e-ISSN: 2305-2546

DERECHO PUCP

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

FUNDADA EN 1944

84

DERECHOS HUMANOS

FONDO EDITORIAL
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DERECHO PUCP

FUNDADA EN 1944

84
2020

DERECHOS HUMANOS

FONDO EDITORIAL
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DERECHO PUCP
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO
FUNDADA EN 1944

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: (51 1) 626-2650
Fax: (51 1) 626-2913
feditor@pucp.edu.pe
www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Derecho PUCP se registra en los siguientes índices, bases de datos, directorios y catálogos:

- Índices: Scopus, Emerging Sources Citation Index (Web of Science), Redalyc, SciELO Perú, Index to Foreign Legal Periodicals (IFLP), ERIH PLUS, Dialnet, Latindex, Directory of Open Access Journals (DOAJ), Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico (REDIB).
- Base de datos: Hein Online, CLASE, EbscoHost.
- Directorios: BASE, JournalTOCS.
- Catálogos: Primo Central, WorldCat, Catálogo Colectivo de la Red de Bibliotecas Universitarias (Catálogo REBUIN), vLex, La Referencia, ALICIA (Concytec).

Derecho PUCP es una revista de investigación académica de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, comprometida con el debate general de ideas. Publica artículos de investigación jurídica o interdisciplinaria, que tengan el carácter de inéditos y originales, los cuales son evaluados por pares, externos, bajo el sistema doble ciego.

La periodicidad de la revista es semestral y aparece, tanto en su soporte físico como en su versión digital, en el primer día del periodo de publicación. El primer número de la revista abarca el periodo de junio a noviembre, y el segundo, de diciembre a mayo.

El público al que se dirige *Derecho PUCP* es principalmente: (1) investigadores en derecho y en ciencias afines, (2) profesionales en derecho y (3) comunidad universitaria.

La versión electrónica de la revista está disponible en http://revistas.pucp.edu.pe/derechopucp

Cuidado de edición y diagramación: Pesopluma S.A.C.
www.pesopluma.net | contacto@pesopluma.net

Asistenta académica: Rosa Natalí Llique Ramírez
Asistente administrativa: Jessica Cadenas Hernani

El contenido de los artículos publicados en *Derecho PUCP* es responsabilidad exclusiva de los autores.

e-ISSN: 2305-2546
Primera edición: mayo 2020

EDITOR GENERAL

Abraham Siles Vallejos
Pontificia Universidad Católica del Perú

CONSEJO EDITORIAL

Marisol Anglés Hernández
Universidad Nacional Autónoma de México

Reynaldo Bustamante Alarcón
Universidad del Pacífico

Rémy Cabrillac
Universidad de Montpellier

Nadia de Araujo
Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro

Marina Gascón Abellán
Universidad Castilla-La Mancha

Michele Graziadei
Universidad de Turín

Claudia Carolina Mejías Alonzo
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Roger Merino Acuña
Universidad del Pacífico

Rómulo Morales Hervias
Pontificia Universidad Católica del Perú

Claudio Nash Rojas
Universidad de Chile

Martha Neme Villarreal
Universidad Externado de Colombia

Cecilia O'Neill de la Fuente
Universidad del Pacífico

Alba Ruibal
Universidad Nacional de Córdoba

CONSULTORAS TEMÁTICAS

Renata Bregaglio Lazarte

Elena Alvites Alvites

CONSEJO CONSULTIVO

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

Guido Calabresi
Universidad de Yale

Antônio Cançado Trindade
Universidad de Cambridge

Francisco Fernández Segado
Universidad Autónoma de Madrid

Owen Fiss
Universidad de Yale

Héctor Fix Zamudio
Universidad Nacional Autónoma de México

Juan Gorelli Hernández
Universidad de Huelva

Peter Häberle
Universidad de Friburgo

Mônia Clarissa Hennig Leal
Universidad de Santa Cruz do Sul

Antonio Ojeda Avilés
Universidad de Sevilla

Javier Pérez de Cuéllar
Pontificia Universidad Católica del Perú

Luis Prieto Sanchís
Universidad Castilla-La Mancha

Umberto Romagnoli
Universidad de Bolonia

Néstor Pedro Sagüés
Universidad Complutense de Madrid

Tomás Salvador Vives
Universidad Complutense de Madrid

César San Martín Castro
Pontificia Universidad Católica del Perú

Juan María Terradillos Basoco
Universidad de Cádiz

CONTENIDO

DERECHOS HUMANOS

9 ¿Sospechar para igualar? Un análisis «estricto» de la doctrina de las categorías sospechosas a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos
TRILCE VALDIVIA AGUILAR

47 El caso de los buzos miskitos: un laboratorio vivo para auditar la adaptabilidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos
VÍCTOR DANIEL CABEZAS ALBÁN

69 ¿Existe un lugar para el arbitraje dentro del sistema de reparaciones practicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos?
PIERO RÍOS CARRILLO

99 Objeción de conciencia y aborto en Chile
PABLO MARSHALL / YANIRA ZÚÑIGA

131 La modificación constitucional del derecho a la nacionalidad peruana
GATTĀS ABUGATTĀS

155 Análisis documental sobre el tema del *big data* y su impacto en los derechos humanos
EVELYN TÉLLEZ CARVAJAL

189 Alcance y límites del principio de jerarquía. Criterios para jerarquizar derechos, valores, bienes y otros elementos
JUAN CARLOS RIOFRÍO

223 Enemistad aparente: la tensión entre el concepto de graves violaciones de derechos humanos de la Corte Interamericana con el Derecho Penal
ADRIÁN LENGUA PARRA / VÍCTOR EMILIO OSTOLAZA SEMINARIO

271 La protección de datos personales y el derecho al olvido en el Perú. A propósito de los estándares internacionales del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.

DEVORA FRANCO GARCIA / ALEJANDRO QUINTANILLA PEREA

MISCELÁNEA

303 ¿Violan los precedentes la IJI? Desencuentros desde la incomprensión

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO

337 El caso fortuito: fundamentos culturales y religiosos de una categoría jurídica y de una cosmovisión

LORIS DE NARDI

355 La armonización del acceso a la apelación en Europa: modelos comparados y borrador del proyecto ELI/Unidroit

ÁLVARO PÉREZ RAGONE

INTERDISCIPLINARIA

393 La enseñanza del derecho frente al pasado de sus estudiantes

FERNANDO DEL MASTRO PUCCIO

DERECHOS HUMANOS

DERECHO PUCP
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.001
CC BY
DERECHO PUCP
N° 84, 2020
junio-noviembre
pp. 9-87
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

¿Sospechar para igualar? Un análisis «estricto» de la doctrina de las categorías sospechosas a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

To suspect in order to equate? A «strict» scrutiny of the suspect classifications doctrine from the case law of the Peruvian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights

TRILCE VALDIVIA AGUILAR**
Universidad Católica San Pablo (Perú)

Resumen: Este artículo es un estudio crítico, introductorio y valorativo de la doctrina de las categorías sospechosas de discriminación a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su objetivo es describir las peculiaridades de dicha doctrina en la jurisprudencia de ambos tribunales y analizar críticamente su fundamentación, así como sus consecuencias: el examen de escrutinio estricto. Para cumplir con dicho propósito, se describen los casos en los que los tribunales se han referido explícitamente a la doctrina de las categorías sospechosas. A partir de ellos, la autora identifica que ambos tribunales han adoptado la noción de igualdad como reconocimiento de grupos vulnerables para fundamentar dicha doctrina y establecido como su principal efecto la aplicación de un examen estricto de proporcionalidad. Finalmente, el trabajo valora críticamente dichos hallazgos jurisprudenciales y propone algunas sugerencias para superar las objeciones presentadas.

Palabras clave: Categorías sospechosas, igualdad y no discriminación, escrutinio estricto, juicio de igualdad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional Peruano

Abstract: This paper is an introductory study of the doctrine of suspect classifications based on the case law of the Peruvian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights. It aims to describe the special features of this doctrine as well as to critically analyze its proposed justification and the consequences of its application: The strict scrutiny test. To achieve this purpose, this work describes the case law in which both courts

* Una versión previa de este artículo se presentó como comunicación en la Mesa Temática N° 5 de las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales, organizada por el área de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) en octubre de 2018. La autora agradece los comentarios José Chávez-Fernández Postigo y de los árbitros que evaluaron este trabajo, los cuales fueron de gran ayuda para mejorar aspectos sustanciales y formales del mismo.

** Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Northwestern University (Chicago, Illinois, EE. UU.). Docente titular de los cursos de Seminario de Introducción al Derecho Comparado y Derecho Constitucional en el Departamento de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa, Perú.
Código ORCID: 0000-0002-6842-1632. Correo electrónico: tvaldivia@ucsp.edu.pe

have explicitly mentioned this doctrine. Based on this study, the author identifies that the foundation of this doctrine lies in the notion of equality as recognition of vulnerable groups and that both tribunals have established as its main effect the application of a strict scrutiny test. Finally, the author critically assesses these jurisprudential findings.

Key words: Suspect classifications, equality and non-discrimination, strict scrutiny, equality test, Inter-American Court of Human Rights, Peruvian Constitutional Court

CONTENIDO: I. LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS Y EL TC PERUANO.– II. LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS Y EL TC PERUANO.– III. LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH.– IV. UN ANÁLISIS ESTRICTO DE LAS «CATEGORÍAS SOSPECHOSAS».– IV.1. LA IGUALDAD DE GRUPO BAJO EXAMEN.– IV.2. EL ESCRUTINIO ESTRICTO BAJO SOSPECHA.– V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El creciente diálogo entre tribunales constitucionales, cortes supremas y tribunales internacionales de derechos humanos posibilita la migración de una serie de conceptos y aproximaciones a los derechos fundamentales. En ese marco, el principio de no discriminación se ha visto sujeto a renovados esfuerzos jurisprudenciales por actualizar su contenido de modo que su eficacia como herramienta para el develamiento de diferenciaciones injustas no se vea mermada. Uno de estos esfuerzos fue la creación de la doctrina de las «categorías sospechosas de discriminación» en el seno de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la que plantea la existencia de ciertos criterios vedados para la diferenciación legislativa, de modo que cualquier distinción basada en ellas suponga la evaluación de la medida bajo un escrutinio «estricto». Esta idea ha migrado al constitucionalismo latinoamericano[1] y ha sido adoptada tanto por el Tribunal Constitucional del Perú (en adelante, TC) como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH).

Este trabajo es un estudio introductorio a la doctrina de las categorías sospechosas de discriminación en la jurisprudencia del TC y de la Corte IDH. Su objetivo es describir las peculiaridades de dicha doctrina

1 Además de los tribunales que son objeto de estudio en este trabajo, dicha doctrina ha sido adoptada, entre otras instancias de justicia, por la Corte Suprema de Justicia de México (véase Controversia Constitucional 32/2009, 2009; Amparo Directo en Revisión 1387/2012, 2012; Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, 2015; y Amparo en Revisión 615/2013, 2013, entre otros), la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (véase *Hooft, Pedro Cornelio Federico vs. Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, 2004), la Corte Constitucional de Colombia (véase Sentencia C-093, 2001; C-671, 2001; y T-376, 2013, entre otras) y la Corte Constitucional de Ecuador (véase Sentencia N° 080-13-SEP-CC, 2013; Sentencia N° 292-16-SEP-CC, 2016; Sentencia N° 057-17-SEP-CC, 2017; y Sentencia N° 004-18-SEP-CC, 2018). Asimismo, desde la doctrina, se ha analizado este concepto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile; al respecto, véase Díaz de Valdés (2018).

en la jurisprudencia de ambos tribunales y analizar críticamente los fundamentos, así como los efectos de su aplicación: el examen de escrutinio estricto. El trabajo se divide en tres acápites: el primero desarrolla la doctrina de las categorías sospechosas en la jurisprudencia del TC, el segundo hace lo propio respecto de la jurisprudencia de la Corte IDH, y el tercero valora críticamente tanto la justificación como los efectos de la aplicación de dicha doctrina.

II. LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS Y EL TC PERUANO

Son categorías sospechosas aquellos criterios sobre los cuales no pueden efectuarse distinciones entre los individuos; es decir, se presume su inconstitucionalidad por existir un alto grado de probabilidad de discriminación injusta sobre su base. La doctrina se origina en el seno de la Corte Suprema norteamericana a fin de proteger a minorías raciales (Baker, 2008, p. 877). Es a partir de su interpretación del artículo 2.2 de la Constitución Política del Perú que el TC ha incorporado la doctrina de las categorías sospechosas de discriminación en su jurisprudencia. Esta disposición contiene dos cláusulas: una primera, que reconoce el derecho a la igualdad ante la ley; y otra, que reconoce el derecho a no ser discriminado por motivos tales como «el origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole». La primera cláusula reconoce el derecho-principio de igualdad en sus dos vertientes, igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley; mientras que la segunda reconoce el derecho a la no discriminación, el que encuentra directa conexión con la doctrina de las categorías sospechosas toda vez que, en sentido estricto, el principio de no discriminación prohíbe todas aquellas distinciones entre personas que impliquen una negación de la dignidad humana por fundarse en la superioridad o inferioridad del valor intrínseco de un grupo de personas respecto de otras (Bilbao Ubillús & Rey Martínez, 2003, p. 111; Fernández, 2003, p. 81).

Las diferentes constituciones y tratados de derechos humanos reconocen múltiples criterios *prima facie* prohibidos de discriminación. No se acepta de forma unánime que todos los criterios listados sean igualmente sospechosos; en otras palabras, un sector de la doctrina reconoce una jerarquía de criterios prohibidos, siendo sospechosos solo algunos de ellos (Bayefsky, 1990; Pérez Portilla, 2005). Las cláusulas de no discriminación son por lo general fórmulas abiertas que permiten su actualización por parte de los tribunales. La pregunta central es cuál es el criterio utilizado por los tribunales para incorporar nuevas categorías sospechosas, cuestión que intentaremos responder en el contexto del TC peruano. No obstante, puede observarse en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho constitucional

comparado que muchas veces estos criterios obedecen a características personales inmutables (en el sentido de que modificarlas implicaría afectar severamente la identidad personal), características personales irrelevantes como criterios de reparto, características cuya distinción impacta gravemente sobre la dignidad humana, así como a grupos sociales vulnerables o minorías históricamente marginadas (Gerards, 2013, pp. 113-114).

La doctrina señala que, en muchas ocasiones, las distinciones sobre la base de categorías sospechosas se fundan en prejuicios, juicios incorrectos sobre la menor valía de un grupo de personas, estereotipos de tipo irracional, simplificaciones de la realidad basadas en errores o generalizaciones exageradas que sirven como indicios para atribuir a una persona roles o rasgos en razón de su pertenencia a cierto grupo social o de la posesión de cierta característica personal. Se trata, pues, de ideologías fundadas sobre «modelos a seguir» imposibles de sostenerse racionalmente, aversiones y preferencias personales de tipo superficial (es decir, aquellas abrazadas por sujetos desinformados o irracionales que producen daños innecesarios a otros) (Alexander, 1992, p. 219).

En la sentencia del caso *Miguel Alejandro Cadillo Palomino vs. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*, el TC peruano mencionó por primera vez en su jurisprudencia la llamada doctrina de las «categorías sospechosas de discriminación». Dicho fallo fue expedido en el marco de un proceso de amparo en el que el recurrente, Miguel Cadillo, reclamaba haber sido injustamente excluido del Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente. Este alegó que, a pesar de cumplir con los mismos requisitos de otros trabajadores cesados, había sido excluido del registro sin una justificación objetiva y razonable, lo que ocasionó que no sea reincorporado en su puesto de trabajo. Si bien el señor Cadillo arguyó que en su caso debía aplicarse el «principio de analogía», reconocido en el artículo 3 de la ley N° 29059, la carta en la que se le comunica que la Administración decidió excluirlo del Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente no ofrecía ningún elemento que justificase la no aplicación de este principio (2010, § 6). El TC calificó la situación del señor Cadillo como una de discriminación indirecta, agravada en razón a su condición de discapacidad, la cual el TC considera un criterio sospechoso o potencialmente discriminatorio, por lo que debe reputarse *prima facie* como inconstitucional (2010, § 34). ¿Cómo define nuestro Alto Tribunal a los criterios sospechosos? A juicio del TC, son categorías sospechosas:

> Aquellos criterios de clasificación que aluden a determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del ordenamiento jurídico. En este caso, dicha protección cualificada

> consiste en establecer que toda distinción que se funde en alguno de estos criterios expresamente vedados, estará afecta a una *presunción de inconstitucionalidad*, la cual solo podrá ser desvirtuada a través de una justificación estricta, objetiva y razonable (§ 32).

En una sentencia ulterior, el TC reconoció además que la discriminación basada en un criterio sospechoso, como la discapacidad, no solo se produce cuando se realiza un trato diferenciado injustificado, sino también cuando «frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario» (*Jane Margarita Cósar Camacho y otros vs. Supermercados Peruanos S.A. Plaza Vea*, 2014, § 6). En esa línea, el TC aludió a la obligación estatal de especial protección de las personas con discapacidad reconocida en los artículos 2.2 y 7 de la Constitución, e interpretó a partir de ella «el deber estatal de establecer *ajustes razonables* orientados a promover las condiciones necesarias que permitan eliminar las exclusiones de las que históricamente han sido víctimas» (§ 7). Como puede apreciarse, en estos casos, el criterio sospechoso no actúa como escudo frente a la diferenciación injustificada, requiriendo evaluar la medida diferenciadora desde un escrutinio estricto; sino como arma para justificar la erradicación de las causas de la marginación histórica de una población vulnerable. En ese sentido, el TC notó que

> La falta de *ambientes físicos* adecuados a las necesidades de las personas con discapacidad ha desencadenado, primero, su marginación y, luego, su exclusión de todos estos procesos sociales, presentándose tales déficits de organización de la estructura social como el principal impedimento para que este sector de la población acceda al goce y ejercicio pleno de sus derechos y libertades (§ 9).

Para el TC, el hecho de que estos criterios sospechosos no se encuentren listados en el artículo 2.2 de la Constitución no es óbice para su reconocimiento, toda vez que dicha cláusula no tiene caracter de *numerus clausus*. Además del origen, la raza, el sexo, la religión, la opinión, la condición económica, la expresión «de cualquier otra índole» del artículo 2.2 de la Carta Magna es, a juicio del TC, «una fórmula adoptada por el constituyente que permite actualizar el contenido de la Constitución frente al surgimiento de nuevas situaciones de vulnerabilidad» (*María Chura Arcata vs. Banco de la Nación*, 2017, § 19). En esa línea, además de la discapacidad, el TC ha identificado como nueva categoría sospechosa a la «edad». En sentido similar a fallos anteriores, el TC puntualizó que «cualquier distinción tomando en cuenta este factor requerirá de una fuerte argumentativa de parte del órgano que efectuó el trato diferenciado a fin de justificar la constitucionalidad de la medida adoptada, la cual será sometida a escrutinio estricto» (§ 31).

En la argumentación de esta sentencia resulta ilustrativo reparar en la metodología del TC para identificar a nuevos criterios sospechosos de discriminación injusta. A juicio del TC, para la identificación de un nuevo criterio sospechoso, no parece necesario probar o justificar su razonabilidad o irrazonabilidad como criterio de reparto. Como es sabido, la edad es un criterio común de diferenciación —por ejemplo, el criterio de mayoría de edad opera como título habilitante de una serie de derechos civiles—, por lo que no parecería conveniente calificar a la «edad» como criterio *prima facie* prohibido de discriminación (*Massachussets Board of Retirement v. Murgia; y Gregory v. Aschroft*, 1976). No obstante, el TC reconoce a la «edad» como criterio prohibido de discriminación cuando este sirve para proteger a un grupo vulnerable, como son las personas adultas mayores o de la tercera edad. Consecuentemente, en opinión del TC, la edad no sería un criterio prohibido de discriminación en sí mismo, sino en función del grupo social que protege. ¿Cómo decide el TC qué grupos sociales han de ser protegidos por las categorías sospechosas? De la argumentación de la sentencia analizada, pareciera que para el TC la metodología principal para proteger especialmente a un grupo social contra situaciones de discriminación consiste en identificar cuán arraigada socialmente se encuentra su situación de vulnerabilidad en las circunstancias actuales[2]. Asimismo, a partir de la *ratio decidendi* del TC, parece identificarse una correlación entre categoría sospechosa y deber especial de protección, convirtiéndose a los integrantes de grupos vulnerables en «titulares superreforzados de derechos fundamentales» o «titulares con una calidad especial» (*María Chura Arcata vs. Banco de la Nación*, 2017, § 25). La línea argumentativa antes descrita no solo ha sido aplicada por el TC para referirse a la identificación de nuevos criterios sospechosos; así, por ejemplo, cuando se ha pronunciado sobre la prohibición de discriminación por sexo, ha enfatizado que esta tiene como propósito terminar «con la histórica situación de inferioridad de la mujer en la vida social, cultural, económica y política» (*Andrea Celeste Álvarez Villanueva vs. Ministerio de Defensa*, 2015, § 22).

Adicionalmente, conviene reparar en la metodología adoptada por el TC para juzgar una diferenciación basada en una categoría sospechosa. El TC ha señalado que para casos que involucren una diferenciación basada en un criterio sospechoso, el juez constitucional habrá de sujetarse a las siguientes reglas (véase *María Chura Arcata vs. Banco de la*

2 Así, por ejemplo, el TC cita al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano de vigilancia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, cuando afirma que: «[n]i en el Pacto ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos se hace explícitamente referencia a la edad como uno de los factores prohibidos. En vez de considerar que se trata de una exclusión intencional, esta omisión se explica probablemente por el hecho de que, cuando se adoptaron estos instrumentos, el problema del envejecimiento de la población no era tan evidente o tan urgente como en la actualidad» (Observación General N° 6 sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, U.N. Doc. E/C.12/1995/16/Rev.l, 1995, § 11).

Nación, 2017, § 34; *Fiscal de la Nación vs. Congreso de la República*, 2006, §§ 128-151; *Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima vs. Congreso de la República*, 2005, §§ 35-41; y *Miguel Alejandro Cadillo Palomino vs. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*, 2010, § 53).

1. Primer paso - verificación de la diferenciación legislativa

En este primer nivel, se contrasta el supuesto de hecho aparentemente discriminatorio con el supuesto fáctico que sirve como término de comparación. Para el TC, «en el juicio de igualdad, ese objeto, sujeto, situación o relación con el cual se realiza el contraste, se denomina término de comparación (*tertium comparationis*)» (*Miguel Alejandro Cadillo Palomino vs. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*, 2010, § 53). Para que este *tertium comparationis* sea válido debe tratarse, en primer lugar, de un supuesto de hecho lícito y, en segundo lugar, «debe ostentar propiedades que, desde un punto de vista fáctico y jurídico resulten sustancialmente análogas a las que ostenta la situación jurídica que se reputa como discriminatoria» (§ 54).

2. Segundo paso - determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad

- Intensidad grave, «cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos prohibidos por la Constitución (artículo 2, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental o constitucional» (*Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima vs. Congreso de la República*, 2005, § 35); o aunque, sin tratarse de un derecho fundamental, se trata de uno que permite la «realización de otros derechos y principios reconocidos en la Constitución» (*María Chura Arcata vs. Banco de la Nación*, 2017, § 37).
- Intensidad media, «cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos prohibidos por la propia Constitución (artículo 2, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo» (*Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima vs. Congreso de la República*, 2005, § 35).
- Intensidad leve, «cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo» (*Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima vs. Congreso de la República*, *2005*, § 35).

