



---

# PRIMERA INSTANCIA

## REVISTA JURÍDICA

---

Número 13, Volumen 7

Julio-diciembre  
2019

[www.primerainstancia.com.mx](http://www.primerainstancia.com.mx)

ISSN 2683-2151

**DIRECCIÓN Y COMITÉ EDITORIAL DE REDACCIÓN**  
***REVISTA PRIMERA INSTANCIA***

EDITOR y DIRECTOR GENERAL

Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano

Profesor de la Universidad Autónoma de Chiapas. México.

DIRECTOR HONORARIO

Dr. Hugo Carrasco Soulé

Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México.

COEDITOR GENERAL

Dr. Jaime Alfonso Cubides Cárdenas

Profesor de la Universidad Católica de Colombia.

COMITÉ EDITORIAL

Ana Carolina Greco Paes

Professora na Toledo Centro Universitário, Brasil.

Juan Marcelino González Garcete

Profesor de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay.

Pamela Juliana Aguirre Castro

Profesora de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito y Universidad de Especialidades Espíritu Santo; Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Ecuador.

Pablo Darío Villalba Bernié

Decano de la Universidad Católica de Encarnación, Paraguay.

René Moreno Alfonso.

Abogado. Profesor de la Universidad Republicana, sede Bogotá, Colombia.

ASESORAMIENTO CIENTÍFICO

Dra. Jania Maria Lopes Saldanha

Profesora en la Universidad Federal de Santa María, Brasil.

## CINTILLO LEGAL

---

REVISTA PRIMERA INSTANCIA, número 13, volumen 7, julio a diciembre de 2019, es una revista electrónica arbitrada en español de difusión periódica semestral, vía red de cómputo desde el 2013, editada por el Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano, con domicilio en Boulevard Presa de la Angostura, número 215-12, Fraccionamiento Electricistas Las Palmas, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, C.P. 29040, Tel. (52) (961) 6142659, <http://www.primerainstancia.com.mx/revista-primera-instancia/>, editor responsable Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano, correo [primerainstancia@Outlook.com](mailto:primerainstancia@Outlook.com). Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2018-061813141600-203, otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor, ISSN 2683-2151. Responsable de la última actualización de este número Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la Publicación.

---

**TRANSFORMACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD  
CONCENTRADO AL DIFUSO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE  
DERECHOS HUMANOS.**

Alfonso Jaime Martínez Lazcano.....11

**DISCUSIONES ACTUALES DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ  
DE COLOMBIA.**

Juan Carlos Trujillo Mahecha- Walter Gerardo Valencia Jimenez- Jaime Cubides-  
Cárdenas.....53

**TEORÍA CRÍTICA Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL COMBATE  
A LA CORRUPCIÓN.**

Alina del Carmen Nettel Barrera y Gabriela Aguado Romero.....73

**LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS OBTENTORES Y LOS  
AGRICULTORES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONCESIÓN Y  
SANCIONADORES DE LA LEY FEDERAL DE VARIEDADES VEGETALES.**

Carlos Ernesto Arcudia Hernández y Blanca Torres  
Espinosa.....92

**PROTECCIÓN Y OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN EL CUMPLIMIENTO  
DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES A LA NO VIOLENCIA.**

Yolanda Castañeda Altamirano.....111

**LEGITIMIDAD DE LA LEGISLACIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO.**

Manuel Bermúdez Tapia.....128

**PROTECCIÓN JURISDICCIONAL AL DERECHO A LA IDENTIDAD.**

Merly Martínez Hernández.....147

**PROTECCIÓN AMBIENTAL Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA.**

Karla Eizabeth Mariscal Ureta.....177

# Editorial

Un reto en el futuro no muy lejano, para que el planeta todavía albergue vida humana en las condiciones que hasta ahora hemos conocido, es la conservación del medio ambiente sano, es común que las principalmente fuentes de contaminación de lo que ocasiona el cambio climático, son las grandes empresas, el transporte que usan combustibles o energía, pero también es de gran influencia el impacto que ocasiona la cultura de la alimentación humana, porque gran cantidad de ésta se desprecia y se convierte en basura, así de acuerdo con el Grupo Intergubernamental en el Cambio Climático de la Organización de las Naciones Unidas se pierde o se derrocha entre el 25% y 30% de la producción mundial, lo que representa el 10% de las emisiones globales.

La relación entre el calentamiento global y los usos del suelo que ha llegado a la degradación o desertización por la sobreexplotación agrícola y ganadera, esto afecta al 70% del suelo y a 500 millones de personas que viven en zonas áridas, por lo que se hace necesario realizar un cambio en la dieta humana para “salvar” el planeta.

Además impacta en la seguridad alimentaria, por fuerte el incremento en la población mundial, se piensa que en el 2060 se llegue a 10 mil millones habitantes; de los cuales 2mil millones con sobre peso y 800 con problemas de nutrición.

El desperdicio anual en Latinoamérica por persona es de aproximadamente 223 kilogramos por persona. En México cerca del 34% de los alimentos que se producen se desaprovechan, lo que arroja un total de 20.4 toneladas por año, en estos datos juegan un papel importante los restaurantes.

