentido, la antijuricidad está conformada por la antijuricidad formal que es la conducta contraria al Derecho y la antijuricidad material, en la que nos hallaremos cuando analizamos si presenta causas de justificación o no el comportamiento. En el presente tipo no se advierte usualmente alguna conducta con la concurrencia de la norma permisiva que autorice la realización del acto en principio prohibido por el derecho penal; ello porque lo injusto se define como un acto lesivo de bienes jurídicos desaprobados jurídicamente, o valorados negativamente. Debe considerarse que existen casos excepcionales, pero completamente probables en su realización, cuando una persona deba manejar con una cantidad de alcohol en la sangre mayor al límite establecido por Ley para evitar con ello ser víctima de un delito de robo agravado, hurto agravado, secuestro u otra conducta típica semejante. En estos casos será imprescindible y sumamente necesario que se

acredite de alguna manera objetiva que se encontraba realmente en esta situación previa a la conducción en estado de ebriedad.

De esta manera, el análisis de la Antijuricidad -en los delitos de conducción en estado de ebriedad y drogadicción- corresponde determinar si la conducta es contraria al ordenamiento jurídico, o en caso concurre alguna causa de justificación de las previstas y sancionadas en el artículo 20 del Código Penal; sin embargo, en el 95% de casos, al ser un delito de peligro, el simple hecho de la conducción en ese estado ya constituye la adecuación a la descripción del tipo penal.

Ahora bien, lo anteriormente indicado se halla gobernado por un elemento del tipo de naturaleza descriptiva que es el “estado de ebriedad”. Por ello, hemos querido separar los parámetros de puesta en riesgo de los bienes individuales de este elemento, puesto que, si se ejecuta estos actos encontrándose en estado de inconciencia, tampoco se producirá delito alguno, aunque sí una falta administrativa.

No existe en nuestro ordenamiento un delito de conducción temeraria como en el caso español, donde pueden reconducirse actos que, aun sin ser realizados luego del consumo de bebidas alcohólicas, colocan en riesgo concreto la vida y la salud. En nuestro ordenamiento, es preciso que el comportamiento se realice por el estado de ebriedad para ser considerado antijurídico. Por este motivo no estemos de acuerdo con Morillas Fernández (2005), quien considera que:

(...) estos delitos deben ser interpretados en clave de peligro concreto, propone que sea la influencia del alcohol el criterio para determinar si el bien se ha colocado en un riesgo tangible o no, pues ello es sólo el presupuesto para que pueda observarse; además, con ello pareciera acercarse más a la tesis de la peligrosidad de la conducta que al resultado de peligro y por lo tanto su contradicción a lo que el derecho tutela en este caso. (p. 190)

### **3.4. Sobre la culpabilidad en la conducta**

La culpabilidad es la cuarta categoría de la teoría del delito. A través de ella se evalúa si los actos que se realizan en la realidad constituyen un delito, porque el agente se pudo motivar por la norma, si era imputable penalmente y otros sub elementos que la componen.

Diversos juristas nacionales han desarrollado el concepto de culpabilidad. Luis Miguel Bramont-Arias Torres (2002) señala que:

La culpabilidad consiste en un juicio de valor concreto. No analiza al hombre en abstracto, desligado de toda realidad, sino frente a un hombre en concreto. De ahí la importancia de la tipicidad y la antijuridicidad, que determinan objetiva, subjetiva y normativamente ese hecho del cual responden. (p. 359)

El análisis de la acción del hombre en concreto, respondiendo a su acción que ya ha sido comprobada típica y antijurídica. En este sentido, García (2003) señala que:

La culpabilidad no puede constituir una categoría desligada del injusto, pues toda imputación establece necesariamente una vinculación entre hecho y autor. (...) en la culpabilidad solo debe tenerse en cuenta los aspectos que permiten la imputación personal, es decir, la posibilidad de atribuir a una persona el rol sobre el que se ha realizado provisionalmente la imputación del hecho. Por esta razón para poder precisar los aspectos que se agrupan en la culpabilidad se requiere dejar en claro previamente que entendemos por imputación personal. (p. 652)

Es necesario para establecer la imputabilidad haber comprobado los elementos de la teoría del delito, para que se pueda coincidir el supuesto de hecho con la consecuencia jurídica que establece el tipo penal.

#### 3.4.1. *El estado de ebriedad absoluta como exclusión de imputabilidad*

Dentro de la culpabilidad existen causas de exclusión para eximir de toda responsabilidad a la persona que ha cometido el presunto delito. Se analizará necesariamente en estos casos los presupuestos que establece la doctrina para poder declararlo realmente culpable o responsable penalmente.

Rimarachín (2018) menciona en su tesis que:

La culpabilidad analiza las condiciones que debe reunir el autor de una conducta para que pueda atribuírsele el carácter de culpable. La culpabilidad no es intrínseca a la persona, sino una cualidad que se le reprocha jurídicamente a alguien en relación con el hecho ilícito realizado que es objeto de la responsabilidad penal. (p. 67)

Existe en nuestra legislación nacional causas que eximen de la responsabilidad penal, con las que se resuelve declarar no responsable o no culpable al investigado. Estas

causas se encuentran establecidas expresamente en diversos incisos del Artículo 20 del Código Penal. En el Artículo 20.1 del Código Penal se afirma que:

Está exento de responsabilidad penal:

El que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión. (...)

Es decir, solo a la persona se le puede atribuir responsabilidad si tiene la capacidad de poder entender y discernir que su actuar es antijurídico y posteriormente delictuoso. Actuar no respetando las reglas, sino actuando en contra de ellas.

En este punto se puede llegar a una problemática, ya que si la persona que conduce tiene un nivel alto de alcohol llegaría a la embriaguez y ello constituiría una causa de exclusión de imputabilidad, en consecuencia, no se forma el delito.

Según Clauss Roxin (1997), la embriaguez se encuentra ubicada como una causa de inimputabilidad, es decir establece que, en dicho estado, la mayoría de las veces la capacidad de inhibición está excluida antes que la capacidad de comprensión; sin embargo, en los delitos contra la integridad física y contra la vida, ni siquiera “cantidades considerables de alcohol” son capaces normalmente de eliminar la capacidad de inhibición de la persona sana.

En consecuencia, el tipo penal que establece que será sancionado el que maneje en estado de ebriedad puede llegar a una causa de exclusión cuando el sujeto activo tenga el grado de embriaguez letárgica, puesto que no estaría en todas sus facultades mentales y por ende sería inimputable.

#### **4. El tipo penal de conducción en estado de ebriedad en Lima Norte, ¿tiene eficacia preventiva?**

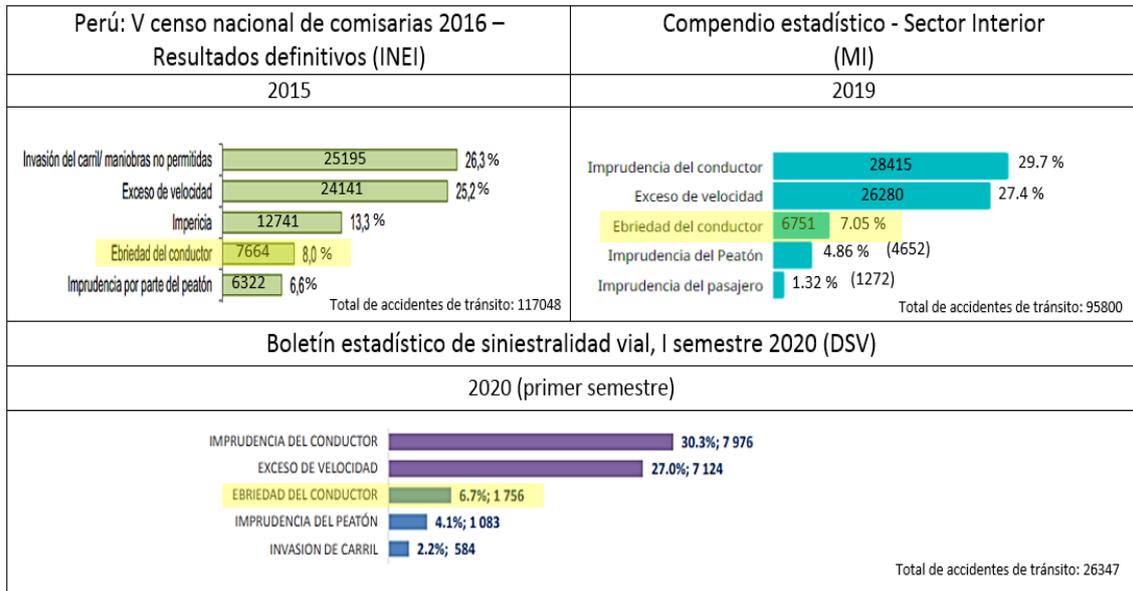
Las normas penales del Estado peruano, como en cualquier otro Estado constitucional de derecho, obedecen a la exigencia político criminal que se haya implementado. En este sentido, sus formulaciones o promulgaciones se encuentran estrechamente relacionadas con la protección de los derechos humanos, así como se describe en los Artículos 1 y 44 de la Constitución Política del Perú de 1993, el Estado prioriza, principalmente, garantiza la protección de la dignidad humana de sus ciudadanos, y por consiguiente, sus derechos fundamentales. Asimismo, en este último artículo se menciona la protección

a la seguridad ciudadana, lo cual hace alusión clara a la obligación que tiene el Estado para elaborar normas que prevengan conductas antisociales. Por consiguiente, después de analizar por qué se desarrolló el tipo penal de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, podemos entender que en la realidad muchos ciudadanos imprudentes no toman la debida importancia a estas normas preventivas, y cometen el delito teniendo conocimiento de las sanciones administrativas o penales que esta acarrea.

A partir de lo expuesto anteriormente, analizaremos el tipo penal de conducción en estado de ebriedad (art. 274, Código Penal), con el propósito de estudiar su eficacia preventiva.

Empezaremos, evaluando las estadísticas a nivel nacional de las causas de accidentes de tránsito. Tomaremos como fuentes los boletines, censos y compendios del Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI), Ministerio del Interior (MININTER) y Ministerio de Transporte comunicaciones (MTC).

A continuación, se puede apreciar en la Figura 1 la información de los principales factores de accidentes de tránsito a nivel nacional

**Figura 1<sup>2</sup>***Principales factores de accidentes de tránsito a nivel nacional*

Adaptado de “Perú: V censo nacional de comisarias 2016 – Resultados definitivos”, por Instituto Nacional de estadísticas e informática, 2017; “Compendio Estadístico – Sector interior 2019”, por Ministerio del interior, 2020; “Boletín estadístico de siniestralidad vial, I semestre 2020”, por Dirección de seguridad vial (DSV), Ministerio de Transportes y Comunicaciones, 2021.

En la primera parte de la Figura 1, las estadísticas del INEI, que contienen datos del año 2015, consideran que las causas más frecuentes que provocan accidentes de tránsito son: la invasión de carril o maniobras no permitidas, exceso de velocidad, impericia, la ebriedad del conductor y la imprudencia del peatón. En aquel año se tuvo un total de víctimas de accidentes de tránsito, de 117,048 personas; sin embargo, en el segundo recuadro estadístico del Ministerio del Interior, las cifras de accidentados son más bajas, con un número de 95,800 víctimas de accidentes de tránsito en el 2019, asimismo, prevalecen los factores de imprudencia del conductor con un 29,7%, exceso de velocidad con un 27,4% y ebriedad del conductor con un 7,05%. Finalmente, el tercer cuadro, que

<sup>2</sup> 1. Adaptado de “Perú: V censo nacional de comisarias 2016 – Resultados definitivos” por el Instituto Nacional de estadísticas e informática (INEI), 2017([https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1461/libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1461/libro.pdf))

2. Adaptado de “Compendio Estadístico – Sector interior 2019” por el Ministerio del interior (MI), 2020 (<https://www.gob.pe/institucion/mininter/informes-publicaciones/1335023-compendio-estadistico-sector-interior-2019>)

3. Adaptado de “Boletín estadístico de siniestralidad vial, I semestre 2020” por la Dirección de seguridad vial (DSV), Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), 2021 (<https://www.onsv.gob.pe/boletin-estadistico-de-siniestralidad-vial-2/>)

señala los porcentajes del primer semestre del año 2020, las mismas causas continúan en sus posiciones con un 30.3%, 27,0% y 6,7%, correlativamente con su posición.

El tercer o cuarto factor que produce más accidentes de tránsito en el Perú, es el estado de ebriedad del conductor, ello, según las estadísticas. En el 2015 cobró el 8,0% de las víctimas totales de tal año y que, a comparación del año 2019, su posición ascendió ocupando el tercer factor letal, con un porcentaje de víctimas del 7,05% y, en el primer semestre del año 2020 continuó en ese rango con un 6,7% de las víctimas. Considerando estos porcentajes, podemos decir que, aunque exista una norma que extiende las barreras de punibilidad, a fin de prevenir daños a la seguridad pública y a la integridad y salud de los ciudadanos, esta norma penal no previene el comportamiento de mayor incidencia en los comportamientos típicos de tráfico rodado. La política criminal del Estado debería prever ello, pero, lamentablemente no toma acción alguna.

Habiendo culminado el análisis de las estadísticas a nivel nacional, pasaremos a estudiar específicamente la zona de Lima Norte, objetivo principal de nuestra investigación. Con ese propósito, se llevó a cabo encuestas a transeúntes, policías y conductores.

#### 4.1. Encuestas realizadas a policías

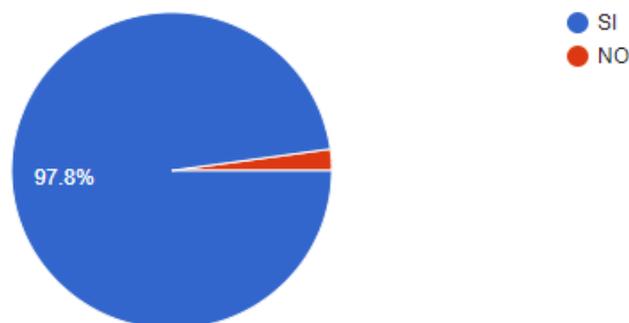
A continuación, observaremos las estadísticas y preguntas de las encuestas realizadas a los efectivos policiales de Independencia (Lima Norte).

##### Figura 2

##### *Perspectiva de los policías sobre la conducción en estado de ebriedad*

Conforme a vuestra experiencia policial, usted considera que ¿conducir en estado de ebriedad es una de las principales causas de accidentes de tránsito en el país?

46 respuestas

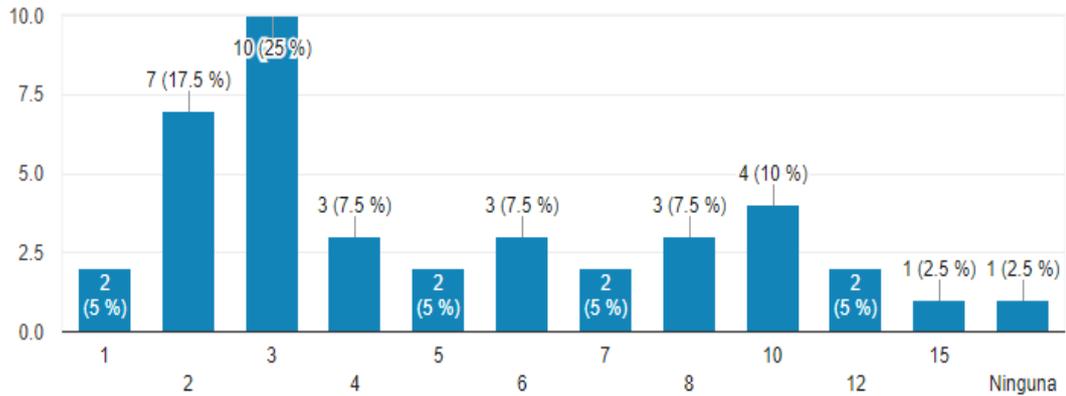


**Figura 3***Detención de conductores en el transcurso de una semana*

¿Aproximadamente en cuántas diligencias detuvo a un conductor en estado de ebriedad y a conductores bajo la influencia de alcohol? indique el número de personas aproximado en una semana.



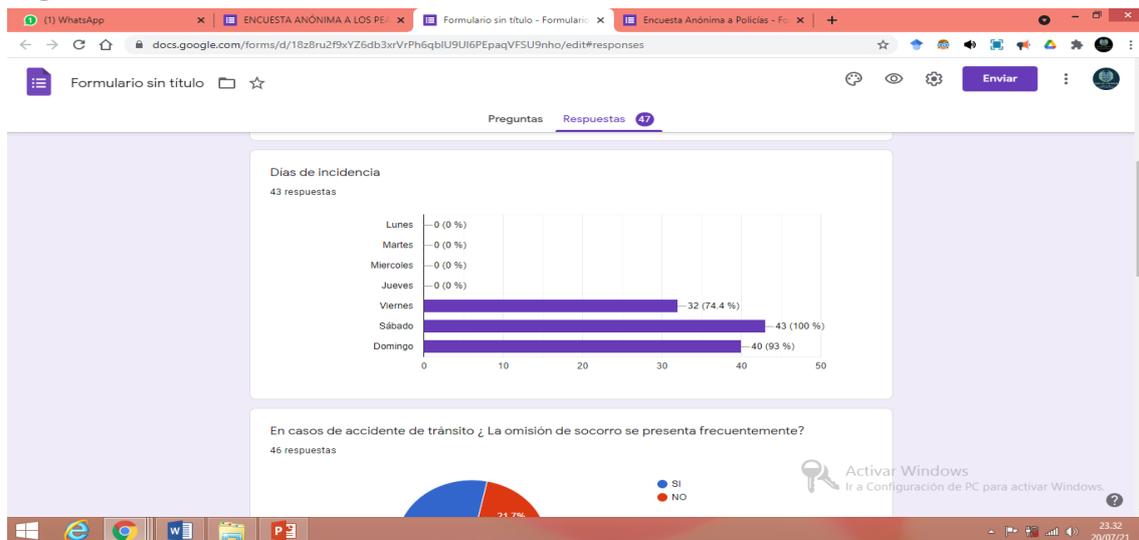
40 respuestas



En la Figura 2, el 97,8% de las respuestas refleja la perspectiva de los efectivos policiales y, recordando la anterior Figura 1, es justamente, uno de los principales problemas que afectan a la seguridad de tránsito.

En la Figura 3 se detalla la cantidad de conductores que cada policía intervino por conducir en estas circunstancias. El número de personas detenidas por conducir en estado de ebriedad o bajo la influencia de alcohol es, con mayor incidencia (en un 25%), 3 personas detenidas por semana, según las respuestas de los policías del distrito de Independencia. A partir de esta misma Figura, apreciamos el menor y el mayor número de detenciones por semana, en un rango cerrado de 1 a 15 personas detenidas.