3. Tercer paso - finalidad constitucional de la medida diferenciadora

El TC analiza «si la intervención tiene un propósito de relevancia constitucional, o que al menos no se encuentra proscrito de manera directa por la Constitución». En este hito del examen de igualdad se determina «el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del medio (objetivo), como identificar el bien jurídico cuyo fomento u optimización se intenta alcanzar (finalidad en sentido estricto)» (*María Chura Arcata vs. Banco de la Nación*, 2017, § 61). Cuando se trata de un examen de intensidad «grave» o «escrutinio estricto», la carga de la prueba se invierte y «será deber del demandado, y no del demandante, probar que dicha discriminación no se ha producido» (*Miguel Alejandro Cadillo Palomino vs. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*, 2010, § 34); asimismo, el demandado deberá demostrar la «imperiosa necesidad» de la medida diferenciadora (§ 34).

4. Cuarto paso - examen de idoneidad de la medida diferenciadora

En esta etapa el juez evalúa si existe una relación de causalidad entre «el medio adoptado a través de la intervención legislativa y el fin propuesto por el legislador» (*Miguel Alejandro Cadillo Palomino vs. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*, 2010, § 38). El TC sugiere realizar un análisis dividido en dos fases: «primero, establecer si existe una relación causal entre la intervención en la igualdad – medio – y el objetivo que se quiere conseguir o lograr; y, segundo, encontrar si hay relación entre el objetivo y la finalidad de la intervención» (*María Chura Arcata vs. Banco de la Nación*, 2017, § 65).

5. Quinto paso - examen de necesidad de la medida diferenciadora

Aquí se evalúa que la medida legislativa aparentemente discriminatoria sea la que menos afecte tanto el derecho a la igualdad como otros derechos involucrados. En ese sentido, «debe determinarse (i) si es que no existen medios alternativos que sean, por lo menos, igualmente idóneos que el medio efectivamente adoptado; y además, si es que (ii) dentro de los medios alternativos por lo menos igualmente idóneos no existen algunos que sean más benignos con el derecho involucrado que el medio efectivamente adoptado» (*María Chura Arcata vs. Banco de la Nación*, 2017, § 75). En otras palabras, la medida debe reputarse indispensable.

6. Sexto paso - examen de proporcionalidad en sentido estricto

Consiste en verificar que las ventajas obtenidas por la medida aparentemente discriminatoria sean proporcionales a la intervención en el derecho a la igualdad y en los otros derechos involucrados en el caso. Cuando se trata de un examen estricto, la duda sobre el nivel de

«sacrificio» de un derecho fundamental favorece al demandante, lo que significaría decantarse por declarar la inconstitucionalidad de la ley.

III. LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

En la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) encontramos tres tipos de cláusulas de igualdad. De una parte, el artículo 1.1, considerado como cláusula subordinada, por lo que «forma parte integral de todos y cada uno de los artículos convencionales que establecen derechos y libertades» (Ruiz Chiriboga, 2012, p. 217). De otra parte, el artículo 24, que se considera una cláusula autónoma y tiene un mayor alcance pues se extiende a aquellos derechos reconocidos a nivel interno. Por último, hay una serie de cláusulas incorporadas a distintos artículos de la Convención, tales como los artículos 8.2 y 13.5 de la CADH. En la sentencia del caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, la Corte IDH señaló enfáticamente que «si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24» (2008, § 54). Analizando el sentido de las cláusulas subordinada y autónoma, González y Parra han afirmado que el artículo 1.1 recogería una concepción de discriminación destinada principalmente a la protección de grupos sociales vulnerables o discriminación como no sometimiento, y el artículo 24 una concepción de igualdad como no arbitrariedad (2008, p. 132). Ruiz Chiriboga es de opinión distinta y afirma que no existen propiamente dos cláusulas distintas, sino que el principio de igualdad y el de no discriminación son las dos caras de una misma moneda, toda vez que el principio de igualdad no prohíbe las diferencias razonables. De este modo, el artículo 24 contiene una prohibición de discriminación y el artículo 1.1 reconoce también el principio de igualdad ante la ley, influyendo ambos en su interpretación (2012, pp. 197-199). A continuación, pasaremos a dar detalle de lo que ha manifestado la Corte IDH al respecto en su jurisprudencia.

Sobre las categorías sospechosas, la Corte IDH se pronunció por primera vez en la sentencia del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (2012), en el que decidió si el Estado chileno había cometido un trato discriminatorio contra la señora Atala, en razón de su orientación sexual, durante el proceso de custodia de sus hijas. En este fallo, la Corte de San José señaló que «al interpretar la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1 de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable al ser humano» (§ 84). Por lo que, luego de realizado un ejercicio de interpretación evolutiva —que se fundamenta, sobre todo, en documentos de derecho indicativo o *soft law* (notas al pie 97-113

del fallo)[3]— de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Alto Tribunal Interamericano concluye que «la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención» (§§ 91-92). Para la Corte IDH, las minorías sexuales han sido víctimas de una situación de discriminación histórica y estructural (nota al pie 114), por lo que la posible falta de consenso sobre el respeto pleno a estas minorías no debería ser considerada como un «argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos» (nota al pie 114). Asimismo, en relación con el examen de razonabilidad al que se deben someter las diferenciaciones que utilicen criterios prohibidos, la Corte IDH determinó que el mismo exigirá una «fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio» (nota al pie 124).

El segundo caso en el que la Corte IDH ha tratado la doctrina de las categorías sospechosas es el de *Norín Catrimán y otros vs. Chile* (2014), en el que condenó al Estado chileno por violaciones de los derechos humanos, al debido proceso y a la igualdad y no discriminación cometidas contra integrantes del pueblo mapuche. Estas se habrían materializado en la dación de un número de sentencias entre los años 2013 y 2014 que justificaron su parte decisoria en las disposiciones de la ley 18.314, la cual determina las conductas terroristas y fija su penalidad. La Corte sentenció que el Estado chileno había violado el derecho a un juez imparcial, toda vez que en las sentencias condenatorias de las presuntas víctimas se emplearon estereotipos y prejuicios negativos que asociaron a las comunidades mapuches con grupos terroristas. En su fallo, la Corte IDH reconoció el origen étnico como criterio prohibido de discriminación, extendiendo nuevamente el catálogo del artículo 1.1 de la CADH. Para justificar su decisión, la Corte IDH acudió a diversos tratados internacionales que prohíben explícitamente la discriminación por origen étnico (§ 202). Adicionalmente, recurrió a sendos instrumentos internacionales que reafirman el derecho de los pueblos indígenas a la no discriminación (§ 203). Sirva destacar que en este fallo la Corte IDH indicó haber interpretado la CADH sobre la base de las garantías del artículo 29 y de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Para la Corte IDH, al interpretar el contenido de la frase «cualquier otra condición social» del artículo 1.1 de la CADH, debe «elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano» (§ 203).

Posteriormente, en la sentencia del caso *Granier y otros vs. Venezuela* (2015), la Corte IDH interpretó que la categoría prohibida «opiniones

3 Al respecto, véase Ruiz Chiriboga (2012).

políticas» protegería implícitamente la línea editorial de un canal de televisión, al ser esta «reflejo de las opiniones políticas de sus directivos y trabajadores en la medida en que estos involucren y determinen el contenido de la información transmitida» (§ 224). La Corte IDH resaltó que, al tratarse el caso de una presunta discriminación en función de un criterio prohibido por el artículo 1.1 de la CADH, «exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio» (§ 228).

Más adelante, en la sentencia del caso *González Lluy y otros vs. Ecuador* (2015), la Corte IDH incorporó al catálogo de criterios prohibidos de discriminación la condición de persona con VIH. Asimismo, la Corte IDH precisó que cada vez que se juzgue una diferenciación basada en un criterio sospechoso, esta debe ser evaluada bajo un escrutinio judicial más estricto, enmarcado en el principio de proporcionalidad (§ 257)[4]. Dicho examen estricto implica que la diferenciación debió buscar el logro de una finalidad imperiosa, y que haber recurrido a esa diferenciación era «el único método para alcanzar esa necesidad imperiosa» (§ 256). La Corte IDH fue enfática al señalar que «las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva» (§ 256), además de corresponderle a la autoridad la carga de la prueba; es decir, la demostración de que la medida no tenía un propósito discriminatorio. Para justificar la incorporación de este criterio, la Corte IDH recurrió a las interpretaciones que han realizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de Derechos del Niño, los que han calificado al «estado de salud» como criterio prohibido de discriminación. La Corte encontró que Thalía y su familia habían sido víctimas del estigma social asociado a su condición de personas con VIH, lo que generó la expulsión de su centro educativo y la imposibilidad de un ejercicio adecuado de su derecho a la educación. De igual manera, la Corte IDH encontró que la discriminación de la que fue objeto Thalía González Lluy tuvo un alcance mayor que el de una discriminación genérica, basada en un criterio sospechoso. Para la Corte IDH, en este caso se produjo una situación de discriminación interseccional, en la que confluyeron

> […] múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma

4 Este principio ha sido desarrollado en jurisprudencia previa por la Corte IDH, por ejemplo, en *Kimel vs. Argentina* (2008, §§ 70-84).

> específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente (§ 290).

Recientemente, en el caso *Trabajadores de Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (2016), la Corte IDH incorporó al criterio pobreza como implícito a la categoría «posición económica» en el artículo 1.1 de la CADH. Para la Corte IDH,

> […] toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la extrema pobreza o marginación (§ 337).

La Corte IDH identificó en este caso una situación de discriminación estructural y afirmó que «el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas» (§ 338). Sobre el reconocimiento de la pobreza como criterio prohibido de discriminación, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor señaló en un voto razonado que

> […] la posición económica alude a situaciones estructurales de negación, por diversas circunstancias, a un sector de la población, de necesidades generales de vida digna y autónoma. Debe entenderse, pues, dentro del conjunto de situaciones que impiden que una persona desarrolle una vida digna, como el acceso y disfrute a los servicios sociales más básicos (2016, § 54).

Asimismo, sobre la metodología adoptada por el tribunal interamericano para identificar nuevas categorías sospechosas de discriminación, resaltó que estas «han respondido a las realidades sociales que se han ido presentando con la evolución de las mismas; en donde, además no se vinculan de manera individual sino que responden a diversos factores y barreras sociales y culturales de manera conjunta» (§ 55). Así, para el presidente de la Corte IDH, «resulta necesario entender la no discriminación a la luz de una situación de desventaja que presentan algunos grupos y por lo tanto los pueden someter a condiciones históricas de discriminación, que en ocasiones se encuentran avaladas por la sociedad» (§ 79).

Por su parte, Ferrer Mac-Gregor, a partir de la jurisprudencia previa de la Corte IDH, propone una serie de elementos que pueden ser tomados en consideración a fin de identificar a un grupo vulnerable susceptible de ser protegido por el artículo 1.1 de la CADH. En primer lugar, se trataría de «un grupo o grupos de personas que tienen características inmutables o inmodificables por la propia voluntad de la persona o bien que están relacionados a factores históricos de prácticas discriminatorias, pudiendo ser este grupo de personas minoría o mayoría» (§ 80). En segundo lugar, dada la situación de subordinación sistemática e histórica de la que han sido víctimas estos grupos, sus miembros se encuentran impedidos de «acceder a condiciones básicas de desarrollo humano» (§ 80). En tercer lugar, que dicha situación de discriminación puede limitarse a un territorio geográfico determinado o a todo el territorio de un Estado, y que puede prolongarse a través de diferentes generaciones en el tiempo. Por último, que los integrantes de estos grupos «son víctimas de discriminación indirecta o bien de discriminación *de facto*, por las actuaciones o aplicación de medidas o acciones implementadas por el Estado» (§ 80). Tan solo un mes más tarde, en la sentencia del caso *I.V. vs. Bolivia* (2016), la Corte IDH incorporó al listado de criterios sospechosos del artículo 1.1. de la CADH la condición de persona refugiada (§ 240). En relación con la metodología para la identificación de nuevos criterios sospechosos, la Corte afirma que estos responden a «i) rasgos permanentes de las personas de los cuáles estas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados; y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales». Reiterando su anterior jurisprudencia, la Corte afirma que, «cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis» (§ 241). Entre otros, busca que la finalidad de la medida sea no solo legítima, sino además imperiosa; que la medida sea no solo idónea, sino necesaria; y que los beneficios de adoptar la medida en cuestión sean «claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma» (§ 241). No obstante, aunque en este caso la Corte identificó la categoría «persona en condición de refugiada» como sospechosa, esta no fue el principal lente de análisis. La Corte aplicó el enfoque de la «discriminación múltiple» y determinó que en el caso de la señora I.V. convergieron diversos factores de discriminación, como su condición de mujer, su origen nacional (peruana) y su posición económica. Más aún, la protección estricta del artículo 1.1 se activó en razón de la discriminación por sexo y género de la que fue víctima la señora I.V. al haber sido objeto de estereotipos en relación con la toma de decisiones reproductivas (§ 243). Una vez aplicado el examen de escrutinio estricto, la Corte encontró que, aunque

la decisión de practicar la ligadura de trompas de Falopio a la señora I.V. no obedeció a su origen nacional, posición económica o condición de refugiada, estos factores «incidieron sobre la magnitud de los daños que sufrió I.V. en la esfera de su integridad personal» (§ 248). La Corte IDH encontró la responsabilidad del Estado por discriminación en razón de la condición de mujer de la señora I.V., toda vez que el proceso de esterilización anuló de forma discriminatoria su poder decisorio al no haber prestado su consentimiento y haberse buscado la confirmación de su esposo, lo que, en opinión de la Corte, demostró «que actuó bajo el estereotipo de que ella no era capaz de tomar una decisión autónoma sobre su cuerpo» (§ 246).

En pronunciamientos anteriores a los reseñados, la Corte IDH había extendido el número de criterios prohibidos de discriminación enunciados en el artículo 1.1 de la CADH[5]. Así, incluyó entre estos al «género», y reemplazó el criterio «posición económica» por el de «situación económica», y el criterio «opiniones políticas» por el de «opinión política», sin dar mayores explicaciones (Dulitzky, 2010, p. 580). En esa línea, sin aludir necesariamente al artículo 1.1, la Corte ha identificado a otros grupos sociales como vulnerables y les ha concedido una protección especial, tal es el caso de las personas con discapacidad (*Ximenes Lopes vs. Brasil*, 2006; *Furlán y familiares vs. Argentina*, 2012; *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, 2012), la de los migrantes indocumentados (*Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, 2012) y, más recientemente, la de las personas adultas mayores (*Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 2018)[6].

De lo antes expuesto, puede concluirse que la Corte IDH justifica la incorporación de nuevos criterios sospechosos, primero remitiéndose a los contenidos de las cláusulas de igualdad de otros tratados de derechos humanos —como sucedió en el caso de la inclusión del criterio «etnia» (*Norín Catrimán y otros vs. Chile*, 2014, § 202)—, así como a las decisiones y opiniones de otros tribunales internacionales y organismos de seguimientos de tratados —como sucedió en el caso de la inclusión de los criterios «orientación sexual» y «condición de persona con VIH»—. Segundo, en la mayoría de las ocasiones esta justificación formal se ve reforzada por una de carácter material, la que se configuraría cuando un criterio coincide con la identificación de nuevos grupos vulnerables, los que habrían sido objeto de una discriminación de tipo histórico y estructural. Lo vemos así en el caso de las «minorías sexuales», «personas que padecen VIH», «migrantes indocumentados», «personas con discapacidad», «personas adultas mayores» y «personas en situación

5 A la letra: «Artículo 1.- Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza».

6 Para conocer sobre la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de protección de grupos vulnerables, puede consultarse Peroni (2013) y Arnardóttir (2017).

de pobreza». Si bien en la sentencia del caso *I.V. vs. Bolivia* la Corte IDH estimó que un criterio sospechoso debería también configurar un rasgo permanente identitario, así como un factor irrelevante para la distribución de derechos, bienes o cargas sociales, dichos estándares no han alcanzado todavía un grado de continuidad jurisprudencial, por lo que sería prematuro valorarlos en estricto como requisitos de una categoría sospechosa. Tercero, la Corte IDH incorpora también nuevos contenidos a los criterios de discriminación prohibidos explícitamente por la CADH, tal es el caso de la línea editorial de un medio de comunicación o de la situación de pobreza. Cuarto, aunque no ha sido señalado de modo explícito en todos los casos —salvo en *Atala Riffo vs. Chile* (2012, § 131); *González Lluy vs. Ecuador*; *Granier, Radio Caracas Televisión vs. Venezuela*; e *I.V. vs. Bolivia*—, la Corte IDH aplica un examen de gradación de escrutinios para la evaluación de posibles violaciones de los artículo 1.1 y 24 de la CADH, el que enmarca dentro del principio de proporcionalidad, también acogido por su jurisprudencia.

Hasta este punto del trabajo, podemos apreciar que existen varias similitudes entre la jurisprudencia del TC peruano y la Corte IDH en lo referido a las categorías sospechosas. En primer lugar, ambos tribunales han coincidido en cuanto al principio material subyacente a la consideración de un criterio como sospechoso: la identificación de nuevos grupos en situación de vulnerabilidad. Segundo, ambos tribunales concuerdan en la selección de la herramienta hermenéutica adecuada para evaluar una supuesta situación de discriminación: se trata del examen de escrutinio estricto, el que implica una presunción de inconstitucionalidad o inconvencionalidad de la medida diferenciadora, la que es vencida si dicha medida persigue un objetivo social imperioso, representa la medida menos lesiva entre las opciones posibles, y no sacrifica principios o derechos fundamentales de mayor peso que el bien cuya realización persigue la medida en cuestión. No obstante las similitudes antes mencionadas, cada tribunal ha dado lugar a distintos desarrollos doctrinales. Así, por ejemplo, el TC ha recogido la doctrina de los acomodamientos razonables y la discriminación indirecta, mientras que la Corte IDH ha esbozado los primeros trazos de una doctrina jurisprudencial de la discriminación interseccional y discriminación estructural. Del mismo modo, encontramos que la Corte IDH ha sido más proclive a la identificación de nuevos criterios sospechosos que el TC peruano, habiendo reconocido como categorías sospechosas a la orientación sexual, el origen étnico, la condición de VIH positivo, la línea editorial de un medio de comunicación, la pobreza, la discapacidad y la condición de adulto mayor, de refugiado y la de migrante; mientras que el TC peruano ha procedido en ese sentido solo respecto de la condición de discapacidad y la de adulto mayor.

IV. UN ANÁLISIS ESTRICTO DE LA DOCTRINA DE LAS «CATEGORÍAS SOSPECHOSAS»

IV.1. La igualdad de grupo bajo examen

Esta comprensión del principio de igualdad y no discriminación como protección de grupos sistemáticamente excluidos, adoptada por el TC y la Corte IDH, ha sido abordada desde distintos ángulos por la doctrina. Así, por ejemplo, Barrere y Morondo, en su intento de reconstrucción del principio de no discriminación, consideran que este se inscribe en el «discurso sobre el poder»; en concreto, «en términos de opresión y/o dominación» (2011, p. 18), los que Young entiende como aquellos

> […] impedimentos sistemáticos que sufren algunos grupos y que no necesariamente son el resultado de las intenciones de un tirano […] Sus causas están insertas en normas, hábitos y símbolos que no se cuestionan […] El carácter sistémico de la opresión determina que un grupo oprimido no necesite tener un grupo opresor correlativo. Como podemos apreciar, lo esencial de esta comprensión del principio de igualdad y no discriminación reside en identificar grupos sociales sujetos a condiciones de marginalidad, con el objeto de ponerle fin a tal exclusión (1990, pp. 74-75).

Encontramos también la propuesta de Roberto Saba, quien asocia la idea de «no discriminación» a la de «no sometimiento» (2009, p. 731). Ello implica que el principio de no discriminación tendría como fin reconocer aquellas prácticas sociales que sitúan a algunos grupos sociales en una situación de desventaja, así como develarlas y mejorar la posición social de estos grupos con el objeto de que sus miembros salgan de su situación de marginación. De modo similar, para Clérico, la aplicación de este principio prescribe que el Estado tendría no solo el deber de abstenerse de cometer actos discriminatorios, sino de realizar acciones positivas, así como de revisar aquellas normas que, aunque neutrales en apariencia, tengan un impacto negativo sobre los grupos en situación de exclusión (2012, p. 133). Estas medidas de acción positiva pueden tener como finalidad, por un lado, la «redistribución» —es decir, un rediseño del reparto de bienes de tipo económico a fin de transformar las relaciones de producción—; y, de otra parte, el «reconocimiento» de identidades dominadas a fin de permitir el acceso igualitario de estas a los patrones culturales y recursos simbólicos (Clérico & Aldao, 2011, p. 152).

Esta comprensión del principio de igualdad configuraría una «superación» del modelo clásico de igualdad como «no arbitrariedad» (Fiss, 1976, pp. 129-146). Para Owen Fiss, por medio de esta noción se introduce la relevancia en el mundo jurídico del concepto «grupo vulnerable» o «grupo desaventajado», y se transforma el examen de igualdad

en un análisis sobre la posición de los diferentes grupos sociales y sus interacciones, más que en un análisis de la situación individual de un sujeto (1976, p. 147). Asimismo, se reemplaza la noción de clasificación arbitraria por la de «clase» o «casta», con lo que la protección del principio de igualdad y no discriminación vira de su carácter simétrico (es decir, la protección uniforme de todos los grupos posiblemente afectados por una determinada categoría —«blancos» al igual que «negros», «hombres» al igual que «mujeres»—) a uno de tipo asimétrico, el mismo que observa que no es lo mismo diferenciar por razón del origen étnico a una persona «criolla» que a una «indígena», por lo que justifica un trato desigual «con el fin de desmantelar la situación de exclusión estructural de ciertos grupos sociales» (p. 731).

En ese sentido, como afirma Saba,

> […] al dejar de ser la irrazonabilidad palmaria la que torna sospechosa a la categoría, y pasar a ser relevante su relación con la perpetuación de una situación de desigualdad estructural, exclusión o marginalización que la Constitución ordena desmantelar, no habría categorías sospechosas *a priori*, sino que se deberá analizar cada categoría en particular y el impacto del trato diferente operado en función de ella en la situación del grupo específico del que se trate. Si ese grupo es un grupo sistemática e históricamente excluido, segregado o marginalizado, estructuralmente tratado en forma desigual, y si el trato derivado del recurso a esa categoría perpetúa o profundiza su condición, entonces esa categoría será sospechosa (2009, p. 731).

Esta manera de comprender el principio de igualdad y no discriminación tiene un eje grupal definitorio, por lo que autores como Fiss han desarrollado una teoría de identificación de los caracteres constitutivos de un grupo social. En primer lugar, todo grupo es una entidad, y como tal tiene una existencia distinta a la de sus miembros en tanto posee una identidad como grupo. En segundo lugar, hay una relación de interdependencia entre el bienestar de los miembros del grupo a nivel individual y el bienestar del grupo como tal. En tercer lugar, se trata de un grupo marginado en la historia, no solo en razón de su estatus socioeconómico, sino por su estatus político, el que se ve reducido por su presencia numérica y el prejuicio del que es víctima, lo que dificulta su capacidad para asociarse y formar coaliciones con los miembros de otros grupos sociales, siendo particularmente proclives al abuso de las mayorías (1976, pp. 148-149). Por otro lado, esta aproximación reconoce que entre los distintos grupos sociales existen relaciones de poder, las que se fundarían sobre la base de prejuicios y estereotipos irracionales muchas veces involuntarios.