Este informe de 107 expertos de 52 países fue aprobado por los representantes de 195 países que aceptan el Acuerdo de París

En este doceavo número de la *Serie Latinoamérica* electrónica se presentan artículos de destacados juristas con temas de gran importancia para comprender los fenómenos jurídicos actuales: TRANSFORMACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD CONCENTRADO AL DIFUSO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS DE Alfonso Jaime Martínez Lazcano; DISCUSIONES ACTUALES DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ DE COLOMBIA de Juan Carlos Trujillo Mahecha, Walter Gerardo Valencia Jiménez, Jaime Cubides-Cárdenas; TEORÍA CRÍTICA Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN de Alina Del

Carmen Nettel Barrera y Gabriela Aguado Romero; LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS OBTENTORES Y LOS AGRICULTORES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONCESIÓN Y SANCIONADORES DE LA LEY FEDERAL DE VARIEDADES VEGETALES de Carlos Ernesto Arcudia Hernández y Blanca Torres Espinosa; PROTECCIÓN Y OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES A LA NO VIOLENCIA de Yolanda Castañeda Altamirano; de LEGITIMIDAD DE LA LEGISLACIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO de Manuel Bermúdez Tapia; PROTECCIÓN JURISDICCIONAL AL DERECHO A LA IDENTIDAD de Merly Martínez Hernández y PROTECCIÓN AMBIENTAL Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA de Karla Elizabeth Mariscal Ureta.

Estamos inmersos en una revolución jurídica, esencialmente por la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno de los países latinoamericanos adheridos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos que requiere de muchas voces y reflexiones para comprender los nuevos parámetros de protección a los derechos humanos.

Esperando que nuestras publicaciones vengán a contribuir y a impulsar la nueva cultura jurídica de protección de los derechos humanos.

Alfonso Jaime Martínez Lazcano  
Editor y Director General

Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 8 de agosto de 2019.



# LEGITIMIDAD DE LA LEGISLACIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO<sup>1</sup>

---

Manuel BERMÚDEZ TAPIA\*

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *La persona, el ciudadano, la comunidad, el bien común.* III. *La construcción del Estado por medio del contrato social: la legitimidad social del Estado.* IV. *La génesis del valor coercitivo de la ley en el contrato social desde un punto sociológico.* V. *El Estado frente a la comunidad y frente al ciudadano.* VI. *La legitimidad de la ley.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

Resumen: La humanidad ha ido evolucionando y una muestra de esta situación se ve reflejada en la propia generación de las culturas sobre las cuales han registrado determinados contextos tanto sociales como políticos y sobre ello se ha procurado la supervivencia del “individuo”. Así el *individuo*, a raíz de esta condición pasó a ser considerado un “factor” de vital importancia para la *comunidad*, generándose la condición de “persona”, y sobre ella es que ya se institucionaliza el *poder monárquico de la Época Antigua*, no porque la persona legitimaba el poder, sino porque esa persona era el depositario de los poderes que emanaban del Rey, quien sobre la base de su *poder divino*, podía disponer de las personas que habitaban su reino. La *legitimidad de la ley*, limita la acción del *Estado*, quien no puede hacer válida la relación inversa frente al *ciudadano*, a quien debía trasladar acciones institucionales que se desarrollan en la complementación y relación de *la legalidad institucional del propio funcionamiento del Estado y los servicios públicos*, para atender las necesidades básicas que requieren. Los efectos negativos de la *falta de legitimidad del propio Estado* se deben a problemas estructurales en la propia

---

<sup>1</sup> Trabajo recibido el 25 de enero de 2019 y aprobado el 24 de mayo de 2019.

\* Abogado, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Contacto: mbermudez@pucp.edu.pe

génesis de las Repúblicas Latinoamericanas, extendiendo la realidad peruana, porque los contextos comparativos resultan muy semejantes, tanto en lo estructural como en lo coyuntural.

Palabras clave: Legitimidad, contrato social, persona, comunidad, génesis.

Abstract: Humankind has evolved and a sample of this situation is reflected in the very generation of the cultures over which they have registered certain social and political contexts and on this the survival of the “individual” has been sought. Thus the individual, as a result of this condition, was considered a “factor” of vital importance to the community, generating the condition of “person”, and it is already the monarchical power of the Ancient Era that is institutionalized, not because the person legitimized the power, but because that person was the repository of the powers emanating from the King, who on the basis of his divine power, could dispose of the people who inhabited his kingdom. The legitimacy of the law, limits the action of the State, who can not make valid the inverse relationship with the citizen, who should transfer institutional actions that are developed in the complementation and relationship of the institutional legality of the operation of the State and services public, to meet the basic needs they require. The negative effects of the lack of legitimacy of the State itself are due to structural problems in the very genesis of the Latin American Republics, extending the Peruvian reality, because the comparative contexts are very similar, both in the structural and the conjunctural.

Keywords: Legitimacy, social contract, person, community, genesis.

## I. INTRODUCCIÓN

En América Latina cuando se analiza la gestión que ejecutan las Administraciones Públicas, en general, se suele llegar a conclusiones negativas y a generar voces contrarias a la propia institucionalidad del Estado.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> FEINSTEIN, Osvaldo, *La evaluación de políticas: fundamentos conceptuales y analíticos*, CAF, Buenos Aires, 2017, p. 140.

Para efectos prácticos, la referencia a la *realidad peruana* permite detallar elementos teóricos en la evaluación de un ámbito concreto de gestión pública,<sup>3</sup> con lo cual es posible observar una vinculación entre la teoría constitucional, de ciencia política y sociología con la evaluación temática de la *legitimidad de la legislación en el Estado*.

Dando como resultado una evaluación en la cual resulta oportuno detallar algunos aspectos muy particulares de un país latinoamericano, que lamentablemente encuentra muchos elementos comunes en los demás países de la región, principalmente porque las mismas situaciones negativas se reproducen en similiar medida y amplitud (corrupción, negligencia en la gestión pública, déficit en la atención de servicios públicos y falta de legitimidad del Estado), todo lo cual incide también en el poco valor social de la “ley”.

La razón de esta percepción genera una explicación mucho más complicada y profunda que la simple crítica del “ciudadano de a pie”,<sup>4</sup> principalmente porque exige el análisis de varios elementos teóricos y aplicativos en la evaluación de un diagnóstico.

De este modo, una respuesta proveniente de una única disciplina evaluadora del *Estado*, resulta ser limitada a un contexto determinado y no siempre tendrá la misma incidencia, respecto de su veredicto, en el tiempo y en las condiciones específicas de evaluación.