**Figura 4**



Los días de la semana con más detenciones por conducción en estado de ebriedad o bajo la influencia de alcohol en la sangre

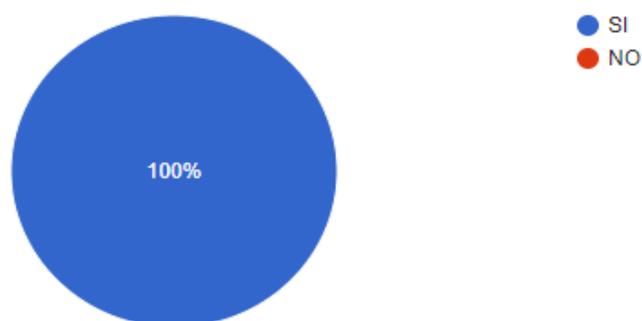
Como se puede apreciar en la Figura 4, los días con mayores detenciones son los días viernes, sábados y domingos. No obstante, el día sábado es el que más resalta con un porcentaje del 100 % de detenciones. Sucede algo similar con los días festivos, tal como puede apreciarse en la Figura 5.

**Figura 5**

*Detención de conductores en estado de ebriedad o bajo la influencia de alcohol se incrementa en días festivos*

¿Considera usted que la detención de conductores en estado de ebriedad o bajo la influencia de alcohol se incrementan en días festivos?

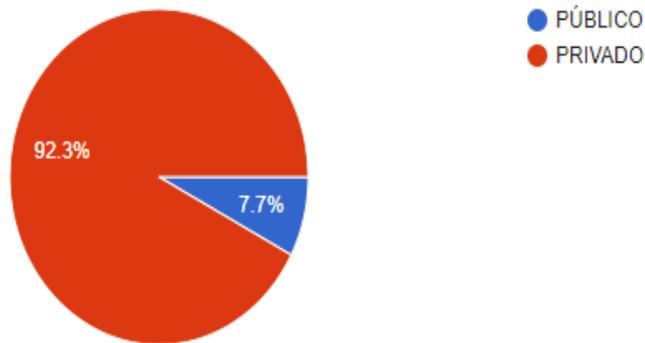
46 respuestas



**Figura 6**

Según vuestra experiencia ¿Qué tipo de conductores ( de transporte publico y privado) son detenidos con más frecuencia por encontrarse en estado o bajo la influencia de alcohol?

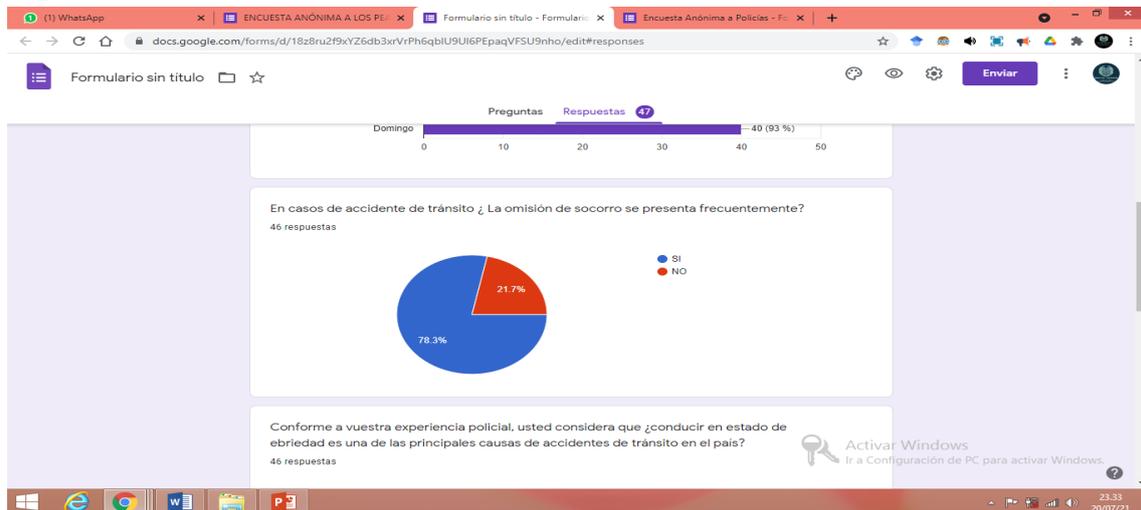
26 respuestas



*Detención a conductores en estado de ebriedad o bajo la influencia de alcohol de transporte público o privado*

De la Figura 6, podemos destacar que, el 92,3% de las respuestas de los policías de Independencia coinciden con la detención de los conductores de vehículos privados por su imprudencia al manejar en estado de ebriedad o bajo la influencia de alcohol.

**Figura 7**



*Frecuencia de la omisión de socorro en casos de accidentes de tránsito*

La frecuencia de la omisión de socorro, según la Figura 7, evidencia que, en el 78,3% de los casos, a opinión de los policías de tránsito, la mayoría de conductores de Lima Norte abandona a la víctima luego de haberla atropellado.

Finalmente, luego de analizar y recabar información a través las figuras anteriores, podemos concluir, conforme a la realidad sobre la eficacia preventiva del tipo penal de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, que la eficacia es más teórica que práctica, puesto que los ciudadanos aún no son conscientes de los daños que pueden causarse o causar a terceros. Por el contrario, continúan conduciendo luego de haber ingerido alcohol o luego de ponerse en estado de ebriedad. Además, constatamos que, esta no es la principal causa de la producción de los accidentes de tránsito en el país.

#### **4.2. La efectividad del principio de oportunidad para la descarga procesal de Lima Norte**

El principio de oportunidad es adoptado por la ley procesal penal y luego analizado por la doctrina. Debemos mencionar que, la denominación no es la más adecuada para ello, puesto que no se habla de un principio como tal por parte del Ministerio Público, sino de una facultad que se le otorga al titular del ejercicio de la acción penal, es decir, para que el fiscal se abstenga de continuar con los procesos en determinados casos en los que la Ley procesal así lo permite.

En esa misma línea, existen juristas que no denominan a la oportunidad como principio, sino como “criterio de oportunidad”, ya que el director de la acción penal utiliza su criterio, conforme lo señala la ley, para escoger la opción de ejercer la acción penal o no. Es facultativo y está en su disponibilidad y decisión en los casos que le lleguen a su despacho fiscal. Tal facultad del Ministerio Público encuentra su basamento en el principio de discrecionalidad o disponibilidad de la acción penal.

Una parte de la doctrina menciona que, el criterio o principio de oportunidad es de opción rápida y fácil para dar solución a un caso en el que una persona contraviene el orden legal.

Burgos señala que existen teorías que se relacionan con el principio de oportunidad que se sumerge dentro de las investigaciones. Explicaremos brevemente parte de ellas:

- a) Abstención del ejercicio de la acción penal: Es una mención importante, puesto que por este medio el fiscal, encargado del caso, puede usar este mecanismo para cerrar el caso y archivarlo antes de que se inicie un proceso penal. De esta forma se abstiene, se contiene, de no realizar investigaciones

y renunciar básicamente a lo que debía hacer o accionar. Como lo menciona Juárez, renuncia a promover etapa preliminar y preparatoria.

- b) Consentimiento de la persona imputada: Es importante este punto, debido a que el imputado debe reconocer y confirmar los hechos que se le imputa en la investigación. Es un acto que se realiza frente al fiscal. Con ello, el imputado demuestra su conformidad y su deseo de cambiar el proceso común por uno de oportunidad.
- c) Reparación civil: Burgos cita a Muñoz quien menciona que la reparación Civil es una institución de naturaleza civil integrada al proceso penal cuya finalidad es reponer los intereses o derechos vulnerados por acción criminal del autor o partícipe del delito.

Luego de exponer de una manera didáctica y entendible lo referido a las teorías que se relacionan con el principio de oportunidad, es preciso mencionar que todo el procedimiento legal del principio mencionado se encuentra regulado en el Código Procesal Penal 2004 y en normatividad del Ministerio Público que, se encuentra vigente en todos los distritos fiscales del Perú.

El acuerdo en el principio de oportunidad es un acto consensual entre las partes involucradas, con la necesidad de la reparación de los daños, si se ha ocasionado y/o causado por el delito. Finalmente, el imputado debe mostrar su consentimiento para adaptarse al proceso de oportunidad. Se trata de un proceso eficaz y rápido, siempre y cuando se aplique en los procesos que no afecte de manera grave los bienes jurídicos y el interés social.

#### 4.2.1 *Descarga procesal*

Como hemos señalado anteriormente, el principio de oportunidad es un mecanismo procesal que permite y da la facultad al fiscal para poder culminar un proceso siendo ellos una única instancia.

Este proceso ha permitido que dentro de las fiscalías, para las que el Código Procesal Penal 2004 está vigente, exista una gran descarga procesal, puesto que los casos que se tramitan sobre la conducción en estado de ebriedad son aproximadamente 3,000 (tres mil) dentro del despacho fiscal.

Para mencionar y afirmar lo señalado previamente, se pudo conversar con un fiscal de la Fiscalía Especializada en Tránsito del Distrito Fiscal de Lima Norte. Ante la pregunta de cuántos casos más o menos en los cuales el procesado colabora, obtiene el principio de oportunidad o acepta este principio el fiscal respondió que, hasta fines del 2018 solo

había dos fiscalías o dos despachos de tránsito y cada uno con una carga de 3,000 casos en trámite sumados a los que van ingresando. En junio del año 2019 se han incluido otros despachos más y en total son ahora seis fiscales de tránsito. De esta manera, cada despacho fiscal lleva una carga aproximada de 900 casos. Además, se afirma que desde el año 2018 y 2019 son cerca de 600 casos que se ha llevado según el principio oportunidad.

De igual forma, el titular del ejercicio de la acción penal mencionó que el principio de oportunidad beneficia y ayuda con la carga procesal, porque si no se acoge a este principio se daría la iniciación de un proceso. Se llega entre 40 o 50 casos a la semana. Es por este motivo que ayuda a la descarga procesal. Por este motivo, se sugiere a los fiscales de todo el país que se pueda promover la aplicación del principio de oportunidad, siempre y cuando no se haya afectado de manera grave los bienes jurídicos, siendo cuidadosos de los intereses del Estado que ellos defienden en el país.

Finalmente, este fomento del principio de oportunidad debe realizarse por parte de los abogados de la defensa que puedan buscar el conceso y generar espacios que promuevan la aplicación del principio de oportunidad para llegar al objetivo de ser una fiscalía célere y eficaz de forma paralela a la solicitud del fiscal para su realización. Con ello se evitaría alargar procesos judiciales y disminuiría la carga procesal.

## 5. Conclusiones

- a) Los accidentes de tránsito de forma general no son producidos en mayor intensidad por conductores en estado de ebriedad o drogadicción.
- b) Los accidentes de tránsito que provocan daños, lesiones y muerte no son producidos en mayor intensidad por conductores en estado de ebriedad o drogadicción.
- c) Los conductores que atropellan en estado de ebriedad estadísticamente no suelen socorrer a los agraviados por su actuar, se dan a la fuga.
- d) Los conductores que atropellan en estado de ebriedad y no ocasionan otros delitos graves, deben acogerse al principio de oportunidad para evitar la sobrecarga procesal y para evitar dilaciones y para la economía procesal.
- e) Los fiscales no se encuentran en la obligación de arribar a un principio de oportunidad, es una facultad, pero es lo más recomendable atendiendo a la cantidad de casos de este tipo.
- f) Se requiere de forma inmediata que el Estado genere o elabore una política criminal sobre este comportamiento delictivo, a fin que disminuyan las consecuencias negativas que producen en la sociedad.

## Referencias

- Asmat, E. (2019). *El delito de Conducción en estado de Ebriedad* [Tesis de bachiller, Universidad Peruana de las Américas]. Repositorio Institucional Universidad Peruana de las Américas. <http://repositorio.ulasamericas.edu.pe/handle/upa/861>
- Bramont-Arias Torres, L. M. (2002). *Manual de derecho penal, parte general* (2.<sup>a</sup> ed.). EDDILI.
- Bramont-Arias Torres, L. A. (2008). *Manual de derecho penal, parte especial* (6.<sup>a</sup> ed.). EDDILI.
- Dirección de Seguridad Vial. (2021). *Boletín Estadístico de Siniestralidad Vial*. Observatorio Nacional de Seguridad Vial. <https://www.onsv.gob.pe/boletin-estadistico-de-siniestralidad-vial-2/>
- García Cavero, P. (2003). *Derecho económico. Parte general*. Editorial Osbac.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2017). *PERÚ: V CENSO NACIONAL DE COMISARÍAS 2016* (5.<sup>a</sup> ed.). Autor. [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1461/libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1461/libro.pdf)
- Morillas, L. (2021). La conducción de vehículos a motor bajo la influencia del alcohol. *Cuadernos de Política Criminal*, (87), 65–92. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1388694>
- Peña-Cabrera Freyre, A. (2010). *Derecho Penal. Parte Especial Tomo III* (3.<sup>a</sup> ed.). IDEMSA. <https://es.scribd.com/document/537629369/Derecho-Penal-Parte-Especial-Tomo-III-Alonso-Pena-Cabrera-Freyre>
- Peña-Cabrera Freyre, A. (2013). *Curso Elemental de Derecho Penal. Parte general* (4.<sup>a</sup> ed.). Legales.
- Corte Suprema de la República. (2006). Acuerdo Plenario N°6-2006/CJ-116-Lima. [https://derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20N6\\_2006.pdf](https://derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20N6_2006.pdf)
- Corte Suprema de la República. (2017). Casación N° 103-2017-Junín. [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/08/Casaci%C3%B3n-103-2017-Jun%C3%ADn-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/08/Casaci%C3%B3n-103-2017-Jun%C3%ADn-Legis.pe_.pdf)
- Corte superior de Justicia de Lima - CSJL (2016). Sentencia de vista contenida en la resolución número seis de fecha 17 de junio del 2016, emitida por la Cuarta Sala Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente N° 0582-2016- 2-1826-JR-PE-04, que resuelve aprobar un acuerdo de pena y reparación civil presentada por las partes (Ministerio Público, acusado

Percy Eduardo Valverde Alayo y su Defensa Técnica). <https://lpderecho.pe/sentencia-proceso-inmediato-conduccion-vehiculo-estado-ebriedad/>

Corte Superior de Justicia de Huánuco – CSJH (2018). Sentencia de vista contenida en la resolución número nueve de fecha 17 de enero del 2018, emitida por la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, en el expediente N° 00175-2017-0, que declara fundado nulo la Resolución N° 01, que contiene la Sentencia N° 48-2016, del diecinueve de octubre del dos mil dieciséis, Jueza Marín Sandoval. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/04/LP-Configuraci%C3%B3n-del-delito-de-conducci%C3%B3n-en-estado-de-ebriedad-de-veh%C3%ADculo-de-servicio-p%C3%BAblico-segundo-p%C3%A1rrafo-art.-274-CP.pdf>

Rimarachin, R. (2018). *La ebriedad absoluta como causa de exclusión de la culpabilidad* [Tesis de pregrado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. Repositorio Institucional Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. <https://tesis.usat.edu.pe/handle/20.500.12423/1076>

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General* (D. Luzón, M. Díaz y García, J. de Vicente, Trad.). Civitas. (Obra original publicada en 1994). [https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho\\_penal\\_-\\_parte\\_general\\_-\\_claus\\_roxin-LP.pdf](https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin-LP.pdf)

Superintendencia Nacional de Migraciones, Intendencia Nacional de Bomberos del Perú, & SUCAMEC. (2019). *Compendio estadístico, sector interior*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1437103/Compendio%20Estad%3%ADstico%20Sectorial%202019%20%2805%20nov%202020%29.pdf>

Taboada, G. (2019). Conducción de vehículo en estado de ebriedad y principio de *ne bis in idem*. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 121, 171–194.

# EL DERECHO COMUNICATIVO DE LAS PERSONAS SORDOCIEGAS EN EL PERÚ

*Manuel Bermúdez -Tapia\**  
*Universidad Privada San Juan Bautista*  
manuel.bermudez@upsjb.edu.pe

*Nuccia Seminario-Hurtado\*\**  
*Universidad Femenina del Sagrado Corazón*  
nuccia.seminarioh@unife.pe

**Resumen:** El presente artículo plantea evaluar el alcance que genera los medios de comunicación de las personas sordociegas en el Perú, el cual es reconocido a favor de este grupo vulnerable. En ese sentido, mediante un análisis legislativo y doctrinario presentamos las principales brechas y desafíos que enfrenta esta población, con la finalidad de brindar una concientización a la ciudadanía.

**Palabras clave:** Derechos Humanos, Derechos Fundamentales, Derechos Lingüísticos, Derecho a un intérprete, Derecho Comunicativo.

## THE COMMUNICATIVE RIGHT OF DEAF BLIND PEOPLE IN PERU

**Abstract:** This article proposes evaluating the reach generated by the media of deafblind people in Peru, which is recognized in favor of this vulnerable group. In this sense, through a legislative and doctrinal analysis, we present the main gaps and challenges that this population faces, in order to raise awareness among citizens.

---

\* Abogado. magíster en Derecho, doctorado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Profesor investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista. Profesor de la Facultad de Derecho y Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de la Universidad Católica de Colombia y de la Maestría en Investigación Jurídica en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez en México. investigador registrado en RENACYT PO140233, ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1576-9464>

\*\* Abogada. Magíster en Docencia Universitaria y Gestión Educativa. Maestranda en Defensa de los Derechos Humanos (México). Dominio de ocho idiomas, entre ellos, el manejo de la lengua de señas peruanas y el sistema braille. Articulista y conferencista internacional en materia de derechos lingüísticos y educación intercultural bilingüe, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1805-7780>

**Keywords:** Human Rights, Linguistic Rights, Right to an interpreter, Communication Law.

## 1. Introducción

El análisis de los derechos de las personas que forman parte de los grupos vulnerables o tiene una situación de vulnerabilidad, permite observar un marco de referencia que detalla la imperiosa necesidad de evaluar la *progresividad de derechos*. No hacerlo, en cambio, podría generar una condición negativa que perjudicaría la dignidad de una persona, así como también podría generar una condición que provoque contextos de exclusión de derechos en la comunidad.

Una limitada visión de tutela de derechos en una realidad compleja como la que se registra en la actualidad podría provocar un elemento que en el tiempo podría provocar una crisis social. Desembocaría en una condición de exclusión de derechos para algunas personas en beneficio de otro grupo de personas, todo en función a las condiciones que no fueron evaluadas en términos de igualdad y de diferenciación, puesto que no todas las personas responden a las mismas condiciones, características o referencias (Bermúdez-Tapia, 2020, p. 487).

Este es el caso particular que se registra en nuestro país, y en todo el mundo, respecto de las personas *sordociegas*. Condición limitativa relacionada a las capacidades de audición y/o de visión de una persona que puede responder a una serie de factores, desde los biológicos hasta las situaciones derivadas de un accidente. Una referencia que puede ser individual o conjunta, respecto de alguna condición de “limitación” entendida en términos comparativos con las condiciones que pudiera tener una persona sin estas características personales (Bermúdez-Tapia & Seminario, 2020, p. 86).

Por tanto, el factor de diferenciación responde a una condición ajena a la voluntad de las personas y sobre las cuales el Derecho, como patrón de referencia jurídico, que responde a las necesidades de la sociedad, debe contemplar para poder (re) definir el contenido de la dignidad de la persona. De ese modo, se podrá establecer un concepto de *igualdad* respecto del acceso a servicios públicos y accesibilidad a una serie de derechos, especialmente aquellos vinculados al ámbito de la justicia.