De manera similar a las propuestas antes citadas, el TC y la Corte IDH se han concentrado sobre todo en el estatus de subordinación cultural a fin de identificar nuevos grupos vulnerables. Así, por ejemplo, cuando el TC reconoce a la edad como criterio sospechoso, le preocupan sobre todo los «estereotipos vinculados a la vejez» (*María Chura Arcata vs. Banco de la Nación*, 2017, § 9), tales como la inoperancia, el déficit de autonomía y la dificultad autopercibida para «acceder a distintos medios de realización personal» (§ 9). De otra parte, el voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor, citado *supra*, evidencia claramente esta tendencia en la jurisprudencia de la Corte IDH. En este sentido, podemos afirmar que tanto el TC como la Corte IDH asemejan las «condiciones históricas de marginación» a prejuicios subyacentes sobre las capacidades y aptitudes de determinados grupos sociales, situación que buscan remediar con sus fallos.

Si bien consideramos valiosos varios de los aportes de esta aproximación al principio de no discriminación, especialmente el hecho de que permite identificar situaciones de desventaja relativa que afectan a las personas en el ejercicio de sus derechos por el solo hecho de pertenecer a un grupo social, creemos no obstante que es necesario matizar algunos de sus alcances. Nos concierne, sobre todo, el referido a la relación de interdependencia entre el bienestar del grupo como un todo y el bienestar de sus miembros considerados individualmente. Por ejemplo, para Hellman, este enfoque, al centrar la injusticia de un acto discriminatorio en la desventaja que ocasiona a los miembros de un determinado grupo social, tiene el grave costo de minimizar las consecuencias de dicho acto para el individuo que lo ha padecido. Para la autora, por el contrario, el daño producido por un acto discriminatorio es relevante en tanto afecta a un individuo en particular y no solo a un grupo social como tal (2008, p. 23).

Asimismo, la doctrina de las *identity politics*, que sirve de base para las concepciones de igualdad como «reconocimiento», ha sido criticada desde la ciencia política (Minow, 1992; Iyer, 1993). Estas críticas han sido trasladadas al ámbito del derecho antidiscriminatorio por Sujit Choudry y Sonu Bedi, propuestas que abordaremos con mayor detalle a continuación. Para Choudry, el paradigma de la igualdad de grupo adolece de una grieta surgida de la tensión redistribución-reconocimiento. En el paradigma de redistribución, el propósito de las normas de no discriminación sería la protección de los derechos de los individuos, de modo que estos sean los artífices de sus elecciones y obtengan mejores oportunidades en razón de su propio mérito, y no por acción de prejuicios y circunstancias externas a su propia voluntad. En esa línea, las categorías sospechosas obedecerían a ejemplos de características personales que resultarían irrelevantes para la distribución de cargas económicas, no así para la afirmación de la identidad de los

grupos sociales vulnerables definidos a partir de dichas características (2000, p. 154). Por el contrario, para el paradigma de reconocimiento, los grupos sociales vulnerables serían la única fuente de categorías sospechosas, toda vez que la discriminación sistemática de la que son víctimas sus integrantes resultaría fruto de la subyugación cultural de dichos grupos y de los prejuicios y estereotipos originados a partir de esta. En ese sentido, las categorías sospechosas no son solo ejemplos de criterios irrelevantes de distribución, sino que enumeran (aunque no de manera exhaustiva) a grupos sociales dominados. De lo que se trataría, entonces, es de identificar las características más resaltantes de dichos grupos para agruparlas en criterios prohibidos de discriminación y procurar a partir de ello el cese de su subyugación cultural (2000, p. 158).

La tensión surge cuando para el paradigma de la redistribución el principal propósito de las cláusulas de no discriminación es remediar la desigualdad económica de los individuos a fin de darles mayores niveles de autonomía, mientras que para el paradigma de reconocimiento se trata de reconocer la valía de un determinado grupo social y de su cultura común o modo de vida; no obstante, el mismo grupo social cuyo reconocimiento busca obtenerse podría ser también una fuente de opresión para la autonomía de los individuos. En consecuencia, para Choudry, el modo como se ha ido perfilando la doctrina de las categorías sospechosas, bajo el paradigma del reconocimiento, ha llevado a que los tribunales subsuman a los individuos que reclaman un acto discriminatorio en una categoría que no necesariamente se ajusta a los matices de su individualidad. Son también los tribunales quienes determinan las características de los grupos que se adscriben a una determinada categoría, enfatizando las semejanzas más resaltantes entre los miembros del grupo y acentuando sus diferencias con respecto a los individuos que no forman parte de este, de modo que las diferencias entre los mismos miembros del grupo suelen pasar desapercibidas (2000, p. 167). Asimismo, no debería olvidarse que por las exigencias de seguridad jurídica, dichas categorías deberían mantener cierta coherencia y estabilidad en el tiempo, lo que podría dar lugar a categorías identitarias rígidas, permanentes o inamovibles (p. 168). De esa forma, algunos individuos son o simplemente dejados de lado o diluidos en un grupo al que no pertenecen (Minow, 1997, p. 79).

En suma, la fuente del prejuicio y los estereotipos se trasladaría de la sociedad hacia los tribunales, de modo que, para resultar exitoso en una demanda de discriminación, los individuos afectados deberían subordinar su propio entendimiento de su identidad a los parámetros fijados por los tribunales (cuando, quizá, los parámetros que definen al grupo no pueden ni siquiera ser fijados por sus propios integrantes). Más aún, en algunos casos, los individuos podrían verse forzados a adoptar los parámetros identitarios del grupo al que «deberían

pertenecer» por sus características, ya que una vez que el «derecho» ha definido las características de ese grupo, entonces queda menor espacio para la discusión sobre los términos identitarios al interior del mismo, para asumir más bien aquellos externos que han sido aprobados por el derecho (Choudry, 2000, p. 176). Esto podría tener como lamentable consecuencia que un tribunal pase por alto situaciones de injusticia e irrazonabilidad en la asignación de bienes y cargas hacia un individuo, por el solo hecho de que este no pertenece a un grupo social vulnerable caracterizado en sus propios términos, esquemas y paradigmas.

El esencial carácter «grupal» de la doctrina de las categorías sospechosas ha sido también cuestionado por Sonu Bedi. En su opinión, para que un grupo sea considerado como objeto de protección de una categoría sospechosa, debe alegar enfáticamente su estatus como históricamente oprimido; en consecuencia, los miembros de un grupo deberían definirse a sí mismos como víctimas de un sistema opresor para distinguirse del resto, lo que tendría como consecuencia negativa que se acentúen los estigmas y estereotipos contra estas poblaciones. Más aún, esta lógica contravendría el sentido del principio de «igualdad fundante» (2013, p. 47) al oscurecer las semejanzas esenciales entre los seres humanos para acentuar sus diferencias contingentes. De otra parte, el autor afirma que la lógica de las categorías sospechosas amenazaría las posibilidades de un individuo para moldear, revisar o alterar su identidad y consecuente pertenencia a un determinado grupo social (p. 58). Asimismo, considera que no resulta conveniente que las cortes resuelvan casos de discriminación bajo la lógica de una *identity claim*, pues ello reforzaría la objeción contramayoritaria al control judicial de la constitucionalidad y dificultaría los caminos para la toma de decisiones consensuadas. Si una corte constitucional tomase la decisión de revertir una decisión de la mayoría legislativa para favorecer a un grupo vulnerable y minoritario (por más justas que sean sus exigencias), no podría luego pretender no ser criticada por reconocer «derechos especiales» o por incurrir en «activismo judicial» (p. 62). La retórica de los derechos especiales acentuaría el conflicto, el «nosotros» contra «ellos», alejando las posibilidades de un debate constructivo (p. 63).

Consideramos que debe prestarse atención a las críticas mencionadas antes de sugerir un enfoque exclusivo y excluyente del principio de no discriminación como protección de grupos vulnerables, tanto en el derecho constitucional peruano como en el interamericano, toda vez que dejarlas de lado podría significar desatender las demandas concretas de justiciables que, sin pertenecer o identificarse con un determinado grupo social vulnerable, son víctimas de injusticias graves como consecuencia de un trato arbitrario e irrazonable por parte del Estado. A nuestro parecer, no es coherente con la lógica del principio de igualdad el negarle la protección a un individuo, víctima de un trato

desigual arbitrario por parte del Estado, por el solo hecho de no pertenecer a un grupo vulnerable. La lógica de la igualdad como «no sometimiento» en el ámbito de la doctrina de las categorías sospechosas deja a los jueces del TC peruano y de la Corte IDH en la posibilidad de decidir qué grupos están *in* y merecen, por tanto, la protección reforzada de un criterio sospechoso; y cuáles están *out*. Asimismo, deja en las manos de los jueces la calificación jurídica de las características salientes de un determinado grupo vulnerable, forzando —quizá con las mejores intenciones— la definición que de ese grupo harán sus propios integrantes y encogiendo así los caminos de la pluralidad propia de las comunidades humanas.

En nuestra opinión, el análisis de las estructuras sociales que han propiciado la discriminación en determinados contextos resulta relevante, pero no puede ser el único prisma bajo el que se mire el principio de no discriminación. Ciertamente, la situación de desigualdad que afecta a un individuo puede verse condicionada por la posición que ocupa en la estructura social, pero no necesariamente viene determinada por ella (Elósegui, 2011). Consideramos que el sobreesfuerzo por clasificar a un individuo dentro de un determinado grupo y asemejar dicha situación a un criterio sospechoso explícito (o, vía interpretación evolutiva, «descubrir» uno implícito) resulta de poca ayuda para el develamiento de una situación discriminatoria que lo posterga y desaventaja. En nuestra opinión, el principio de no discriminación no busca la mera igualdad de grupo, sino la protección de las personas (cada una de ellas) que pertenecen a esos grupos desaventajados (Khaitan, 2015, p. 138) o que, sin pertencer a uno de ellos, han sufrido un trato desigual arbitrario para el ejercicio de un derecho fundamental. A fin de lograr dicho propósito, puede resultar conveniente que el legislador identifique como criterios *prima facie* prohibidos de discriminación ciertas características personales (puede tratarse de características que representen rasgos u opciones valiosas en la vida de las personas para la conformación de su identidad) que permiten clasificar a las personas en grupos y que colocan en una situación de desventaja relativa a algunos grupos sociales con respecto a otros dentro de la misma categoría (p. 42). Para ello, el legislador (y, cuando corresponda, el juez) deberán prestar particular atención a los fenómenos sociales que rodean a los individuos y grupos adscritos a una determinada categoría, pues la raíz de su desventaja puede encontrarse en prejuicios y estereotipos de carácter irrazonable.

Asimismo, centrarse solo en las estructuras de opresión que afectan a los diferentes grupos sociales pierde de vista la diversidad existente al interior de los grupos sociales y cómo sus miembros son afectados de modo distinto por dichas estructuras. Esto se manifiesta en la sentencia del caso *González Lluy vs. Ecuador*, en el que la Corte IDH analizó la situación concreta de discriminación que padeció la niña González Lluy, la cual evidenció la confluencia de múltiples factores que acentuaron

su vulnerabilidad, entre otros su situación de pobreza, su condición de persona con VIH y su condición de mujer, que le permitieron reconocer, por ejemplo, que «la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas» (2015, § 290). Del mismo modo, centrarse en los grupos sociales vulnerables pierde de vista que las personas fuera de estos grupos son también vulnerables. En esa línea, propuestas como la de Fineman ponen de relieve una realidad fácilmente constatable: el carácter universal y constante de la vulnerabilidad de todos los seres humanos, la que no obstante se experimenta de manera única y variada a nivel individual[7] (2012, p. 1713).

En consonancia con lo antes mencionado, proponemos dejar atrás el paradigma de las categorías sospechosas de discriminación para adoptar el enfoque de las «situaciones sospechosas de discriminación», el mismo que implica para el juez constitucional e interamericano tener en cuenta tanto el contexto general de la medida diferenciadora —es decir, «las condiciones históricas, sociales, políticas y económicas que envuelven la vida de las personas que habitan la categoría respectiva» (Saldivia, 2011, p. 41)— como las circunstancias concretas de la persona afectada por dicha medida al momento de resolver una controversia de no discriminación. Por consiguiente, el juzgador deberá prestar atención primero al hecho de que no siempre una diferencia de trato, para calificarse como potencialmente discriminatoria, debe fundarse en la pertenencia de un individuo o conjunto de personas a un determinado grupo social con rasgos identitarios fuertes; y, segundo, que no toda diferenciación contra un grupo con rasgos identitarios fuertes merece ser sancionada por el derecho, sobre todo si este último resulta pernicioso para el individuo (Khaitan, 2015, p. 136).

No debe olvidarse que «[…] la aplicación del principio de igualdad implica juicios de valor y es una tarea parcialmente creativa» (Fernández, 2003, p. 78) que se divide entre su carácter universal y su aplicación para la solución de la controversia concreta, para la cual necesita ser interpretado, actualizado y contextualizado de modo objetivo. En nuestra opinión, no todos los criterios explícitamente señalados como «prohibidos de discriminación» serán siempre objeto de sospecha, no lo son tampoco solo aquellos que responden a una característica personal que representa un rasgo identitario fuerte de un grupo vulnerable. Consideramos que lo que existen son más bien situaciones sospechosas de discriminación, las que el juez dilucida a partir de los hechos y circunstancias del caso concreto y en las que valora no solo el entramado social histórico que rodea a una persona, sino también el grado en el que la acción legislativa o administrativa degrada a esa persona como titular

7 Para una aproximación crítica a esta posición puede consultarse Barrere (2016).

de igual valor que otros seres humanos (Hellman, 2008, p. 8) y genera desventajas para su desarrollo.

IV.2. El escrutinio estricto bajo sospecha

Tanto el TC como la Corte IDH han optado por aplicar el examen de escrutinio estricto a distinciones realizadas sobre la base de una categoría sospechosa. El examen de escrutinio estricto fue inicialmente formulado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en la nota al pie de la sentencia del caso *Carolene Products*. Esta señala:

> [E]l prejuicio contra minorías discretas e insulares puede ser una condición que limit[e] seriamente el funcionamiento de aquello procesos políticos en los que regularmente podemos confiar para la protección de las minorías, y [así] puede requerir de una mayor supervisión judicial (*United States vs. Carolene Products Co.*, 1938, § 152. Traducción de Biscardi & Garibotti, 2009, p. 125).

La racionalidad detrás de este mandato residiría, para Ely, en su naturaleza correctora de las disfuncionalidades de los procesos democráticos (1980, p. 101). A su juicio, estas ocurren cuando los detentores del poder ahogan los canales de cambio con el fin de asegurar su permanencia en el mismo y la exclusión de nuevos actores; o cuando, si bien no se niega el voto o la voz a una minoría, la mayoría genera sistemáticamente desventajas a algunos grupos minoritarios sobre la base de una simple hostilidad o una negativa prejuiciosa a reconocer puntos comunes de interés, lo que los deja fuera del sistema representativo (pp. 101-104). Esto último significa que en numerosas ocasiones la mayoría no representa adecuadamente los intereses de ciertos grupos minoritarios, situación que se acentúa cuando la discriminación de estos está arraigada históricamente, toda vez que en dichos casos la mayoría puede actuar sobre la base de estereotipos negativos o de mera hostilidad hacia el grupo minoritario.

El examen de escrutinio estricto en la fórmula norteamericana se aplica a las distinciones basadas sobre aquellos criterios que la Corte Suprema ha declarado sospechosos, tales como la raza, el origen nacional y la condición de extranjero. Este examen se compone de los siguientes pasos (Giardelli *et al.*, 2005, pp. 318-319):

1. La carga de la prueba recae sobre el demandado.
2. En el juicio de adecuación, se demanda que el legislador persiga una finalidad imperiosa o *compelling state interest*. Asimismo, se requiere un estrecho margen de adecuación entre medio y fin (*narrowly tailored*), de forma que la medida aparentemente discriminatoria no pasará el test si se comprueba que es *underinclusive* (que deja fuera casos que debió incluir).

3. En el juicio de necesidad se exige que la medida sea indispensable para el logro del fin; es decir, que resulte la menos gravosa y sea, al mismo tiempo, igualmente eficaz. La medida no pasará el test si se comprueba que es *overinclusive* (que abarca casos que debió dejar de lado).
4. Una vez realizado el juicio de proporcionalidad, se optará por declarar la inconstitucionalidad de la medida si queda duda sobre su constitucionalidad.

Como vimos anteriormente, el TC y la Corte IDH aplican un test de escrutinio estricto a las diferenciaciones basadas en criterios sospechosos. Si bien el TC ha planteado un sistema de niveles de escrutinio, en el que el más grave se aplica a las diferenciaciones basadas en categorías sospechosas que, a la vez, limitan el goce de derechos fundamentales; no queda claro, a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH, que esta aplique también estos niveles de escrutinio, sino más bien un modelo de «balanza calibrada», semejante al del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Europea de Justicia, en el que la intensidad del examen varía en función a distintos criterios, encontrando un test estricto, uno débil y, en medio, varias áreas grises o modelos híbridos (Gerards, 2004, p. 140). Sin perjuicio de lo antes señalado, podemos encontrar algunas semejanzas entre el test norteamericano y los aplicados por el TC y la Corte IDH. Así, por ejemplo, los tres exámenes exigen razones justificadoras de mucho peso para la medida presuntamente discriminatoria, así como un diligente juicio de necesidad y estricta proporcionalidad, la inversión de la carga de la prueba y la presunción de inconstitucionalidad de la medida. No obstante lo señalado, la pregunta que nos hacemos y que resulta relevante que se hagan también tanto el TC peruano como la Corte IDH es si, en el fondo, el examen de escrutinio estricto asegura mayores niveles de rigurosidad y objetividad al momento de resolver una controversia de no discriminación.

Bedi, analizando el test de escrutinio estricto de la Corte Suprema de EE. UU., nota que dicho examen no sería tan objetivo ni riguroso como pretende, toda vez que deja a la libre interpretación del juzgador, en primer lugar, qué criterios merecen tal análisis; en segundo lugar, qué fines son susceptibles de considerarse «imperiosos» o de calificarse como «razones de mucho peso»; y, en tercer lugar, qué significa una «adecuación estrecha entre medios y fines» (2013, p. 41). Todas estas tareas son sin duda actividades de tipo valorativo que pueden verse sujetas a mayores o menores grados de arbitrariedad, los que el juicio de escrutinio estricto no puede evitar, a pesar de su esquematización. En esa línea, no queda claro, a partir de la jurisprudencia del TC peruano, qué fines han de ser considerados imperiosos, toda vez que aunque ha indicado en su doctrina jurisprudencial que debe aplicarse un escrutinio estricto

respecto de criterios sospechosos, este se ha realizado propiamente solo en el caso de *María Chura Arcata vs. Banco de la Nación*, en el que se declaró que la reducción del riesgo de incumplimiento de operaciones crediticias es un fin imperioso (2017, § 62). Tampoco queda claro el incremento en la rigurosidad del examen de necesidad toda vez que, por ejemplo, en el caso reseñado, el TC aceptó que la «denegación de cualquier posibilidad de acceder a un crédito a un grupo determinado de personas —en este caso, de los adultos mayores— permite reducir el riesgo de incumplimiento de pago» (§ 67), afirmación que ciertamente está afectada de sobreinclusión. Del mismo modo, en la jurisprudencia de la Corte IDH, fines tales como el interés superior del niño y la integridad personal se consideran en sí mismos fines imperiosos; sin embargo, la Corte IDH considera que la protección de estos intereses «se debe hacer a partir de la evaluación específica y concreta […] y los riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios que podrían generar» (Gonzalez Lluy, 2015, § 264). Así, por ejemplo, en *Granier*, la Corte concluyó que el Estado no había presentado suficientes pruebas que permitan concluir realmente cuán imperiosa era la finalidad estatal buscada por la medida diferenciadora (§ 230). Con relación al examen de necesidad, encontramos que este no es superado si la Corte halla «otras medidas menos lesivas»; sin embargo, estas «otras medidas» no se señalan explícitamente, por lo que no queda lo suficientemente justificada su relevancia para la decisión (*I.V. vs. Bolivia*, 2016, § 245).

Desde otro ángulo, Bedi argumenta que para predicar la coherencia, certeza y previsibilidad del examen de escrutinio estricto, debe delinearse claramente en qué casos se aplica este examen y la Corte Suprema de Estados Unidos estaría lejos de trazar una línea definida al respecto (2013, p. 70). Por ejemplo, para que se configure un criterio sospechoso en la jurisprudencia norteamericana, deben cumplirse requisitos tales como: una historia de discriminación profundamente arraigada, una desprotección en el marco del proceso político, una clasificación basada en un rasgo inmutable (sea porque no puede ser modificado por la voluntad humana o porque significaría una renuncia para el individuo de un aspecto esencial de su identidad), el carácter impropio de dicho rasgo como criterio de reparto, una situación de segregación geográfica que haga a determinado grupo minoritario visible ante otros (2013, p. 70; *Frontiero vs. Richardson*, 1973). No obstante, estos criterios son aplicados de manera impredecible, y algunos aplicados de modo por lo menos «curioso». En esa línea, Goldberg nota por ejemplo que, en el caso del requisito «historia de discriminación profundamente arraigada», la Corte Suprema la aplica respecto del criterio de raza (en el sentido de que en la historia innumerables sociedades han discriminado a grupos de personas en virtud de su raza) y no respecto de una clase particularmente afectada por una historia de diferenciación racial

injusta (2004, p. 508). Consecuentemente, en su ánimo de aplicar el examen estricto de modo «categórico», la Corte Suprema ha utilizado este examen para la evaluación de acciones positivas[8] (ver sentencias de los casos *Gratz vs. Bollinger*, 2003; y *Adarand Constructors, Inc. vs. Peña*, 1995). En consecuencia, para Goldberg, los criterios propuestos por la Corte Suprema Norteamericana como determinantes para la calificación de una característica personal como sospechosa parecen no seguir un hilo lógico e incluso haber caído en el desuso, pues han transcurrido cuarenta años de jurisprudencia sin que la Corte identifique nuevos criterios sospechosos (y, por tanto, nuevas situaciones de discriminación) (2004, p. 504).

Esta crítica puede también extenderse a la aplicación del escrutinio estricto en la jurisprudencia de la Corte IDH, toda vez que no puede desprenderse de sus fallos que existan criterios uniformes para la identificación de criterios sospechosos. La Corte IDH, en *Atala Riffo* afirmó que la cláusula «otra condición social» del artículo 1.1 de la CADH debe interpretarse de la manera que más favorezca a la persona. Para ello, la Corte IDH se remite a diversos documentos de *soft law* y otros que expresarían una voluntad en el derecho internacional de prohibir categóricamente determinadas clases de discriminación (Pérez, 2016, p. 44) Sin embargo, esta afirmación adolece de extrema generalidad y deja a la Corte un alto grado de discrecionalidad para la identificación de nuevos criterios sospechosos. Así, por ejemplo, Ruiz Chiriboga ha criticado la metodología utilizada por la Corte IDH en la sentencia del caso *Atala Riffo* para la incorporación de la orientación sexual como criterio sospechoso. El autor cuestiona que la Corte no haya interpretado la frase «otra condición social» desde su sentido corriente y se haya limitado a recurrir el principio *pro persona* y citar asistemáticamente una serie de documentos de derecho internacional, sin distinguir si se trata de *soft law*; si se emitieron antes o después de sucedidos los hechos; y, si representan consensos de otros sistemas de protección, si se trata de pronunciamientos judiciales o informes (2012, p. 190). Si bien en *I.V. vs. Bolivia* la Corte ha propuesto que los nuevos criterios sospechosos sean asimilables a los ya listados en el artículo 1.1, por tratarse de rasgos identitarios permanentes, criterios irrelevantes de reparto y grupos tradicionalmente marginados, este estándar no ha sido aplicado ni siquiera en el mismo fallo, donde no se justificó por qué las personas refugiadas cumplirían con dicho requisito (2015,

8 Es preciso señalar que en la doctrina constitucional norteamericana existe un intenso debate en cuanto a la aplicación del examen de escrutinio estricto para acciones afirmativas. La Corte Suprema se ha mostrado proclive a aplicarlos. El juez Thomas, por ejemplo, considera que cualquier medida de paternalismo racial es perniciosa y marca a las minorías con un sello de inferioridad (Thomas, Opinión concurrente en la sentencia del caso *Adarand Constructors, Inc. vs. Peña*, 1995). Se han mostrado en contra de la aplicación de un examen estricto autores como Owen Fiss, Elizabeth Anderson y Sandra Fredman, para quienes las acciones positivas, más que una forma de discriminación injusta, son remedios contra la discriminación. Al respecto, ver Fredman (2011, pp. 232 y ss.) y Fiss (1976).