Así, para poder evaluar a la “ley” (legislación) en la actualidad, se exige ejecutar una evaluación que combiene elementos teóricos de las Ciencias Políticas, del Derecho Constitucional, de la Teoría del Estado, de la Administración Pública y de la Sociología, principalmente para analizar dos elementos sumamente importantes:

- a) La evolución del propio Estado, respecto de cómo surgió (génesis), de cómo fue evolucionando respecto de la comunidad que la sostiene y de cómo fue modificándose la estructura del “poder” en el ámbito de sus instituciones.
- b) El contexto de la relación sinalagmática entre el “ciudadano” y el “Estado”, elementos centrales en la relación *contractual (Contrato Social)* que definen la relación político, constitucional y social de nuestras sociedades en la actualidad, en el siglo XXI.

---

<sup>3</sup> ESPINAL, Alfredo, *La gestión de lo público en el Perú: aspectos fundamentales*, ECB Ediciones, Lima, 2015, p. 243.

<sup>4</sup> MATOS MAR, José, *Desborde popular y crisis del Estado*, El comercio, Lima, 2010, p. 25.

De este modo, planteamos algunos elementos confluyentes en la generación de una nueva interpretación de cómo ha ido evolucionando el *Estado* en nuestra sociedad para así poder explicar la razón por la cual “la ley”, no tiene la misma condición absoluta. A efectos de acreditar lo descrito, evaluaremos dos etapas temporales, marcadas cada una por un hecho de importancia superlativa: en primer término el desarrollo de la Edad Moderna (Caída de Constantinopla hasta la Revolución Francesa) y el desarrollo de la Edad Contemporánea (Revolución Francesa hasta la actualidad).<sup>5</sup>

## II. LA PERSONA, EL CIUDADANO, LA COMUNIDAD, EL BIEN COMÚN

La humanidad ha ido evolucionando y una muestra de esta situación se ve reflejada en la propia generación de las culturas sobre las cuales han registrado determinados contextos tanto sociales como políticos y sobre ello se ha procurado la supervivencia del “individuo”. Sin embargo, la “persona” no es un *elemento* de fácil comprensión, principalmente si se debe evaluar el contexto de la evolución de las hordas gregarias, itinerantes por naturaleza y por evolución primitiva a las sociedades agrícolas, sobre la cual se diseñó ya un nuevo estándar universal: el surgimiento de comunidades.

Ante este hecho histórico, las *comunidades* se basaban en un elemento sencillo para su propia supervivencia frente al contexto de las relaciones con otras *comunidades*: la cantidad de integrantes que podía tener, principalmente como mecanismo de auto defensa.

Así el *individuo*, a raíz de esta condición pasó a ser considerado un “factor” de vital importancia para la *comunidad*, generándose la condición de “persona”, y sobre ella es que ya se institucionaliza el *poder monárquico de la Época Antigua*, no porque la persona legitimaba el poder, sino porque esa persona era el depositario de los poderes que emanaban del Rey, quien sobre la base de su *poder divino*, podía disponer de las personas que habitaban su reino.

Los derechos de las *personas* eran limitados, pero el principal de ellos era la “vida”, la cual se debía principalmente a la institucionalización del *poder teocrático que existía en la génesis de los Estados antiguos*.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> MORGAN, Edmund, *La invención del pueblo: el surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y Estados Unidos*, siglo XXI, Buenos Aires, 2006, p. 283.

<sup>6</sup> TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 447.

Así, la persona humana tenía “vida”, pero el Rey podía disponer de ella, porque la autoridad monárquica, contaba con la facultad devenida del “poder teocrático” que le garantizaba al Rey estar en medio de la relación entre la “persona” y el “Dios de la comunidad”.

Esto nos permite explicar las razones por las cuales, tanto las *guerras*, como *los sacrificios humanos* constituían elementos referenciales en las sociedades antiguas, sobre la base de la condición limitada de la persona, en particular frente al Rey y frente al contexto político imperante.

Esta condición cambia a fines de la época medieval, con el surgimiento de los *burgos (ciudades)* en donde, los artesanos y los profesionales comienzan a generar un cambio social, condición que genera una “diferencia” respecto del *poder de sangre o de nobleza*, la misma que se incrementa cuando se observa que los *señores feudales* ya no logran generar la misma capacidad económica que antes, en particular por el desarrollo del comercio y del crecimiento de las ciudades.

La *burguesía* en este contexto da origen al “ciudadano”, como aquel que por mérito propio puede acceder a determinados derechos y sobre la base de su condición colectiva, puede exigir que el Rey les otorgue determinados derechos.<sup>7</sup>

Referencias históricas, en la génesis de la Carta Magna de 1215 así como en la institucionalización de los primeros Parlamentos, dan evidencia de este factor, principalmente porque la *capacidad económica* les permitía cierto margen de maniobrabilidad frente al poder político, y así surge una nueva alianza entre la “antigua clase social” con la “nueva clase social emergente”, sobre la cual se van consolidando los Estados Modernos, como Inglaterra, Francia, Portugal y España.<sup>8</sup>

El cambio de “poderes”, se produce en la Revolución Francesa, donde el concepto de “soberanía” se asigna al *pueblo* y con ello surge un nuevo modelo de *ejercicio del poder estatal*, el cual ya pasaba de un Gobierno Monárquico a un Gobierno del “pueblo”, representado por el Parlamento y es por ello que en Francia, la Ley es prácticamente un valor absoluto, en donde no puede surgir una evaluación de *constitucionalidad*, y para

---

<sup>7</sup> OAKESHOTT, Michael, *El Estado europeo moderno*, Paidós, Barcelona, 2001, p. 195.