Consecuentemente, es posible detallar la imperiosa necesidad de establecer la tutela de derechos de aquellas personas que pueden tener una condición limitativa, según el parámetro de referencia general, respecto de todas las demás personas. Así, será posible evitar o generar una condición negativa que incida en una exclusión de derechos o que pueda limitar las actividades de las personas con alguna discapacidad.

Por ello, el *derecho comunitativo* de las personas sordociegas, sordas o ciegas, debe ser equivalente al de cualquier persona que procure establecer una condición de comunicación con otra persona o el Estado en un ámbito judicial. Este derecho se basa esencialmente en los principios del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, que garantiza que cualquier persona puede convertirse en un *sujeto procesal* sobre la cual la funcionalidad de su rol en el trámite de un proceso judicial se convierte en fundamental para garantizar su dignidad como sujeto de derechos. Un criterio que es reconocido en el ámbito del derecho convencional que determina el modo de aplicar la complementación de la legislación supranacional e internacional en el contexto nacional, porque solo de este modo es comprensible el alcance y aplicación del sistema normativo en un país (Aguilar et al, 2020, p. 169).

## **2. El antecedente referencial para la evaluación de los derechos de personas con alguna discapacidad**

Históricamente, las personas con alguna discapacidad física o mental tenían una condición negativa frente a los demás miembros de una comunidad, ya sea cuando se evaluaba sus capacidades y competencias en el ámbito legal o social. Inclusive en el ámbito nacional, las personas con algunas discapacidades tenían condiciones de *capacidad relativa* porque se consideraba que estas personas no podían participar socialmente en igualdad de condiciones frente a otras personas y, por ello, se establecía una condición de exclusión de derechos. Esto resultaba en una condición negativa para toda la familia, como si el elemento individual pudiera ser valorado en términos sociofamiliares.

Dicha condición se reevaluó con Hellen Keller, nacida en Alabama, Estados Unidos, en 1880. Tras enfermarse cuando era una recién nacida, adquirió la sordoceguera, en ese sentido, su vida estuvo marcada por una condición negativa, debido a los pocos especialistas y falta de sistemas comunicativos desarrollados.

Durante sus primeros años de vida, Keller aprendió el sistema comunicativo de la dactilología y el sistema braille, gracias a una instructora ciega parcialmente, Anne Sullivan. Progresivamente, superó todas las limitaciones que en la época existían y logró estudiar en el Radcliffe College, graduándose en 1904 con honores. Posteriormente, obtuvo un diploma honorario de la Universidad de Harvard, tras ser la primera mujer sordociega en la historia de los Estados Unidos que se graduara en una casa superior de estudios.

En mérito a esta historia, es el que el derecho de las personas sordociegas empieza a exigir un análisis mucho más proactivo a favor de la defensa de los derechos de grupos

vulnerables como de personas en situación de vulnerabilidad. De esa forma, se inicia un proceso de transformación del concepto jurídico de la “capacidad” y del acceso a derechos, que a fines del siglo XIX constituía un reto significativo que se amplió en el siglo XX y en el siglo XXI, aún se le considera un reto a ser alcanzado por las sociedades democráticas que comprenden la necesidad de lograr que su población pueda tener el mismo nivel de accesibilidad a los derechos en forma amplia, general y especial.

### 3. La comunidad sordociega en el Perú

La palabra “sordociego” nació a principios de la década de 1990. Salvatore Lagati, del *Servizio di Consulenza Pedagogica* de Italia, propuso la aceptación internacional de la palabra única “sordociego” en lugar de la versión con guion. La intención era indicar que la sordoceguera es una condición singular que no es simplemente la suma de sordera y ceguera, y que el impacto de pérdidas duales es multiplicativo en vez de aditivo (Figuroa, 2015, p. 18).

La sordoceguera es una condición de discapacidad que se manifiesta por la deficiencia visual y auditiva en manera simultánea. Ambas deficiencias pueden ser de manera gradual, parcial o total y, en ese sentido, las personas con sordoceguera son parte de la categoría de grupos vulnerables, tras sus condiciones especiales. En esa misma línea, el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad- CONADIS (2018) expresa que

(...) el término sordoceguera describe una especial condición que combina, en diversas gradualidades las limitaciones auditivas y visuales. Ambas limitaciones sensoriales multiplican e intensifican el impacto de uno respecto del otro creando una discapacidad severa que la convierte en diferente y única.

Dicha discapacidad puede ser evaluada negativamente en el acceso a la educación, en el disfrute al derecho a comunicarse e interrelacionarse con los demás miembros de la comunidad y en la limitación de otros derechos de carácter fundamental (Bermúdez-Tapia, 2001, p. 87).

En el Perú existen cerca de 9,000 personas con sordoceguera (Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad, 2021), en coherencia con la Encuesta Nacional Especializada sobre Discapacidad (ENEDIS) realizada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), señala que 6 de cada 10 personas con discapacidad presentan más de una limitación, proporción que podría abarcar a las personas con sordoceguera (limitación visual y auditiva) con el 30,3% y con multidiscapacidad (tres

o más limitaciones) con el 31,2%. (Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad, 2018). Seguidamente, la Defensoría del Pueblo (2017) expresa que, de todos los casos de sordoceguera en el Perú, 90% son adquiridos y el 10% son congénitos. Esta situación se contextualiza como una desigualdad estructural, debido a las barreras que se presentan para su acceso a la información, educación, trabajo, vida social, personal y otras actividades.

Al respecto, cabe recordar una entrevista realizada a Ricardo Zevallos, director general de Sense Internacional Perú (asociación peruana sin ánimo de lucro que vela por las personas con sordoceguera y discapacidad múltiple sensorial), en el programa “Sin Barreras” de junio del 2020. Zevallos expresó que hasta el momento se ha logrado un avance significativo en la normatividad interna en cuanto al reconocimiento de las personas con esta discapacidad, no obstante, su correcta implementación continúa siendo una agenda pendiente (TVPerú, 2020).

Esta agenda pendiente versa en la inclusión de las personas con sordoceguera en la sociedad peruana. A pesar de las políticas públicas ejecutadas por parte de las entidades estatales, se necesita implementar una concientización por parte de servidores, funciones y sociedad colectiva en general, en cuanto a la difusión de los usos, hábitos, costumbres y sistemas comunicativos,

(...) ya que persona sordociega es una combinación de discapacidad visual y auditiva que da como resultado una privación multisensorial que significa que los métodos de adaptación social en la que nos basamos para satisfacer las necesidades de las personas sordociegas son atrasadas e inadecuados. (Fortin, 1998, p. 180)

#### **4. La dactilología, el sistema braille y otros medios comunicativos**

Dentro de los sistemas de comunicación utilizados por las personas sordociegas existe una variada clasificación. Cada uno de ellos deberá adaptarse a las condiciones y características de las personas sordociegas: personas que nacen con pérdida visual y auditiva; que nacen con ceguera y luego van perdiendo la audición; que nacen con sordera y paulatinamente van perdiendo la visión; personas que, habiendo oído y visto, adquieren la sordoceguera a través del tiempo (Figueroa, 2015, p. 19).

En esa misma línea, Rivillas y Tovar mencionan que el sistema comunicativo debe adaptarse de acuerdo con las características sensoriales y las capacidades individuales de cada persona, con el fin de que permitirle conectar con el mundo y cubrir sus necesidades en cada momento; es decir, el sistema será determinado de manera “individualizada”

(2020, p. 33). Un método que se establezca como necesidad social; el establecer una condición individual, colectiva y masiva del *acceso a la educación* para todas las personas, sin exclusión de alguna condición (Bermúdez-Tapia, 2000).

Ahora bien, podemos dividir de este sistema comunicativo desde tres fuentes principales. En primer lugar, la dactilología es un sistema comunicativo que se realiza a través de la mano, quiere decir que es la representación del deletreo del alfabeto de la lengua de señas. A través de la dactilología, las personas sordociegas pueden transmitir su mensaje manualmente. En coherencia con Herrera (2005), el alfabeto dactilológico es un sistema de comunicación basado en el alfabeto latino, en el cual, cada letra del alfabeto es representada manualmente por un movimiento de la mano único y discreto. La dactilología hace posible reproducir las palabras del lenguaje oral a través de la representación manual de cada una de las letras que la constituyen (p. 16).

En segundo lugar, puede mencionarse el braille, un sistema de códigos y signos utilizados universalmente en lectura y escritura por ciegos. Fue inventado en Francia por Louis Braille, un joven ciego, en el año 1825. Este importante logro marcó un hito para la educación e integración de las personas con discapacidad visual en la sociedad (Lemos & Cerqueira, 2017; Arroyo et al, 2019). En ese sentido, denotamos que el sistema braille es de lectura y escritura táctil que permite transmitir un mensaje escrito, a través de la comunicación no verbal, este es un instrumento muy utilizado por las personas sordociegas porque a través de la regleta, el punzón, y un papel o cartulina pueden escribir a través de un sistema de codificación.

En tercer lugar, ha de señalarse el servicio de guía intérprete, el cual es un servicio personalizado entre la persona sordociega y una persona que posee un conocimiento profundo y/o dominio de la lengua de señas u otros sistemas comunicativos.

La asociación peruana que asiste y vela por las personas sordociegas en el Perú, Sense Internacional (2021), expresa que “el guía-intérprete es un mediador en los procesos de comunicación de las personas con sordoceguera o con deficiencia auditiva y/o visual, buscando contribuir a mejorar la autonomía e independencia del colectivo respecto del acceso a los servicios públicos y privados”.

Aunque los medios de comunicación sean dificultosos para su adaptación en la sociedad, los relatos autobiográficos de famosos sordociegos como Laura Bridgman y Helen Keller (1903), además de artículos en boletines asociativos como *Deaf-Blind Education* (1991) o *Talking Sense* (1991) atestiguan que muchos han tratado de comunicarse mediante la lengua de señas, el braille y dactilología. Tal como menciona Sèvre (1999), hacer uso de estos medios comunicativos adecuados no fue un obstáculo absoluto para

acceder al lenguaje y al pensamiento. Pero estos ejemplos se refieren principalmente a personas que no han sido privadas precozmente de estos dos sentidos distantes del oído y la vista (p. 113).

Seguidamente, pasamos a mostrar en la Tabla 1 otros medios comunicativos que permiten la comunicación efectiva de las personas sordociegas:

Tabla 1

*Sistemas comunicativos para personas sordociegas en el Perú*

| <b>Sistemas</b>                     | <b>Medios</b>  |
|-------------------------------------|--|
| Sistemas alfabéticos                | * Sistema Dactilológico: Visual y Táctil<br>* Escritura en letra mayúscula       |
| Los Sistemas no Alfabéticos         | * Lengua de Señas Visuales<br>* Lengua de Señas Táctiles                         |
| Los Sistemas basados en Lengua Oral | * Lengua Oral Adaptada o Habla Amplificada<br>* Lectura Labio facial<br>* Tadoma |
| Guías                               | * Perros guías   |

Tomado de “Resolución Ministerial N. 325-2012-ED. Resolución que valida sistemas de comunicación alternativos de las personas sordociegas”, por Ministerio de Educación, 2012.

## 5. Derechos comunicativo de las personas sordociegas

La *comunicación* forma parte de la realización del desarrollo de la persona humana. De ahí que se deba entender al aspecto comunicativo como un factor intrínseco en la socialización y la familiarización, así como un proceso interactivo e interpersonal compuesto por elementos que interactúan constantemente (Bermúdez & Seminario, 2020, p. 253). En coherencia con Ávila, Castellanos y Triana (2016), se denota que la comunicación, como acto humano, forma parte del proceso biosocial del ser humano sobre la cual está en un estado natural que supera para organizarse en un contexto político para así generar y legitimar al Estado, como detallaba Hobbes (p. 149).

El derecho comunicativo de las personas sordociegas versan en una doble perspectiva. De una parte, hacer uso de sus propios medios comunicativos, tales como la dactilología,

el sistema braille, el servicio del guía e intérprete, entre otros, en el ámbito público o privado. De otra parte, está la obligación del Estado en garantizar la vigencia efectiva de sus medios comunicativos a las personas sordociegas, para que puedan desarrollar su proyecto de vida.

La comunicación como derecho es esencial para el individuo, debido a que forma parte de la categoría de los derechos humanos. Sobre los retos que implica, May (2010) asegura que

(...) los derechos humanos individuales, su desarrollo y aplicación de un grupo diferenciado de derechos lingüísticos para grupos minoritarios no resultan, desde luego, algo fácil ni popular. La continua oposición a estos derechos lo sugiere. Pero su importancia radica precisamente en que es la clave del mecanismo, con el que podemos —y deberíamos— reconsiderar la organización social y política en los niveles supranacional, nacional y autonómico de maneras más lingüísticamente plurales, igualitarias e incluyentes. (p. 153)

## **6. Comunicación y su regulación legal: dactilología, sistema braille, servicio de guía-intérprete y otros medios alternativos**

Concerniente a su reconocimiento desde la perspectiva del sistema de protección universal y regional de los derechos humanos, así como también desde la perspectiva constitucional, podemos remarcar lo siguiente a partir de los siguientes documentos y acuerdos internacionales:

- a) Pacto de Derecho Civiles y Políticos (1976). En su artículo 27 señala que “en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.
- b) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976). En su artículo 1.1., asegura: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.
- c) Convención sobre persona con discapacidad (2007). En su artículo 2, señala todo lo concerniente a los estándares educativos, enfatizando que “la «comunicación» incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille,

la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso; por «lenguaje» se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal.”

- d) Convención Americana de Derechos Humanos (1969). En su artículo 24, protege la igualdad ante la ley señalando que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.
- e) El artículo 48.º de la Constitución Política del Perú, regula los *derechos lingüísticos* en el país, tanto de modo individual, colectivo como difuso, por cuanto no puede ejecutarse una evaluación excluyente de condiciones en función a la evaluación extensiva de los *derechos naturales* que permiten ejecutar una evaluación en el *Bloque de Constitucionalidad* en el Perú (Bermúdez-Tapia, 2016; Bermúdez & Seminario, 2020, p. 255).
- f) Ley N. 29535, Ley que otorga reconocimiento oficial a la lengua de señas peruanas (2010) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N. 006-2017-MIMP que regula la oficialización de la lengua de señas en el ámbito público y privado, así como también el servicio y acreditación de intérpretes.
- g) Ley N. 29524. Ley que reconoce la sordoceguera como discapacidad única y establece disposiciones para la atención de personas sordociegas (2010) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N. 006-2011-MIMDES. Este último establece disposiciones para la atención de las personas sordociegas, que reconoce en su artículo 3 como sistema de comunicación oficial “dactilología, el sistema braille, técnicas de orientación y movilidad y otros sistemas de comunicación alternativos validados por el Ministerio de Educación, para efectos de facilitar el acceso de las personas sordociegas a los servicios públicos”.
- h) Ley N. 29973. Ley General de Personas con Discapacidad (2012). En su artículo 1 establece la finalidad de “establecer el marco legal para la promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica”.
- i) Ley N. 29830, Ley que promueve y regula el uso de perros guía por personas con discapacidad visual (2012) y su Reglamento aprobado por Decreto

Supremo N. 001-2017-MIMP, que en su artículo 1 establece la necesidad de regular el uso de los perros guías dirigidos a las personas invidentes que hacen uso de estos animales en lugares públicos o privados de uso público, incluyendo medio de transporte y centros de trabajo, así como su permanencia constante y sin traba alguna.

- j) Ley N. 30433. Ley que modifica la Ley 29830, Ley que promueve y regula el uso de perros guía por personas con discapacidad visual (2016). Modifica el artículo 6 e incorpora los artículos 7, 8 y 9 sobre el tipo de infracciones que pueda causar en perjuicio a la persona con discapacidad.
- k) Resolución Ministerial N. 325-2012-ED. Resolución que valida sistemas de comunicación alternativos de las personas sordociegas, que reconocen como medio oficial el sistema dactilológico (visual y táctil), escritura en letra mayúscula, Lengua de Señas táctiles y visuales, lengua oral adaptada y lectura de labio facial.

## 7. Avances y desafíos del derecho comunicativo

Los avances del derecho comunicativo de las personas sordociegas en el Perú ha tenido un avance normativo y de política pública que pretende garantizar la vigencia efectiva del derecho a hacer uso de sus medios de comunicación para gozar de una vida digna. En esa línea, tenemos la publicación del Plan Nacional de Accesibilidad 2018 – 2023 en el Diario Oficial *El Peruano* del 8 de agosto de 2018, aprobado mediante Decreto Supremo N. 012-2018- VIVIENDA. Su finalidad se centra en el libre acceso a personas con discapacidad, y en su lineamiento estratégico N. 3, establece el diseño y ejecución de políticas a favor de los grupos de especial protección, entre ellas, las personas con discapacidad sensorial.

Seguidamente, se puede mencionar la publicación del Plan Nacional de Derechos Humanos en el Diario Oficial *El Peruano* el 1 de febrero de 2018, aprobado mediante Decreto Supremo N. 002-2018-JUS. En su artículo 1 denota cinco lineamientos estratégicos, los mismos que incluyen a las personas con discapacidad sensorial en relación a la promoción y garantía de sus derechos individuales y colectivos en el territorio peruano.

Asimismo, las personas sordociegas han tenido un gran avance en el ámbito jurídico, reconociendo su capacidad jurídica, mediante la publicación del Decreto Legislativo N. 1384, que reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, derogando los artículos 43.2, 44.2 y 44.3 de nuestro Código Civil vigente.

Aunado a ello, el presente año en curso, el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS), organismo adscrito ante el Ministerio de la Mujer y Poblaciones, publicó el Registro Nacional de Personas con Discapacidad. En este se detalla una actualización de la base estadística de todas las personas con discapacidad en nuestro país desde el 2000 al 2021. Asimismo, para realizar la inscripción o actualización en el Registro se puede proceder virtualmente, contando con la asistencia de personas profesionales, a efectos que garantice el libre acceso a la información.

Finalmente, consideramos que estos avances estatales han sido considerables, a efectos de garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de las personas sordociegas. Sin embargo, dicha información debe ser de libre acceso a este grupo colectivo desde sus propios sistemas comunicativos, con la finalidad de gozar de estos mismos, así como también, se debe considerar su inclusión plena en la sociedad actual para promover una concientización en la población peruana.

## **8. Configurando un derecho sobre la base de los antecedentes**

Tomando en cuenta que el *derecho comunicativo* implica la evaluación y determinación de varios elementos conceptuales jurídicos, es importante detallar su importancia constitucional. Se trata de darle una particular relevancia en un país donde las diferencias permiten evidenciar un contexto negativo para un grupo poblacional que asume una condición limitativa de sus derechos y el Estado no asume su responsabilidad para ofrecerles mejores servicios públicos, principalmente cuando son perjudicados por una condición ajena a su voluntad.

En este sentido, es importante evaluar los siguientes conceptos:

- a) Persona en situación de vulnerabilidad. El concepto de vulnerabilidad implica una condición negativa o limitativa respecto de una persona.

En este ámbito, la vulnerabilidad hace mención a una condición negativa o limitativa que se genera por uno o varios factores, como el tener una identidad sexual diferente a la que determina su sexo de nacimiento, el de pertenecer a una población diferente al de la mayoría que habita en un determinado territorio, el tener una condición personal de limitación en lo físico o en lo psicológico que lo califica como una persona que no cuenta con la plenitud de sus capacidades legales.