§ 240). En consecuencia, no puede aún predicarse la congruencia ni previsibilidad de la Corte IDH en esta materia.

Adicionalmente, no debe obviarse que el examen de escrutinio estricto supone una mayor limitación de la acción del legislador, de la administración y de la autonomía privada. La doctrina ha evidenciado que en muy pocas ocasiones una medida evaluada bajo escrutinio estricto ha sobrevivido a su aplicación; por ello, se ha afirmado que dicho examen es «estricto en la teoría, pero fatal en los hechos». Aquello puede notarse también en la jurisprudencia del TC y la Corte IDH, en la que, desde su aplicación, ninguna medida sometida al examen ha resultado ilesa. En ese sentido, coincidimos con Bernal Pulido, quien propone una aplicación excepcional del examen de escrutinio estricto, toda vez que mayores restricciones de la acción legislativa suponen, en simultáneo, una mayor intervención sobre el principio democrático (2010, p. 468). No obstante, nos alejamos de la posición del profesor colombiano cuando afirma que «el principal criterio para evaluar la determinación del tipo de escrutinio de igualdad, consiste en establecer si el trato diferente se funda en uno de los "*criterios potencialmente discriminatorios*", pero no todos los enunciados por la Corte Constitucional, sino sólo aquellos mencionados explícitamente por la Constitución, interpretados de manera restrictiva» (2010, p. 468). Consideramos que equiparar el reconocimiento explícito de criterios prohibidos por parte del legislador con la aplicación del test de escrutinio estricto no es siempre conveniente porque, como se ha mencionado antes, la labor verdaderamente importante reside en contextualizar dichos criterios; de no ser así, se imposibilitaría la identificación de nuevas situaciones de desventaja relativa que afectan a los integrantes de diferentes grupos sociales por el solo hecho de pertenecer a dichos grupos, limitando la acción correctora de la autoridad judicial. Más aún, nos preguntamos: ¿es ineludible la aplicación del examen de escrutinio estricto para resolver intervenciones graves sobre el derecho a la no discriminación? ¿Es el único medio plausible para identificar nuevas situaciones de desventaja relativa?

Por ejemplo, para Díaz de Valdés, el test de escrutinio ofrece una metodología que le permite al juez «ordenar y modelar su razonamiento» (2018, p. 195); sin embargo, no se trata de un efecto esencial, sino de «una consecuencia posible, de la utilización de las categorías sospechosas» (p. 198). Más aún, considera que la aplicación de un test distinto —de tipo «estricto»— «complica innecesariamente la labor del juez» (p. 196), toda vez que lo obliga a elaborar una especie de «dogmática» en torno a cada test, en la que identifique a qué tipo de categorías se aplica y la metodología propia de cada examen. Para el autor, lo importante es que se ofrezcan razones suficientes para convencer al juez de permitir dicha diferenciación, de modo que no resulta esencial una gradación

de diferentes tests, sino, antes bien, una elevación en la intensidad del estándar de convencimiento del juez (p. 195). Asimismo, considera en general irrelevante la inversión de la carga de la prueba en tanto en los juicios de discriminación es normalmente la víctima quien acredita la diferencia de trato, pero es normalmente el demandado quien la niega o, de aceptarla, la reputa razonable, para cuyos efectos «ofrece las razones de la distinción realizada, así como la eventual prueba asociada a ello» (p. 199).

En ese sentido, debe considerarse que si bien el principio de no discriminación exige la razonabilidad, no demanda necesariamente un escrutinio estricto. No obstante, autores como Gerards han reconocido que cierta variación en la intensidad del examen es indispensable para tomar en cuenta todos los intereses relevantes en juego en un caso (2018, p. 182), y otras como Howard han defendido un modelo de gradación de escrutinios en el que el examen más severo se aplica a criterios sospechosos fuertemente vinculados a los derechos fundamentales, la dignidad humana o la participación en el proceso político (2007, p. 469). Desde una postura disímil, autoras como Goldberg consideran que tal gradación no resulta necesaria una vez que se identifica el hilo conductor de los tres niveles de escrutinio y la diferencia específica que ofrece el escrutinio estricto respecto de los dos niveles inferiores. Para la autora, el propósito esencial de la *equal protection clause* no es otro que evitar que las leyes creen clases entre los ciudadanos sustentadas en argumentos no neutrales. Para identificar qué medidas violarían dicho principio, la autora propone un examen de tres pasos en el que se identifique, en primer lugar, si existe una explicación plausible, no arbitraria, de por qué un determinado grupo soporta la carga cuestionada en el contexto en cuestión; en segundo lugar, si la justificación ofrecida para atribuirle la carga a dicho grupo tiene una relación específica con el contexto de la clasificación; y, en tercer lugar, si la clasificación refleja desaprobación, desagrado o estereotipos contra el grupo de personas al que le impone la legislación (2004, p. 533). En el primer paso, se procuraría evidenciar qué razones ofrece el legislador para realizar la distinción; en el segundo, dilucidar si las razones ofrecidas tienen una conexión con la legislación (medio) propuesta; y, en el tercero, se consideraría si la clasificación esconde un propósito ilegítimo por basarse en un mero *animus* o estereotipo contra el grupo que distingue.

Por otro lado, Bedi ha sugerido una *powers review* en reemplazo del escrutinio estricto, la cual busca dilucidar no si la diferenciación afecta a un grupo o clase, sino la legitimidad de las razones ofrecidas por el legislador (2013, p. 90). En opinión del autor, el Estado podría presentar animadversión, prejuicios o estereotipos no necesariamente contra grupos de rasgos identitarios fuertes, sino incluso contra cualquier individuo, situación que es a todas luces arbitraria. La animadversión

irracional contra una persona o grupo de personas es inconstitucional, no importa contra quién se dirija (p. 95). En ese sentido, sugiere que la Corte Suprema Norteamericana debe ser especialmente aguda al momento de examinar la finalidad de la medida diferenciadora a fin de identificar el verdadero propósito detrás de su emisión en sede legislativa, el que no siempre coincide con el propósito que se alega *a posteriori* como justificación para su defensa (p. 85). En suma, para Bedi, hay ciertas razones que son *per se* inconstitucionales; e integrarían este grupo políticas de tipo perfeccionista en lo moral, que no respetarían el principio de neutralidad estatal (p. 104). Para el autor, su enfoque tiene la ventaja de ser inclusivo y democrático, e impide que las mayorías caricaturicen a las minorías como «opresores» (p. 106).

Si bien, por la extensión y objetivos de este trabajo, no nos es posible ofrecer una fórmula alternativa al escrutinio estricto, consideramos que este no puede tenerse como la única vía para resolver injerencias graves sobre el derecho a la no discriminación. De una parte, no debería aplicarse el test estricto en el caso de todas las medidas diferenciadoras que involucren una categoría sospechosa explícitamente prohibida. Como vimos en acápites anteriores, esta aplicación mecanizada de la doctrina lleva a que se termine aplicando el control más exigente a medidas que tienen como propósito beneficiar a los integrantes de grupos desaventajados. De igual manera, consideramos que la misma determinación de la intensidad del examen de igualdad tampoco puede depender solamente del hecho de que la situación discriminatoria afecte a un grupo vulnerable. Como señala Díaz de Valdés, «en la práctica puede ser difícil administrar un sistema de categorías sospechosas con diferentes efectos según el grupo que se afecte» (2018, p. 194), ya que no siempre se conoce con certeza qué tipo de medidas son beneficiosas o perjudiciales para el grupo en cuestión. Incluso, puede confundirse al juzgador, toda vez que las categorías sospechosas describen no solo a un grupo social, sino a varios grupos, muchas veces todos desaventajados (en mayor o menor medida, como sucede, por ejemplo, con el caso de la categoría raza en el Perú, que incluye grupos tales como la población indígena y afrodescendiente).

Consideramos que la aplicación de la metodología del escrutinio estricto, como ha sido modelada por diversos tribunales, no es indispensable (Baker, 2008, p. 882); y sostenemos que una evaluación rigurosa no depende exclusivamente de la presencia de un criterio que pueda considerarse *a priori* sospechoso, sino antes bien de cuán arbitraria se percibe la medida a la que se ve sometido el justiciable que va en búsqueda de tutela jurisdiccional. La sospecha que la situación provoque en el juez puede resolverse, como propone Díaz de Valdés, exigiendo «grados diversos de convencimiento respecto de si existe una discriminación arbitraria o no» (2018, p. 195), los mismos que

deberán quedar evidenciados en el fallo judicial correspondiente. Para llegar a este grado de convencimiento, el juez puede recurrir al examen de razonabilidad o proporcionalidad (dependiendo de si el reclamo involucra o no el ejercicio de otro derecho fundamental). En suma, la metodología a aplicar puede ser diversa; no obstante, esta no sustituye al juez ni al juicio prudencial que este realiza para resolver la controversia en justicia.

V. CONCLUSIÓN

En este trabajo se ha evidenciado que existen varias similitudes entre la doctrina del TC y la de la Corte IDH sobre categorías sospechosas. Ambos tribunales reconocen como *ratio* del principio de no discriminación para la identificación de nuevos criterios sospechosos que estos se correspondan con la identificación de fenómenos de vulnerabilidad social de carácter grupal. Asimismo, ambos coinciden en la selección de la herramienta hermenéutica para evaluar una supuesta situación de discriminación: el examen de escrutinio estricto. No obstante, en la praxis, la Corte IDH ha sido más proclive a la identificación de nuevos criterios sospechosos, habiendo establecido como categorías sospechosas la orientación sexual, el origen étnico, la condición de VIH positivo, la línea editorial de un medio de comunicación, la pobreza, la discapacidad, la condición de adulto mayor y la condición de migrante; mientras que el TC solo lo ha hecho respecto de la condición de discapacidad y la condición de adulto mayor.

Igualmente, se ha podido apreciar que ninguno de los tribunales objeto de estudio de este trabajo ha valorado las implicancias del viraje en su comprensión del principio de no discriminación, la que se acerca más a una comprensión de la igualdad como «no sometimiento» o como «reconocimiento» de grupos vulnerables. De acuerdo a un sector de la doctrina, al centrar la injusticia de un acto discriminatorio en la desventaja que ocasiona a los miembros de un determinado grupo social, este enfoque tiene el grave costo de minimizar las consecuencias de dicho acto para el individuo que lo ha padecido. Adicionalmente, se ha evidenciado que ninguno de los tribunales ha justificado la aplicación de un examen de escrutinio estricto para la evaluación de medidas diferenciadoras sobre la base de criterios sospechosos, ni ha adecuado para este examen una metodología que permita asegurar mayores niveles de rigurosidad y objetividad al momento de resolver una controversia de no discriminación.

Consideramos que hay dos posibilidades al alcance de las manos de los tribunales para hacerle frente a las objeciones que la aplicación de la doctrina de las categorías sospechosas supone desde los enfoques arriba mencionados. En primer lugar, contextualizar la identificación

de categorías o criterios sospechosos sobre la base de un examen de las condiciones históricas, sociales y políticas de la persona afectada por la situación aparentemente discriminatoria, así como de la situación particular de la víctima en el caso concreto; es decir, identificar «situaciones sospechosas» en concreto, en lugar de «categorías sospechosas» *a priori*. En segundo lugar, ninguno de los tribunales debería considerar indispensable la aplicación de un examen de escrutinio estricto (bajo la fórmula propuesta por diversas jurisdicciones extranjeras). Los métodos a aplicar para resolver una controversia de no discriminUnación pueden ser diversos, pues la esencia de la evaluación reside en exigir de parte de los jueces un alto nivel de convencimiento respecto a la razonabilidad de la medida diferenciadora; por el contrario, de no llegar estos a dicho techo, se deberá invalidar la medida.

REFERENCIAS

Alexander, L. (1992). What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preference, Stereotypes, and Proxies. *University of Pennsylvania Law Review*, *141*(1), 149-219. doi: https://doi.org/10.2307/3312397

Arnardóttir, O. M. (2017). Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights. *Innovation or Business as Usual? Oslo Law Review*, *3*(4), artículo 3. doi: https://doi.org/10.18261/issn.2387-3299-2017-03-03

Baker, A. (2008). Proportional, Not Strict, Scrutiny: Against a U.S. "Suspect Classifications" Model under Article 14 ECHR in the U.K. *American Journal of Comparative Law*, *56*(4), 847-894. doi: https://doi.org/10.5131/ajcl.2007.0030

Barrere, M. A., & Morondo, D. (2011). Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio. *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, *45*, 15-42. Recuperado de: http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/523

Barrere, M. A. (2016). Martha A. Fineman y la igualdad jurídica: ¿Vulnerabilidad vs. Subordiscriminación? *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (34), 17-34. doi: https://doi.org/10.7203/cefd.34.8927

Bayefsky, A. (1990). The Principle of Equality and Non-discrimination in International Law. *Human Rights Law Journal*, *11*(1-2), 1-34.

Bedi, S. (2013). *Beyond Race, Sex and Sexual Orientation: Legal Equality without Identity*. Cambridge: Cambridge University Press. doi: https://doi.org/10.1017/CBO9781139087643

Bernal, C. (2010). El juicio de igualdad en la Corte Constitucional Colombiana. En D. Caicedo Tapia & A. Porras Velasco (eds.), *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad* (pp. 451-482). Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos de Ecuador. Recuperado de: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/41728/1/Desigualdad%2C%20exclusi%C3%B3n%20y%20globalizaci%C3%B3n.pdf

Bilbao Ubillús, J. M., & Rey Martínez, F. (2003). El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia constitucional española. En M. Carbonell (comp.), *El principio de igualdad constitucional*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Biscardi, M. C., & Garibotti, S. (2009). Más allá de Carolene Products. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, *10*(1), 125-156. Recuperado de https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-10/10Jurica05.pdf

Blum, L. (2013). Racial and other Asymmetries. A Problem for the Protected Categories Framework for Anti-Discrimination Thought. En S. Moureau & D. Heller (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law* (pp. 182-199). Oxford. Oxford University Press. doi: https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199664313.003.0010

Choudry, S. (2000). Distribution vs. Recognition: The Case of Antidiscrimination Laws. *George Mason Law Review*, *9*(1), 145-178. Recuperado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1624085

Clérico, L. (2017). Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos. *Revista Derechos en Acción*, *2*(5), 207-241. doi: https://doi.org/10.24215/25251678e094

Clérico, L. (2012). Impacto del caso Atala: posibilidades y desafíos. En A. Von Bogdandy, F. Piovesan & M. Morales-Antoniazzi (coords.), *Igualdad y orientación sexual. El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial* (pp. 27-57). México: Porrúa.

Clérico, L., & Aldao, M. (2011). Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y reconocimiento. *Lecciones y Ensayos*, (89), 141-179. Recuperado de: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/clerico-laura-y-aldao-martin-nuevas-miradas-de-la-igualdad.pdf

Díaz de Valdés, J. M. (2018). Las categorías sospechosas en el Derecho Chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (50), 189-218. doi: http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512018000100189

Didier, M. M. (2012). *El principio de igualdad en las normas jurídicas*. Buenos Aires: Marcial Pons.

Dulitzky, A. (2010). El principio de igualdad y o discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana. En D. Caicedo & A. Porras (eds.), *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad* (pp. 575-612). Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos de Ecuador. doi: https://doi.org/10.5354/0718-2058.2007.13452

Fernández, E. (2003). *Igualdad y derechos humanos*. Madrid: Tecnos.

Fineman, M. A. (2012) Beyond Identities: The Limits of an Antidiscrimination Approach to Equality. *Boston University Law Review*, *92*(6), 1713-1779. Recuperado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2192316

Fiss, O. (1976). Groups and the equal protection clause. *Philosophy and Public Affairs*, *5*(2), 107-177. Recuperado de: https://philpapers.org/rec/FISGAT

Fredman, S. (2016). *Substantive equality revisited. International Journal of Constitutional Law*, *14*(3), 712-738. doi: https://doi.org/10.1093/icon/mow043

Gerards, Janneke (2004). Intensity of Judicial Review in Equal Treatment Cases. *Netherlands International Law Review*, *51*(2), 135-183. doi: https://doi.org/10.1017/s0165070x04001354

Gerards, Janneke (2013). The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review*, *13*(1), 99-124. doi: https://doi.org/10.1093/hrlr/ngs044

Giardelli, L., Toller, F., & Cianciardo, J. (2009). Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y el Sistema Interamericano de derechos humanos sobre el Derecho a la Igualdad. En E. Ferrer Mac-Gregor & A. Zaldívar Lelo de Larrea (eds.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho* (IV, pp. 301-343). Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Librotecnia.

Goldberg, S. (2004). Equality Without Tiers. *Southern California Law Review*, *77*(3), 481-583. Recuperado de: https://southerncalifornialawreview.com/2004/03/05/equality-without-tiers-article-by-suzanne-b-goldberg/

Gonzalez Le Saux, M., & Parra, O. (2008). Concepciones y cláusulas de igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del caso Apitz. *Revista IIDH*, *47*(1), 128-164. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23826.pdf

Howard, E. (2007). The Case for a Considered Hierarchy of Discrimination Grounds in EU Law. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, *13*(4), 445-470. doi: https://doi.org/10.1177/1023263x0601300404

Hellman, D. (2008). *When is Discrimination Wrong?* Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Iyer, N. (1993). Categorical denials: Equality Rights and the shaping of social identity. *Queen's Law Journal*, *19*(1), 179-207.

Khaitan, T. (2015). *A Theory of Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press.

Minow, M. (1997). *Not Only for Myself: Identity, Politics and the Law*. Nueva York: New Press.

Pérez, E. (2016). *La igualdad y no discriminación en el derecho interamericano de los derechos humanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recuperado de: http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas-CSIDH-Igualdad-No-Discriminacion_1.pdf

Pérez, K. (2005). *Principio de igualdad. Alcances y perspectivas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Peroni, L., & Timmer, A. (2013). Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law. *International Journal of Constitutional Law*, *11*(4), 1056-1085. doi: https://doi.org/10.1093/icon/mot042

Rivers, J. (2006). Proportionality and variable intensity of review. *The Cambridge Law Journal*, 65(1), 174-207. doi: https://doi.org/10.1017/S0008197306007082

Ruiz Chiriboga, O. (2012). Cláusulas autónomas, subordinadas e incorporadas de igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano. En J. A. Mejía (coord.), *Los derechos humanos en las sentencias de la Corte Interamericana sobre Honduras* (pp. 175-218). Tegucigalpa: Casa San Ignacio.

Saba, R. (2009). Igualdad, clases y clasificaciones. ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas? En R. Gargarella (ed.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional* (II, pp. 695-742). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Saldivia, L. (2011). Categorías sospechosas, flexibles y contextuadas. En R. Gargarella (comp.), *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad más igualitaria* (pp. 37-44). Buenos Aires: Siglo XXI.

Young, I. M. (1990). *Justice and the Politics of Difference*. Nueva Jersey: Princeton University Press.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Acción de inconstitucionalidad de 2015. 8/2014.

Adarand Constructors Inc. vs. Peña, 515 U.S. 200 (Corte Suprema [Estados Unidos de América], 1995).

Amparo Directo en Revisión. 1387/2012 (Corte Suprema [Estados Unidos Mexicanos], 2012).

Amparo en Revisión. 615/2013 (Corte Suprema [Estados Unidos Mexicanos], 2013).

Andrea Celeste Álvarez Villanueva vs. Ministerio de Defensa. Acción de amparo. Expediente N° 1423-2013-PA (TC [Perú], 9 de diciembre de 2015). Recuperado de: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/01423-2013-AA.pdf

Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Caso contencioso. Serie C N° 318 (Corte IDH, 28 de noviembre de 2012). Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Arturo Castillo Chirinos vs. Jurado Nacional de Elecciones. Acción de amparo. Expediente N° 2730-2006-PA (TC [Perú], 21 de julio de 2006). Recuperado de: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02730-2006-AA.pdf

Atala Riffo y niñas vs. Chile. Caso contencioso. Serie C N° 239 (Corte IDH, 12 de febrero de 2012). Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Cinco mil setenta y siete ciudadanos vs. Congreso de la República. Acción de inconstitucionalidad. Expediente N° 018-2003-AI (TC [Perú], 26 de abril de 2004). Recuperado de: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00018-2003-AI.html

Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima vs. Congreso de la República. Acción de inconstitucionalidad. Expediente N° 045-2004-PI (TC [Perú], 29 de octubre de 2005). Recuperado de: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.pdf

Controversia Constitucional. 32/2009 (Corte Suprema [Estados Unidos de América], 2009).

Fiscal de la Nación vs. Congreso de la República. Acción de inconstitucionalidad. Expediente N° 0004-2006-PI (TC [Perú], 29 de marzo de 2006). Recuperado de: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.pdf

Frontiero vs. Richardson. 411 U.S. 677 (Corte Suprema [Estados Unidos de América], 1973).

Furlán y familiares vs. Argentina. Caso contencioso. Serie C N° 246 (Corte IDH, 31 de agosto de 2012). Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf

Gobierno Regional de San Martín vs. Congreso de la República. Acción de inconstitucionalidad. Expediente N° 00047-2004-AI (TC [Perú], 24 de abril de 2006). Recuperado de: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html

González Lluy vs. Ecuador. Caso contencioso. Serie C N° 298 (Corte IDH, 1 de setiembre de 2015). Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf

Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. Caso contencioso. Serie C N° 293 (Corte IDH, 22 de junio de 2015). Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_293_esp.pdf

Gratz vs. Bollinger. 539 U.S. 244 (Corte Suprema [Estados Unidos de América], 2003).

Gregory vs. Aschroft. 501 U.S. 452 (Corte Suprema [Estados Unidos de América], 1991).

Hooft, Pedro Cornelio Federico vs. Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad. H.172.XXXV (Corte Suprema [Argentina], 2004).

I. V. vs. Bolivia. Caso contencioso. Serie C N° 329 (Corte IDH, 30 de noviembre de 2016). Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf

Jane Margarita Cósar Camacho y otros vs. Supermercados Peruanos S.A. Plaza Vea. Acción de amparo. Expediente N° 02437-2013-PA (TC [Perú], 16 de abril de

2014). Recuperado de: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02437-2013-AA.pdf

La colegiación obligatoria de periodistas. Opinión consultiva OC 4/84. Serie A N° 4 (Corte IDH, 19 de enero de 1984).

María Chura Arcata vs. Banco de la Nación. Acción de amparo. Expediente N° 05157-2014-PA (TC [Perú], 4 de abril de 2017). Recuperado de: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/05157-2014-AA.pdf

Massachussets Board of Retirement vs. Murgia. 427 U.S. 307 (Corte Suprema [Estados Unidos de América], 1976).