<sup>8</sup> KREBS, Ricardo, *La monarquía absoluta en Europa: el desarrollo del Estado Moderno en los siglos XVI, XVII, XVIII*, Universitaria, Santiago de Chile, 1992, p. 41.

evitar cuestiones de legitimidad de la ley, la “evaluación constitucional” se ejecuta en una etapa previa a la promulgación de la norma.

Este diseño constitucional, difiere por tanto de los demás modelos de operatividad del Estado, en la cual se evalúa la constitucionalidad de una ley, principalmente cuando surgen contradicciones en la estructura de la *legislación*.

Por ello es que se han registrado algunos antecedentes referenciales, de donde destacan:

- a) El desarrollo del caso *Madison and Marbury* por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América.<sup>9</sup>

En este caso, en forma reducida, se debe detallar que surge el modelo de evaluación por confrontación de dos “normas”, una de naturaleza federal y otra de nivel estadual y sobre la cual se ponderó la primera, para así fundamentar la necesidad de establecer un patrón de tuición de aquella *norma que legitimaba* el Estado que se había independizado de Inglaterra.

Así la Constitución de Virginia, es la norma principista que prevalece sobre las demás normas que se expidan tanto a nivel federal como estadual en los Estados Unidos de América y que permitieron el surgimiento de los siguientes elementos de evaluación.

- b) El desarrollo del *modelo de evaluación constitucional* por un órgano político-jurisdiccional, sobre la cual Hans Kelsen, diseñó la necesidad de tener un *órgano* equivalente al Parlamento para desarrollar un sistema de contrapeso en la evaluación de la ley, sobre la cual se institucionalizó el *modelo del legislador negativo*.<sup>10</sup>

Modelo que se desarrolló en función a la poca credibilidad del *juez* de tradición jurídica romano-germánico, quien, a diferencia del *juez anglosajón*, no podía “crear” ley porque dicha atribución estaba asignada en forma exclusiva al Pueblo, que estaba debidamente representado por el Parlamento.

La fundamentación del *poder derivado* de los órganos jurisdiccionales para *ejecutar jurisdicción constitucional* tiene una explicación más sociológica que

---

<sup>9</sup> MOUNTJOY, Shane y NCNEESE, Tim, *Marbury v. Madison*, Broomall, Chelsea House, 2007.

<sup>10</sup> GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, “Tribunal Constitucional y jurisdicción ordinaria”. *Foro Jurídico*. Lima, Año 5, N° 9, marzo 2009.

- jurídica, porque téngase en cuenta que, hasta la actualidad sobre el *juez romano germánico*, pesa la condición de que su función es la de ser la “boca de la ley”.
- c) El desarrollo de los sistemas supranacionales de protección de Derechos Humanos, los cuales tienen una génesis con los Procesos de Nuremberg y Tokio,<sup>11</sup> que evaluaron el impacto negativo de los *delitos de lesa humanidad* cometidos por los nazis y japoneses, que provocaron un cambio de percepción del modo en el cual los Estados debían interrelacionarse entre sí y de cómo estas organizaciones debían relacionarse con la *comunidad* y las *personas*.

En este contexto es que surgen algunos elementos de suma importancia para el Derecho Constitucional contemporáneo, los cuales son:

- i. Se institucionaliza el valor de la “dignidad de la persona humana”, como parámetro sobre la cual se deben determinar los derechos que se puedan reconocer, legislar y evaluar en el ámbito jurisdiccional.<sup>12</sup>
- Sobre esta referencia, es que el valor *subjetivo y objetivo* del valor de la “dignidad” es asumida como un elemento que legitima al propio Estado y por ello, en la propia evolución de esta organización, es que se determina la necesidad de llegar a una etapa en la cual el Estado es democrático, participativo y social, porque se basa en la tutela de la persona, quien legitima finalmente al propio Estado.
- ii. El valor de identificación de los derechos más referenciales evoluciona del antiguo “derecho a la vida”, a la formalización del *primer derecho reconocido legalmente a favor de la persona* con la propiedad, reconocida en la Carta Magna de 1215 al reconocimiento normativo de la “dignidad” pero ya no a nivel estatal sino a nivel de toda la organización de Estados que conforman un nuevo modelo de relaciones entre sí.
- iii. Producto del punto preliminar es que se legitima el surgimiento de las Naciones Unidas, desarrollándose las principales actividades en el ámbito internacional para legislar sobre los *Derechos Humanos*.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> SCHMIDT, Paul, *Europa entre bastidores del Tratado de Versalles al juicio de Nuremberg*, Ed. Destino, Barcelona, 2005, p. 11.

<sup>12</sup> PECES-BARBA, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 24.

### III. LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO POR MEDIO DEL CONTRATO SOCIAL: LA LEGITIMIDAD SOCIAL DEL ESTADO

El punto preliminar nos permite desarrollar la *construcción del Estado*, tanto desde una perspectiva de la Ciencia Política, la Teoría del Estado y del Derecho Constitucional, sobre todo porque explica el modelo de desarrollo del *Contrato Social*, en la *legitimidad del Estado* frente a la *comunidad*, y frente al *ciudadano*.

Sobre este modelo preliminar, es que el *ciudadano*, se constituye a favor de generar un nivel de autoprotección y acceso a *servicios* que de modo autónomo no podría tener a disposición y por ello deriva una *cuota de su poder natural* a favor de la *comunidad*, aceptando las condiciones que esta le impone (valores socio culturales y de naturaleza jurídica), para que, en forma inmediata, la *comunidad* traslade “la cuota de poder del ciudadano que ha cedido” a favor del *Estado*.

La *relación sinalagmática* surge de este modo, porque se debe reconocer:

- a) Tanto el Estado como el ciudadano son los elementos centrales en esta “relación” y que confluyen tanto en forma “individual” como “conjunta” en la *comunidad*.<sup>14</sup>

Esto nos permite detallar que en algunas situaciones, el *Estado* actúa como un *sujeto de derechos*, equivalente a una *persona*, y sobre esta condición puede *demandar judicialmente*, *ejecutar contratos*, establecer situaciones de *negociación o actividad para así misma*, etc.