En tal sentido, la vulnerabilidad es un factor que identifica a una determinada persona y sobre la cual es posible detallar una condición de diferenciación frente a otras personas.

- b) Grupo vulnerable. Es todo colectivo que asume una condición negativa o limitada frente a otra comunidad, especialmente cuando median relaciones de poder económico, social, étnico y político.

Surge de la original denominación de identificación de “mayorías y minorías”, que fue adaptándose a la actualidad debido a que la referencia no tenía una correlación directa con el valor numérico de una población.

Ante esta referencia es importante detallar que las principales características de todo grupo vulnerable, respecto del Estado, es su identificación en una norma jurídica que le asigna algunos derechos y condiciones relativas para así poder guardar una condición proporcional positiva frente a los grupos colectivos que no tienen las condiciones negativas o limitativas del primero.

Conforme a estas dos definiciones esenciales, es posible detallar que en el caso peruano, la población que es el objeto de estudio del presente texto, permite detallar la necesidad de explicar el contenido teórico de las siguientes categorías:

- a) Capacidad legal. Es el atributo jurídico que ostenta una persona sobre la cual la normatividad detalla que cumple con las condiciones de mayoría de edad y capacidad de ejercicio, respecto de los actos que ejecuta frente a terceras personas y el propio Estado.
- b) Capacidad limitada o semicapacidad o capacidad relativa. Es aquella condición sobre la cual se evalúan tres condiciones en función de alguna variable que la predetermina:
- i. Capacidad limitada, por razón expresamente detallada en la ley. En este ámbito, se evalúa las condiciones personales y especiales que tiene una persona respecto de la proyección de sus derechos o responsabilidades. Así, por ejemplo, en caso de negligencia médica, las enfermeras tienen una capacidad legal limitada frente a la responsabilidad que asume un doctor, porque este es quien asume toda la capacidad para la ejecución de una acción en el ámbito de un servicio público.

Los extranjeros en un país al cual visitan por turismo o por residencia temporal, también tendrán menos derechos que un nacional respecto de determinados temas, como por ejemplo, el acceso a servicios públicos que esencialmente solo son para los nacionales de dicho país.

- ii. Semicapacidad, es aquella condición en la cual solo se evalúa un factor limitativo por una condición expresa por la ley. Por ejemplo, los presos pueden tener capacidad plena pero por mérito a la condena penal impuesta tienen una semicapacidad para el ejercicio de sus derechos políticos y civiles.
  - iii. Capacidad relativa, derivada de una condición especial que no llega a ser permanente. Se establece en función de alguna cuestión derivada de la edad.
- c) Sujeto de derecho. Es una condición legal que le permite a una persona generar actos en la defensa de sus intereses y derechos, de modo directo o bajo una acción indirecta. Permite identificar una cualidad de naturaleza legal que puede provocar una condición complementaria en el ámbito judicial al ser *parte procesal*, pudiendo intervenir sin ninguna limitación.
  - d) Parte procesal. Persona que participa en un proceso judicial o acción ante el Estado respecto de algún procedimiento de carácter administrativo.

Estos elementos referenciales permiten detallar las condiciones en las cuales una persona puede relacionarse con otros individuos o el propio Estado y sobre la cual se garantizan sus derechos, tanto de forma directa como por acción indirecta.

En todos estos niveles, las personas sordociegas tienen una condición jurídica que no permite detallar otras condiciones jurídicas, como:

- e) Tener una condición plena en el ejercicio de sus derechos fundamentales, sobre la cual cualquier condición limitada o negativa que pudiera tener se entiende que no puede provocar una condición inferior a la que ostenta otra persona.

En este punto, en el ámbito de las relaciones de la persona sordociega es importante detallar que cualquier persona tiene derechos fundamentales que permiten desarrollar la accesibilidad a un servicio público, como:

- i. Derecho a la educación, respecto del acceso a servicios públicos.
- ii. Derecho a acceder a servicios de justicia, que le permite a una persona sordociega a tener un intérprete o una persona que le instruya para participar de un proceso judicial siendo demandante, demandado o imputado de algún tipo de delito, especialmente para que su derecho a la inocencia,

derecho a ser juzgado conforme a ley y de recibir un trato justo, en un plazo razonable.

- iii. Derecho a la libertad de expresión, en particular cuando no puede comunicarse en la misma proporcionalidad que una persona sin limitaciones personales, de cualquier naturaleza.

Como es posible observar, la *igualdad* que detalla la ley se relaciona con estos valores porque esta condición jurídica garantiza una total libertad a toda persona de desarrollar las mismas condiciones y capacidades para el ejercicio de sus derechos.

Conforme a lo detallado, la importancia de evaluar estos derechos permite que toda persona pueda tener condiciones que resultan derivadas de los derechos humanos y derechos fundamentales, que actúan en términos proporcionales a los detallados por la ley en caso surja una condición que pudiera desarrollar alguna acción perjudicial o negativa.

Por ello, la *libertad comunicativa* se convierte en un *derecho*, el cual puede ser entendido en varios niveles, como por ejemplo:

- a) Ser un derecho autónomo que permite desarrollar los derechos a la libertad de expresión, el derecho a solicitar o plantear una petición ante el Estado o terceras personas y el derecho a la libertad de pensamiento.
- b) Ser un derecho progresivo, porque se debe vincular al proceso en el cual una persona se desarrolla en cuanto a la edad, condición educativa o nivel de desarrollo social.
- c) Ser un derecho individual porque garantiza a toda persona a actuar bajo sus propias condiciones y capacidades.
- d) Ser un derecho colectivo porque puede garantizar que un colectivo pueda vincularse con toda la población, en función a su lengua materna o al modo en el cual se comunique.
- e) Ser un derecho de carácter difuso, porque puede ser aplicado o requerido por una persona que forme parte del colectivo que emplea en forma habitual o de modo prioritario una lengua o un modo de comunicación.

## **9. El deber del Estado ante las necesidades de la población**

Una de las principales condiciones que se derivan del derecho comunicativo es la relación directa del Estado respecto de la provisión de servicios públicos que puedan viabilizar este derecho. Por ello, es importante mencionar que el derecho comunicativo puede vincularse con derechos que tienen una condición fundamental y forman parte

de los Derechos Humanos, con lo cual es viable fundamentar su vinculación con las obligaciones del Estado (Bermúdez-Tapia, 2016, p. 288).

Entre los principales derechos que pueden ser establecidos, está:

- a) El derecho a la educación. Permite detallar el derecho a:
  - i. Percibir un derecho individual, colectivo y difuso respecto del acceso a servicios educativos escolares y universitarios, inclusive.
  - ii. Acceder a servicios especiales, en función a las características individuales y colectivas de una población en particular.

En el ámbito nacional, en función a la complementación del último párrafo del artículo 17 y del artículo 48 de la Constitución, es posible detallar que el acceso a una educación bilingüe intercultural es una condición ineludible para el Estado.

En el ámbito de la atención de los servicios educativos de personas con alguna discapacidad visual o auditiva, el derecho a recibir una educación es sumamente vinculante porque de lo contrario se podría generar una condición de exclusión a servicios públicos básicos.

Condición que puede ser extendida a otras personas con alguna otra discapacidad como, por ejemplo, el no poder desplazarse por tener una condición física especial, especialmente respecto de los ambientes en los cuales puede recibir clases.

- b) Derecho a acceder a servicios de salud. Derivado de la capacidad para poder recibir, de modo directo o indirecto, la comunicación sobre su estado de salud por parte de personal médico.
- c) Derecho a acceder a servicios de justicia. Un patrón de referencia equivalente al derecho a tener intérprete, por cuanto una persona sordociega requiere tener la capacidad de poder establecer una comunicación con los órganos jurisdiccionales en forma proporcional a lo que desarrolla o ejecuta la contraparte procesal (Bermúdez-Tapia, 2009, p. 535).

Como puede observarse, este es un conjunto de derechos que se vinculan con aspectos complementarios y derivados, los cuales garantizan la validez y legitimidad de un derecho que puede tener una connotación especial respecto de personas que forman parte de un grupo vulnerable o están en una situación de vulnerabilidad.

## 10. Conclusiones

Las personas sordociegas son personas con una capacidad plena, con la cual deben ser considerados como sujetos de derecho. Cualquier consideración negativa, limitativa o situación de discapacidad, tras una deficiencia visual y auditiva parcial o total, dada de manera congénita o adquirida, no genera una condición legal que pudiera limitar la tutela de sus derechos.

Las personas sordociegas forman parte del grupo de personas con discapacidad sensorial, debido a la falta de los dos sentidos: audición y visual. En esa línea, se le conoce como una multidiscapacidad, aunque la doctrina también expresa que es una discapacidad única.

La Ley N. 29524 reconoce a la sordoceguera como una discapacidad única y establece disposiciones para la atención de personas sordociegas en sus propios sistemas comunicativos, tales como la dactilología visual y táctil, sistema braille, lengua de señas peruanas visual y táctil, lectura de labios, método Tadoma, entre otros, todos ellos necesarios para el goce de sus derechos fundamentales.

El Perú ha tenido avances estatales en lo concerniente al reconocimiento de los medios comunicativos de las personas sordociegas, así como también les reconoce como sujetos de derechos que poseen capacidad jurídica y que, por su condición, se encuentran en la categoría de grupos vulnerables. Sin embargo, han sido insuficientes debido a la falta de concientización por parte de la ciudadanía.

El *derecho a la comunicación* es un valor referencial que debe ser aplicado a una serie de patrones de referencia. Dichos patrones van desde una participación en el ámbito judicial y procesal hasta una referencia sociofamiliar que le permite a cualquier persona el establecer una relación de comunicación con otras personas y el Estado. En este punto, las personas sordociegas pueden establecer una comunicación en forma equivalente al uso de una lengua materna por parte de una persona vernácula hablante.

Conforme esta última referencia, el *derecho comunicativo* debe entenderse en el más amplio sentido posible, no solo respecto de un individuo sino respecto de la sociedad que debe valorar sus mecanismos de inclusión social para así garantizar una mejor comunidad para todos sus integrantes (Bermúdez-Tapia, 2016, p. 319).

## Referencias

- Aguilar Cavallo, G., Algarín Herrera, G., Arcaro Conci, L., Bermúdez-Tapia, M., Garat, P. y Mendieta, D. (2021). *El control de convencionalidad: Ius Constitutionale Commune y diálogo judicial multinivel latinoamericano*. Tirant lo Blanch.
- Ávila, A., Castellanos, N. & Triana, A. (2016). La teoría política de Thomas Hobbes y su influencia en la construcción del principio de legalidad en el Estado Moderno. *Revista Via Iuris*, 1(20), 149-162.
- Arroyo, N., Campos, F., Carballo, M., González, G., Solano, A., Vargas, E., y Carpio, M. A. (2019). El modelo dual en la enseñanza de la lectura del sistema Braille. *Revista CienciAmérica*, 7(2), 1-15. <http://cienciamerica.uti.edu.ec/openjournal/index.php/uti/article/view/194>
- Bermúdez-Tapia, M. (2000). *Derecho a la educación bilingüe intercultural en el Perú. 1974-1999* [Tesis para optar el título de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú].
- Bermúdez-Tapia, M. (2001). *Los derechos lingüísticos*. Ediciones Legales.
- Bermúdez-Tapia, M. (2009). Acceso a la justicia a través del lenguaje y comunicación forense (Los derechos lingüísticos como derechos fundamentales ante el Sistema de Justicia). En Asociación Peruana de Derecho Constitucional (Ed.), *Derecho Constitucional. Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (pp. 535-553). ARA.
- Bermúdez-Tapia, M. (2016). Justiciabilidad de los DESC: accesibilidad a la justicia por poblaciones vernaculares y la tutela de derechos lingüísticos. *Perfiles de las Ciencias Sociales*, 4(7), 288-314. <https://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles/article/view/1417/1222>
- Bermúdez-Tapia, M. (2016). Derechos Humanos en el ámbito judicial. La tutela del plazo razonable y de la economía procesal. En Escalante López, S.; Armienta Hernández, G.; De Dienheim Barriguete, C.; López Castro, M. y Martínez Lazcano, A. (Coords.), *Derecho procesal convencional y la inconventionalidad. Textos jurídicos en homenaje a Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot* (pp. 319-332). Editorial Porrúa.
- Bermúdez-Tapia, M. y Seminario Hurtado, N. (2020). La participación de niños preescolares y vernáculo hablantes en un proceso judicial. *Gaceta Constitucional*, (152), 86-96.
- Bermúdez-Tapia, M. (2021). La incidencia de los derechos individuales en el contexto familiar como una proyección de un nuevo modelo de evaluación de derechos

- sociales. En Aguilar Cavallo, G. y Nogueira Alcalá, H. (Coords.), *La evolución de los derechos sociales en un mundo global* (pp. 487-504). Tirant lo Blanch.
- Bermúdez Tapia, M. y Seminario Hurtado, N. (2020). El reconocimiento de la comunicación de señas como derecho inclusivo en el Perú. *Lumen*, 16(2), 250-260. <https://0.33539/lumen.2020.v16n2.2306>
- Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad. (2018, 27 de junio). Día Internacional de la Sordoceguera [Nota informativa]. *Gob.pe*. <https://www.gob.pe/institucion/conadis/noticias/22021-27-de-junio-dia-internacional-de-la-sordoceguera>
- Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad. (2021). Registro Nacional de la Persona con Discapacidad (RNPCD). <https://www.conadisperu.gob.pe/#registro-nacional>
- Defensoría del Pueblo Perú. (2017, 27 de junio). Día Internacional de la Sordoceguera-27 de junio. <https://www.youtube.com/watch?v=aED-KwPIBAU>
- Fortin, S. (1998). Les sourds-aveugles: le don au-delà de la privation. *Revista d'intervention sociale et communautaire*, 4(2), 179-183.
- Figuroa, H. (2015). No escuchar, no ver, pero SER: La persona sordociega en el Perú. *Temática Psicológica*, 11(11), 17-25. <https://doi.org/10.33539/tematpsicol.2015.n11.813>
- Herrera, V. (2005). Adquisición temprana de lenguaje de signos y dactilología. *Revista Psicopedagógica Repsi*, 13(77-78), 2-10.
- Lemos, E. R., & Cerqueira, J. B. (2017). O Sistema Braille no Brasil. *Benjamin Constant*, 20(1), 23-28.
- May, S. (2010). Derechos lingüísticos como derechos humanos. *Revista de Antropología Social*, 19, 131 - 159.
- Ministerio de Educación del Perú. (2012, 28 de agosto). Resolución Ministerial N. 325-2012-ED. Resolución que valida sistemas de comunicación alternativos de las personas sordociegas. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/8628BE653273530305257C68005DC08B/\\$FILE/03252012.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8628BE653273530305257C68005DC08B/$FILE/03252012.pdf)
- Rivillas, D. y Tovar, J. (2020). *Dispositivo intercomunicador para personas sordociegas*. [Tesis para optar la licenciatura, Universidad Católica de Colombia]. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/24484/1/Trabajo%20de%20Grado.pdf>

TvPerú. (2020, 29 de junio). Sin Barreras (28/06/2020) | TVPerú. <https://www.youtube.com/watch?v=ATnVcW2h0Ac>

Sèvre, S. (1999). Les interactions sociales des enfants sourds-aveugles. *Enfance*, (2), 111-136.



# LA PROPAGACIÓN DE ENFERMEDADES PELIGROSAS O CONTAGIOSAS, EL DELITO QUE HA VUELTO A TOMAR RELEVANCIA JURÍDICA DEBIDO A LA COVID-19

*Eduardo A. Manrique Herrera\**

*Universidad Católica Sedes Sapientiae*

2018100564@ucss.pe

**Resumen:** En el presente artículo el autor analiza el tipo penal de propagación de enfermedades peligrosas o contagiosas regulado en el Título XII. Delitos contra la Seguridad Pública, Capítulo III. Art. 289 del Código Penal, el cual durante la presente pandemia adquirió una importante relevancia jurídica, el artículo tiene como principal objetivo, dar a conocer como contemplan los países de Iberoamérica al delito de propagar enfermedades de carácter peligrosas o contagiosas. Se analiza y comenta en el presente documento, las legislaciones penales de varios países de Iberoamérica en relación del ilícito antes mencionado, todo esto en el contexto que actualmente se está viviendo en todo el mundo, debido a la pandemia que es producto de la enfermedad respiratoria COVID-19, o como se le conoce comúnmente como coronavirus o la gripe de Wuhan. Seguidamente, de manera minuciosa se evalúa la estructura del tipo penal que se encuentra tipificado en el ordenamiento jurídico penal peruano. Las conclusiones del presente artículo jurídico se basan en una reflexión generada a partir de la legislación comparada y análisis del tipo penal.

**Palabras clave:** Propagación de enfermedades, COVID – 19, sociedad, Iberoamérica, medidas sanitarias, pandemia.

## THE SPREAD OF DANGEROUS OR CONTAGIOUS DISEASES, THE CRIME THAT HAS REGAINED LEGAL RELEVANCE DUE TO COVID-19

**Abstract:** In this article the author analyzes the criminal type of spread of dangerous or contagious diseases regulated in Title XII. Delitos contra la Seguridad Pública, Chapter

---

\* Alumno del noveno ciclo de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae. Miembro del Círculo de Estudios de Derecho Penal - UCSS.

III. Art. 289 of the Código Penal, which during the current pandemic acquired important legal relevance, the main objective of the article is to make known how the countries of Ibero-America contemplate the crime of spreading dangerous or contagious diseases. The criminal legislation of several Ibero-American countries in relation to the aforementioned illicit is analyzed and commented on in this document, all this in the context that is currently being experienced throughout the world, due to the pandemic that is the product of respiratory disease COVID-19, or as it is commonly known as coronavirus or the Wuhan flu. Next, the structure of the criminal type that is typified in the Peruvian criminal legal system is carefully evaluated. The conclusions of this legal article are based on a reflection generated from comparative legislation and analysis of the criminal type.

**Keywords:** Spread of diseases, COVID - 19, Society, Ibero-America, Sanitary measures, Pandemic.

## 1. Introducción

El estado en que se encuentra nuestra nación y el mundo debido a la propagación de la COVID-19 nos ha ubicado en un contexto de inseguridad, donde situaciones jurídicas que antes pasaban desapercibidas hoy han cobrado una importante relevancia jurídica. En la actualidad, existen tipos penales de más incidencia como por ejemplo; delitos contra el patrimonio, delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. Empero, el delito de propagación de enfermedad contagiosa o peligrosa ha pasado de la mera descripción típica a un análisis más pormenorizado de la relevancia jurídico-penal que pueda adquirir el comportamiento del agente activo.

En forma de contextualizar al lector, cabe mencionar que este nuevo virus presenta varias características inusuales jamás antes registradas de enfermedades respiratorias. Una de las características de la COVID -19 es que existen portadores que son asintomáticos, es decir, no presentan ni un solo síntoma de haber contraído la enfermedad. Debido a ello, se agudizan los vacíos legales que existen en las legislaciones penales en el mundo.