Miguel Alejandro Cadillo Palomino vs. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Acción de amparo. Expediente N° 2317-2010-AA (TC [Perú], 3 de setiembre de 2010). Recuperado de: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02317-2010-AA.html

Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Caso contencioso. Serie C N° 251 (Corte IDH, 24 de octubre de 2012). Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf

Norín Catrimán y otros vs. Chile. Caso contencioso. Serie C N° 279 (Corte IDH, 29 de mayo de 2014). Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf

Pedro Andrés Lizana Puelles vs. Jurado Nacional de Elecciones. Acción de amparo. Expediente N° 5854-2005-AA (TC [Perú], 8 de noviembre de 2015). Recuperado de: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf

Poblete Vilches y otros vs. Chile. Caso contencioso. Serie C N° 349 (Corte IDH, 8 de marzo de 2018). Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf

Sentencia C-093 (Corte Constitucional [Colombia], 2001).

Sentencia C-671 (Corte Constitucional [Colombia], 2001).

Sentencia N° 080-13-SEP-CC (Corte Constitucional [Colombia], 2013).

Sentencia N° 292-16-SEP-CC (Corte Constitucional [Colombia], 2016).

Sentencia N° 057-17-SEP-CC (Corte Constitucional [Colombia], 2017).

Sentencia N° 004-18-SE.P-CC (Corte Constitucional [Ecuador], 2018).

T-376 (Corte Constitucional [Colombia], 2013).

Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Caso contencioso. Serie C N° 318 (Corte IDH, 20 de octubre de 2016). Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf

Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Serie C N° 318 (Corte IDH, 20 de octubre de 2016). Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf

Ximenes Lopes vs. Brasil. Caso contencioso. Serie C N° 149 (Corte IDH, 4 de julio de 2006). Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf

Recibido: 18/01/2019
Aprobado: 20/05/2019

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.002
CC BY
DERECHO PUCP
N° 84, 2020
junio - noviembre
pp. 47-60
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

El caso de los buzos miskitos: un laboratorio vivo para auditar la adaptabilidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

The Miskito divers case: A living laboratory to audit the adaptability of the Inter-American Human Rights System

VÍCTOR DANIEL CABEZAS ALBÁN*
Universidad San Francisco de Quito (Ecuador)

Resumen: El artículo explora la capacidad de adaptabilidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) frente a diversas problemáticas: los derechos humanos de las personas jurídicas, así como la responsabilidad internacional de las empresas por vulneraciones a derechos humanos. Todo ello se analiza a la luz del caso *Opario Lemoth Morris y otros vs. Honduras*, recientemente presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que confluyen estos puntos grises.

Palabras clave: Derechos humanos, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, personas jurídicas, adaptabilidad, *ius standi*

Abstract: This paper addresses the level of adaptability of the Inter-American Human Rights System towards different issues, such as the human rights of legal entities and the international responsibility of legal persons for human rights violations. This analysis is made through the lecture and narration of the case *Opario Lemoth Morris y otros vs. Honduras*, which has been recently summited before the Inter-American Human Rights Court.

Key words: Human rights, Inter-American Human Rights System, legal persons, adaptability, legal standing

CONTENIDOS: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL CASO DE LOS BUZOS MISKITOS: UN LABORATORIO DINÁMICO PARA VISIBILIZAR UNA PROBLEMÁTICA LATENTE.– III. ¿LA COMUNIDAD DE BUZOS MISKITOS PUEDE SER EN SÍ MISMA PROTEGIDA POR EL SIDH?.– IV. ¿QUÉ BENEFICIOS PROCESALES O SUSTANTIVOS TENDRÍA LA COMUNIDAD DE BUZOS MISKITOS AL COMPARECER COMO SUJETO DE DERECHOS ANTE EL SIDH?.– V. ¿HACIA DÓNDE CAMINA LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE EMPRESAS POR VULNERACIONES A DERECHOS HUMANOS EN EL SIDH?.– VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Tener vigilado a nuestro vigilante es una tarea que compete a los Estados, a la academia y a los propios ciudadanos, pues la legitimidad del

* Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Máster en Derecho por la Universidad Externado de Colombia.
Código ORCID: 0000-0003-3703-1276. Correo electrónico: vcabezas@pbplaw.com

sistema se fundamenta en la medida en que puede garantizar la vigencia de los derechos humanos en el continente y responder a las necesidades siempre cambiantes de las personas y de la sociedad. Esa vigilancia a los organismos supervisores en materia de derechos humanos no solo implica auditar sus actuaciones u omisiones, sino observar la adaptabilidad del sistema frente a las exigencias cambiantes de la sociedad, que van progresivamente requiriendo una atención que no siempre va acorde a la literalidad de los tratados[1] ni a la normalidad de la práctica procesal.

La principal preocupación de este artículo recae en la capacidad de adaptabilidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH) frente a diversos escenarios como, en primer lugar, los derechos humanos de las personas jurídicas; y, en segundo lugar, la responsabilidad internacional de empresas por vulneraciones a los derechos humanos. Se preguntará el lector cuál es la particular relevancia de estos temas o bajo qué criterio fueron escogidos, y la respuesta es sencilla: este artículo se enfoca en analizar cómo confluyen estas problemáticas en el contexto de un expediente vivo que recientemente fue presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y se halla a puertas de tener una sentencia de fondo. Se trata de un caso concreto con personas, escenarios y lugares que nos permitirán observar con relativa claridad cómo interactúan estos puntos grises del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DIDH).

Se ha decidido desarrollar este artículo a partir del caso *Opario Lemoth Morris y otros vs. Honduras* porque nos permite examinar la adaptabilidad del SIDH en el contexto de, quizás, su ámbito de acción más importante: la resolución de procesos contenciosos. Pero, además, desde una perspectiva metodológica, el análisis de un tema eminentemente teórico —como la capacidad de ajuste del SIDH— a partir de un expediente real nos permite comprender de mejor manera las interacciones entre la teoría y la práctica, adentrándonos en los impactos reales que tienen las discusiones jurídicas de alta complejidad en los derechos humanos de personas con nombre y apellido[2].

1 Sobre el tema, vale remarcar que la propia Corte IDH ha insistido en que la CADH es un instrumento vivo, cuyas disposiciones tienen inmersas la vocación de evolucionar. *Cfr.* Opinión Consultiva OC-16/99, § 114; *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239, § 83; *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, § 245; y Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 55. En similar sentido, el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre indica: «[q]ue la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución».

2 Aunque se estima que el caso escogido para revisar la capacidad de adaptabilidad del SIDH es altamente ilustrativo, no deja de ser cierto que podría mostrar una perspectiva casuística y, quizás, sesgada de la realidad. Bajo esta previsión, el estudio se propone, hacer un balance adecuado entre la revisión del marco fáctico y jurídico del caso *Opario Lemoth Morris y otros vs. Honduras*, enfocándose al mismo tiempo en los temas sustantivos de análisis; esto es, la responsabilidad internacional de empresas por violaciones a los derechos humanos y los derechos humanos de las personas jurídicas en el marco del SIDH.

II. EL CASO DE LOS BUZOS MISKITOS: UN LABORATORIO DINÁMICO PARA VISIBILIZAR UNA PROBLEMÁTICA LATENTE

A menudo, cuando revisamos los retos de los sistemas protectores de derechos humanos, podemos perder la perspectiva respecto del alcance de las discusiones, que más allá de un abordaje teórico implican el mantenimiento de una realidad jurídica y material para los seres humanos. Dicho de otro modo, las discusiones respecto de temas que pueden parecer eminentemente teóricos —como los derechos humanos de una persona jurídica— cuando son puestos en un contexto fáctico concreto, adquieren otra dimensión en nuestro proceso de análisis.

El pueblo miskito es un grupo étnico que comprende una población de alrededor de 72 000 habitantes, principalmente radicados entre las regiones de Gracias a Dios en Honduras y Atlántico Norte en Nicaragua (MASTA, 2012, p. 14). Aunque la naturaleza endémica del pueblo miskito no es el aislamiento, en la práctica viven uno forzoso toda vez que el estar establecidos en regiones de difícil acceso les impide transportarse con facilidad hacia las principales capitales provinciales, donde se concentran los servicios estatales (Acosta, 2002, p. 39).

Históricamente, la comunidad miskita ha sido conocida por albergar los mejores buzos a pulmón del mundo (CIDH, 2009, p. 10). Esta actividad es desarrollada comúnmente por los miskitos como un mecanismo de supervivencia, pues su dieta se compone principalmente de mariscos[3]. Sin embargo, la pobreza extrema en la que vive más del 60 % de la población (Bautista, 2002, p. 5) ha dado cabida a que grandes empresas especializadas en pesca de langosta desarrollen una estrategia comercial destinada a la captación de buzos miskitos. Así, se ven forzados a ejercer la pesca a pulmón a niveles industriales, lo que ha generado un escenario de vulneración estructural y sistemática de los derechos humanos de este pueblo (CIDH, 2009, p. 39).

Al no existir autoridades estatales que controlen a las empresas pesqueras, estas reclutan indiscriminadamente a los buzos miskito, los suben a bordo de las naves y, sin registros ni equipamientos, son forzados a permanecer bajo el agua por periodos extensos, bajando a profundidades que generan en sus organismos una descompresión crónica (MASTA, 2012, p. 20). La puesta en marcha de un esquema laboral sin ningún control estatal, bajo la sombra de dos jurisdicciones colindantes, Honduras y Nicaragua, mutuamente irresponsables, ha generado en el pueblo miskito una forma moderna de esclavitud cuyo pilar fundamental es la desatención estatal

3 Según ha sido acotado por la CIDH, «La pesca submarina reporta anualmente más de 35 millones de dólares para el Estado de Honduras. El Informe de Desarrollo Humano del Programa de Naciones Unidas del año 2002, reportó que un 71.1% de la población del Departamento de Gracias a Dios se dedicaba a la agricultura y pesca» (2009, p. 10).

(La Prensa, 2007, p. 1). Es de tal gravedad la situación de los buzos que inclusive la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH o la Comisión) ha reconocido que su propia integridad se encuentra en peligro, puesto que la explotación laboral que sufren, particularmente en el departamento de Gracias a Dios, en Honduras, ha generado que miles de buzos sufran discapacidades físicas severas e irreversibles derivadas de la descompresión que padecen al ser obligados a bajar a profundidades extremas, inclusive a punta de arma (CIDH, 2009, p. 10).

El 5 de noviembre de 2004 este caso fue presentado ante la Comisión en contra del Estado de Honduras por parte de la Asociación de Miskitos Hondureños de Buzos Lisiados (AMHBLI); la Asociación de Mujeres Miskitas *Miskitu Indian Mairin Asla Takanka* (MIMAT) y el Consejo de Ancianos *Almuk Nani Asla Takanka*, respectivamente representados por Arquímedes García López, Cendela López Kilton y Bans López Solaisa, todos en representación del pueblo indígena miskito. Principalmente, los peticionarios sostuvieron que Honduras era internacionalmente responsable por la vulneración del derecho a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales, a la protección a la familia, a los derechos del niño, a la igualdad ante la ley, a la protección judicial y al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CIDH, 2009, p. 46).

Los solicitantes argumentaron que el Estado de Honduras omitió generar una política integral de seguridad laboral y de salud a efectos de supervisar las precarias condiciones de trabajo del proceso de explotación de langosta en el departamento de Gracias a Dios, dando lugar a una vulneración sistemática a los derechos humanos antes señalados (CIDH, 2009, p. 9). El esquema laboral agresivo e infrahumano por medio del cual las empresas pesqueras captan a los buzos miskitos ha generado un problema estructural de salud pública en la comunidad, pues, según indica el Ministerio de Salud de Honduras, «hay cerca de 9000 buzos en la Mosquitia […]. De los 9000 buzos, un 47% (4.200) ha quedado lisiado como consecuencia del Síndrome de Descompresión» (PNUD, 2006, p. 106).

Este índice nos muestra claramente la gravedad de la situación de la comunidad, en la que casi la mitad de la fuerza laboral se encuentra padeciendo una discapacidad que les impide acceder a un trabajo, sin atención médica por parte del Estado ni mucho menos por parte de algún seguro privado, lo que ha puesto en grave riesgo los núcleos familiares y la subsistencia individual y colectiva del pueblo miskito. Ello, dado que la desatención total del Estado frente a tales condiciones laborales se ha constituido como un proceso lento de desaparición del pueblo y,

consecuentemente, de anulación del ejercicio de derechos colectivos y de la realización del derecho a la cultura, a la educación y a la religión que se ejercen comunitariamente.

Todo este panorama se agrava con la precariedad del sistema de justicia y del aparato administrativo de tutela de derechos laborales del Estado de Honduras, pues la extrema pobreza de los habitantes del pueblo miskito, su bajo nivel de educación, la discapacidad física de muchos de sus miembros, la carencia de información precisa sobre sus derechos y los costos de acceso a las sedes administrativas y judiciales, que se encuentran en el continente[4], sumados a la necesidad de contar con un abogado dentro de un proceso sustanciado en español, hacen que materialmente su acceso a la justicia judicial o administrativa sea prácticamente nulo (CIDH, 2009, p. 14).

Frente a este escenario, mediante el Informe N° 121/09, la CIDH admitió a trámite la petición del pueblo miskito y, sin hacer un pronunciamiento expreso sobre el fondo del asunto, observó indicios de responsabilidad internacional. Entre otras cosas, los comisionados anotaron que el acceso difícil —solo por vía aérea o marítima— al departamento de Gracias a Dios, donde viven los buzos, ha significado que en la práctica los ciudadanos no puedan trasladarse a La Ceiba o Tegucigalpa, localidades hondureñas donde se encuentran las sedes judiciales y administrativas. Esto se torna aún más grave, tomando en consideración la condición de discapacidad que sufre una buena parte de la población. Dentro del referido informe, la CIDH reportó que las acciones llevadas a cabo para reparar los daños a la salud de los miembros de la comunidad fueron ineficaces. Por este motivo, entre otros, la Comisión decidió llevar este caso ante la Corte IDH en el año 2019, en parte por la violación al derecho humano a la integridad de los buzos miskitos, toda vez que:

> El Estado hondureño, a pesar de tener conocimiento de la situación de los buzos y la situación perversa de las relaciones laborales en las que se encontraban, no adoptó medidas deliberadas, concretas y orientadas a la realización del derecho al trabajo, a las condiciones justas, equitativas y satisfactorias del mismo, así como a la salud y a la seguridad social (CIDH, 2019, p. 1).

Sobre la posibilidad de plantear acciones judiciales en contra de las empresas, la Comisión acogió el argumento de los peticionarios en el sentido de que la interposición de acciones judiciales implicaba que se realicen en las regiones de Roatán o la Ceiba, donde las empresas tienen sus sedes, lo que generaba que a la comunidad de buzos le fuera imposible litigar contra sus empleadores.

4 Resulta pertinente señalar que el pueblo mizkito habita un archipiélago de islas.

Finalmente, la CIDH consideró que la realidad concreta que enfrenta este caso se remite a que más de 4000 buzos miskitos, que constituyen una parte esencial —y, en definitiva, la fuerza laboral— del pueblo indígena, «han sufrido síndrome de descompresión[5] provocándoles discapacidad parcial, permanente e inclusive la muerte, asunto de proporción y gravedad de tal magnitud que pondría en peligro incluso la integridad del Pueblo *Miskito* en Honduras» (2009, p. 48).

Lastimosamente, la actuación de la CIDH frente a esta problemática ha estado marcada por la lentitud y la ineficacia. Como se señaló anteriormente, la situación de extrema vulnerabilidad del pueblo miskito se ahonda con el hecho de que existen dos jurisdicciones colindantes que cooperan en la impunidad de las vulneraciones. Hay que tener presente que la denuncia fue presentada originalmente en noviembre de 2004, el informe de admisibilidad es de noviembre de 2009 y el de fondo de mayo de 2019, por lo que existe un serio reparo en lo concerniente a la oportunidad y eficiencia del SIDH.

Ya nos hemos referido al caso de Honduras. En el de Nicaragua, la situación es muy similar y en 2015 la CIDH emitió la Medida Cautelar N° 505-15 a favor de los miembros de las comunidades indígenas de Esperanza, Santa Clara, Wisconsin y Francia Sirpi del pueblo miskito de Wangki Twi-Tasba Raya. De conformidad con la solicitud, los miembros del pueblo miskito en Nicaragua sufren adicionalmente de «constantes ciclos de violencia, asesinatos, amenazas y actos de hostigamiento debido a la presencia de personas denominadas "colonos" dentro de sus territorios, en el marco de un conflicto territorial y de procesos de saneamiento realizados en dichos territorios» (CIDH, 2015, p. 4). Después del correspondiente análisis, la Comisión consideró que la solicitud demostraba *prima facie* una necesidad urgente de garantía de los derechos a la vida e integridad personal de ciertas comunidades indígenas (p. 14). Así, en 2016, mediante Resolución 44/2016, la CIDH decidió ampliar la protección de la medida cautelar a otras comunidades colindantes.

Desde que se emitió el informe de admisibilidad han sucedido algunas cuestiones relevantes. Primero, los peticionarios fueron escuchados en audiencia ante la CIDH; y, luego, en noviembre de 2015, el Estado emitió la Ley General de Pesca y Agricultura, cuyo artículo 31 reconoce la problemática aquí descrita y ordena que se atiendan las necesidades de salud de la población afectada por el buceo autónomo a partir de la asistencia del Seguro Social, de la creación de fondos mutuales o

5 El síndrome de descompresión se refiere a una embolia producida por una disminución brusca de la presión atmosférica. La enfermedad puede producir que ciertas áreas del cuerpo humano se paralicen, se generen lesiones permanentes o, incluso, puede llevar a la muerte.

fideicomisos con recursos públicos, además de la implementación de programas productivos, de empleo y de formación.

Para realizar una observación directa de la situación de derechos humanos en Honduras, entre el 30 de julio y el 3 de agosto de 2018 se desarrolló una visita *in loco*, en la que el organismo supervisor destacó lo siguiente:

> La CIDH recoge la preocupación del pueblo miskito en relación con las ocupaciones de sus territorios por parte de terceros […] En su visita a la zona de la Moskitia la Comisión observó un cuadro de pobreza, desempleo, falta de servicio sanitario y de energía, y falta de fuentes de agua y saneamiento. Asimismo, la CIDH recibió múltiples testimonios respecto de la inadecuada implementación de un programa culturalmente apropiado de educación bilingüe. La Comisión también documentó las múltiples afectaciones que continúan sufriendo los buzos miskitos durante la pesca submarina (CIDH, 2018, p. 1).

En efecto, a partir de la visita *in loco*, se evidenció que el estado de vulnerabilidad de la comunidad se mantenía y no había registrado ninguna mejora significativa desde que se emitiera el informe de admisibilidad y las recomendaciones correspondientes en 2009. Bajo estos antecedentes, luego de más de quince años desde que la denuncia inicial del caso *Opario Lemoth Morris y otros vs. Honduras* fuera presentado, el 24 de mayo de 2019, la Comisión decidió llevarlo ante la Corte IDH. En el Informe de Fondo[6] se concluyó que el Estado de Honduras vulneró los derechos humanos a la integridad, la igualdad y la no discriminación de treinta y cuatro buzos que sufrieron accidentes derivados de las sumersiones profundas para la pesca a pulmón que, a su vez, les ocasionó el padecimiento del síndrome de descompresión,

> En tanto la omisión e indiferencia del Estado frente a la problemática de explotación laboral por parte de empresas pesqueras y la realización del buceo en condiciones peligrosas que dio lugar a dichos accidentes se vio materializada en la falta de fiscalización adecuada. Adicionalmente, la CIDH consideró que el Estado hondureño, a pesar de tener conocimiento de la situación de los buzos y la situación perversa de las relaciones laborales en las que se encontraban, no adoptó medidas deliberadas, concretas y orientadas a la realización del derecho al trabajo, a las condiciones justas, equitativas y satisfactorias del mismo, así como a la salud y a la seguridad social (CIDH, 2019, p. 1).

Vale resaltar que en el Informe de Fondo la Comisión fundamentalmente advierte un presunto incumplimiento de la obligación internacional de

6 A la fecha de envío del presente artículo, el Informe de Fondo aún no había sido publicado, solo sus conclusiones y detalles macro que constan en el comunicado N° 257/19, emitido por la CIDH.

adoptar medidas internas para garantizar la vigencia de los derechos humanos, según lo descrito en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH). Esto teniendo en cuenta que si bien el Estado de Honduras no sería el protagonista directo de las violaciones a los derechos humanos de los denunciantes, su tolerancia y falta de ejecución de acciones concretas para mitigar las violaciones y repararlas implican, en sí mismas, un incumplimiento de obligaciones internacionales en la materia.

III. ¿LA COMUNIDAD DE BUZOS MISKITOS PUEDE SER EN SÍ MISMA PROTEGIDA POR EL SIDH?

Ahora que se ha revisado el marco fáctico general del caso de los buzos miskitos, así como el proceso llevado ante la Comisión, analizaremos a continuación la posibilidad de que la comunidad sea en sí misma protegida por el SIDH. Se debe notar que a pesar de que este es un tópico fundamental del caso *Opario Lemoth Morris y otros*, su relevancia teórica va mucho más allá del expediente concreto y se perfila como uno de los grandes retos y discusiones en el contexto del SIDH.

Existe una tensión entre los derechos de las personas jurídicas y las obligaciones en materia de derechos humanos. Por concepción, los principios y derechos que emanan de tratados en materia de derechos humanos se aplican a las personas naturales y no a las personas jurídicas[7], que son ficciones del ordenamiento. Este ha sido un criterio sostenido del SIDH. Verbigracia, en el Informe de Admisibilidad 47/97, la Comisión sostuvo:

> La protección otorgada por el sistema interamericano de derechos humanos se limita sólo a las personas naturales, quedando fuera las personas jurídicas, por lo que Tabacalera Boquerón S.A., como persona jurídica no puede ser una "víctima" de violación de derechos humanos en el sistema interamericano, ya que aquéllas no se encuentran protegidas por la Convención (1997, p. 3).

En efecto, a partir de la definición de persona emanada de diversos tratados en materia de derechos humanos, encontramos una tensión problemática cuando una comunidad, empresa o corporación pretende protección del SIDH. Esta tensión también se genera porque, *lato sensu*, los sujetos del derecho internacional público son los Estados, las organizaciones internacionales y la persona natural, excluyéndose por regla general a la persona jurídica[8] (Becerra Ramírez, 1991). Verbigracia,

7 Al efecto, véase el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su parte pertinente dispone: «para los propósitos de esta Convención, 'persona' significa todo ser humano».

8 Sin perjuicio de lo dicho, en ámbitos especializados del derecho internacional público, como el derecho internacional de las inversiones, las personas jurídicas —concretamente los inversionistas— sí

cuando la Corte IDH tuvo la oportunidad de tratar el tema dentro del caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, no consideró que el matinal *La Nación* hubiera sido víctima de las vulneraciones con base en la prescripción del artículo 1.2 de la CADH, sino que la víctima en realidad fue el periodista Herrera Ulloa.

Bajo estas premisas, encontramos *a priori* que una comunidad o corporación no podría obtener protección del SIDH, tanto por la definición de persona de la CADH como por la teoría general de los sujetos del derecho internacional público. Una vez visibilizada esta problemática, pasaremos a examinar sus matices.