La no comprensión de esta situación suele provocar el hecho de una relativización del poder limitado del propio Estado, por cuanto sobre este está la misma “ley” y su explicación más referencial está vinculado a la gestión de los *Estados no democráticos*, donde los gobiernos que usurpan el poder para sí mismos, no cuentan con legitimidad popular.

- b) La relación *sinalagmática*, implica necesariamente el conocimiento que tanto el *Estado* como el *ciudadano*, no sean *iguales*, pero resultan *equivalentes* en cuanto a su relación.

---

<sup>13</sup> PANDO BALLESTEROS, María, GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro y MUÑOZ RAMÍREZ, Alicia, *El cincuentario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos en la ONU*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2018, p. 13.

<sup>14</sup> ROUSSEAU, Jean Kaques, *El contrato social*, Ethos, Buenos Aires, 2002.

Por las condiciones políticas, económicas e institucionales, el *ciudadano* no puede considerarse *en forma igual* al Estado, pero sí puede exigir a este un trato *recíproco*, semejante al generado en una *condición contractual*, donde el vendedor puede tener mayor poder económico que el comprador, pero este puede ejercer una *mejor condición de negociación* que el comprador y así ambos, tanto vendedor como comprador resultan *equivalentes*.

Sociológicamente este punto nos permite detallar las situaciones negativas a la determinación del nivel de equivalencia entre el *Estado* y el *ciudadano*, donde surgen dos niveles:

- i. Cuando el *Estado* asume un mayor “poder” en su relación frente al *ciudadano*, surgen modelos tiránicos de ejercicio del poder.

Ante estas situaciones, el *ciudadano* puede plantear la insurgencia o insurrección como mecanismo de tutela de sus derechos, por cuanto el Estado está incumpliendo su objetivo fundamental e institucional: la tutela del bien común.

En el caso del Perú, la explicación de la reforma constitucional en la cual se detalla este punto, resulta paradigmática, principalmente porque en las dos constituciones políticas, los *gobiernos dictatoriales* constituían las referencias que incidían en el modelo de redacción Constitucional.

De este modo, en la Constitución de 1979, en el artículo 82, se detallaba el *derecho a la insurgencia* del pueblo frente a un *Gobierno Usurpador* (valor no democrático), porque la génesis de esta Constitución estaba determinada por el proceso de crisis de los gobiernos militares a cargo de las Fuerzas Armadas en los años 1968-1980.<sup>15</sup>

Al entrar en crisis el modelo de gobierno asistencialista y paternalista de las Fuerzas Armadas, a raíz de la presión social que ejecutó “huelgas nacionales”, se convoca una Asamblea Constituyente en 1978, donde se copia el modelo constitucional español en la redacción de la Constitución que se promulgó en 1979.

---

<sup>15</sup> CASTAÑEDA, Felipe, “La persona moral frente al Estado infalible: lo público y lo privado desde el problema de la insubordinación en Kant”. En: Sierra, Jorge (et. al) *Kant: defensa y límites de la razón*, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, p. 231.

Así ante el temor de una nueva acción militar que pudiera debilitar el incipiente modelo democrático nacional, la Constitución de 1979 reguló este derecho del *ciudadano*, como un legítimo derecho frente al Estado.

Situación muy diferente a lo determinado en la Constitución de 1993, donde el gobierno era dictatorial y por ello Alberto Fujimori excluye deliberadamente la condición detallada en el artículo 82 de la Constitución derogada para regular escuetamente el artículo 45 de la Constitución de 1993.

ii. En contrapartida al punto preliminar, surge también el lado contrario.

Cuando el *ciudadano* desarrolla un esquema de autosuficiencia frente al Estado, genera un modelo *de informalidad* que amplía las condiciones negativas del Estado en la prestación de sus servicios públicos.

Este punto nos permite detallar, para el caso peruano, la realidad económica y política que se desarrolló entre los años setenta a los años noventa del siglo pasado, en donde *los gobiernos asistenciales* quebraron económicamente al país y ante la insuficiencia de recursos, el gobierno de Alberto Fujimori generó la excusa del *golpe de Estado*, para institucionalizar un cambio de modelo económico y político: el neoliberalismo.<sup>16</sup>

De este modo, el *Estado* se auto comprimía y se auto reservaba la ejecución de mínimas funciones, dando prevalencia a la condición de que los propios *ciudadanos* debían satisfacer sus *necesidades básicas* de forma autónoma.

El modelo *lejos de ser un modelo económico liberal*, era en realidad el reflejo de un nivel de *desidia en la gestión pública*, razón por la cual surge la “cultura combi” en el Perú, porque la “ley” fue flexibilizada por el propio Estado.<sup>17</sup>

Así la “cultura combi” es la cultura de la informalidad y del auto atención de servicios públicos por parte de la ciudadanía, no importando si para ello se cumplen con estándares de legalidad o de institucionalidad.

El nivel de colapso de las formas de gestión pública fueron tan notorios que treinta años después el Perú sigue siendo un país subsumido en una informalidad que se

---

<sup>16</sup> MURAKAMI, Yusuke, *Perú en la era del chino: la política no institucionalizada y el pueblo en busca de un salvador*, IEP, Lima, 2007, p. 296.

<sup>17</sup> AMAT Y LEÓN CHAVEZ, Carlos, *El Perú nuestro de cada día: nueve ensayos para discutir y decidir*, Universidad del Pacífico, Lima, 2006, p. 90.

refleja en su modelo económico, político y social, provocando una nueva realidad totalmente distinta a la que existía en 1990, fecha en la que asume el poder Alberto Fujimori.<sup>18</sup>

La gravedad de lo detallado influyó en el modo en el cual se desarrolla la *actividad política*, y esto ha permitido que grupos y asociaciones políticas vinculadas al narcotráfico y de la delincuencia organizada, se camuflen en organizaciones políticas, relativizando el *bien común*, generando la imagen que el objetivo es tomar por asalto el poder en el Estado.