Frente al escenario actual, y las probables medidas más restrictivas de libertad en pos de controlar la enfermedad; la prevención general del delito a través del conocimiento de las normas aplicables constituye una fuente más de ayuda a la toma de conciencia. Las situaciones excepcionales que acontecen requieren medidas extraordinarias, el incumplimiento de estas medidas, aparte de las consecuencias propias del contagio, puede producir responsabilidad penal.

En ese sentido, es cuestionable que las personas más vulnerables de nuestro país, dado positivo al virus o presuman que contrajeron el virus, y por la necesidad de subsistir sigan laborando, por lo tanto, lleguen a contagiar a alguna persona, y este es uno de los muchos problemas que se presentan debido a la pandemia. Al día de hoy que redacto este artículo lamentablemente hay más de 5. 7 millones de fallecidos en el mundo por la COVID-19.

Pero este problema consignado en el párrafo anterior no solo es nacional, sino que es algo que se repite en todo el mundo, mayoritariamente en países en vías de desarrollo. Prueba de ello son los bonos o subsidios que los países de la región brindan a la población para que esta no viole el estado de emergencia, y pueda permanecer en su hogar, evitando así el riesgo de exponerse a la COVID-19. Es de suma importancia recalcar que los sistemas del Estado que califican el *status* socioeconómico de la población son ineficientes, producto de ello es que no todas las personas recibieron el subsidio del Gobierno.

En esta nueva actualidad no existe un día en el que un medio de prensa escrito o hablado exponga situaciones de personas que no tienen apoyo moral y económico que por la necesidad de sobrevivir, y en el mayor de los casos satisfacer sus necesidades básicas, se exponga al contagio del virus. Pero esto se pone peor cuando los individuos que realizan este tipo de actividades que van en contra del estado de emergencia, portan el virus de la COVID-19, poniendo en riesgo su vida, sobre todo causando la propagación del virus a la población. Los medios de comunicación, como también las redes sociales, son muy severos con sus críticas a este sector de la población.

Si bien es cierto mi postura como autor no es defender el actuar de las personas portadoras de la COVID-19, que vulneran la ley, sino concientizar, creemos necesario recalcar la posibilidad de ser imputadas con el delito de propagación de enfermedades peligrosas o contagiosas, tipificado en el artículo 289 del Código Penal Peruano.

En cuanto al bien jurídico de la “salud pública”, importa una expresión que atañe a las personas que componen un grupo social, la necesaria correspondencia entre la salud colectiva y la salud individual, en el sentido de que no se puede pensar en que una ley ampare la primera y obvie la segunda. Según Sánchez (2002), la extensión de los conceptos de salud colectiva e individual nutre la filosofía proteccionista del bien jurídico constituido.

A decir de Sequeros Sazatornil (2000), en todo caso el bienestar social, en su amplio sentido, meta a que indeclinablemente se dirige la protección de la salud pública, exige la existencia de determinadas condiciones que lo favorezcan y que exceden de una primera traducción de este, a su equivalencia netamente biológica.

Conforme expresa Quintano Ripollés (2011), el problema estriba en reducir el ámbito de la delincuencia contra la salud al riesgo general comunitario, con abstracción de los atentados concretos contra la integridad o la vida de las personas.

## **2. Legislación Comparada**

La legislación comparada, o derecho comparado, tiene como finalidad principal contrastar, comparar o cotejar un ordenamiento jurídico nacional con otros extranjeros, como también contrastar con derechos extranjeros. En ese sentido, la legislación comparada tiene como objetivo desarrollar la variedad de formas de realización normativa en los diversos ordenamientos jurídicos, por ello se desarrolla en el presente artículo este acápite.

### **2.1. Sobre el delito de propagación de enfermedades en Argentina**

En el sistema jurídico de Argentina este tipo penal se encuentra codificado en el Código Penal. Parte Sustantiva del Título VII. Delitos contra la seguridad pública, Capítulo IV. Delitos contra la salud pública:

Artículo 202. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas.

En este sentido, el actual Código Penal de Argentina dispone entre tres y quince años de cárcel para las personas que propaguen “una enfermedad peligrosa y contagiosa”, en el artículo 202. En tanto, el artículo 203 hace referencia a multas de entre 5, 000 a 100, 000 pesos argentinos cuando la propagación fuera cometida “por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo”.

### **2.2. Sobre el tipo penal de daño por violación de las disposiciones sanitarias en Uruguay**

Dentro del ordenamiento jurídico uruguayo, existen varios capítulos dentro de su Código Penal sustancias que tipifican los ilícitos penales, pero es en el Título VII Delitos Contra la salud Pública, Capítulo I, que regulan este tipo penal.

Art. 224. Daño por violación de las disposiciones sanitarias El que mediante violación a las disposiciones sanitarias dictadas y publicadas por la autoridad competente para impedir la introducción o propagación en el territorio nacional de enfermedades epidémicas o contagiosas de cualquier naturaleza, causare

daño a la salud humana o animal, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión.

Será circunstancia agravante especial de este delito si del hecho resultare un grave perjuicio a la economía nacional.

Cabe añadir que en el proceso de investigación no se pudo hallar el ilícito penal, en el código penal de Uruguay. Empero, en este proceso se logró ubicar el tipo penal que trata de la violación de las disposiciones sanitarias, este ilícito penal guarda una estrecha relación con el delito de propagación de enfermedades. De manera general se puede observar como la legislación tipifica como agravante del ilícito penal previniendo que si de la violación de la norma resultara un grave perjuicio a la economía nacional, será un agravante especial.

### **2.3. En España no existe el tipo penal de la propagación de enfermedades**

En 1822, el Código Penal castigaba la propagación de enfermedades, considerándolo una infracción contra la salud pública. Concretamente, el artículo 378 condenaba “a los que introdujeran o propagaran enfermedades contagiosas o efectos contagiados, y a los que quebrantaren las cuarentenas y los cordones de sanidad, o se evadan de los lazaretos”. Además, en 1928 se introdujo un precepto específico que calificaba el contagio de enfermedades venéreas como un delito contra la vida, la integridad corporal y la salud de las personas. No obstante, este precepto fue derogado en la reforma de 1995, por lo que la transmisión de enfermedades o deterioros de salud permanentes (como la COVID-19) pasó a tipificarse como delito de lesiones, que condena de forma amplia todas aquellas conductas o que menoscaben la integridad corporal de una persona, su salud física o incluso su salud mental.

### **2.4. En México se tipifica como delito de peligro de contagio**

En el país hermano de México, por ser una República Federal, tiene como consecuencia que su legislación penal se divida en dos, la federal y la de los estados que integran la nación mexicana. El ilícito penal que se analiza en la investigación proviene de su Código Penal Federal. Propiamente, se ubica en el Título VII. Delitos contra la salud pública, Capítulo II. Del peligro de contagio:

Artículo 199-Bis.- El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado

de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días de multa. Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión. Cuando se trate de cónyuges, concubinas, sólo podrá procederse por querrela del ofendido.

Si bien es cierto este tipo penal tiene una inclinación a las enfermedades venéreas, no se puede descartar que también se adecua este tipo penal a la enfermedad respiratoria que está atravesando el país de México y el mundo. Presenta una pena relativamente muy baja en comparación a sus vecinos de la región.

## **2.5. Sobre la regulación de los delitos contra la salud pública en Chile**

En la actualidad, el Código penal chileno tipifica 544 artículos, y en su texto antes contenía 501 artículos. El código de encuentra estructurado en tres libros, estos últimos mencionados siguen en vigor desde su promulgación. El tipo penal chileno, materia de análisis de la presente investigación, se encuentra regulado en el Título VI de los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares, 14. Crímenes y simples delitos contra la salud pública:

Art. 316. El que diseminare gérmenes patógenos con el propósito de producir una enfermedad, será penado con presidio mayor en su grado mínimo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.

Es muy interesante cómo sanciona el país de Chile este tipo de accionar ilícito, puesto que es uno de los pocos países que sanciona con unidades tributarias mensuales, estas últimas mencionadas en un monto que va cambiando por año, a comparación de Ecuador que multa con cierta cantidad de dólares y no con una unidad para determinar multas, infracciones, entre otros.

## **2.6. En Costa Rica se tipifica como propagación de enfermedad**

A continuación, para el caso de Costa Rica, se revisará el Título IX. Delitos contra la seguridad común, Sección IV. Delitos contra la salud pública:

Artículo 271.-Propagación de enfermedades infectocontagiosas. Se impondrá prisión de tres a dieciséis años a quien conociendo que está infectado con alguna

enfermedad infectocontagiosa que implica grave riesgo para la vida, la integridad física o la salud, infecte a otra persona, en las siguientes circunstancias:

- a. Donando sangre o sus derivados, semen, leche materna, tejidos u órganos.
- b. Manteniendo relaciones sexuales con otra persona sin informarle de la condición de infectado.
- c. Utilizando un objeto invasivo, cortante o de punción que haya usado previamente en él.

Al igual que otros países de la región, Costa Rica tipificó este delito con una orientación a las enfermedades venéreas, pero sin dejar de lado otras enfermedades infectocontagiosas. Lo más interesante es que consigna cuáles son las circunstancias en las que se debe de dar el ilícito penal para que pueda ser sancionado el agente activo, pero si lo aplicamos a la enfermedad del coronavirus, en el proceso de la investigación, puede existir un vacío jurídico, puesto que esta enfermedad es muy compleja, en el sentido que con el solo estornudo hacia una persona, sin una correcta protección facial y que no tenga el virus de Wuhan, se le estaría contagiando.

## **2.7. La consignación del tipo penal estudiado en el país del Ecuador**

El Código Penal del cual fue extraído el presente tipo penal fue publicado en el registro oficial del Ecuador con N° 180 del 10 de febrero de 2014. Este ordenamiento jurídico penal contiene 730 artículos e incorpora 77 nuevos delitos, el ilícito penal se encuentra tipificado en el Título V De los delitos contra la seguridad pública, Capítulo X De los delitos contra la salud pública.

Art. 432.- Será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que propague, a sabiendas, una enfermedad peligrosa o contagiosa para las personas.

Esta nación es una de los pocos países de Sudamérica en la cual la pena es inferior comparada con países vecinos como Colombia y Perú. Sobre la multa, se puede contemplar que va desde los 8 (ocho) dólares hasta los 156 (ciento cincuenta y seis) dólares como multa. Se puede apreciar que la nación de Ecuador contempla este delito como un ilícito doloso, a comparación de Brasil que deja abierta la posibilidad de poder sancionar por una actitud culposa.

## 2.8. La República Federal de Brasil lo tipifica como epidemia

El Código Penal de Brasil, es uno de los más antiguos de la región, puesto que entro en vigor desde el 07 de diciembre de 1940 (mil novecientos cuarenta). El ilícito penal que se analiza se encuentra regulado en el Título VIII. Dos crimes contra a incolumidade pública, Capítulo III. Dos crimes contra a saúde pública:

Art. 267 - Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.

1º - Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.

2º - No caso de culpa, a pena é de 1 (um) a 2 (dois) anos, ou, se resulta morte, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

[Art. 267 - Causar una epidemia, por propagación de gérmenes patógenos: Pena - Prisión, de 10 (diez) a 15 (quince) años.

1º - Si la muerte resulta del hecho, la pena se aplica dos veces.

2º - En caso de culpabilidad, la pena es de 1 (uno) a 2 (dos) años, o, en caso de muerte, de 2 (dos) a 4 (cuatro) años. (Nuestra traducción)]

Brasil, como uno de los tres países de Sudamérica que se organiza bajo un gobierno Federal al igual que Venezuela y Argentina, presentan un código penal federal que rige a todos los estados que integran su país. Lo anterior mencionado tiene como objeto poner en contexto al lector. Es el único país que consigna que este delito es culposo, contrario sensu sus países vecinos no tienen esta concepción puesto que ellos lo identifican como un delito doloso.

## 3. Análisis del Tipo Penal en Perú

El Título XII. Delitos contra la Seguridad Pública, Capítulo III. Delitos contra la salud pública, Art. 289. Propagación de enfermedades peligrosas o contagiosas, regula como bien jurídico en forma expresa la salud pública por nuestro Código Penal Peruano.

En primer lugar, es de suma importancia consignar que este tipo penal en cuestión es un delito de acción pública y, por lo tanto, se debe actuar aún de oficio por parte de los titulares de la acción representantes del Estado. No deja de ser importante mencionar que el titular de la acción pública es el Ministerio Público. En lo que concierne al tema que nos ocupa, el artículo 289:

El que, a sabiendas, propaga una enfermedad peligrosa o contagiosa para la salud de las personas será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años.

Si resultan lesiones graves o muerte y el agente pudo prever estos resultados, la pena no será menor de diez ni mayor de veinte años.

### **3.1. Sobre El Tipo Objetivo En Perú**

Describe la fórmula legal la conducta de propagar una enfermedad peligrosa y contagiosa. La acción típica es propagar, es decir, difundir, transmitir, traspasar, etc. con carácter general, aunque en forma indeterminada. No obstante, debe tratarse de una enfermedad peligrosa y además con capacidad de contagio a los seres humanos. Lo que sí puede suceder es que el traspaso sea a un animal y luego se transmita a un ser humano. En tal sentido, si la acción ha sido propagar la enfermedad peligrosa a un animal con capacidad de contagio a los seres humanos, estos serían simples medios para llevar a cabo el verbo típico, y por ello creemos que en estos casos se da la acción descrita a nivel objetivo. En el caso de la COVID-19, al ser una enfermedad nueva y compleja aún no se sabe cómo se originó, si el propio ser humano la creó o si dicho virus tiene origen animal.

No es necesario el contagio de la enfermedad, y ello se enlaza con el carácter del delito de peligro, así como su relación con el riesgo sobre el bien jurídico protegido que es la salud pública. De igual forma, tampoco es necesario que el que propague se encuentre enfermo, ya que, por ejemplo, se puede propagar a través de medios que posibiliten la transmisión y dispersión de la enfermedad. Así, podría darse que alguien disemina el virus de la COVID-19 contenido en un tubo de ensayo en una estación del Metropolitano de Lima en la cual transitan diariamente un gran número de personas.

Es un delito de pura actividad que se consuma con la acción de propagar sin importar la producción de contagio. Por ello se entiende que la tentativa parece de difícil aplicación, pero sí posible.

Al respecto, Berdugo (1999) menciona que este es un delito de peligro abstracto (peligro presunto), el cual solo requiere la comprobación de la conducta prohibida y por ello no se diferencian de los delitos de pura actividad, son pues delitos de desobediencia.

Se ha expresado en la doctrina la necesidad de fortalecer los alcances del principio de lesividad, excluyéndose al peligro abstracto como elemento típico, debido a que se le considera inconstitucional por su marcada flexibilización que conlleva perjuicios al principio de lesividad. Pero hay que rescatar la importancia

que pueden implicar en bienes jurídicos colectivos o supraindividuales. Así pues pensar en un tipo penal donde se protege un bien jurídico individual, como por ejemplo, la vida humana o el patrimonio, resulta arbitrario construido bajo la forma de un delito de peligro abstracto, pero esto no sucederá así si el bien jurídico resulta ser el sistema crediticio, el tráfico monetario, o incluso el peligro común. Aceptamos la inadmisibilidad general de las formas de delito de peligro abstracto, pero resultaría excepcional rescatar estas figuras delictivas que afecten bienes jurídicos colectivos, en especial de aquellos que nacen con el desarrollo tecnológico, económico e intelectual de la sociedad. (Berdugo et al, 1999, pp. 156-157)

Para Buompadre (2009), se trataría de un delito de peligro concreto, con lo cual el riesgo que el bien padeció en el caso concreto debe ser probado.

Mir Puig (2019) afirmaba que, en este caso y ante la propia construcción del tipo, se podría pensar que estamos ante una figura de peligro abstracto, ya que el propagar, es decir, lanzar, irradiar, difundir, etc., en sí mismo genera ya con la propia conducta un peligro y un riesgo prohibido (en atención a la construcción del tipo que requiere una enfermedad contagiosa y peligrosa). Esto implica peligrosidad inherente a la propia conducta, circunstancia que nos lleva a sostener que, si se prueba en el caso concreto que la misma de antemano se habría excluido, no habría tipicidad.

Por su parte, Roxin (2011) sostiene que estos delitos son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal (constituyendo la estadística del peligro que genera la conducta, el fundamento del legislador), sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro. Es decir, el peligro no debe ser probado, el mismo se presume por la ley, ya que la lesión del bien jurídico no es “punto de referencia” ni para el reproche de injusto ni para el de culpabilidad.

Asimismo, Maurach (1994) menciona que la existencia de algún peligro se considera dada con la comisión de la acción delictiva. La probanza del peligro es innecesaria, pues estos delitos son castigados sin tomar en cuenta si en el caso concreto se ha generado o no un peligro.

Ha de considerarse también lo propuesto por Roxin (2011) al hablar de delitos de aptitud abstracta, una categoría que el autor atribuye a Schröder, donde deben darse ciertos elementos de puesta en peligro no designados con más precisión en la ley, y que han de ser determinados mediante interpretación judicial.

Igualmente, Pérez (2020) afirma que dicha categoría traerá siempre aparejado la discusión sobre la afectación del principio de taxatividad, que exige el máximo de precisión posible respecto de cualquier límite de prohibición convirtiendo en difuso y arbitrario el límite estricto del tipo penal. Si esto no pasara y hay abstracción o vaguedad en las acciones típicas o desproporción en la escala penal, se podría afectar el principio de legalidad o el de proporcionalidad. Todo ello dependerá de un análisis que debe necesariamente tener en cuenta el bien jurídico que se debe tutelar, su importancia como entidad valorativa de utilidad y constitución para la sociedad y el individuo.

Para determinar las características de la enfermedad, la cual debe ser peligrosa y contagiosa, lo más adecuado es estar informado de que indique la ciencia médica en el área de la salud, ya que no es suficiente con ser una enfermedad de transmisión humana para la aplicación de la fórmula legal, pero siempre quedará a la interpretación que realice el juez en el caso particular. En el caso de la COVID-19, los síntomas que uno presenta al ser contagiado son bastantes peculiares, puesto que no en toda la población se presentan los mismos indicios.

Es importante señalar que esta nueva cepa de coronavirus trae consigo una peculiaridad. Esta radica en que existen pacientes asintomáticos, la ciencia médica aún no logra identificar en su totalidad todos los síntomas de la COVID-19, lo cual trae consigo que existan lagunas en el ordenamiento jurídico.

Se advierte, además, que la enfermedad lleva ínsita un peligro que la propia ley remarca por su gravedad, al que se suma otro riesgo o peligro como es el contagio. De estos elementos y su relación con el bien jurídico de la salud pública, se considera como un delito de peligro y mera actividad.

### **3.2. En el tipo subjetivo**

Este se satisface con un dolo directo que abarca el conocimiento de la enfermedad y el peligro de contagio. Aunque también es admisible el dolo eventual, es decir, el que conoce con probabilidad cierta (elementos objetivos) e igualmente realiza la acción aceptando la posibilidad de la lesión del bien jurídico.