El SIDH ha generado avances sustanciales en la concepción y desarrollo de derechos humanos a lo largo de la historia, destacándose los relativos al derecho a la vida, a la libertad de expresión, a la integridad personal y, en general, a los principios de interpretación de las obligaciones y de la responsabilidad internacional (Bandeira, 2012). De entre los muchos retos que tiene el SIDH, el otorgamiento de *locus standi* a las personas jurídicas es uno de los más relevantes y para los cuales ya existen algunas directrices concretas, particularmente a la luz de la Opinión Consultiva OC 22/16 de la Corte IDH.

Ahora bien, ¿cuál es la relevancia de analizar la posibilidad de que la comunidad de buzos sea sujeto de derechos en el contexto del caso de los buzos miskitos? La respuesta es múltiple y se irá desarrollando en este apartado. En primer lugar, estimamos que el diseño de una estrategia de litigio pensada en la defensa de los derechos de la comunidad y, por su intermedio, de los individuos, generaría mecanismos de reparación generales y transversales, más allá del particularismo de un caso individual. Pero, además, el SIDH tiene un desarrollo estelar en derechos de los pueblos indígenas que permitiría acceder a estándares ampliamente protectores de la comunidad como sujeto en sí mismo de derechos. Siendo relevante, entonces, revisar la capacidad de la comunidad de comparecer ante el SIDH y acceder a estándares especializados en la materia y las formas de reparación más efectivas, a continuación nos proponemos revisar qué tan factible es jurídicamente que aquello suceda.

Para iniciar este análisis, vale remarcar que la noción de persona jurídica puede llevarnos a concepciones equívocas o por lo menos prejuiciosas; así, muchas veces, cuando pensamos ordinariamente en una persona jurídica, nos viene a la mente una empresa poderosa o alguna entelequia similar. No obstante, y atendiendo al concepto estricto, persona jurídica es toda entidad a la cual la ley le reconoce una existencia particular

tienen *locus standi* ante tribunales internacionales, otorgado por los propios términos de los tratados bilaterales de inversiones.

con responsabilidad propia y con capacidad jurídica (Corral-Talciani, 1990, p. 301).

De esta manera, en la concepción de personas jurídicas encontramos a las especies más diversas, desde empresas multinacionales hasta comunidades indígenas, pasando por periódicos, televisoras y universidades. Bajo estas premisas, cuando hablamos de una persona jurídica es imperativo entender que ese concepto cobija una cantidad enorme de agrupaciones humanas cuyos objetos pueden estar ligados tanto al rédito económico, como en el caso de una empresa; como a la realización material de derechos humanos, como en el caso de las comunidades, los pueblos, una escuela o una universidad. La Corte IDH ha adoptado la definición de persona jurídica de la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, cuyo artículo 1 la define como: «toda entidad que tenga existencia y responsabilidad propias, distintas a las de sus miembros o fundadores, y que sea calificada como persona jurídica según la ley del lugar de su constitución».

Toca puntualizar que la situación de la persona jurídica en el SIDH se encuentra marcada por grandes oportunidades y baches estructurales que advertiremos brevemente. Si bien ya hemos reseñado que la Comisión ha interpretado que el artículo 1 de la CADH otorga protección exclusivamente a la persona humana, no deja de ser cierto que tal texto normativo dispone en su numeral primero que el compromiso de respeto a los derechos y libertades se reconoce frente a toda persona sujeta a su jurisdicción. Con ello, bajo el principio jurídico *ubi lex non distinguit non distinguere debemus*, la categoría amplia de persona enunciada por la CADH cobijaría también a las personas jurídicas. Sobre este tema, la Corte IDH, en sentencia dictada el año 2001 dentro del caso *Cantos vs. Argentina*, explicó:

> Los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación […] si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo No. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad que [sic] bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho (2001, p. 29).

Vale remarcar que esta ha sido la interpretación aceptada por la Corte IDH «desde el primer caso en que se enfrentó al problema de definir

si las personas jurídicas podrían ser objeto de protección en el sistema interamericano, postura respecto de la cual, en principio, no encuentra razones para apartarse» (2016, p. 16). En efecto, podemos concluir que en un primer momento el SIDH negó que las personas jurídicas puedan ser sujetos de protección y, posteriormente, adoptó el criterio de sujeto/medio; esto es, que las personas jurídicas pueden merecer protección siempre que existan derechos fundamentales de personas naturales detrás de estas ficciones.

Si volteamos la vista a lo que ocurre en el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos, concluiremos que este ha sido más receptivo en cuanto a la titularidad de derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) por parte de personas jurídicas, pues ese instrumento utiliza en su articulado la expresión «toda persona», con lo que, en principio, se excluiría la discusión de si la protección del sistema procede frente a personas naturales o jurídicas, pues la norma debe entenderse en sentido amplio. Además, el artículo 34 de la CEDH desarrolla las personas que pueden demandar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, incluyendo, entre otros: a) toda organización no gubernamental, y b) todo grupo de particulares. Este tema, en realidad, se encuentra zanjado a nivel europeo, donde la jurisprudencia ha declarado diversos derechos de personas jurídicas, con o sin fines de lucro[9], e incluso personas jurídicas de derecho público[10].

Si bien dentro del SIDH no existe una ventana completamente abierta para la participación de todas las personas jurídicas dentro de procesos contenciosos en virtud a la interpretación restrictiva del artículo 1.2 de la CADH, y también por la teoría general de los sujetos del derecho internacional público, lo que sí existe es una sólida viabilidad para que las comunidades indígenas y tribales puedan hacerlo. Sobre esta materia, la jurisprudencia es amplia y fue expresamente ratificada en la Opinión Consultiva OC 22/16 en los siguientes términos: «La Corte, como intérprete última de la Convención reitera su jurisprudencia según la cual las comunidades indígenas son titulares de derechos protegidos por el sistema interamericano y pueden presentarse ante este en defensa de sus derechos y los de sus miembros» (Corte IDH, 2016, p. 27).

Esta protección amplia del SIDH a las comunidades indígenas como titulares de derechos partió inicialmente de considerar que la comunidad era un medio para la realización de los derechos humanos de sus

9 Véase: TEDH, *SCI Boumois vs. Francia* (N° 55007/00). Sentencia del 17 de junio de 2003; TEDH, *Asunto SCP Huglo, Lepage y Asociados, Consejo vs. Francia* (N° 59477/00). Sentencia del 1 de febrero de 2005; TEDH, *Klithropiia Ipirou Evva Hellas A.E. vs. Grecia* (N° 27620/08). Sentencia del 13 de enero de 2011; TEDH, *Sociedade Agricola Do Ameixial vs. Portugal* (N° 10143/07). Sentencia del 11 de enero de 2011.

10 Véase: TEDH, *Holy Monasteries vs. Grecia* (N° 13092/87). Sentencia del 9 de diciembre de 1994, § 49; TEDH, *Islamic Republic of Iran Shipping Lines vs. Turquía* (N° 40998/98). Sentencia del 13 de diciembre de 2003.

individuos. Entonces, el sujeto de derechos era la persona miembro de la comunidad y no la comunidad en sí misma[11].

Este escenario cambió en el año 2012 con la expedición de la sentencia del caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, en el que la Corte IDH se aparta del criterio expresado *ut supra* y reconoce como titulares de derechos, a la luz de la CADH, a la comunidad indígena. Particularmente, la Corte IDH encontró que se habían vulnerado los derechos de la comunidad a la propiedad comunal indígena, a la identidad cultural, a las garantías judiciales y a la protección judicial.

La Corte IDH se ha pronunciado indicando que: «El derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática» (2012, p. 217), lo que en principio nos llevaría a pensar que se ha considerado el derecho a la identidad como uno de ejercicio colectivo que, por ende, podría estar sujeto a una protección bajo esta modalidad en lo procesal. Asimismo, en el caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte IDH ordenó reconocer la personalidad jurídica del colectivo como una prerrogativa base para el ejercicio de los derechos de sus miembros «con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones» (2007, p. 194). Este caso es interesante porque el Estado cuestionó la capacidad de cohesión del pueblo saramaka «como titular independiente de derechos y obligaciones regido por sus propias leyes, regulaciones y costumbres, como sugiere el concepto de personalidad judicial [sic] consagrado en el artículo 3 de la Convención» (p. 162). El Estado enfatizó que la Convención protege a las personas como sujetos de derechos y no a un pueblo, siendo estos argumentos desechados porque se logró caracterizar vulneraciones individuales. El tema central de este caso, el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos, fue tratado bajo el mismo esquema en los casos *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, *Comunidad Moiwana vs. Surinam* y *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, entre otros.

En definitiva, a pesar de la problemática que enfrentan las personas jurídicas —*amplio sensu*— para obtener protección bajo el SIDH, la titularidad de derechos de las comunidades indígenas es un tema zanjado tanto por la jurisprudencia de la Corte IDH como por su última opinión consultiva expedida sobre esta materia.

11 *Comunidad Moiwana vs. Surinam.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C N° 124; *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.* Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N° 125; *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146; entre otros.

IV. ¿QUÉ BENEFICIOS PROCESALES O SUSTANTIVOS TENDRÍA LA COMUNIDAD DE BUZOS MISKITOS AL COMPARECER COMO SUJETO DE DERECHOS ANTE EL SIDH?

Retomando al caso de los buzos miskitos, si lo analizamos bajo las premisas de hecho relatadas en el segundo acápite de este ensayo, podríamos concluir que la vulneración a los derechos al trabajo, a la integridad y a la vida de los miembros de la comunidad acabarán afectando los derechos del pueblo en sí mismo y, por ende, la protección de la persona jurídica se torna relevante y es jurídicamente viable, como ya explicamos. Y es que el pueblo miskito es en sí mismo, el único medio para el ejercicio pleno de diversos derechos humanos como el de la cultura, la educación, la religión y, en última instancia, el libre desarrollo de la personalidad. Tiene la aptitud intrínseca de proporcionar los medios para el desarrollo de los derechos humanos de sus individuos a partir de la práctica de su propia cultura, costumbres, religión, etcétera. En otras palabras, para que un miembro de la comunidad miskita pueda ejercer su derecho a profesar una creencia religiosa o a cultivar sus raíces culturales, la única forma se condensa y concentra en la existencia y protección de la comunidad como un sujeto particular y autónomo de derechos.

Así las cosas, en el momento en que se flagela el tejido comunitario, por ejemplo, al mutilar la fuerza laboral o condenar a los individuos a una vida de explotación, deficiencias de salud y precarización extrema del trabajo, se está generando una vulneración estructural de los derechos propios de la comunidad como un todo, ocasionando como consecuencia directa que ni la religión ni la cultura ni la educación se puedan realizar efectivamente. Paralelamente, la flagelación de la comunidad genera que sus propios mecanismos de tutela judicial efectiva y de defensa se vean anulados. Como vemos en el caso de los buzos miskitos, una comunidad sin recursos y con un liderazgo fraccionado por las propias empresas pesqueras ocasiona que los individuos, por cuestiones de lenguaje y formación, solo puedan representarse colectivamente frente a los sistemas de justicia de la «sociedad occidental/continental». Cuando revisamos el cuadro general de este caso, se evidencia, más que una función instrumental del pueblo, un sujeto en sí mismo de derechos, cuyo quebrantamiento anula el ejercicio de derechos humanos individuales.

Ahora bien, teniendo claro que la comunidad podría comparecer ante el SIDH como sujeto de derechos, corresponde abordar cuáles serían los potenciales beneficios para los diversos actores; y entre los muchos que podrían citarse, destacamos los siguientes:

1. Estándares especializados: el desarrollo de jurisprudencia en el seno del SIDH en cuanto a la protección de los derechos

humanos de los pueblos indígenas es único en el mundo. Esto implica, en la práctica, que los derechos consagrados en la CADH han sido estudiados ampliamente por la Corte IDH a la luz de las especiales condiciones de las comunidades indígenas y, en efecto, los litigantes cuentan con estándares especializados —en cuanto al derecho a la vida, a la propiedad comunitaria, al desarrollo de la personalidad, a la religión, etcétera— que tienen la aptitud de fortalecer la construcción argumental de un caso donde, precisamente, la situación de derechos de la comunidad se encuentra en vilo.

2. Alcance y dimensión de la reparación: el caso de los buzos miskitos mal podría observarse como uno que se limita a la situación de los peticionarios. Por el contrario, sus efectos y sus vértices se amplían directa o indirectamente hacia todos los miembros de una comunidad. En consecuencia, resultaría muy conveniente que un litigio eventual ante la Corte IDH pueda desarrollarse a partir de una estrategia de reparación que incorpore medidas que atiendan estructuralmente las necesidades jurídicas y sociales de la comunidad, a efectos de evitar que situaciones individuales similares se sigan dando.

3. Desarrollo jurisprudencial: en realidad, la capacidad de comparecencia ante el SIDH de la comunidad miskita no se encuentra en discusión. Tampoco el hecho de que es titular de derechos. Quizás la pregunta de fondo que, a nuestro criterio, no logra definir la Opinión Consultiva OC 22/16 consiste en dilucidar cuáles son esos derechos que podrían reconocérsele a la comunidad, tema que seguramente se irá dilucidando en función de cada caso. En este, sin embargo, se observa una particularidad. Si bien en otros procesos llevados ante la Corte IDH ya se ha reconocido que las comunidades tiene derecho a la propiedad comunal, al acceso a la justicia, etcétera (Corte IDH, 2012), aún no ha existido un estándar sobre el derecho al trabajo. La Corte IDH ha reconocido este derecho en algunos casos como *Cinco Pensionistas vs. Perú, Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, entre otros. Sin embargo, nunca se ha abordado concretamente si una comunidad indígena puede ser titular de este derecho. Aunque el tema evidentemente daría para un estudio de considerables proporciones, *prima facie* estimamos que no existiría óbice. El derecho al trabajo implica una serie de condiciones, beneficios y protecciones especiales que se generan en el curso del acceso a un puesto de trabajo y en el desarrollo mismo de la actividad. En primer lugar, solo en virtud del principio de interdependencia de los derechos podríamos concluir que si la comunidad es titular del derecho a

la protección judicial, a la cultura, a la propiedad, etcétera, y el trabajo es un medio indispensable en la sociedad capitalista para poder obtener recursos y viabilizar los otros derechos, entonces, en virtud del principio de interdependencia, el derecho al trabajo resulta protegible. Dicho de otro modo, si asumimos que una comunidad tiene derecho a la propiedad comunitaria —cuestión ya superada en el SIDH—, debemos asumir que esa comunidad tiene el derecho de ejercer labores productivas tendientes a mantenerla y a generar recursos para ejercer otros derechos: la cultura, la religión, etcétera. Este es un tema interesante en el caso de los buzos miskitos pues esencialmente es un caso de explotación laboral y, desde nuestra perspectiva, trabajo forzoso con implicaciones profundas en el tejido comunitario. Llama, entonces, la atención cómo actuará el SIDH y, particularmente, la CIDH y la Corte IDH al tener que evaluar la adaptabilidad del sistema frente a la necesidad de la comunidad de que se tutele un derecho sustantivo —al trabajo—, pero bajo una perspectiva comunitaria. ¿Las gravísimas violaciones a los derechos laborales que sufren los buzos generan algún tipo de responsabilidad del Estado a la luz del *derecho al trabajo comunitario*?

En suma, al tratar los derechos de los pueblos indígenas, el SIDH ha demostrado una capacidad formidable para atender sus necesidades particulares y componer un *ius commune* de una riqueza considerable que, por lo mismo, debe ser explotado por los litigantes. El reto de la adaptabilidad en este caso se medirá ya no por la capacidad de comparecer ante la Comisión o ante la Corte, sino por la aptitud que tenga el sistema de desarrollar y tutelar otros derechos sustantivos de la comunidad como, por ejemplo, el trabajo, que en este caso aparece como un elemento indispensable para lograr una comprensión global del entorno de vulneración a los derechos de la comunidad.

V. ¿HACIA DÓNDE CAMINA LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE EMPRESAS POR VULNERACIONES A DERECHOS HUMANOS EN EL SIDH?

Otro de los temas circundantes al caso de los buzos miskitos que demandarán del sistema una prueba de adaptabilidad y progresividad, consiste en la responsabilidad internacional de las empresas por violaciones a los derechos humanos. Como vimos en el primer apartado de este ensayo, las compañías pesqueras en la región de Gracias a Dios tienen un control inmenso sobre la situación económica y jurídica de la población indígena, y las faenas de pesca que controlan son un espacio de violación masiva de derechos. Sobre el tema, la Comisión precisó que uno de los motivos por los que se llevó el caso ante la Corte IDH fue porque «la omisión e indiferencia del Estado frente a la problemática de

explotación laboral por parte de empresas pesqueras y la realización del buceo en condiciones peligrosas que dio lugar a dichos accidentes se vio materializada en la falta de fiscalización adecuada» (p. 1).

La responsabilidad de empresas por violaciones de derechos humanos es una problemática subyacente al caso de los buzos miskitos; sin embargo, no estamos frente a un tema de interés exclusivo para ese proceso y, por el contrario, su relevancia lo supera, pues los espectros de obligaciones y responsabilidades de compañías en materia de derechos humanos son uno de los temas de mayor trascendencia y debate en el seno del SIDH. En efecto, conviene revisar cuál podría ser el camino a tomar por la Corte IDH para abordar este complejo y actual tema en el contexto del caso de los buzos miskitos.

Por excelencia, los Estados son los titulares de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos; es decir, es el Estado el responsable de respetar y garantizar los derechos consagrados en los tratados internacionales. Ello deviene, en parte, de que son los Estados los suscriptores de los tratados y, por lo mismo, los sujetos que por excelencia se obligan a las disposiciones consignadas en los instrumentos internacionales. Sin embargo, a partir de la globalización y la masificación de megacorporaciones con poder y alta incidencia en la situación de derechos humanos de sus trabajadores o consumidores, algunos autores y organizaciones internacionales han cuestionado la conveniencia y juridicidad de una regla absoluta a partir de la cual las compañías no tengan ninguna responsabilidad frente a las obligaciones en materia de derechos humanos (OHCR, 2012).

El postulado, tras las diversas iniciativas tendientes a que las empresas puedan responder internacionalmente por vulneraciones a derechos humanos, consiste en que cuando tratamos con países con dificultades de control efectivo sobre su territorio y población, bajo nivel de control de las actividades particulares y necesidad de inversiones, las compañías privadas pueden ejercer un control efectivo de tal magnitud sobre las personas que escapa de la supervisión del Estado (Ratner, 2001). Se trata, pues, de algo muy parecido a lo que observamos en el caso de los buzos miskitos, en el que, ante la ausencia de control por parte del Estado de Honduras, las empresas pesqueras tienen una facultad ilimitada en la práctica para disponer de los individuos, quienes, debido a la extrema pobreza y el aislamiento, son forzados a desempeñar un trabajo en condiciones infrahumanas en un esquema de contratación donde las empresas son la única autoridad real.

El curso de acciones que la comunidad internacional ha generado sobre este tema ha tenido una mayor incidencia dentro de Naciones Unidas y, en menor medida, en el SIDH. En 2011, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptó los Principios Rectores de la

ONU sobre Empresas y los Derechos Humanos, un instrumento de *soft law* sin obligaciones propiamente dichas, pese a que diversos Estados propusieron empezar a trabajar en la aprobación de un instrumento jurídicamente vinculante. Posteriormente, y para este cometido, la Resolución 26/9 establece un proceso hacia la adopción de un tratado sobre empresas y derechos humanos. Del mismo modo, en el sistema de Naciones Unidas, se encuentra funcionando el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas.

En la OEA esta preocupación también ha estado presente. En 2015, se desarrolló una sesión especial sobre protección y promoción de los derechos humanos en el ámbito empresarial, según lo acordado en la Resolución 2840, de junio de 2014. Asimismo, se ha tratado esta interacción en diversos periodos de sesiones de la CIDH, aunque en ninguna ha existido una resolución vinculante o que detalle una posición clara de la Comisión sobre el tema[12].

Es evidente que el marco interamericano de protección a los derechos humanos fue generado en un momento histórico en el que las empresas no jugaban un rol tan protagónico dentro de la vida económica y política de los Estados. Sin duda, ese paradigma inicial ha cambiado, por lo que el sistema debería ir generando soluciones progresivas para evitar que los espacios captados por las empresas, como en el caso de los buzos miskitos, se vean marcados por la impunidad.

Además del caso que centra nuestra atención en este ensayo, el SIDH tiene otro reto latente en cuanto al tratamiento de la responsabilidad internacional de agentes no estatales. Se trata del expediente del caso *Comunidad de La Oroya vs. Perú*, que actualmente tiene el Informe de Admisibilidad N° 76/09, de 5 de agosto de 2009. Aunque este ensayo no pretende ahondar en este caso, para demostrar que el tópico de la responsabilidad internacional de agentes no estatales es una preocupación que atañe la adaptabilidad del sistema y que trasciende un solo expediente, vale la pena reseñarlo brevemente. La Oroya es una población situada a 175 kilómetros de la ciudad de Lima, tiene 33 000 habitantes y ha sido considerada como una de las ciudades más contaminadas del mundo (El Comercio, 2013, p. 1) debido a la operación del Complejo Metalúrgico de La Oroya, una planta industrial altamente contaminante que fue operada inicialmente por el Estado peruano y que posteriormente fue privatizada, estableciéndose la operación de la empresa estadounidense Doe Run (Meramendi, 2015, p. 41).

12 Últimamente, en el 167 Periodo de Sesiones de la CIDH en Bogotá, Colombia, el tema fue tratado en sesión extraordinaria de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos y Políticos. Del mismo modo, la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha iniciado el proceso de elaboración de un informe temático sobre «Empresas y Derechos Humanos: estándares interamericanos».

Las condiciones de vida en la Comunidad de La Oroya, debido al altísimo nivel de contaminación y plomo en el ambiente —del cual es responsable la empresa Doe Run—, han generado que, en palabras de la Organización Mundial de la Salud (2004), «no existe un nivel de concentración de plomo en la sangre que pueda considerase exento de riesgo», todo lo cual ha dado lugar a un estado verdaderamente trágico y calamitoso para los derechos a la vida, la integridad y la salud de los pobladores de La Oroya. Este caso, en el que se encuentra denunciado el Estado peruano, nos demuestra que la problemática de la responsabilidad internacional de empresas en materia de derechos humanos rebasa el expediente de *Opario Lemoth Morris y otros vs. Honduras* y se erige como una problemática estructural y transversal al SIDH.

¿Qué hacer frente a este escenario? Tanto en este caso, pendiente de trámite de fondo en la CIDH, como en el de los buzos miskitos, que debe ser resuelto por la Corte IDH, existe el gran reto de redefinir el rol estático o móvil del SIDH frente a la violación de derechos humanos por parte de actores no estatales. Se esperaría que, atendiendo al principio de progresividad y tutela efectiva de los derechos, tanto la Comisión y la Corte IDH desarrollen los lineamientos jurídicos que permitan superar los intervalos procesales que, por ejemplo, impiden que dentro de un caso contencioso se tutelen los derechos de una persona jurídica o que se le asignen responsabilidades a nivel internacional.

Como hemos visto, ni la Corte IDH ni la Comisión han tenido pronunciamientos claros y precisos sobre estos temas, y ahora que nos encontramos a las puertas de la emisión de los informes de fondo en los casos de La Oroya y los buzos Miskitos, el SIDH tiene una oportunidad interesante para generar avances en materias aún desconocidas. Este reto no solo dará luces a los actores del SIDH sobre la responsabilidad internacional de las personas jurídicas o su calidad de sujetos de derechos, sino que acreditará en qué medida el SIDH se mantiene adaptable a los cambios de la sociedad y sus exigencias, característica fundamental para que perdure su función principal de protección y promoción de los derechos humanos.