En este tipo de manifestaciones políticas no hay excepciones y por ello que las organizaciones más próximas a la actividad delictiva contra los intereses del *Estado* y de la *comunidad*, son el Partido Aprista, las organizaciones políticas vinculadas al entorno de Alberto Fujimori y las nuevas agrupaciones políticas, donde los actos de “*lavado de activos*” (como delito de naturaleza económica) constituye la principal referencia, dado que ninguna organización política peruana puede justificar un balance contable en forma objetiva.

Como consecuencia de estas situaciones en los Parlamentos en las diferentes legislaturas desde 1995-2000, 2000-2001-2001-2006, 2006-2011, 2011-2016. 2016-2018 (primera etapa del gobierno con Pedro Pablo Kuczynski y posterior asunción de Martín Vizcarra en la Presidencia), a la fecha no ha sido posible generar políticas de reformas estructurales a favor del Estado, de la institucionalidad política o de la comunidad, provocando el incremento de la delincuencia, del estancamiento de la economía y de la falta de provisión de servicios públicos a favor de la proliferación de actos de corrupción.

Como resultado de esta situación, cada gobierno que ha asumido el poder en el Perú, desde el restablecimiento de la democracia por un gobierno dictatorial en 1980, ha provocado que el *descrédito* por las actividades de gestión pública por parte de organizaciones políticas en la administración pública, limiten la legitimidad del Estado.

---

<sup>18</sup> RAMOS, Laura y TOUSSAINT, Eric, *Los crímenes de la deuda: deuda ilegítima*, Icaria Editorial, Barcelona, 2006, p. 31.

En la actualidad, ninguna entidad pública cuenta con una aceptación social positiva en el Perú y ello porque:

- a) El Congreso de la República está conformado por personajes que han sido desaforados del parlamento por haber estado inmerso en actos de corrupción y de actividades que han incluido acciones de naturaleza de agresión sexual (Leoncio Torres Ccalla a una menor de edad, quien fue contratada como *asesora parlamentaria*).<sup>19</sup>
- b) Los diferentes gobiernos nacionales han sido severamente cuestionados.

En este ámbito corresponde hacer un detalle específico:

- i. Alberto Fujimori, con los casos de los “vladi-videos”, dejó en evidencia no sólo actos masivos de corrupción, sino además durante su gestión se han ejecutado delitos de lesa humanidad, severamente sancionados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El nivel de desfalco financiero al país suma un aproximado de us 6,000 millones de dólares producto de la venta de las empresas públicas, donde paradójicamente el *valor de venta* no ingresó al erario nacional sino al patrimonio personal de Fujimori.

- ii. Alejandro Toledo, con respecto de la acusación de omisión de responsabilidades paternas hacia una hija, en un proceso de filiación.

A ello, se suma la acusación penal por delitos contra la administración pública por la ejecución de actos de corrupción con la compañía Odebrechet en la construcción de obras públicas.

- iii. Alan García, por la misma razón que el presidente previamente analizado.

Sin embargo, en este caso particular, los casos de corrupción son los más evidentes y el copamiento de todas las entidades que conforman el Estado por parte de partidarios apristas es lo que ha posibilitado que García Pérez no sea ni investigado, ni procesado ni mucho menos condenado por algún delito cometido, a pesar de que existe en trámite un caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por el caso El Fronton, donde se cometió actos de genocidio, supuestamente

---

<sup>19</sup> Gaceta Jurídica, *La constitución comentada: análisis artículo por artículo*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 35.

dirigidos por el Presidente de entonces, bajo la lógica de la *autoría mediata*, la misma que sancionó penalmente a Alberto Fujimori.

- iv. Ollanta Humala, en particular por la asunción en el poder de su esposa; más aún cuando se detalló que era Nadine Heredia quien disponía de las facultades para ordenar acciones en los Ministerios (“dar luz verde”).
- v. Pedro Pablo Kuczynski, que finalmente generó su renuncia al cargo luego del escándalo de “consultorías” a favor de Odebrecht siendo funcionario público.

Como consecuencia de estas situaciones, el *Estado* se ha visto limitado en forma drástica y no cuenta con la legitimidad social de la población.

#### **IV. LA GÉNESIS DEL VALOR COERCITIVO DE LA LEY EN EL CONTRATO SOCIAL DESDE UN PUNTO SOCIOLÓGICO**

La necesidad de detallar la *realidad peruana*, nos permite explorar el contexto de la *legitimidad de la ley en un Estado*, principalmente porque lo explicado hasta el presente punto detalla el antecedente social, político y económico del modo en el cual el Gobierno ejecuta actos de gestión en el Perú.

Sobre esta base, la relación progresiva entre “*ciudadano*”, “*comunidad*”, con el “*Estado*”, se pierde debido a que los *elegidos para ocupar un cargo público en el Estado, en un proceso democrático*, incumplen sus objetivos y resultan contrarios al *bien común*.<sup>20</sup>

Como resultado de esta situación, la *legitimidad de la ley*, limita la acción del *Estado*, quien no puede hacer válida la relación inversa frente al *ciudadano*, a quien debía trasladar acciones institucionales que se desarrollan en la complementación y relación de la *legalidad institucional del propio funcionamiento del Estado y los servicios públicos*, para atender las necesidades básicas que requieren.