En relación a ello, Roxin (2015) afirma que el sujeto activo es indiferenciado, no requiere ninguna cualidad específica en el autor del hecho. Podría en el caso darse una autoría mediata, quien utiliza a un sujeto que desconoce estar enfermo (por ejemplo, con coronavirus) y lo instrumentaliza para propagar la enfermedad. Esto significa el sujeto ejecutor actúa sin dolo ni culpabilidad, el autor, quien vendría a ser el sujeto detrás, es quien supradetermina finalmente el curso causal como criterio de la voluntad. Es quien

con una dirección final contempla las circunstancias de una situación externa, la ley causal natural y las formas de conducta, y todas las dirige hacia la producción del resultado.

En igual sentido opinan Righi (2011), quienes consideran el caso de autoría mediata cuando el sujeto actúa sin dolo, caso de error de tipo. Un caso que versa sobre lo antes mencionado es sobre el médico que, para matar a un paciente, utiliza a una enfermera instrumentalizándola con el fin de que aplique una inyección con veneno, la enfermera actúa creyendo y convencida que era un medicamento lo que iba a aplicar. Es un delito doloso que requiere el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y la voluntad de realización.

La fórmula también admitiría la forma de dolo eventual, que consiste en el conocimiento de la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado típico (riesgo prohibido). Aquí es importante un pronóstico concreto de lo que pueda ocurrir en el caso particular, a lo cual, junto con este elemento intelectual, se requiere una voluntad (no específicamente del resultado) basada en la aceptación de la conducta concreta con capacidad de producirlo.

Estamos frente a un tipo penal muy peculiar en su análisis dogmático y político criminal, de especial relevancia en la actualidad dada la alarma colectiva universal que ha provocado la COVID-19, hay más de 5. 7 millones de fallecidos en el mundo por la COVID-19.

Su sistematicidad en las codificaciones penales obedece a la necesidad de fortalecer la protección punitiva de bienes jurídicos personalísimos como la vida, el cuerpo y la salud, tomando lugar intereses jurídicos como la salud pública, donde toda la colectividad es el sujeto pasivo del delito. Empero, examinando en rigor la redacción normativa, esta evoca una materialidad típica que exige que el agente logre propagar la enfermedad contagiosa a otras personas, es decir, la sanción de este comportamiento demanda que existan ciudadanos concretos infectados con la enfermedad, sin necesidad de que les cause la muerte o lesiones de gravedad. Si esto sucede, puede aplicarse la fórmula preterintencional agravada, prevista en el segundo párrafo del artículo 289 del Código Penal sin defecto de decir que la configuración legal del primer párrafo requiere el dolo del agente, pero si este actúa de manera culposa, se aplica dicha modalidad (pena atenuada), en aplicación del artículo 295 del Código Penal.

#### **4. Conclusiones**

1. El tipo penal de Propagación de enfermedades peligrosas o contagiosas regula como bien jurídico en forma expresa la salud pública. Supone una figura típica penal en blanco que requiere ser interpretado y valorado a través de

otras normas de carácter extrapenal en donde dispongan u ordenen las medidas sanitarias que hayan sido dictadas a través de la ley o por la autoridad competente, a fin de verificar la medida sanitaria que ha sido infringida por parte del agente infractor.

2. La interpretación del delito no debe agotarse en el sentido literal, sino que esta debe realizarse de manera sistemática, teniendo en cuenta el sentido que ha querido dar el legislador para proteger en bien jurídico. Toda infracción a las medidas sanitarias, no supone de por sí la configuración del ilícito penal, sino que el operador jurídico deberá valorar la conducta frente a cada caso en particular a fin de verificar si efectivamente el agente al infringir las medidas sanitarias, puso o no en riesgo el bien jurídico protegido. A su vez, deberá descartarse, por lo tanto, aquellas conductas que no trascienden a la esfera penal, a fin de evitar excesos por parte del derecho penal, puesto que muchas conductas podrían ser simples infracciones de carácter administrativo o de otra naturaleza, los cuales no merecen ser protegidos por el derecho penal.
3. De manera reflexiva, al observar y analizar los tipos penales de Iberoamérica, se pudo contemplar que el país de Paraguay no cuenta con un tipo penal que regule este tipo de comportamientos ilícitos. En la actualidad, debido a lo que el mundo está atravesando, se considera como proyecto de ley tipificar este comportamiento en su código penal.
4. Finalmente, a través de este tipo penal, no se exige que el agente tenga algún tipo de enfermedad o haya causado algún tipo de resultado (enfermedad, epidemia, epizootia o plaga), toda vez que, al ser un delito de peligro abstracto, supone la puesta en riesgo o peligro con la violación o infracción a las medidas sanitarias que hayan sido impuestas por ley o por autoridad competente.

### Referencias

- Buompadre, J. E. (2009). *Tratado de derecho penal: parte especial* (3.<sup>a</sup> ed., T. 2). Editorial Astrea.
- Berdugo Gómez, I. (1999). *Lecciones de derecho penal: parte general*. Editorial La ley.
- Claus, Roxin. (2015). *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal* (7.<sup>a</sup> ed.). Editorial Marcial Pons.
- Código Penal de la Nación Argentina. (1985). Editorial Hammurabi.
- Código Penal De La República Oriental Del Uruguay. (1933). Editorial La Ley Uruguay.
- Código Federal Penal de México. (1931). Editorial Aegitas.

- Código Penal de la República de Chile. (1874). Editorial Galas Ediciones.
- Código Penal de Costa Rica. (1970). Editor Master Lex.
- Código Orgánico Integral Penal. (2013). Editor Ediciones Legales.
- Código Penal de Brasil. (1940). Editorial Edipro.
- Código Penal del Perú. (1991). Editorial Jurista Editores.
- Cortez Domingo, I. (2020). *El Supremo absuelve a un enfermo de VIH del contagio a su pareja porque ella podía deducir que él era portado*, El País: [http://elpais.com/economia/2020/04/14/mis\\_derechos/1586844469\\_692147.html](http://elpais.com/economia/2020/04/14/mis_derechos/1586844469_692147.html)
- Maurach, R. (1994). *Derecho penal: parte general*. Editorial. Astrea.
- Mir Puig, S. (1998). *Derecho penal parte general* (6.<sup>a</sup> ed.). Editorial B de F.
- Perez Dudiuk, G. H. (2020). Delitos contra la salud pública. Propagación de enfermedad. *Servicio Argentino de Información Jurídica*. <http://www.saij.gob.ar/DACF200044>
- Quintano Ripollés, A. (2011). *Tratado de la parte especial de derecho penal* (T. IV). Editorial. Rev. De Derecho Privado.
- Righi, E. y Fernández, A. (2014). *Elementos de derecho penal y procesal penal*. Lerner Editores Asociados.
- Sánchez Gómez, J. C. (2002). Implicaciones constitucionales y socio-jurídicas de la prohibición y destrucción de los cultivos de cáñamo en Colombia. *Biblioteca Virtual de Derecho, Economía, Ciencias Sociales y Tesis Doctorales*. <https://www.eumed.net/libros-gratis/2008a/380/index.htm>
- Sequeros Sazatornil, F. (2000). *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*. Editorial La Ley.

# IMPLICANCIAS CONSTITUCIONALES DE LA PERCEPCIÓN SIMULTÁNEA DE REMUNERACIÓN Y PENSIÓN EN LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ

*Sócrates Segovia Murillo\**  
*Universidad Católica Santa María*  
socratesegovi@gmail.com

**Resumen:** El presente análisis tiene como pretensión establecer y determinar el grado de coherencia y unidad entre el marco normativo y constitucional referente a la doble percepción simultánea de remuneración y pensión en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.

El marco normativo aplicable al caso nos permitirá proceder al análisis de los alcances constitucionales de la prohibición de la doble percepción de remuneración y pensión en el aparato público y, por consiguiente, tratar la connatural incidencia de tal prohibición en la suspensión de la pensión o remuneración en el caso de los pensionistas de las Fuerzas Armadas y Policiales (en adelante, FF. AA.).

Es así que, preliminarmente los artículos 6 y 43 del Decreto Ley N° 19846, Ley que unifica el Régimen de pensiones del personal militar y policial de la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales, por servicios al Estado proscriben, en caso de los miembros de las FF. AA., la percepción simultánea de dos tipos de ingresos (sean a título de pensión, remuneración o de pensión y remuneración) cuando estos provengan del Estado.

Si bien se encuentra legalmente prohibido para los miembros de las FF. AA. percibir simultáneamente una pensión y una remuneración cuando ambos ingresos provengan del Estado, no obstante, esa prohibición no se aplica para el caso de las FF. AA., a partir de la dación de Ley 30026 (23.05.2013) modificado por Ley 30539 (08.02.2017) si el pensionista es contratado por el Estado en áreas de seguridad ciudadana o seguridad nacional. Además, el art. 77 del D.S. N° 009-DE-CCFA, dispone que la suspensión de pensión militar es temporal y se aplica mientras subsista la causal que lo originó, sin derecho a reintegro. Por tanto, no sería amparable la pretensión de restitución de pensión

---

\* Abogado por la Universidad Católica Santa María de Arequipa, con grado de magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Se desempeña como asesor en la Corte Suprema de Justicia de la República y docente contratado por la Universidad Católica Sedes Sapientiae y Universidad Científica del Perú en materias jurídicas.

mientras esté percibiendo remuneración del Estado, salvo que a partir de la vigencia de la Ley 30026 esté prestando servicios remunerados en áreas de seguridad ciudadana o seguridad nacional.

Por último, se presentará el análisis de la presunta configuración a la vulneración de los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad, ante una posible concesión legal de habilitación a la doble percepción en desmedro del mandato constitucional imperante.

**Palabras clave:** Pensión, principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad, interpretación conforme, remuneración, discriminación, igualdad constitucional, el derecho a la diferencia.

## **CONSTITUTIONAL IMPLICATIONS OF THE SIMULTANEOUS PERCEPTION OF PAY AND PENSION IN THE ARMED FORCES AND NATIONAL POLICE OF PERU**

**Abstract:** This analysis aims to establish and determine the degree of consistency and unity between the regulatory and constitutional framework regarding the double simultaneous perception of remuneration and pension in the Armed Forces and National Police of Peru. The regulatory framework applicable to the case allows us to proceed to the analysis of the constitutional scope of the prohibition of the double perception of remuneration and pension in the public apparatus; and, consequently, deal with the connatural incidence of said prohibition in the suspension of the pension or remuneration in the case of pensioners of the Armed and Police Forces (hereinafter, Armed Forces).

Thus, preliminary articles 6 and 43 of Decree Law No. 19846-, Law that unifies the Pension Regime of military and police personnel of the Armed Forces and Police Forces, for services to the State proscribe, in the case of members of the FFs. AA., the simultaneous receipt of two types of income (whether by way of pension, remuneration or pension and remuneration) when these come from the State.

That, although it is legally prohibited for members of the FF. AA. simultaneously receive a pension and remuneration when both incomes come from the State; however, this prohibition does not apply in the case of FF. AA., from the enactment of Law 30026 (05.23.2013) modified by Law 30539 (02.08.2017) if the pensioner is hired by the State in areas of citizen security or national security; furthermore, art. 77 of the D.S. No. 009-DE-CCFA, provides that the suspension of the military pension is temporary and applies as long as the cause that originated it subsists, without the right to reimbursement; therefore, the claim for pension restitution would not be supported while receiving remuneration

from the State, unless as of the validity of Law 30026 he is providing paid services in areas of citizen security or national security.

Finally, the analysis of the alleged configuration to the violation of the principles of equality and prohibition of arbitrariness will be presented, before a possible legal granting of authorization to double perception to the detriment of the prevailing constitutional mandate.

**Keywords:** Pension, principles of equality and prohibition of arbitrariness, consistent interpretation, remuneration, discrimination, constitutional equality, the right to difference.

## 1. Introducción

Para empezar este apartado, resulta conveniente plantear un problema que se suscita al verificarse hipotéticamente que un retirado de las Fuerzas Armadas del Perú y Policía Nacional del Perú (en adelante, FF. AA), percibe simultáneamente pensión de jubilación bajo el régimen del Decreto Ley N. 19846 (vigente desde el 27.12.1972) y remuneración bajo el régimen de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) por su labor en una entidad estatal, en cuyo seno labora en el ámbito administrativo.

Frente a esto, la administración procede a suspender la percepción de pensión correspondiente bajo el sustento de aplicación de la prohibición del artículo 6 del D. L. 19846, esto es, el servidor podrá percibir simultáneamente: dos sueldos o dos pensiones o un sueldo y una pensión del Estado, cuando uno de ellos provenga de servicios docentes prestados a la enseñanza pública.

Dicha situación implica dilucidar si nos encontramos o no ante una probable colisión a la prohibición constitucional de la doble percepción de ingresos en el ámbito del derecho público (remuneración y pensión), pues además, se ha de tener en cuenta que en el caso en ciernes, referido a las FF. AA., dada su situación especial, la disposición del artículo 174.º de la Constitución Política, los grados y honores, las *remuneraciones* y las pensiones inherentes a la jerarquía de oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional solo pueden retirarse a sus titulares por sentencia judicial.

El presente trabajo tiene como pretensión establecer y determinar el grado de coherencia y unidad entre el marco normativo y constitucional referente a la doble percepción simultánea de remuneración y pensión en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú. Siendo ello así, es necesario transitar previamente en el análisis del marco normativo peruano, aplicable al respecto, a efectos de determinar si la prohibición

en comento ha sido “flexibilizado” para el caso de las FF. AA., y en qué medida esto último vulnera, a su vez, el principio de igualdad frente al tratamiento de un caso similar en las demás instituciones públicas del país y la cautela del ejercicio de la función pública.

Para ese fin, resulta necesario detallar previamente el desarrollo del marco legal general y específico aplicable al caso, al igual que establecer sus alcances y la configuración o no de la prohibición a la doble percepción. Posteriormente, es menester analizar los alcances constitucionales, así como la configuración a la vulneración de los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad, ante una posible concesión legal de habilitación a la doble percepción en desmedro del mandato constitucional imperante. Asimismo, determinar en qué medida aquello colisiona con el derecho a la cautela del ejercicio de la función pública.

## 2. Marco normativo

A efectos de delimitar preliminarmente e ingresar al análisis del caso, tenemos que la norma especial señala:

- a) La pensión de las FF. AA. y policiales solo pueden ser suspendidos por mandato judicial. La norma Constitucional, en su artículo 174° dispone:

Los grados y honores, las remuneraciones y las pensiones inherentes a la jerarquía de oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional son equivalentes. La ley establece las equivalencias correspondientes al personal militar o policial de carrera que no tiene grado o jerarquía de oficial. *En ambos casos, los derechos indicados sólo pueden retirarse a sus titulares por sentencia judicial.* (las cursivas son nuestras)

De igual modo, el artículo 56° de la Ley N° 28359 dispone:

El Oficial que pase a la situación de retiro tiene derecho a la pensión, compensaciones, indemnizaciones y beneficios que establezca la legislación sobre la materia. Los referidos derechos tienen carácter vitalicio. *Únicamente pueden ser suspendidos o retirados por resolución judicial.* (las cursivas son nuestras)

- b) De acuerdo a lo anterior, corresponde determinar si la estipulación legal antes citada guarda coherencia con la indicada disposición constitucional, y si esta a su vez la tiene con los arts. 2.2°, 3°, 40° y 43° de la misma Constitución.

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

... 2) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

- Artículo 3°.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

- Artículo 43°.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

- Art. 40° que dispone:

La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. *Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.* (las cursivas son nuestras)

Cabe precisar que el artículo 40° de la Constitución fue regulada también por el artículo 12° de la Constitución Política de 1920; el artículo 18° de la Constitución Política de 1933 y el artículo 58° de la Constitución Política de 1979.

Así tenemos, *prima facie*, que el citado marco normativo, hasta aquí, es coherente, porque determina que la doble percepción es estrictamente prohibida, salvo exista mandato judicial en contrario, denotando unidad y coherencia.

- c) Ahora bien, para efectos comparativos, resulta conveniente reseñar el marco normativo de la prohibición de no percepción simultánea de remuneración y pensión *en el sector público en general*.

Tenemos que, en el Sector público en general, el marco normativo desarrolla la no percepción simultánea de remuneración y pensión, salvo por función docente y dietas, y es el siguiente:

Artículo 7°, Decreto Legislativo N° 276:

Ningún servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, inclusive en las Empresas de propiedad directa o indirecta del Estado o de Economía Mixta. Es incompatible asimismo la percepción simultánea de remuneraciones y pensión por servicios prestados al Estado. La única excepción a ambos principios está constituida por la función educativa en la cual es compatible la percepción de pensión y remuneración excepcional.

Artículo 3, Ley 28175:

Prohibición de doble percepción de ingresos

Ningún empleado público puede percibir del Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso. Es incompatible la percepción simultánea de remuneración y pensión por servicios prestados al Estado.

Las únicas excepciones las constituyen la función docente y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades o empresas públicas.

Artículo 7, Decreto de Urgencia N° 020-2006:

Incompatibilidad de ingresos

En el Sector Público no se podrá percibir simultáneamente remuneración y pensión, incluidos honorarios por servicios no personales, asesorías o consultorías, salvo por función docente y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades o empresas públicas.

Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, aprobado por el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM:

Impedimentos para contratar y prohibición de doble percepción

... Art. 4.3. Es aplicable a los trabajadores sujetos al contrato administrativo de servicios la prohibición de doble percepción de ingresos establecida en el artículo 3 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, así como el tope de ingresos mensuales que se establezca en las normas pertinentes.

Artículo 38°, Ley 30057:

Prohibición de doble percepción de ingresos

Los servidores del Servicio Civil no pueden percibir del Estado más de una compensación económica, remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso. Es incompatible la percepción simultánea de dichos ingresos con la pensión por servicios prestados al Estado o por pensiones financiadas por el Estado, salvo excepción establecida por ley.

Las únicas excepciones las constituyen la percepción de ingresos por función docente efectiva y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades o empresas estatales o en Tribunales Administrativos o en otros órganos colegiados.

Queda prohibida la percepción de ingresos por dedicación de tiempo completo en más de una entidad pública a la vez.

El inciso d) del artículo 54° del Decreto Ley N° 20530, con las excepciones contempladas en el artículo 17°:

Se suspende la pensión, sin derecho a reintegro, en los casos siguientes:

...

d) Reingresar al servicio del Estado, con las excepciones contempladas en el artículo 17.<sup>1</sup>

Como vemos, en el sector público en general, contiene en su seno normativo el mandato expreso de la prohibición de la doble percepción de remuneración y pensión simultánea.

- d) Ahora bien, el marco normativo general en el sector público en general, contiene en su seno normativo el mandato expreso de la prohibición de la doble percepción; sin embargo, no sucede lo propio en el tratamiento de la prohibición de percepción simultánea remuneración y pensión en el régimen militar y policial. Así tenemos que:

Artículo 6° y 43° del Decreto Ley N° 19846 (27.12.1972):

Artículo 6.- El servidor o sus deudos sólo podrán percibir simultáneamente: dos sueldos o dos pensiones o un sueldo y una pensión del estado, cuando uno de ellos provenga de servicios docentes prestados a la enseñanza pública.