VI. CONCLUSIONES

Mantener vigilado al vigilante es una obligación para todos los actores de la comunidad interamericana a la que se debe el SIDH. Esa vigilancia ciertamente no puede realizarse sin atender los graves problemas económicos y operativos que atraviesa el sistema y que se encuentran determinados por una falta de voluntad política de los Estados para fortalecerlo. Más allá de esto, que es evidente y ha sido reiteradamente sacado a flote, a la academia le corresponde generar debates actuales sobre el SIDH encaminados a que su ámbito de protección sea cada

vez mayor. El sistema debe propender a que su intervención tenga la capacidad material de influir positivamente en el goce efectivo de los derechos humanos.

Teniendo claro este objeto, y tal como hemos revisado en este artículo, uno de los retos esenciales del sistema es mantener su adaptabilidad en función de la protección de los derechos humanos, cualquiera sea la forma en que tal reto se presente: ya sea por medio del resguardo de los derechos humanos de una persona jurídica u otorgando responsabilidad a una empresa por vulneraciones a los derechos humanos. En este ensayo, hemos decidido presentar estos retos en el contexto de un caso concreto que ya se encuentra en conocimiento de la Corte IDH. Tal como se ha reseñado a lo largo de este estudio, el Alto Tribunal tendrá la oportunidad de pronunciarse sobre temas jurídicos fundamentales que bien podrían marcar un punto de partida para la transversalización del SIDH hacia agentes no estatales.

En definitiva, este aporte no tiene otro objeto que el de advertir las problemáticas subyacentes a un caso concreto —y comunes a otros más— sobre el que el SIDH aún no ha enunciado respuestas claras, temas frente a los cuales se deberá pronunciar prontamente. Precisamente, ese eventual pronunciamiento sobre los puntos grises del derecho que se ha denotado en el presente trabajo constituirá una muestra de la adaptabilidad del sistema; es decir, de su real capacidad para proteger los derechos humanos, que es su propia razón de ser.

Finalmente, vale destacar que el hecho de que el caso *Opario Lemoth Morris y otros vs. Honduras* se encuentre sometido a conocimiento de la Corte IDH no obsta la validez de este estudio, pues, como hemos remarcado, si bien las aproximaciones teóricas han sido realizadas a partir de un caso contencioso, esto ha obedecido a una estrategia metodológica y pedagógica para estudiar problemáticas que, más allá de un caso concreto, atañen al SIDH estructuralmente. En efecto, bien podría la Corte IDH conectarse con los postulados aquí descritos o apartarse de ellos sin que ese motivo desvanezca o desautorice el análisis efectuado, pues un fallo armónico o disonante solo aportará más argumentos para discutir y, eventualmente, solventar desde la academia los complejos temas jurídicos que en este artículo se han abordado.

REFERENCIAS

Acosta, M. (2002). *Condiciones laborales de los Buzos Miskitos en las Costa Atlántica de Nicaragua*. San José: OIT.

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2012). *La Responsabilidad de las Empresas de Respetar los Derechos Humanos*. Ginebra: OHCR. doi: https://doi.org/10.18356/2136d5b6-es

Bandeira, G. (2012). *El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Universidad de Brasilia: Protección Multinivel de Derechos Humanos.

Becerra-Ramírez, M. (1991). *Derecho Internacional Público*. México D. F.: UNAM.

Corral, T. (1990). El Concepto Jurídico de persona, una Propuesta de Reconstrucción Unitaria. *Revista Chilena de Derecho*, *17*(2), 301-321.

El Comercio. (2013). La Oroya es la quinta ciudad más contaminada del planeta. *El Comercio*, 29 de agosto. Recuperado de: http://archivo.elcomercio.pe/sociedad/lima/oroya-quinta-ciudad-mas-contaminada-planeta-noticia-1624283

La Prensa. (2007). Misquitos poden apoyo al Gobierno. *La Prensa*, 5 de julio. Recuperado de: http://www.laprensa.hn/honduras/651170-97/misquitos-piden-apoyo-al-gobierno

La Prensa. (2011). Denuncian 400 muertes de indígenas por pesca de langosta en Honduras. *La Prensa*, 24 de octubre. Recuperado de: http://www.laprensa.hn/honduras/apertura/328580-98/denuncian-400-muertes-de-ind%C3%ADgenas-por-pesca-de-langosta-en-honduras

Mosquitia Asla Takanka (MASTA). (2012). *El derecho al consentimiento libre, previo e informado de nuestro territorio de la Muskita Hondureña*. Tegucigalpa: Mosquita Asla Takanka-Unidad de la Mosquita.

Nuñez, R. (2010). La persona jurídica como sujeto de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Perspectivas Internacionales. Revista de Ciencia Política y Relaciones Internacionales*, 6(1), 205-221.

Organización Mundial de la Salud (2019). Intoxicación por plomo y salud. *Centro de Prensa OMS*, 23 de agosto. Recuperado de: http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs379/es/

Ratner, S. (2001). Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsability. *The Yale Law Journal*, *111*(3), 443-545. doi: https://doi.org/10.2307/797542

Uquilla, C. (2008). *La justiciabilidad directa de los derechos económicos sociales y culturales*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Ventura, M. (2004). Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. *Revista IIDH*, 40, 87-131.

Veramendi, M. (2015). La Oroya sigue esperando. *Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, 8(20), 41-43. Recuperado de: http://www.dplf.org/sites/default/files/aportes2020_web_final_0.pdf

Jurisprudencia, normativa y otros documentoss legales

Cantos vs. Argentina. Serie C N° 97 (Corte IDH, 2001).

Comunicado N° 257-19 (CIDH, 2019).

Comunidad de La Oroya vs. Perú, Informe de Admisibilidad 76/09 (CIDH, 2009).

Medida Cautelar 505-15, Lottie Cunningham respecto de Nicaragua (CIDH, 2015).

Opario Lemoth Morris y otros vs. Honduras. Informe de Admisibilidad 121/09 (CIDH, 2009).

Opinión Consultiva OC-22/16 (Corte IDH, 2016).

Pueblo de Saramaka vs. Surinam. Serie C N° 185 (Corte IDH, 2007).

Pueblo Indígena Kichwa Sarayaku vs. Ecuador. Serie C N°. 245 (Corte IDH, 2012).

Tabacalera Boquerón vs. Paraguay. Informe de Admisibilidad 47/97 (CIDH, 1997).

Tribunal Constitucional vs. Perú. Serie C N° 55 (Corte IDH, 2001).

Recibido: 28/08/2020
Aprobado: 21/01/2020

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.003
CC BY
DERECHO PUCP
N° 84, 2020
junio-noviembre
pp. 69-178
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

¿Existe un lugar para el arbitraje dentro del sistema de reparaciones practicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos?*

Is there a place for arbitration within the reparations system practiced by the Inter-American Court of Human Rights?

PIERO RÍOS CARRILLO**
Universidad Católica San Pablo (Perú)

Resumen: El presente trabajo trata sobre el rol que podría ocupar el arbitraje en el sistema de reparaciones desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando resuelve casos contenciosos. Para ello, se expondrá lo sucedido en los únicos dos casos en los que la Corte entretuvo la posibilidad de considerar al arbitraje como un mecanismo alternativo de determinación de reparaciones: *Garrido y Baigorria vs. Argentina* y *Chaparro Álvarez* y *Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. A partir de un análisis de estos precedentes, el autor intentará: a) identificar y caracterizar los diferentes enfoques que la Corte asumió en cada caso con respecto al arbitraje; b) evaluar si ambas aproximaciones son consistentes con el derecho internacional de los derechos humanos y los principios generales del arbitraje; y c) señalar cómo y cuándo el arbitraje puede ser utilizado como un mecanismo alternativo de determinación de reparaciones en un caso de violación de derechos humanos.

Palabras clave: Arbitraje, derechos humanos, reparaciones, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Abstract: This work addresses the role which arbitration could occupy within the reparations system developed by the Inter-American Court of Human Rights when solving contentious disputes. In that sense, the only two precedents in which the Court entertained the possibility of considering arbitration as an alternative means for the determination of reparations shall be described: *Garrido and Baigorria vs. Argentina and Chaparro Alvarez* and *Lapo Iñiguez vs. Ecuador*. From the analysis of these two precedents, the author will try to: a) Identify and characterize the different approaches taken by the Court in each case; b) evaluate whether these two approaches are consistent with the relevant international human rights law and the general principles

* Este trabajo profundiza, corrige y amplía una línea expositiva sobre el tema que fue inicialmente propuesta en el trabajo del autor «¿Hay un Lugar para el Arbitraje en el Sistema de Reparaciones Practicado por la Corte IDH? Una Revalorización del caso Garrido y Baigorria c. Argentina», por publicarse en un libro coordinado por el Centro de Estudios en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad del Centro (Argentina). En ese sentido, se deja constancia de que algunos párrafos de las partes I, II.1 y III.1 de este trabajo reproducen parcialmente fragmentos del trabajo anterior.

** Bachiller en Derecho por la Escuela Profesional de Derecho, Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú.
Código ORCID: 0000-0003-2570-9860. Correo electrónico: piero.rios@ucsp.edu.pe

of arbitration; and c) point out how and when arbitration can be used as an alternative mechanism to determine the reparations in a case concerning human rights violations.

***Key words*:** Arbitration, human rights, reparations, Inter-American Court of Human Rights, Inter-American System of Human Rights

CONTENIDO: I. ¿POR QUÉ HABLAR DE ARBITRAJE Y DERECHOS HUMANOS EN UN MISMO TRABAJO?.– II. EL ARBITRAJE TIENE UN LUGAR EN EL SIDH: DOS APROXIMACIONES AL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE REPARACIÓN DE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS.– II.1. EL CASO *GARRIDO Y BAIGORRIA*: UNA APROXIMACIÓN *EX PARTE*-CONSENSUAL.– II.2. EL CASO *CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ*: UNA APROXIMACIÓN *EX OFFICIO*-AUTORITATIVA.– III. ¿EXISTE UNA APROXIMACIÓN MÁS CORRECTA? UN ANÁLISIS DESDE EL DIDH Y LA TEORÍA GENERAL DEL ARBITRAJE.– III.1. APROXIMACIÓN *EX PARTE*-CONSENSUAL.– III.2. APROXIMACIÓN *EX OFFICIO*-AUTORITATIVA.– III.3. HACIA DOS APROXIMACIONES IGUALMENTE VIABLES.– IV. SOBRE CÓMO EL ARBITRAJE PODRÍA ENCAJAR EN EL SISTEMA DE REPARACIONES PRACTICADO POR LA CORTE IDH.– IV.1. UN MARCO CONCEPTUAL GENERAL Y ALTERNATIVO DEL EJERCICIO DETERMINATIVO DE LAS REPARACIONES HECHO POR LA CORTE IDH.– IV.2. EL LUGAR CONCRETO DEL ARBITRAJE EN EL SISTEMA DE REPARACIONES PRACTICADO POR LA CORTE IDH.– V. SOBRE CUÁNDO EL ARBITRAJE PUEDE CONSTITUIR UNA ALTERNATIVA A LA DETERMINACIÓN DE LAS REPARACIONES EN EL SIDH.– V.1. ¿CUÁNDO UNA APROXIMACIÓN *EX PARTE*-CONSENSUAL?.– V.2. ¿CUÁNDO UNA APROXIMACIÓN *EX OFFICIO*-PROPOSITIVA?.– V.3. ALGUNAS DIFICULTADES DE LA PROPUESTA.– VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Al día de hoy no parece haber parcela del conocimiento jurídico que escape del efecto irradiante de los derechos humanos. No es para menos, su importancia ha crecido notoriamente en un tiempo relativamente corto, han marcado un antes y un después en el derecho internacional (Shelton, 2013, p. 1) y han tenido un impacto innegable en la región latinoamericana (Antkowiak & Gonza, 2017, pp. 4-5). De hecho, si el sentido de la pregunta que forma parte del título de este trabajo se invirtiera y nos ocupara el reflexionar sobre si los derechos humanos tienen un lugar en el arbitraje, no costaría identificar las áreas sensibles en las que estos tienen especial incidencia[1].

1 En este sentido, puede verse, por ejemplo, el específico campo del arbitraje internacional de inversiones, donde las preocupaciones por saber si los tribunales internacionales en disputas inversionista-Estado pueden valorar cuestiones de derechos humanos ha sido discutida extensivamente en la doctrina internacional (Reiner & Schreuer, 2009, pp. 82-96; Booth, 2009, pp. 109-115; Simma, 2011, pp. 573-596) y, solo de forma reciente, en la nacional (Alarcón Loayza, 2020, pp. 167-300). Asimismo, en el sistema europeo de protección de derechos humanos se ha establecido que los derechos a un debido proceso y al acceso a la justicia, consagrados en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la

Pero el tema que nos ocupa es más bien sobre si el arbitraje tiene algún lugar en el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DIDH) y, en específico, en el ejercicio determinativo de las reparaciones que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH o la Corte). Por ello, analizaremos los únicos dos casos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (en adelante, SIDH) en donde el arbitraje se utilizó como una herramienta de determinación de reparaciones a las víctimas[2]. Nos referimos a los casos *Garrido y Baigorria vs. Argentina* (en específico, a su sentencia de reparaciones dictada el año 1998) y *Chaparro Álvarez vs. Ecuador*, del año 2007.

Como se expondrá a detalle más adelante, a partir de estos dos casos se puede identificar dos modelos o aproximaciones bajo las cuales la Corte IDH podría considerar al arbitraje como un medio para la determinación de reparaciones en un caso contencioso sometido a su conocimiento. Mientras que en el caso *Garrido y Baigorria* la Corte adoptó una aproximación «*ex parte*-consensual», según la cual el arbitraje es propuesto por las partes y supervisado por ella, en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez* se siguió una aproximación «*ex officio*-autoritativa», en la que la Corte ordena a las partes a ir a un arbitraje para determinar el monto de las reparaciones. Es este contraste entre las dos decisiones el que nos permitirá: a) identificar y describir los poderes que tiene la Corte IDH para considerar/ordenar al arbitraje como medio de determinación de reparaciones en un caso contencioso; b) definir qué aproximación, entre las dos ofrecidas por los casos bajo estudio, es más consistente con los principios que informan tanto el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) como el arbitraje; y c) discutir las posibles condiciones bajo las cuales sería pertinente que la Corte utilice el arbitraje como mecanismo alternativo de reparaciones en el marco de una violación a derechos humanos.

Bajo esta breve descripción de los objetivos, el itinerario de nuestro trabajo seguirá el siguiente orden. En la segunda sección se expondrán las aproximaciones que la Corte tomó con respecto al arbitraje en los casos *Garrido y Baigorria vs. Argentina* y *Chaparro Álvarez* y *Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Esto se llevará a cabo, primero, haciendo una breve descripción de las controversias, incidencias procesales y el desenlace del arbitraje en las respectivas etapas de reparaciones. Seguidamente,

Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, son susceptibles de violación cuando un Estado interviene ilegítimamente en un proceso arbitral (Benedettelli, 2015, pp. 634-639; *Stran Greek Refineries y otro vs. Grecia*, 1994, §§ 42-50).

2 La afirmación no es apresurada. En la sentencia de interpretación del caso *Cesti Hurtado vs. Perú* se pondría a disposición de la Corte IDH la posibilidad de afirmar el arbitraje como un medio idóneo para determinar ciertas reparaciones, pero el Alto Tribunal, lejos de analizar a fondo dicha posibilidad, insistió en un criterio precedentemente formulado en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, según el cual las peticiones de la víctima debían hacerse ante las «autoridades nacionales competentes» (2001, § 32d).

en cada caso, se describirá en qué consiste cada enfoque, señalando sus ventajas y limitaciones cuando sea conveniente.

En la tercera sección, se hará una evaluación de los enfoques expuestos en la sección previa. Para ello, a partir de un estudio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH o la Convención), la práctica de la Corte IDH en materia de reparaciones y los principios generales del arbitraje, se intentará determinar si la Corte tiene el poder ya sea para autorizar un arbitraje propuesto por las partes o, en cambio, para ordenar la realización de uno. En esta parte se sugerirá que el modelo *ex parte*-consensual aventaja al *ex officio*-autoritativo, el mismo que, sin embargo, puede ser adaptado para que sea tan viable como el consensual.

En la cuarta sección se buscará discutir cómo el arbitraje, cristalizado en los enfoques evaluados previamente, podría servir para determinar reparaciones a las víctimas de violaciones a derechos humanos. Aquí se hará una descripción general de las reparaciones en la práctica de la Corte IDH para luego especificar qué tipo de daños y remedios podría conocer, eventualmente, un tribunal arbitral.

Y finalmente, en la quinta sección, se intentará ofrecer condiciones de aplicación al arbitraje como mecanismo alternativo de determinación de reparaciones en un caso de violación de derechos humanos, así como identificar —sin pretensiones de exhaustiva resolución— ciertas limitaciones de nuestra propuesta.

II. EL ARBITRAJE TIENE UN LUGAR EN EL SIDH: DOS APROXIMACIONES AL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE REPARACIÓN DE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS

El arbitraje puede tener un lugar en un sistema de protección de derechos humanos: el de las reparaciones a las víctimas. Nuestra propuesta no pretende, en ese sentido, sugerir una novedad[3]. De hecho, el arbitraje ha sido utilizado ya en otros sistemas para reparar a las víctimas de violaciones a derechos humanos. En Marruecos, por ejemplo, se estableció en 1999 una Comisión Independiente de Arbitraje para reparar a las víctimas de desaparición forzada durante el régimen del rey Hassan II (Fakhro, 2017, p. 165)[4]. Y en Alemania, bajo el programa de reparaciones para las víctimas de esclavitud y trabajo forzado por parte

3 Una referencia al notable trabajo de Sonja Heppner resulta del todo conveniente. En él, Heppner sugiere que el arbitraje en masa (*mass arbitration*) podría ser un mecanismo eficiente para reparar a víctimas en Estados transicionales (2015, pp. 103-128).

4 Aunque, de acuerdo con literatura especializada, este sistema no habría sido suficiente para garantizar una reparación a todas las víctimas (De Greiff, 2006, p. 475).

del régimen nacional socialista[5], se creó una Comisión para los Reclamos Patrimoniales (Property Claims Commission), cuyo reglamento establecía, en su capítulo VII, la posibilidad de que las organizaciones asociadas a la fundación Memoria, Responsabilidad y Futuro puedan solicitar la designación de un árbitro para la determinación de daños personales (Property Claims Comission, Supplemental Principles and Rules of Procedure, citado en De Greiff, 2006, pp. 992-993).

Pero a nosotros nos interesa abordar una cuestión más específica: discutir si el arbitraje puede tener un lugar en el sistema de reparaciones practicado por la Corte IDH. La existencia de dos casos contenciosos en donde se entretuvo la posibilidad de utilizar el arbitraje como mecanismo alternativo de determinación de reparaciones a las víctimas nos permite afirmar de manera empírica lo siguiente: sí existe un lugar para el arbitraje en el SIDH y es el de las reparaciones. En esa línea, no se propone aquí que el arbitraje sea establecido como una alternativa a la jurisdicción de la Corte IDH para resolver disputas sobre derechos humanos. Por el contrario, estamos lejos de afirmar la arbitrabilidad objetiva[6] de los derechos humanos por tribunales arbitrales debido a su fundamental importancia para el orden público internacional (Fouchard *et al.*, Gaillard & Goldman, 1999, p. 339).

Bajo esa premisa, a continuación expondremos los dos modelos que la Corte IDH tomó con respecto al arbitraje en los casos *Garrido y Baigorria vs. Argentina* y *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Una descripción de los hechos e incidencias procesales relevantes será necesaria para luego delinear, en cada caso, las aproximaciones tomadas por la Corte IDH.

II.1. El caso *Garrido y Baigorria*: una aproximación *ex parte*-consensual

El caso a comentar es uno en donde el Estado de Argentina reconoció los hechos presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) en relación a la desaparición forzada de Raúl Baigorria y Adolfo Garrido, quienes el 28 de abril de 1990 fueron detenidos por efectivos de la policía de Mendoza, iniciándose así una historia de denegación de acceso a la justicia que cesó en setiembre de 1995, cuando Argentina reconoció su responsabilidad internacional y se inició la etapa de reparaciones a las víctimas (*Garrido y Baigorria vs. Argentina*, 1996, § 27).

5 Ver, en ese sentido, la Ley Federal sobre la Creación de la Fundación Memoria, Responsabilidad y Futuro (Federal Law Gazette, 2000, I, 1263). Al respecto, véase: https://www.stiftung-evz.de/eng/the-foundation/law.html

6 El concepto de arbitrabilidad objetiva hace referencia al conjunto de materias que son susceptibles de ser resueltas por la vía del arbitraje. Para un desarrollo autorizado, véase Born (2014, pp. 943-1045).

En ese marco, el Estado argentino solicitó a la Corte IDH que se le otorgara un plazo de seis meses para llegar a un acuerdo con las víctimas en relación con las reparaciones (1996, § 28). En la parte resolutiva de su sentencia de fondo, la Corte otorgó finalmente dicho plazo a Argentina —afirmando su competencia para hacerlo— y se reservó la facultad de revisar dicho acuerdo y aprobarlo, de modo que, si no se llegaba a un entendimiento, se iniciaría un procedimiento de reparaciones de conformidad con la práctica del SIDH (1996, punto resolutivo 4).

Después de ello, las partes iniciaron un periodo de negociación en el que, el 31 de mayo de 1996, la provincia de Mendoza y la representación de las víctimas celebraron un «acuerdo sobre reparaciones» que incluía un remedio arbitral según el cual se conformaría un tribunal arbitral para determinar el monto de las indemnizaciones (*Garrido y Baigorria vs. Argentina*, 1998, § 18).

El tribunal arbitral dictó su laudo el 25 de junio de 1996, pero, el 2 de julio de ese año, dicha decisión fue impugnada por la representación de las víctimas por considerarla arbitraria. Es en este contexto que la Corte IDH tuvo que determinar si el laudo arbitral —y otros documentos resultantes del «acuerdo de reparación»— satisfacían la concesión hecha al Estado (*Garrido y Baigorria vs. Argentina*, 1998, § 23). De ese modo, aunque la CIDH (1997) no cuestionó la decisión arbitral, la Corte IDH consideró que el laudo no podía considerarse como parte del acuerdo sobre las reparaciones con base en dos argumentos.

Primero, la Corte indicó que el acuerdo sobre reparaciones debía ser celebrado entre las «partes» en controversia. En ese sentido, dado que durante el procedimiento el Estado reconoció que Argentina era la parte en el proceso y no la provincia de Mendoza, la Corte IDH concluyó que el convenio arbitral no era uno concluido entre Argentina y la representación de las víctimas.

El elemento clave en el razonamiento de la Corte fue la teoría del *estoppel*. Antes de reconocer su responsabilidad internacional, Argentina intentó evadir los cargos en su contra bajo el argumento de que, debido a su constitución federal, era la provincia de Mendoza quien debía responder. La Corte entendió que, al reconocer su responsabilidad, el Estado argentino debía firmar por sí mismo el acuerdo de reparaciones, pues hacerlo a través de la provincia de Mendoza sería un intento de evadir su deber de reparar a las víctimas bajo un argumento que anteriormente había dejado de sostener y, por tanto, una violación a la regla del *estoppel* (*Garrido y Baigorria vs. Argentina*, 1998, § 46).

En segundo lugar, y con base en lo establecido en el convenio arbitral, una parte podía apelar el laudo en caso de considerarlo arbitrario. La Corte tomó esa disposición en el sentido de que el laudo arbitral solo

sería vinculante a menos que una de las partes lo considerase arbitrario. En esa línea, dado que la representación de las víctimas impugnó el laudo, se entendió que no había razón para considerarlo como vinculante y, por consiguiente, no había base para afirmar la existencia de un acuerdo sobre reparaciones con respecto al monto de las indemnizaciones (*Garrido y Baigorria vs. Argentina*, 1998, § 24).