Resultado negativo que provoca el descrédito de la propia *ley*, provocando la pérdida de valor referencial de la “norma jurídica” en la comunidad, destruyendo el

---

<sup>20</sup> GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio, *Legalidad y legitimidad en el estado contemporáneo*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 131.

concepto del *ius imperium estatal*, porque el Estado, salvo excepciones, no puede hacer coercitiva la misma *ley* que promulga.<sup>21</sup>

La *informalidad social*, el descrédito de las instituciones públicas y la poca legitimidad de las altas autoridades políticas y de las demás entidades que conforman la Administración Pública han provocado que la *ley* sea un concepto ajeno a la realidad social, provocando un contexto sociológico mucho más peligroso que el desarrollado en la “cultura combi”.<sup>22</sup>

Así surge la *sociedad del bandido*, en donde la renuencia a cumplir la ley, a sabiendas de su efecto negativo o represivo de conductas, es un factor que se aprecia inclusive en las mismas autoridades políticas, quienes, a pesar de quedar en evidencia ante la *comunidad*, se resisten a ser cuestionados por actos de notoria vinculación con situaciones anti éticas o delictivas.

Un panorama que no es exclusiva de la *realidad peruana*, y se refleja en el bajo índice de *coerción psicológica* de la *ley* en la propia comunidad, donde los *ciudadanos* son conscientes que el efecto punitivo que pudiera determinarse no se ejecutará, o por la ineficiencia del sistema represivo de la administración o porque se ejecutarán acciones de corrupción que limiten la acción del propio Estado.

El surgimiento de los *narco estados*, es el factor que evidencia esta etapa y nos permite determinar que el principal responsable de esta situación es el propio *ciudadano*, quien por su accionar apolítico,<sup>23</sup> desidioso y negligente ha relativizado la importancia del *Estado*, en contra de sus propios intereses.

## V. EL ESTADO FRENTE A LA COMUNIDAD Y FRENTE AL CIUDADANO

Consecuente con lo detallado, es posible detallar cuatro condiciones en las cuales se pueden determinar las “acciones” del Estado respecto de su relación con la comunidad política:

- a) No se evidencia

---

<sup>21</sup> PORTELLA, Jorge, *Una introducción a los valores jurídicos*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 61.

<sup>22</sup> TOKMAN, Víctor, *Informalidad, inseguridad y cohesión social en América Latina*, CEPAL, Santiago de Chile, 2007, p. 5.

<sup>23</sup> SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, *Democracias bajo presión*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 44.

En la gran mayoría de países de la región latinoamericana, los *índices de pobreza* son determinantes en la génesis de políticas públicas de asistencia social y de mitigación de la pobreza.

Estas acciones, a pesar de su propia naturaleza, logran evidenciar un contexto sumamente negativo en la propia legitimidad del Estado porque logran acreditar la ausencia del Estado en las realidades geográficas donde la pobreza endémica es histórica.

Así, en cada país de la región latinoamericana, se evidencia que el *Estado* ha estado ausente y toda acción que ejecuta se desarrolla con un nivel de insuficiencia que exige al propio Estado determinar *ratios* de atención inmediata, con lo cual el *problema social endémico* (pobreza, atención de servicios públicos, legitimidad del Estado) se incrementa.

En estas *realidades*, la legislación no es reconocida y la evidencia que permite detallar esta situación está ligada al registro de un sistema jurídico paralelo, que desarrolla el *pluralismo jurídico*, debido a que la propia *comunidad* opta por desarrollar sus *valores socioculturales de incidencia jurídica en la comunidad*, para tutelar los intereses de la *comunidad*.

En el Perú, esta realidad ha permitido la variación del contenido de las Constituciones de 1979 y 1993, donde en la segunda se reconoce el valor de las *Rondas Campesinas*, como depositarias de la *legitimidad socio jurídica para aplicar los valores socio normativos de las Comunidades Nativas y Campesinas*.

Sin embargo, el artículo 149° de la Constitución, incurre en un error, un detalle en la redacción justifica nuestra posición, por cuanto el texto constitucional detalla la referencia: *Comunidades Campesinas y Nativas*, y las primeras sólo se registran desde el año 1969 cuando Juan Velasco Alvarado creó las “comunidades campesinas” para dotarlas de legalidad y legitimidad ante el reclamo de sus derechos económicos e históricos.

En esencia, la Constitución debía detallar: *Comunidades Nativas y Campesinas*, porque ese es el verdadero contexto de evolución socio legal de las mismas.

b) Resulta ineficiente

Panorama muy próximo a los Estados con mayores índices de corrupción en la región latinoamericana, en donde el *recurso público* es administrado en forma negligente.

c) Resulta insuficiente

Representado en contextos en los cuales el *Estado* no puede brindar una atención de servicios públicos en forma eficiente, oportuna en el tiempo y proporcional a las necesidades de la *comunidad*.

d) Resulta excluyente

Vinculado sobre todo a las diferencias estructurales que existen en las diferentes *sociedades* que coexisten en la *comunidad nacional*, donde sólo un determinado conjunto de *ciudadanos* acceden a los servicios públicos prestados por el *Estado*.<sup>24</sup>

## VI. LA LEGITIMIDAD DE LA LEY

A consecuencia de todos los elementos preliminares, la “*ley*” no resiste un nivel de evaluación social y la legitimidad resulta sumamente limitada y condicionada.

En el ámbito de la Teoría de Estado, esta condición provoca que la *distribución del poder* en la Administración Pública sea negligente y se puede detallar en la *realidad peruana*, en los siguientes aspectos:

a) Mayor legitimidad institucional del Tribunal Constitucional frente al Poder Judicial.

La ciudadanía no toma en cuenta que los *tipos de procesos* en cada entidad jurisdiccional son diferentes, pero los procedimientos en tiempos y niveles de atención son excluyentes entre ambas, siendo positiva la acción del Tribunal Constitucional y donde se cuestiona severamente al Poder Judicial en todo nivel y ámbito de acción jurisdiccional.

b) La mayor legitimidad de las *jurisdicciones administrativas y arbitrales* frente a la jurisdicción ordinaria.