Artículo 43.- El pensionista que se incorpore al servicio civil del Estado, tiene el derecho a elección entre la pensión de que goza y la remuneración de su nuevo empleo. Al cesar en esta última actividad, tiene derecho a pensión integrada por el monto de la pensión militar o policial y por el que podría generar la Caja de Pensiones del Seguro Social correspondiente, de acuerdo a las disposiciones

---

<sup>1</sup> El trabajador que se reincorpore al servicio civil del Estado tiene derecho a elegir entre su pensión civil, militar o policial, o la remuneración de su nuevo cargo, salvo lo dispuesto en el artículo 9. Al cesar, percibirá como pensión el monto de la primitiva más la pensión que pudiera haber generado en el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social.

de éste, para cuyo efecto les serán hechas las deducciones pertenecientes en la remuneración o en la pensión, según el caso. La liquidación de ambos aportes a la Pensión Única, será hecha separadamente.

Artículos 77 y 80 D.S. 009-DE.CCFA Reglamento de la Ley de Pensiones Militar Policial:

Art. 77: La suspensión de pensión es temporal y se aplica mientras subsista causal que lo originó, sin derecho a reintegro.

Art. 80: El pensionista que se incorpore al servicio civil del Estado, podrá elegir entre la pensión que goza y la remuneración de su nuevo empleo.

e) Sin embargo, en el ámbito de las FF. AA, la prohibición de la doble percepción ha sido “flexibilizada”, puesto que dicha limitación no se aplica a partir de la dación de Ley N° 30026 (23.05.2013) modificado por Ley N° 30539 (08.02.2017), al disponerse que en ese ámbito sí puede percibir remuneración y pensión si el pensionista de las FF.AA y policía es contratado por el Estado en áreas de seguridad ciudadana o seguridad nacional. Así se aprecia:

- Ley 30026 (publicado el 23.05.2013):

Artículo único. Objeto de la Ley

*Autorizase a los gobiernos regionales, los gobiernos locales, las instituciones públicas y las empresas del Estado la contratación de pensionistas de la Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas para prestar servicios en áreas vinculadas con la seguridad ciudadana, la seguridad nacional y los servicios administrativos, quienes pueden percibir simultáneamente pensión y remuneración del Estado.* (las cursivas son nuestras)

- Decreto Supremo N° 003-2014-IN:

Artículo 7.- De la doble percepción

La autorización para contratar al personal policial y militar pensionista en áreas vinculadas a la seguridad ciudadana, seguridad nacional y los servicios administrativos, faculta el pago de remuneración en un solo empleo, sin admitir la posibilidad que pueda percibirse ingresos simultáneos de dos o más prestaciones de servicios, salvo cuando uno de ellos provenga del ejercicio de docencia o constituya dieta por participar en algún directorio de empresa o entidad pública.

- Decreto Legislativo N° 1133:

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

TERCERA.- Del reinicio de la actividad laboral para el Estado

En el caso del pensionista del régimen del Decreto Ley N° 19846 que accedió a dicha pensión antes de la dación del Decreto Legislativo que aprueba la nueva estructura de ingresos aplicable al personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú, que reinicie o hubiera reiniciado actividad laboral para el Estado, *tiene derecho a percibir, además del ingreso por el trabajo desempeñado todos aquellos conceptos adicionales a la pensión que viene percibiendo.* (las cursivas son nuestras)

Para el caso del pensionista del régimen del Decreto Ley N° 19846 que accedió a dicha pensión con posterioridad a la dación del Decreto Legislativo que aprueba la nueva estructura de ingresos aplicable al personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú, que reinicie actividad laboral para el Estado, tiene derecho a percibir, además del ingreso por el trabajo desempeñado, un porcentaje de su pensión.<sup>2</sup>

Vistas estas fuentes, resulta necesario proceder a determinar, en cuanto sea posible, en qué medida la denominada “flexibilización” de la prohibición de la doble percepción en el sector militar-policial vulneraría el principio de igualdad frente al tratamiento de un caso similar en las demás instituciones públicas del país.

### **3. Alcances constitucionales de la prohibición de la doble percepción de remuneración y pensión en el aparato público**

Sobre la base del marco normativo señalado precedentemente, se considera necesario dejar establecido que, conforme se desprende de las normas citadas, existen suficientes elementos para analizar los alcances constitucionales de la prohibición de la doble percepción de remuneración y pensión en el caso de los pensionistas de las FF. AA. Resulta de relevancia jurídica establecer la existencia o no de trato diferenciado y si aquella situación cumple con el estándar de justificación de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad.

<sup>2</sup> (\*) De conformidad con el Resolutivo 1 del Expediente N° 0009-2015-PI-TC, publicado el 17 mayo 2019, se declara FUNDADA, en parte, la demanda y, en consecuencia, INCONSTITUCIONALES los términos “un porcentaje de” y “de acuerdo a la siguiente tabla:”, además de la tabla contenida en el segundo párrafo de la presente Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133”.0

### 3.1. Estado de cosas inconstitucional

En pos de lo anterior, se avizora de primera vista, siguiendo a lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0009-2015-PI-TC, que existiría un tratamiento disímil del legislador en cuanto a la prohibición de la doble percepción de remuneración y pensión, tal como hemos resaltado líneas anteriores. Principalmente, se tiene que en todo el sistema civil (régimen público en general), se encuentra prohibida la doble percepción, mientras que solo para los pensionistas de las FF. AA. del D.L. 19846, se encuentra permitida la doble percepción simultánea. Así, tenemos el siguiente cuadro referencial basado en el mismo Expediente N° 0009-2015-PI-TC:

| <b>DOBLE PERCEPCIÓN DE INGRESOS (percibir remuneración y pensión a la vez)</b> |                                  |  |                                  |                                       |                                 |                  |
|--|----------------------------------|--|----------------------------------|---------------------------------------|---------------------------------|------------------|
| <b>Sistema civil</b>   |                                  |  |                                  |                                       | <b>Sistema Militar-Policial</b> |                  |
| D.L. 19990<br>(art. 45)  | D.L. 20530<br>(arts. 17 y<br>54) | Ley 28175<br>Marco del<br>Empleo<br>Público (art. 3) | Ley 30057<br>SERVIR<br>(art. 38) | Reglamento<br>D.Leg. 1057<br>(art. 4) | D. Leg.<br>1133                 | D.L. 19846       |
| <b>Prohibido</b>   | <b>Prohibido</b>                 | <b>Prohibido</b>                                     | <b>Prohibido</b>                 | <b>Prohibido</b>                      | <b>Prohibido</b>                | <b>PERMITIDO</b> |

Dicha situación ha sido declarada por el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 0009-2015-PI-TC- resolutive 5), como un “estado de cosas inconstitucional”:

... ya que, si bien, el legislador puede establecer reglas excepcionales para trabajadores o pensionistas de un sistema público especial como el militar-policial. Lo que no puede hacer el legislador es establecer diferencias irrazonables entre lo que podríamos llamar el sistema civil y un determinado sector del sistema militar en cuanto a la prohibición de doble percepción. ¿Por qué a todo pensionista “civil”, e incluso al pensionista militar o policial del Decreto Legislativo 1133, se le suspende su pensión si ingresa a laborar nuevamente para el Estado, pero al pensionista militar o policial del Decreto Ley 19846, no se le suspende su pensión? Al respecto, no se aprecia ninguna razón que lo justifique. (Fundamento 86)

Por tanto, aquella situación inconstitucional respecto del trato diferenciado del legislador en cuanto a la prohibición de la doble percepción en el aparato público, se tiene en consideración, ineludiblemente, otros principios constitucionales que resultan relevantes. Estos vendrían a ser el de igualdad ante la ley o el de interdicción de la arbitrariedad, en un Estado Social y Democrático de Derecho, consagrados en los artículos 2.2°, 3° y 43° respectivamente.

En esa línea, es evidente que esa situación diferenciada debe ser corregida por el legislador adoptando las medidas necesarias, tal como lo dispuso el Tribunal Constitucional en su calidad de legislador negativo en el decisorio 6 de la referida sentencia<sup>3</sup>; siendo ese el estado de cosas legislativo sobre la prohibición de la doble percepción en el Perú.

### **3.2. Vulneración al Principio de Igualdad e interdicción de la arbitrariedad**

En efecto, como se ha señalado antes, la doble percepción de remuneración y pensión de un pensionista jubilado del régimen militar evidentemente vulnera el Principio de Igualdad.

Resulta, pues, necesario dilucidar antes los siguientes aspectos importantes: la igualdad desde el punto de vista constitucional, la discriminación, la desviación constitucional del principio de igualdad y la acepción de igualdad desde la perspectiva de los recursos (económicos).

Ciertamente, el tratamiento que el Derecho Constitucional le da a la igualdad, como principio, no está referido al entendimiento de la igualdad como “verdad evidente”, definida por Thomas Jefferson en la Declaración de la Independencia. Tampoco es la igualdad aristotélica que justificaba la esclavitud partiendo de la desigualdad natural de los seres humanos, ni la de Thomas Hobbes que afirmaba que los individuos son iguales por naturaleza.

Además, la pregonada igualdad ante la ley, del art. 2.2 de nuestra Constitución Política, ¿puede o no confundirse con otras menciones a la igualdad que se encuentran escalonadas en la Constitución? En respuesta diremos que no toda proclamación constitucional del principio de igualdad es reconducible, sin más, a la efectuada por el art. 2.2 de nuestra Constitución. Así tenemos, por ejemplo, la del principio de igualdad en materia tributaria; la igualdad en las relaciones jurídicas particulares; la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos o la del hombre y la mujer al contraer matrimonio o la de los hijos con independencia de su filiación, etc.

<sup>3</sup> DISPONER que el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República, conforme a sus atribuciones, promuevan el aumento progresivo de la pensión mínima de los diferentes regímenes pensionarios, de acuerdo a lo expuesto en los fundamentos 114 y 120 de la presente sentencia, en el plazo de 3 años. De no hacerlo en dicho plazo, el Tribunal Constitucional, en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para tal efecto.

### 3.3. Igualdad Constitucional

Pérez Royo (2000, pp. 289-314) señala que la “igualdad” es un jeroglífico y plantea unos problemas de interpretación que no se parecen en nada a los que plantea los demás derechos fundamentales. Afirma que no hay enigma mayor en el mundo del Derecho que el que plantea la igualdad, pues el derecho a la igualdad supondría la negación de la individualidad del ser humano. Por eso no existe ni puede existir. El derecho es, pues, incompatible con la configuración de la igualdad como derecho. Sin embargo, el Derecho solo es posible con base en la igualdad.

La igualdad, nos refiere Pérez Royo, no es más que una técnica para la gestión de la diferencia o, mejor dicho, de las diferencias personales. Los seres humanos son y no pueden dejar de ser individuos, en consecuencia, su convivencia en sociedad tiene que consistir en la gestión de las diferencias personales. La gestión de la diferencia es lo que nos distingue, ante todo, a la convivencia humana de la coexistencia animal. La desigualdad e igualdad han sido las ficciones explicadoras y justificadoras de la convivencia humana.

Por su lado, Chanamé Orbe (2006, p. 104), se refiere más bien a la “igualdad jurídica”, como principio según el cual todos los individuos sin distinción alguna tienen el mismo trato ante la ley y que importa principalmente la actitud correspondiente de todos y cada uno de los individuos.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha expresado en el Expediente N° 0261-2003-AA/TC y N° 0018-2003-AI/TC que la igualdad es un principio y debe ser considerado:

- a) como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos.
- b) como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder.
- c) como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y,
- d) como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad de oportunidades entre los hombres.

Sobre la igualdad, Pérez Royo ofrece algunos tópicos relevantes sobre la Igualdad Constitucional que detallaremos a continuación.

#### 3.3.1. *Noción de Igualdad Constitucional*

La igualdad constitucional no afirma que los individuos son iguales y no pretende conseguir que lo sean de manera real y efectiva. Al contrario. Lo que la igualdad consti-

tucional afirma es que los individuos son diferentes y lo que persigue es posibilitar primero que las diferencias personales se expresen como diferencias jurídicas y garantizar después el ejercicio del derecho a tales diferencias.

La razón de ser de la igualdad constitucional es el derecho a la diferencia. No que todos los individuos sean iguales, sino que cada uno tenga derecho a ser diferente. Aquí es donde está el secreto de la proclamación constitucional de la igualdad. Si esto no se entiende, no se entiende nada. Ni de la igualdad ni de los derechos fundamentales.

La igualdad constitucional es la resultante de la confluencia de un principio antropológico universal pero particular y de un principio político territorialmente limitado pero general. El primero es de carácter sustantivo. El segundo es de carácter procesal.

### 3.3.2. *Componentes de la igualdad constitucional*

#### a) Principio antropológico universal: la dignidad

El principio antropológico universal es la dignidad del ser humano, definida ésta como la proscripción de lo que tradicionalmente había sido entendido como desigualdad; la dignidad es el presupuesto indispensable para la comprensión del derecho; es el fundamento de la sociedad individualista.

Nadie puede ser privado de su voluntad propia, nadie puede ser reducido a la condición de mero instrumento de una voluntad ajena. Este mínimo de voluntad propia y por consiguiente de libertad personal es lo constitutivo de la dignidad humana. En esto y únicamente en esto es en lo que todos los seres humanos somos iguales. O mejor dicho: debemos ser iguales. Pues la dignidad humana tiene un carácter prescriptivo, que expresa un deber ser. No se puede tolerar ninguna situación en la que un individuo sea privado de esa dignidad humana consistente en tener voluntad propia y degradado a una condición exclusivamente animal, esto es, puramente instrumental.

#### b) Principio político: la voluntad general

Sin la dignidad humana la sociedad individualista e igualitaria no sería intelectualmente pensable. Pero sin el componente político que se le añade no sería técnicamente organizable.

Dicho componente político de la igualdad constitucional es la voluntad general, que es el elemento rector de la sociedad individualista e igualitaria. La voluntad propia es el elemento rector de la vida del individuo. La voluntad general es el elemento rector de la vida de la sociedad. Sin el tránsito de las voluntades individuales a la voluntad general la sociedad no podría ser dirigida y, en consecuencia, no podría sencillamente existir. Las voluntades individuales sin la

voluntad general es lo que define a la anarquía, pero no a la sociedad igualitaria y al Estado Constitucional que sobre ella se eleva.

La voluntad general coincide con la dignidad en el sustantivo voluntad. Difiere en que lo adjetiva. La dignidad contempla la voluntad desde una perspectiva exclusivamente humana, en lo que equipara a todos los seres humanos en la medida en que los distingue a todos sin excepción de los demás individuos del reino animal y en lo que diferencia a cada ser humano de los demás seres humanos mediante la determinación libre de su conducta con base en su propia voluntad. Contempla, por tanto, la voluntad como algo realmente existente, como las innumerables voluntades de todos y cada uno de los seres humanos que habitan el planeta. Y contempla dichas voluntades individuales en toda su complejidad, con posibilidad de tomar innumerables decisiones en todas las esferas posible de la vida en sociedad. Por eso el corolario de la dignidad es el libre desarrollo de la personalidad. El individuo portador de voluntad propia tiene que poder hacer con su vida lo que quiera. Éste es el núcleo esencial de la dignidad humana como elemento constitutivo de la igualdad.

La voluntad general, por el contrario, contempla la voluntad humana desde una perspectiva exclusivamente política. No contempla las voluntades de los individuos en cuanto individuos, sino única y exclusivamente en cuanto ciudadanos.

### c) La democracia

Refiere Javier Pérez Royo, que lo natural es la ley del más fuerte. Lo no natural es la democracia. La democracia no suprime la ley del más fuerte, sino que lo canaliza políticamente y la somete al control de formas jurídicas a través de la voluntad general. Por eso la democracia se construye y se mantiene con enorme esfuerzo.

La voluntad general es, pues, el canon de la igualdad, que, precisamente por eso, solamente puede ser política. La igualdad social, económica, educativa... ni existen ni pueden existir. La igualdad no es ni siquiera jurídica. La igualdad es exclusivamente política. El único punto de conexión entre la igualdad política y el mundo del Derecho es la igualdad constitucional. La Constitución, es el punto de conexión entre la Política y el Derecho. La igualdad constitucional es el concepto que sintetiza dicha conexión. La igualdad constitucional es el punto de llegada de la Política y el punto de partida del Derecho.

La igualdad sólo existe, pues, como presupuesto político para que las relaciones sociales puedan ser relaciones jurídicas. La igualdad política, la igualdad constitucional no es un derecho fundamental, sino el presupuesto de todos los derechos fundamentales.

### 3.4. **Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie puede ser discriminado**

Establecido lo anterior en referencia a la igualdad constitucional y sus componentes, es pacífico concluir que es bajo esa perspectiva que hacemos mención a la igualdad ante la ley. Como una fórmula usada por el constituyente

En efecto, la fórmula constitucional señalada en el artículo 2.2 de la Constitución, no debería admitir cuestionamiento alguno en que los constituyentes cuando se referían a la igualdad, en realidad señalaban con toda propiedad estar refiriéndose a la “igualdad constitucional”, y todos sus componentes antes referida.

Bernales Ballesteros (2012, pp. 100-108), nos recapitula que:

...la igualdad ante la ley fue un concepto subversivo hasta fines del siglo XVIII. Es la revolución liberal iniciada en Francia la que modifica radicalmente una serie de concepciones, consagrando a la igualdad como uno de los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano. En sentido estricto, la igualdad es uno de los derechos sociales de la persona. Sin embargo, su ubicación tradicional es ésta, la que la sitúa dentro del conjunto de los derechos individuales.

La igualdad constitucional ha sido siempre definida como igualdad ante la ley. Por consiguiente, la igualdad constitucional estará siempre vinculada a la ley, como expresión de la voluntad general. En ese mismo sentido lo determinó el art. 6° de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789:

La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar personalmente o a través de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. *Todos los ciudadanos, al ser iguales ante sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos.* (las cursivas son nuestras)

Pérez Royo, se pregunta: ¿Qué es lo que ha podido querer decir, entonces, el constituyente con la formulación de la igualdad constitucional como igualdad ante la ley? ¿Qué imperativo se desprende para el legislador y qué garantía se deriva para los ciudadanos de dicha formulación? Nos refiere que la respuesta es obvia: la igualdad constitucional no exige la igualdad legislativa, sino que exige la *neutralidad legislativa*. Es decir, la ley no puede ser igual, pero sí debe ser neutral, debe regular el ejercicio del

derecho a la diferencia sin tomar partido por nadie. La igualdad constitucional se traduce, por tanto, en una exigencia de neutralidad legislativa. El poder legislativo debe ser neutral a la hora de aprobar la ley. La ley, en cuanto expresión de la voluntad general, no puede tomar partido por una voluntad particular frente a otra. Esto es lo que quiere decir la igualdad constitucional.

### **3.5. Desviación legislativa y constitucional**

Hasta aquí, vamos vislumbrando una tesis de solución al caso que nos ocupa, la de explicar el trato diferenciado del pensionista militar-policial que percibe remuneración y pensión simultáneamente y si ello se justifica. Ya que la igualdad constitucional no prohíbe que el legislador diferencie. Lo que prohíbe es que diferencia de una manera no objetiva, no razonable y no proporcionada. Es decir, que tome partido ante el ejercicio del derecho a la diferencia.

Como hemos referido, el legislador sí puede diferenciar o efectuar un trato diferenciado, pero ello tiene que ser respetando escrupulosamente los filtros de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad; que Pérez Royo ha denominado como “criterios medidores” de la inevitable diferenciación legislativa.