La prevalencia de una mejor accesibilidad a una *defensa de derechos*, directa y económicamente mucho más proporcionales a los hechos en evaluación ha provocado que los *ciudadanos* acudan más a las instancias administrativas y

---

<sup>24</sup> GARFINKEL, Michelle, *Desarrollo institucional y conflicto: de la geopolítica a la distribución del ingreso*, CAF, Buenos Aires, 2017, p. 21.

arbitrales que al propio Poder Judicial, a pesar de la regulación que otorga legitimidad a la función de impartir justicia, conforme el artículo 138° de la Constitución de 1993.

- c) El Congreso de la República se ha visto limitado frente al control de constitucionalidad de la legislación y en mérito a ello, ni el Ministerio Público (garante de la legalidad en el país) ni el propio Congreso han podido hacer viable y estable la legislación que promulgan.

En este sentido, la mejor referencia está en el hecho puntual que el Ministerio Público no ha promovido ninguna acción de inconstitucionalidad de alguna norma, a pesar que la Constitución les da dicha función.

Los resultados de esta apreciación permiten señalar que en el ámbito de aplicación del Derecho Constitucional, la *comunidad* no logra materializar un elemento significativo en la constitución del propio Estado: la *población* no se hace cercana a su propia administración y ante ello el incremento de los niveles de *informalidad*, que provocan la división en las entidades que conforman la estructura y cadena del *Contrato Social*.

La auto exclusión de condiciones por parte de la *población* hace que el concepto de *comunidad*, se limite y por eso no se puede ponderar favorablemente el desarrollo de la *costumbre*, como valor y mecanismo de *control social*, que permite institucionalizar una *f fuente del Derecho*, sobre la cual la *ley descansa*.

Ante la inexistencia de una relación sólida entre la *ley* con la *costumbre*, la población no asume un nivel de *ciudadanía* y consecuentemente no se genera la *comunidad*, anulándose en el ámbito de la *psiquis social* el concepto de *bien común*.

## VII. CONCLUSIONES

Planteamos el desarrollo de la *legitimidad de la ley*, como resultado de una evaluación de la realidad política, constitucional y social del Estado en la actualidad, y para lo cual evaluamos una referencia puntual: la *realidad peruana*.

Consideramos que los efectos negativos de la *falta de legitimidad del propio Estado* se deben a problemas estructurales en la propia génesis de las Repúblicas

Latinoamericanas, extendiendo la realidad peruana, porque los contextos comparativos resultan muy semejantes, tanto en lo estructural como en lo coyuntural.

Por ende, si el propio Estado está en un nivel de descrédito, la *ley* también asume una condición similar y por eso su valor psicológico y normativo es reducido, generando un grave daño a la institucionalidad democrática de las naciones latinoamericanas.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AMAT Y LEÓN CHAVEZ, Carlos, *El Perú nuestro de cada día: nueve ensayos para discutir y decidir*, Universidad del Pacífico, Lima, 2006.
- CASTAÑEDA, Felipe, “La persona moral frente al Estado infalible: lo público y lo privado desde el problema de la insubordinación en Kant”. En: Sierra, Jorge (et.al) *Kant: defensa y límites de la razón*, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2005.
- ESPINAL, Alfredo, *La gestión de lo público en el Perú: aspectos fundamentales*, ECB Ediciones, Lima, 2015.
- FEINSTEIN, Osvaldo, *La evaluación de políticas: fundamentos conceptuales y analíticos*, CAF, Buenos Aires, 2017.
- GACETA JURÍDICA, *La constitución comentada: análisis artículo por artículo*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, “Tribunal Constitucional y jurisdicción ordinaria”. *Foro Jurídico*, Año 5, N° 9, marzo Lima, 2009.
- GARFINKEL, Michelle, *Desarrollo institucional y conflicto: de la geogopolítica a la distribución del ingreso*, CAF, Buenos Aires, 2017.
- GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio, *Legalidad y legitimidad en el estado contemporáneo*, Dykinson, Madrid, 2014.
- KREBS, Ricardo, *La monarquía absoluta en Europa: el desarrollo del Estado Moderno en los siglos XVI, XVII, XVIII*, Universitaria, Santiago de Chile, 1992.
- MATOS MAR, José, *Desborde popular y crisis del Estado*, Lima, El comercio, 2010.
- MORGAN, Edmund, *La invención del pueblo: el surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y Estados Unidos*, siglo XXI, Buenos Aires, 2006.

- MOUNTJOY, Shane y NCNEESE, Tim, *Marbury v. Madison*, Broomall, Chelsea House, 2007.
- MURAKAMI, Yusuke, *Perú en la era del chino: la política no institucionalizada y el pueblo en busca de un salvador*, IEP, Lima, 2007.
- OAKESHOTT, Michael, *El Estado europeo moderno*, Paidós, Barcelona, 2001.
- PANDO BALLESTEROS, María, GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro y MUÑOZ RAMÍREZ, Alicia, *El cincuentario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos en la ONU*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2018.
- PECES-BARBA, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Madrid, Dykinson, 2004.
- PORTELLA, Jorge, *Una introducción a los valores jurídicos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- RAMOS, Laura y TOUSSAINT, Eric, *Los crímenes de la deuda: deuda ilegítima*, Icaria Editorial, Barcelona, 2006.
- ROUSSEAU, Jean Kaques, *El contrato social*, Ethos, Buenos Aires, 2002.
- SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, *Democracias bajo presión*, Dykinson, Madrid, 2017.
- SCHMIDT, Paul, *Europa entre bastidores del Tratado de Versalles al juicio de Nuremberg*, Ed. Destino, Barcelona, 2005.
- TOKMAN, Víctor, *Informalidad, inseguridad y cohesión social en América Latina*, CEPAL, Santiago de Chile, 2007.
- TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, Tecnos, Madrid, 1988.