Ahondando en ello, Pérez Royo señala que el legislador puede desviarse de la voluntad general e incluso de la Constitución, siempre que tal desviación cumpla con dichos filtros, sino se cumple, la diferencia legislativa deja de serla para convertirse en discriminación. Pérez Royo señala que la “desviación” de la Constitución deja de ser tal y se convierte en contradicción con la Constitución.

Lo esencial de la igualdad constitucional consiste no en proscribir diferenciaciones o singularizaciones, sino en evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonables, enjuiciada en el marco de la proporcionalidad de medios, por ello, la adopción de leyes “singulares” debe circunscribirse a casos meramente excepcionales, según Pérez Royo.

Siguiendo el hilo de razonamiento anterior, el Tribunal Constitucional cuenta con un desarrollo jurisprudencial al respecto, así tenemos las Sentencias: Exp. 261-2003-AA/TC; Exp. 0050-2004-AA/TC; Exp. 0048-2004-AA/TC; Exp. 008-2005-AA/TC; Exp. 0019-2005-AA/TC; Exp. 261-2003-AA/TC; Exp. 0015-2008-AA/TC; Exp. 002-2005-AA/TC; Exp. 004-2006-AA/TC, en los cuales, en suma, se señala:

La noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero aparece como un principio rector de la organización y actuación del

Estado Democrático de Derecho. En el segundo, se presenta como un derecho fundamental de la persona. Dicha igualdad implica lo siguiente: *a) la abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable*, y b) la existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homologas. La igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes; y b) paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva, para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. (las cursivas son nuestras)

Así tenemos que, como en el caso en ciernes, si sometemos las leyes que autorizan la percepción simultánea de pensión y remuneración del Estado en el régimen militar – policial (Ley 30026, publicado el 23.05.2013; Decreto Supremo N° 003-2014-IN; Artículo 7; la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1133), determinaremos que se concretiza la diferencia o distinción en relación al aparato público en general en que la prohibición es vigente.

### **3.6. Discriminación**

Ahora bien, en tono a lo anterior, no es necesario profundizar respecto de los avatares de este otro concepto jurídico de discriminación, porque como la igualdad, en su acepción originaria, es polisémica e igualmente jeroglífica.

Sin embargo, conviene resaltar las consideraciones de Rey Martínez (1995, pp. 56-57) quien, refiriéndose a la prohibición de discriminación, a manera de preludeo, señala que no es aplicable la doctrina de la clasificación razonable (esto es, el sentido tradicional del principio de igualdad en el contenido de la norma), sino la doctrina de la clasificación sospechosa (prohibición de discriminación).

Es decir, en nuestro caso, cuando la desigualdad jurídica de trato se base en uno de los criterios típicos del artículo 2.2 de la Constitución, la igualdad (en el contenido de la norma) se transforma en el juicio más riguroso en que consiste la prohibición de discriminación.

Nos refiere Rey Martínez que como igualdad en el contenido de la norma y prohibición de discriminación no son realidades fungibles, hay que poner especial énfasis en la precisión de los términos. Las desigualdades no razonables (según el principio de

igualdad en el contenido de la norma) podrían denominarse discriminaciones en sentido amplio y las desigualdades que afecten a la prohibición de discriminación y se estimen no legítimas, podrían calificarse como discriminaciones en sentido estricto.

En otras palabras, el término *discriminación* tiene un significado amplio, como equivalente a toda infracción de la igualdad, y un significado estricto, relativo a la violación de la igualdad cuando concurren algunos de los criterios de diferenciación prohibidos por el texto legal o constitucional (raza, sexo, etc.).

Por ello, preferimos estar en consonancia con lo manifestado por el profesor Pérez Royo, al señalar al respecto que los poderes del Estado pueden diferenciar o, mejor dicho, no pueden no diferenciar, pero no pueden discriminar. Y discriminan cuando el poder legislativo y ejecutivo pierden la neutralidad y en lugar de actuar como voluntad general, actúan como voluntades particulares, tomando partido por una voluntad particular y en contra de otra.

Por otro lado, Bernales Ballesteros nos señala al respecto que necesariamente el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución debe concordarse con el artículo 103 de la propia Constitución, que dice en su primera parte: “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas”.

La Constitución peruana, al señalar que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y añadir prohibiciones concretas de discriminación (discriminación de origen, raza, sexo, idioma, etc.), no dicen nada desde la perspectiva de los poderes del Estado, ya que de por sí están presentes en la propia declaración de igualdad. Más bien, quienes son los destinatarios de las prohibiciones de discriminación son los ciudadanos individualmente considerados en el ejercicio de su derecho a la diferencia. Según Pérez Royo, ese es el sentido que tiene la enumeración de causas de discriminación, porque en el ámbito de las relaciones privadas no opera la igualdad constitucional.

Siguiendo a Bernales Ballesteros, vale decir que es inaceptable cualquier trato diferenciado. Solo se tolerarán aquellos que exclusivamente tengan base objetiva, es decir, comprobables en la realidad y que, al propio tiempo, sean razonables, esto es, constitucionalmente admisibles. De esta forma, nos refiere, quedan proscritos los tratamientos arbitrarios basados en la subjetividad, capricho o en virtud de criterios artificiosos.

Hasta aquí, queda claro que las leyes que autorizan la percepción simultánea de pensión y remuneración del Estado en el régimen militar – policial (Ley 30026, publicado el 23.05.2013; Decreto Supremo N° 003-2014-IN; Artículo 7; la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1133) es un trato diferenciado evidente,

que el legislador no ha tenido en cuenta en la génesis de dichas normas, pues no las ha justificado sobre la base de los criterios mesuradores de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad, ni ha explicado el *leit motiv* de cada una de ellas.

Los poderes del Estado, en atención al artículo 43° de la Constitución, no tienen razón alguna para no tomar en cuenta la igualdad constitucional esbozada aquí, porque es un presupuesto y límite para su ejercicio. Y es también, en la forma de prohibiciones concretas de discriminación, un límite al ejercicio del derecho a la diferencia.

Para los poderes del Estado, nos señala Pérez Royo, la igualdad constitucional está en el punto de partida. Para los ciudadanos en el ejercicio del derecho a la diferencia está en el punto de llegada.

### 3.7. Igualdad de recursos

Sin perjuicio de lo anterior, se ha de tener en cuenta otra perspectiva de la igualdad; la referida a la igualdad en los recursos (económicos), que el legislador también debe tomar en cuenta al “distribuir” los recursos sin discriminación o trato diferenciado.

Por ese motivo, consideramos necesario se tenga en cuenta el sostén doctrinario de dicho principio, planteada por Dworkin (1996, pp. 55-59,64), refiriéndose a la “*Igualdad como Igualdad de recursos*”, que es una respuesta a la pregunta por la distribución igualitaria de los recursos, planteada, a su vez, a partir del reconocimiento de dos condiciones: la necesidad que tenemos de ellos para satisfacer nuestros requerimientos básicos y la escasez de estos recursos. Empero, refiere Dworkin, a pesar que en todas las sociedades los recursos ya están distribuidos, sigue teniendo vigencia la posibilidad teórica de plantear cuál debe ser la distribución, o mejor, cual es la distribución justa que podría formularse como parámetro que oriente las decisiones que se tomen al respecto.

La reinterpretación que efectúa el aludido autor, en cuanto al principio de igualdad se basa en dos presupuestos teóricos básicos. En primer lugar, se acepta el principio igualitario abstracto que establece que el Estado debe actuar de manera que haga las vidas de aquellos a quienes gobierna mejores vidas y debe mostrar igual consideración por la vida de cada uno. En segundo lugar, se presenta la necesidad de que las conclusiones a las que se llegue en el tema de la justicia coincidan con los principios de la ética liberal que les sirve de fundamento.

Ahora bien, para la formulación del esquema igualitario “correcto”, según afirma Dworkin, debe servir para moldear las instituciones sociales. Así, parte del análisis de dos grandes grupos de las teorías igualitarias: a) La igualdad de bienestar, que formula como guía de la distribución el bienestar de cada uno de los individuos, esto es, igualdad

en lo que realmente importa a las personas, es decir, su bienestar; y b) La igualdad de los recursos, que incluiría aquellas versiones de la igualdad que sostienen que esta se alcanza cuando los individuos tienen bajo su control bajo una cuota “igual” de los recursos de los que dispone la sociedad, dejando de lado la cuestión de si el nivel de bienestar de los sujetos es equivalente. A diferencia de la igualdad “bienestar”, solo existiendo una previa distribución igualitaria de los recursos podría introducirse una métrica más o menos objetiva, es decir, solo si es dada la cuota igual de recursos que les ha sido asignada, es posible establecer si son iguales o no en su bienestar. Además, para que las personas puedan definir sus proyectos de vida, y con ello sus posibilidades de bienestar, estas deben conocer primero los recursos con los que cuentan; y, en esa línea, la distribución de los escasos recursos de que dispone una sociedad, debe satisfacer el ideal de la igualdad de recursos.

### **3.8. Principio de Interdicción de la arbitrariedad**

Finalmente, en cuanto al *Principio de Interdicción de la arbitrariedad*, el Tribunal Constitucional lo ha desarrollado, entre otros, en el Exp. N.º 03167-2010-PA/TC, al señalar en su Fundamento 12:

Al reconocerse en los artículos 3º y 43º de la Constitución Política del Perú el Estado Social y Democrático de Derecho, se ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta. Este principio tiene un doble significado: i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo (Cfr. Exp. Nº 0090-2004-AA/TC).

## **4. Consideraciones finales**

Teniendo en cuenta, que tanto el derecho al acceso a la pensión como a la remuneración, son bienes jurídicos constitucionalmente protegidos y de naturaleza alimentaria; por lo que, no se puede considerar que la labor efectiva remunerada efectuada por el pensionista, que a su vez percibe pensión de jubilación, constituye un requisito para permitir la doble percepción, de una pensión y remuneración por parte del Estado, pues el Reglamento lo prohíbe expresamente, como se señaló antes, al no provenir de la labor docente.

Si bien es cierto, el mandato constitucional del art. 174°, hace mención a que los derechos de remuneración y pensión militar y policial “sólo pueden *retirarse* a sus titulares por sentencia judicial”, y a la par, la Ley N° 28359, dispone que esos derechos “únicamente pueden ser *suspendidos o retirados* por resolución judicial”; aquello debe ser interpretado en la misma línea señalada en los considerandos precedentes, en el sentido que en la legislación no puede coexistir situaciones sustancialmente desiguales o discriminatorias, y a fin de desterrarlo es menester tener en consideración otros principios constitucionales relevantes como el de igualdad ante la ley, el de interdicción de la arbitrariedad –antes referidos, debiendo optarse por la preferencia de estos últimos principios, en atención a la interpretación conforme a la Constitución Política.

Ahora bien, en torno a *la interpretación conforme a la Constitución*, nos señala Serrano (2008):

...se refiere al principio interpretativo por el cual, entre varios sentidos posibles de una norma jurídica, debe aceptarse aquel que mejor se adapte al texto constitucional. En otras palabras, de acuerdo con Paulo Bonavides, en los casos en que una disposición jurídica admita dos interpretaciones posibles, entre las cuales una de ellas conduzca al reconocimiento de la constitucionalidad, el juzgador deberá inclinarse por ella, logrando que la norma interpretada conforme a la Constitución sea necesariamente considerada constitucional. (pp. 5-11)

De igual modo, Ferrer (2011, p. 357), afirma que “se trata de una cláusula abierta de recepción de la normativa convencional o una cláusula constitucional para interpretar los derechos y libertades, de conformidad con los instrumentos internacionales en la materia”.

Dicha figura hermenéutica, se refiere al principio interpretativo por el cual, entre varios sentidos posibles de una norma jurídica, debe aceptarse aquel que mejor se adapte al texto constitucional. Por último, Guastini (2010), en torno a la interpretación conforme, alude a asentar que las leyes ordinarias deben ser interpretadas de tal forma que su contenido normativo se vuelva coherente con la Constitución previamente interpretada.

De otro lado, el operador jurídico ha de tener en cuenta, que el principio de concordancia práctica está ligado con el principio de unidad constitucional que pregona que los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (en nuestro caso, los bienes jurídicos protegidos la integridad salud y bienestar que pertenecen a la pensión no difieren de los bienes jurídicos de la remuneración, son los mismos) deben ser considerados de tal modo en la solución de problemas que todos conserven su entidad, a través de la

ponderación coherente y proporcional y donde no cabe sacrificar totalmente a uno por otro.

Así tenemos, en este caso, que el marco normativo es específico y directo, pues el artículo 43 del D.L. 19846 establece: “*El pensionista que se incorpore al servicio civil del Estado, tiene el derecho a elección entre la pensión de que goza y la remuneración de su nuevo empleo*”. Asimismo, los arts. 77° y 80° del D.S. 009-DE.CCFA, Reglamento de la Ley de Pensiones bajo el D.L. 19846 dispone: “*El pensionista que se incorpore al servicio civil del Estado, podrá elegir entre la pensión que goza y la remuneración de su nuevo empleo*” y “*La suspensión de pensión es temporal y se aplica mientras subsista la causal que lo originó, sin derecho a reintegro*”. Consideramos que esta es la fórmula legal ponderada, coherente y proporcional con la Constitución, que debe tener en cuenta el legislador al pacificar el tema y el operador jurisdiccional al aplicar la norma pertinente al caso concreto.

## 5. Conclusiones

Las leyes que autorizan la percepción simultánea de pensión y remuneración del Estado en el régimen militar – policial: Ley 30026 (publicado el 23.05.2013); Decreto Supremo N° 003-2014-IN; Artículo 7; y la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1133, incurren en un evidente trato diferenciado, que el legislador no habría tenido en cuenta en la génesis de dichas normas, pues no las ha justificado sobre la base de los criterios mesuradores de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad, ni ha explicado el *leit motiv* de cada una de ellas.

Es al legislador y al Poder Ejecutivo, en atención a sus atribuciones, y conforme al mandato del Tribunal Constitucional, Expediente N° 0009-2015-PI-TC, a quienes corresponde promover, a fin de evitar el trato diferenciado en la percepción doble de pensión y remuneración en el sistema militar-policial, el aumento progresivo de la pensión mínima de los diferentes regímenes pensionarios, de acuerdo a lo expuesto en los fundamentos 114 y 120 de dicha sentencia, en el plazo de 3 años.

Los órganos jurisdiccionales, por su parte, al conocer y resolver casos como el que nos ocupa, no debieran someterse a la voluntad de la ley que, como en este caso, incurren en un evidente trato diferenciado o discriminatorio en términos constitucionales; para tal efecto, debieran hacer uso del control de difuso, prefiriendo la aplicación de la Constitución en su artículo 40°, dicha prohibición, según Morón Urbina (2006.pp.670), al contar con tres niveles (a. la prohibición de acumular cargos o funciones públicas; b. la prohibición de acumular cargos o funciones públicas remuneradas; y c. la prohibición de acumular un segundo ingreso del Estado), el constituyente ha prohibido el segundo

ingreso por parte del Estado, cualquiera sea su denominación, con excepción de un ingreso adicional por función docente.

En todo caso, al operador jurídico en general, en atención al criterio de pacificidad e idoneidad en la solución de casos, le corresponde recurrir a la interpretación acorde a la Constitución, esto es, aplicar los arts. 77° y 80° del D.S. 009-DE.CCFA (disposición de suspender la percepción de pensión mientras la causal subsista), al caso en ciernes, porque son normas acordes con la Constitución y con el ordenamiento jurídico en general.

### Referencias

- Bernales Ballesteros, E. (2012). *La Constitución de 1993*. Editorial IDEMSA.
- Bonilla, D. y Jaramillo, I. C. (1996). Estudio Preliminar. El Igualitarismo liberal de Dworkin. En Dworkin, R., *La Comunidad Liberal* (pp. 55-59,64). D'Vinni Editorial.
- Congreso de la República. (2004, 19 de febrero). Ley N° 28175. Ley Marco del Empleo Público. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H859803>
- Congreso de la República. (2004, 13 de octubre). Ley N° 28359. Ley de situación militar de los oficiales de las fuerzas armadas. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H876075>
- Congreso de la República. (2013, 23 de mayo). Ley N° 30026. Ley que autoriza la contratación de pensionistas de la Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas para apoyar en áreas de seguridad ciudadana y seguridad nacional. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1079153>
- Congreso de la República. (2013, 4 de julio). Ley N° 30057. Ley del Servicio Civil. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1081863>
- Constitución Política del Perú. (1993, 31 de diciembre). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682678>
- Chanamé Orbe, R. (2006). *Comentarios a la Constitución*. Jurista Editores.
- Ministerio del Interior. (1987, 17 de diciembre). Decreto Supremo N° 009-DE.CCFA. Reglamento de la Ley de Pensiones Militar – Policial. [https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/REGLAMENTO%20DEL%20DECRETO%20LEY%20N%C2%BA19846\\_LALEY.pdf](https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/REGLAMENTO%20DEL%20DECRETO%20LEY%20N%C2%BA19846_LALEY.pdf)
- Ferrer, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. En M. Carbonell & P. Salazar (Coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos; un nuevo paradigma* (pp.

339-430). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Nacional Autónoma de México.

Gaceta Jurídica. (2006). *La Constitución comentada*. Autor.

Guastini, R. (2010). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Mínima. Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Ministerio del Interior. (2014, 23 de marzo). Decreto Supremo N° 003-2014-IN. Aprueban Reglamento de la Ley N° 30026, Ley que autoriza la contratación de pensionistas de la Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas para apoyar en áreas de seguridad ciudadana y seguridad nacional. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1098500>

Pérez Royo, J. (2000). *Curso de Derecho Constitucional* (7.ª ed.). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Presidencia de la República del Perú. (1972, 27 de diciembre). Decreto Ley N° 19846. Se unifica el Régimen de pensiones del personal militar y policial de la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales, por servicios al Estado. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H713743>

Presidencia de la República del Perú. (1974, 27 de febrero). Decreto Ley N° 20530. Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado no comprendidos en el Decreto Ley N° 19990. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H714637>

Presidencia de la República del Perú. (1984, 24 de marzo). Decreto Legislativo N° 276. Promulgan la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H730389>

Presidencia de la República del Perú. (2006, 12 de agosto). Decreto de Urgencia N° 020-2006. Dictan Normas de Austeridad y Racionalidad en el Gasto Público. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H923321>

Presidencia de la República del Perú. (2008, 25 de noviembre). Decreto Supremo N° 075-2008-PCM. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H976489>

Presidencia de la República del Perú. (2012, 9 de diciembre). Decreto Legislativo N° 1133. Decreto Legislativo para el ordenamiento definitivo del Régimen de Pensiones del personal militar y policial. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1068885>

- Real Academia de la Lengua. (2005). *Diccionario de la Lengua Española* (22.ª ed.). Q.W Editores.
- Rey Martínez, F. (1995). *El Derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. McGraw-Hill, Interamericana de España.
- Serrano, F. (2008). *La interpretación conforme a la Constitución*. Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Estudios Jurídicos.

IMPLICANCIAS CONSTITUCIONALES DE LA PERCEPCIÓN SIMULTÁNEA DE REMUNERACIÓN Y  
PENSIÓN EN LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