Es sobre la base de estos argumentos que la Corte IDH no reconoció el laudo arbitral emitido el 25 de junio de 1996, cerrando la posibilidad de que el arbitraje en este caso haya servido finalmente como un medio para determinar el monto de las reparaciones.

Como puede observarse, más allá de que la Corte IDH finalmente no haya reconocido el laudo arbitral dictado en el marco de la etapa de reparaciones de este caso, se pueden desprender dos ideas provisionales. Primero, existe la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo y propongan a la Corte su autorización para llevar a cabo un arbitraje y determinar el monto de las reparaciones a pagar. Y, segundo, la Corte tendría poder para evaluar, por lo menos, si el arbitraje fue llevado conforme al «acuerdo» de las partes.

De ello se sigue que la Corte IDH tomó lo que llamamos aquí una aproximación *ex parte*-consensual con respecto a considerar al arbitraje como medio de determinación de reparaciones. La aproximación sería, primero, *ex parte* porque la iniciativa de arbitrar el monto de las reparaciones no nace de la Corte, sino de las partes procesales. Y, en segundo lugar, hablaríamos de una aproximación «consensual» porque el arbitraje no tendría su origen en la iniciativa de solo una de las partes involucradas en la controversia, sino de ambas.

No obstante, conviene aquí aclarar que, aunque la aproximación tomada por la Corte es *ex parte*-consensual, esta retendría el poder de supervisar y revisar el arbitraje seguido por las partes.

II.2. El caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*: una aproximación *ex officio*-autoritativa

Este caso también involucra un reconocimiento —aunque parcial— de responsabilidad internacional del Estado. Aquí, Ecuador fue encontrado responsable internacionalmente por la violación de los derechos a la libertad personal, las garantías judiciales, la integridad personal y la propiedad privada de Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez.

Las víctimas en este caso eran, respectivamente, el dueño y el gerente general de Plumavit, una empresa dedicada a la fabricación de hieleras. El 14 de noviembre de 1997, como parte un operativo antinarcóticos llevado a cabo en el Aeropuerto Simón Bolívar de Guayaquil, la policía

incautó un cargamento de hieleras con clorhidrato de cocaína y heroína. Dado que las hieleras se asemejaban a las producidas por la empresa Plumavit, la jueza décimosegunda de lo Penal del Guayas ordenó la detención del señor Chaparro y el allanamiento de la fábrica con el fin de que se realice una investigación criminal. Durante el allanamiento se detuvo ilegalmente a las dos víctimas y se intervino la fábrica. A pesar de que no se llegó a encontrar evidencia que vincule a los dos hombres con alguna organización criminal o el delito de narcotráfico, las víctimas permanecieron más un año bajo un régimen de prisión provisional y la fábrica no fue restituida a su dueño sino hasta casi cinco años después de haber sido incautada (*Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 2007, §§ 2-3).

Al momento de determinar las reparaciones con respecto a los perjuicios económicos derivados de la aprehensión de los bienes del señor Chaparro, la Corte IDH encontró que el Ecuador debía repararle la devaluación de su empresa. Sin embargo, la Corte reconoció no ser capaz de determinar el monto exacto que debía ser pagado por el Estado, pues no contaba con pruebas suficientes ni datos exactos para hacer una valoración precisa del perjuicio económico. Ante esta situación, la Corte expresó que:

> Por lo anterior y dada la complejidad que supone la determinación de valores mercantiles de una empresa, los cuales pueden incluir, *inter alia*, el patrimonio, situación financiera, inversiones de capital, bienes y sus valores, movilizado y circulante, flujos operacionales, expectativas de mercado y demás, esta Corte considera que deberá ser un tribunal de arbitraje el que determine el porcentaje de pérdidas que sufrió el señor Chaparro como consecuencia de la aprehensión y depósito de la fábrica Plumavit por parte del Estado (*Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador,* 2007, § 232).

En consecuencia, en la parte dispositiva de la sentencia, el tribunal interamericano ordenó al Estado y al señor Juan Carlos Chaparro Álvarez someterse a un proceso arbitral para la determinación del daño material sufrido por la víctima (*Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 2007, punto resolutivo 13).

El Estado, lejos de cumplir de inmediato la orden de la Corte, intentó una solución negociada con la víctima. Pero dichos intentos fueron infructuosos, por lo que en 2010 se le anunció a la Corte la intención de llevar a cabo el arbitraje ordenado en la sentencia (*Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 2010, § 31). El proceso arbitral se inició, entonces, en mayo de 2010. Aunque cada parte designó a un árbitro, estas no llegaron a ponerse de acuerdo con respecto al tercer árbitro y, posteriormente, la persona designada por los árbitros elegidos por cada parte declinó su aceptación del cargo (*Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*

vs. Ecuador, 2011, § 22). En esa medida, fue la Corte, en una resolución de supervisión de cumplimiento, quien designó a la tercer árbitro, la sede del arbitraje, la legislación aplicable al procedimiento y el plazo máximo en que el Estado debía entregar la cantidad decidida por el tribunal arbitral (§§ 22-23).

El arbitraje se llevó a cabo y el tribunal arbitral dictó su laudo el 12 de noviembre de 2012. En él, ordenó al Estado ecuatoriano pagar la suma de USD 1 935 370 más los intereses devengados hasta la fecha efectiva de pago. Aunque el Estado pagó la suma de USD 1 935 370, objetó que debiera pagar los intereses devengados desde el 6 de noviembre hasta la fecha efectiva de pago porque se encontraba dentro del plazo de un año que la Corte otorgó para pagar lo dictado en el laudo (*Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 2015, § 26). Pero, en una nueva resolución de supervisión de cumplimiento, la Corte encontró que la decisión del tribunal arbitral de ordenar el pago de intereses no era inconsistente con la sentencia inicial (§ 52). Finalmente, Ecuador cumplió con pagar los intereses y la Corte consideró reparado el daño sufrido por el señor Chaparro Álvarez (*Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 2016, § 6).

Como puede observarse, la aproximación de la Corte en este caso fue distinta a la tomada en el caso *Garrido y Baigorria*. Aquí, la Corte se aproximó al arbitraje *ex officio* y autoritativamente. *Ex officio* porque, a diferencia de lo sucedido en el caso *Garrido y Baigorria*, la decisión de utilizar la institución arbitral como un medio para la determinación de las reparaciones nació entera y exclusivamente de la Corte IDH y no de las partes procesales. Asimismo, la aproximación fue autoritativa porque la decisión tomó la forma de una orden a ambas partes. Así, tanto el Estado como el señor Chaparro fueron obligados por la Corte IDH a someter a arbitraje el monto de la indemnización por daño material.

A la luz de este precedente, la Corte IDH tendría el poder de ordenar tanto al Estado como a una víctima llevar a cabo un arbitraje cuando, por la complejidad del asunto, el tribunal interamericano no pueda decidir por sí mismo el monto de una reparación. Aunque esto puede resultar bastante eficiente —como finalmente lo fue en el caso bajo comentario—, algunas consideraciones se harán en la siguiente sección con respecto a una decisión de tal naturaleza.

III. ¿EXISTE UNA APROXIMACIÓN MÁS CORRECTA? UN ANÁLISIS DESDE EL DIDH Y LA TEORÍA GENERAL DEL ARBITRAJE

En este apartado se ofrecerá un análisis jurídico de las dos aproximaciones tomadas por la Corte IDH en los casos *Garrido y Baigorria vs. Argentina*

y *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, analizando su corrección desde el DIDH y su conformidad con los principios generalmente aceptados del arbitraje. Como resultado de este análisis, y vistas las ventajas y desventajas de cada aproximación, se evaluará en qué medida cada una sería viable.

III.1. Aproximación *ex parte*-consensual

Como vimos en la sección II, esta aproximación consiste en la iniciativa común de ambas partes, Estado y víctima, de someter —autorizados por la Corte IDH, que retiene facultades de supervisión y revisión— la determinación de las reparaciones a un arbitraje.

Desde el DIDH relevante, la posibilidad de que las partes lleguen a una solución acordada en materia de reparaciones es posible. En el marco de un procedimiento contencioso ante la Corte IDH, su reglamento señala que:

> Si la Corte fuere informada de que las víctimas o sus representantes y el Estado demandado y, en su caso, el Estado demandante, han llegado a un acuerdo respecto al cumplimiento de la sentencia sobre el fondo, verificará que el acuerdo sea conforme con la Convención y dispondrá lo conducente (2009, art. 67(2)).

Asimismo, parece un estándar aceptado y desarrollado que la Corte tiene el poder de hacer determinaciones con cierta discrecionalidad e, incluso, en equidad (Pasqualucci, 2009, p. 257; García Ramírez, 2005, p. 47). En particular, García Ramírez ha referido que muchas veces es conveniente que se deje a las partes la determinación de las reparaciones (2005, p. 47), aunque hayan sido pocas las veces en las que esto ha ocurrido (*Durand y Ugarte vs. Perú*, 2001, § 19; *Huilca Tecse vs. Perú*, 2005, § 92; *Masacre de la Rochela vs. Colombia*, 2008, § 240). Ciertamente, es claro que esta determinación estará sujeta siempre a la homologación de la Corte, que haría un examen de conformidad con respecto a si el acuerdo cumple con las exigencias convencionales en materia de derechos humanos.

De ello se sigue que la aproximación *ex parte*-consensual es consistente con el DIDH relevante, pues tanto el reglamento de la Corte IDH como la práctica jurisprudencial interamericana permiten que las partes, a iniciativa propia, puedan llegar a acuerdos sobre las reparaciones de una violación de derechos humanos. El arbitraje, bajo el precedente del caso *Garrido y Baigorria*, formaría parte del universo de acuerdos posibles a los que pueden llegar las partes.

Por otro lado, esta aproximación parece estar también conforme con los principios generalmente aceptados del arbitraje. Quizá el punto

de conformidad más relevante recaiga sobre el rol del consentimiento como evento constitutivo o piedra angular del arbitraje (Blackaby *et al.*, Partasides, Redfern & Hunter, 2015, p. 1; Steingruber, 2012, p. 27; Carbonneau, 2003, p. 1189). En esa línea, el consenso se encuentra efectivamente presente en dicho enfoque.

Sobre este aspecto debe recordarse que, bajo ese modelo, la Corte IDH no quedaría excluida de la revisión y control del proceso arbitral ventilado en la etapa de reparaciones. Aunque bajo la teoría general del arbitraje un laudo arbitral no puede ser revisado en el fondo, al ser la Corte el órgano que autoriza y reserva su derecho de controlar la conformidad del acuerdo de las partes con la Convención, los legítimos intereses en preservar la justicia del proceso interamericano no se verían afectados.

Esto último no fue evidenciado en el caso *Garrido* y *Baigorria*, donde la Corte —antes que un análisis del fondo de la decisión del tribunal arbitral— no reconoció el laudo al considerar, por un lado, que el acuerdo de reparaciones no era válido y, por otro, que la decisión arbitral no era vinculante al permitir la legislación argentina la apelación de los laudos (Código Procesal Civil y Comercial Argentino, 1967, art. 758). Sin embargo, creemos que si se hubiera llevado a cabo un arbitraje conforme a un convenio arbitral válido y su resultado hubiese sido definitivo, la Corte habría podido evaluar la conformidad de dicha decisión con las normas relevantes de DIDH, tal y como hizo en *Chaparro Álvarez* y *Lapo Íñiguez vs. Ecuador*.

Quizá algunas limitaciones de esta aproximación sean su debilidad y su restringido ámbito de aplicación práctica. Por un lado, este enfoque puede resultar «débil» debido a que sería solamente efectivo en la medida en que las partes procesales cooperen para llevar a cabo un arbitraje, pues en el momento en que la Corte considere que no se ha podido reparar a la víctima en un proceso arbitral, el procedimiento regular de determinación de reparaciones se abriría y correspondería a la Corte determinarlas. Por otro lado, este enfoque tendría un ámbito de aplicación práctica restringido a aquellos casos en los que el Estado reconoce su responsabilidad internacional. Esto porque —considerando que la práctica vigente de la Corte IDH es la de analizar conjuntamente la responsabilidad internacional y las reparaciones en una sola sentencia[7]— un acuerdo de las partes sobre la determinación de las reparaciones sería posible en tanto: a) el Estado reconozca su responsabilidad internacional en el proceso ante la Corte IDH, o b) la Corte decida —de

7 Esta práctica, en opinión de Monterisi (2009, p. 388), se habría implementado con las modificatorias del año 2000 al reglamento de la Corte IDH, donde el Alto Tribunal empezó a concentrar en una sola sentencia su decisión sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

manera muy excepcional, a decir verdad[8]— evaluar de forma separada la responsabilidad internacional del Estado demandado y el alcance de las reparaciones.

III.2. Aproximación *ex officio*-autoritativa

Como ya se había expuesto, bajo esta aproximación la Corte IDH ordena a las partes la configuración de un arbitraje para la determinación de las reparaciones. Como sea que esta aproximación haya dado resultados, conviene analizarla a la luz del DIDH relevante y los principios arbitrales generalmente reconocidos

La primera pregunta que surge de este modelo es si la Corte, además de ordenar la realización de conductas al Estado en sus sentencias, puede ordenar también a las víctimas la realización de alguna conducta. Las víctimas en el SIDH tienen *locus standi*; es decir, pueden comparecer a nombre propio en procedimientos contenciosos y participar, dadas las condiciones procesales, en un proceso ante la Corte IDH (Cançado Trindade, 1998, p. 16; Rodriguez Rescia & Seitles, 2000, p. 630). No es discutido, en ese sentido, que la Corte tiene jurisdicción para tutelar los derechos de las víctimas; sin embargo, no es claro que pueda ordenar a las personas hacer o no hacer algo.

De hecho, la redacción de los artículos relevantes de la Convención parece sugerir que la Corte, al momento de decidir la violación de derechos humanos reconocidos en el Pacto de San José, solamente ordena la realización de conductas a los Estados que aceptan su competencia contenciosa.

Así, el artículo 62(3) de la CADH podría entenderse en el sentido de que solo las conductas de los estados son materia de adjudicación:

> La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, *siempre que los Estados Partes* en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial (1969)[9].

Por su parte, bien podría alguien entender que cuando el artículo 63 de la CADH regula las reparaciones, lo hace bajo la idea de que estas son consecuencia de una conducta —ciertamente ilegal— del Estado, de modo que toda orden de reparación tendrá como destinatario al Estado agresor.

8 Una excepción a la práctica de decidir fondo y reparaciones en una sola sentencia puede apreciarse en el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, donde el fondo se decidió en 2008 y las reparaciones en 2011.
9 Énfasis agregado.

En ese sentido, los casos *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* y *Gomes Lund y otros vs. Brasil* son los únicos dos en donde la Corte IDH realizó, en la parte dispositiva de sus sentencias, una orden directa a sujetos no estatales (*Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 2007, punto resolutivo 14; *Gomes Lund y otros vs. Brasil*, 2010, punto resolutivo 20). Y aunque esto puede considerarse evidencia de cierta práctica de la Corte, lo cierto es que sería falaz derivar un poder jurídico atribuible a ella para ordenar la conducta de sujetos no estatales a partir de la constatación de dos precedentes sin más justificación normativa. Después de todo, como sugiere una regla lógica básica[10], de una premisa fáctica («la Corte ha dispuesto órdenes a personas no estatales en dos casos») no puede derivarse directamente una conclusión normativa («la Corte tiene el poder jurídico ordenar la realización de una conducta a personas no estatales»). Quizá este sea el mayor problema jurídico de la aproximación *ex officio*-autoritativa, pues no hay evidencia de alguna norma de derecho que disponga que la sola práctica procesal de la Corte IDH constituye para ella una fuente de poderes jurídicos.

Por otro lado, y a diferencia de lo que sucede con la aproximación *ex parte*-consensual, el enfoque *ex officio*-autoritativo no es consistente con el principio consensual del arbitraje. Con relación a esto, resulta llamativo evidenciar que la propia Corte IDH reconoció, en una resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, que: «Este Tribunal resalta que el arbitraje constituye un mecanismo de solución de conflictos, alternativo al proceso judicial, por medio del cual las partes *voluntariamente acuerdan* que uno o más árbitros resuelvan, de manera vinculante, la controversia existente entre éstas» (2014, § 44)[11].

Bajo lo expuesto, la orden *ex officio* y autoritativa de ordenar el arbitraje no solo no se deriva con claridad de alguna norma de DIDH relevante, sino que tampoco es consistente con los principios generales del arbitraje que incluso la propia Corte IDH ha reconocido.

Pero, más allá de lo que acabamos de decir, resulta paradójico que en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, el arbitraje finalmente se llevó a cabo y sirvió para determinar el monto de una reparación que suponía, a criterio de la Corte IDH, una tarea compleja. A la luz de este hecho, uno podría decir que este enfoque no presenta las limitaciones que notamos previamente en nuestro abordaje del modelo *ex parte*-consensual. Un arbitraje propuesto por la Corte sería, en efecto, uno «fuerte» al ser supervisado e —como sucedió en *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs.*

10 Aquí se hace alusión a la denominada ley de Hume, en honor al filósofo escocés que acusó la irracionalidad en derivar juicios morales a través de afirmaciones de hecho. Para un análisis autorizado, véase MacIntyre (1959).

11 Énfasis agregado.

Ecuador— impulsado por la propia Corte IDH. Y, por otro lado, este enfoque sería posible independientemente de si el Estado reconoce o no su responsabilidad internacional durante el proceso contencioso. De considerarlo necesario, la Corte IDH podría solamente resolver el fondo y ordenar a las partes sostener un arbitraje para determinar las reparaciones.

Pero esta aproximación no está libre de desventajas. No debería perderse de vista que este modelo podría implicar la deslegitimación de la Corte en el caso de que una o ambas partes no estén conformes con diferir la discusión sobre reparaciones a un tribunal arbitral. Este fue el caso de Ecuador, que cuestionó fuertemente que la Corte «imponga» el mecanismo arbitral a las partes (*Chaparro Álvarez* y *Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 2008, § 1). Y, aunque la víctima nunca objetó la decisión de la Corte, sería cuando menos llamativo imaginar qué hubiese sucedido si el señor Chaparro Álvarez no hubiese estado conforme con la decisión de discutir el monto de la reparación debida ante un tribunal arbitral. Uno podría —con alto grado de razón— protestar que al invocar el SIDH, tenía la legítima expectativa de que su órgano jurisdiccional le daría una tutela «completa y directa».

III.3. Hacia dos aproximaciones igualmente viables

Bajo el análisis de las aproximaciones tomadas por la Corte IDH con respecto al arbitraje como mecanismo de determinación de reparaciones, uno podría afirmar que la aproximación *ex parte*-consensual aventaja a la (ciertamente más efectiva) *ex officio*-autoritativa.

Sin embargo, no creemos que la segunda aproximación tenga que ser, por las razones expuestas arriba, desechada por completo. Más bien, consideramos que es posible intentar conciliarla con el DIDH relevante y el principio consensual que rige el arbitraje. Una vía de solución implicaría modificar —o, por lo menos, matizar— el elemento autoritativo del enfoque. Es decir, la Corte podría *ex officio* «proponer» la realización de un arbitraje a las partes, recayendo en ellas la decisión de instaurar un proceso arbitral o no. En ausencia de acuerdo, la Corte debería determinar el monto de la reparación conforme a las reglas derivadas de la CADH y su jurisprudencia constante. Un enfoque de este tipo —aunque no referido al arbitraje, sino simplemente al monto de una indemnización por expropiación— fue realizado en el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, donde la Corte decidió que:

> 4. La determinación del monto y el pago de la indemnización justa por la expropiación de los bienes, así como cualquier otra medida tendiente a reparar las violaciones declaradas en la presente Sentencia, se hagan de común acuerdo entre el Estado y los representantes, dentro de un plazo de seis meses contado a partir de la notificación de esta Sentencia

> 5. [La Corte] Se reserva la facultad de verificar si dicho acuerdo es conforme con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y disponer lo conducente. En caso de no llegar al acuerdo, la Corte determinará las reparaciones correspondientes y gastos y costas, para lo cual continuará con el procedimiento respectivo, de conformidad con el párrafo 134 de la presente Sentencia (2008, puntos resolutivos 4-5).

Creemos, entonces, que una aproximación «*ex officio*-propositiva» podría constituir un acercamiento que supere al originalmente tomado por la Corte en *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* y que, añadida a la *ex parte*-consensual, se presente como una alternativa más a la utilización del arbitraje en el marco de las reparaciones dentro del SIDH.

Por supuesto, la diversidad de aproximaciones viables y posibles sugiere por lo menos reflexionar sobre «cómo y cuándo» el arbitraje puede ser un mecanismo alternativo para la determinación de reparaciones a violaciones de derechos humanos. Ello es objeto de las secciones IV y V.

IV. SOBRE CÓMO EL ARBITRAJE PODRÍA ENCAJAR EN EL SISTEMA DE REPARACIONES PRACTICADO POR LA CORTE IDH

En este apartado intentaremos expresar «cómo», en general, el arbitraje puede ser ubicado como un mecanismo alternativo de determinación de reparaciones en la práctica de la Corte IDH. Por ello, se considera oportuno primero realizar un examen general del sistema de reparaciones dispuesto por la CADH y luego implementado y desarrollado por la Corte en su amplia jurisprudencia. Para fines de este trabajo, se ensayará un esquema conceptual que nos permita luego ubicar adecuadamente al arbitraje dentro del complejo y amplio tópico de las reparaciones en el SIDH.

IV.1. Un marco conceptual general y alternativo del ejercicio determinativo de las reparaciones hecho por la Corte IDH

En este apartado se presentará un desarrollo conceptual —ciertamente original— de: a) los «tipos» o «niveles» de reparación que se desprenden tanto de la CADH como de la jurisprudencia de la Corte IDH, y b) los «modos» de ejercicio determinativo de la Corte a la hora de ordenar reparaciones. Vale la pena aclarar, sin embargo, que no se pretende que nuestra propuesta conceptual sea reconocida como teóricamente superior a la que entiende la Corte IDH en su jurisprudencia —que es considerada como una de las más innovadoras y exitosas en el derecho internacional (Goldman, 2009, p. 857; Sandoval, 2013, p. 438)—. Antes bien, la confianza en este marco conceptual se debe a que creemos

que es el que mejor nos permite abordar el tema que nos ocupa en el restringido marco de nuestra investigación. Dicho ello, continuemos.

La base convencional sobre la que la Corte IDH procede en materia de reparaciones es el artículo 63(1) de la CADH, el cual refiere textualmente que:

> Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada (1969).

De una primera lectura es claro que esta disposición recoge la norma de derecho consuetudinario que exige satisfacer el deber de reparar cualquier daño (*Velásquez Rodriguez vs. Honduras*, 1989, § 25; *Trabajadores cesados de Petroperú vs. Perú*, 2017, § 194). La fraseología del artículo 63(1) es sencilla y clara al referir que la labor de la Corte IDH al encontrar violaciones a derechos humanos es «disponer» que el Estado, en un primer orden, «garantice» al lesionado el goce de su derecho o libertad; o, en su defecto, «repare» las consecuencias de aquel daño conforme a una indemnización justa.

Sobre esta base, la Corte tiende a interpretar un concepto amplio de reparación, el cual incluye: a) la restitución *ad integrum*, y b) las medidas que componen la noción —ciertamente más restringida— de reparación integral, compuestas por las indemnizaciones pecuniarias, las medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición (*Loayza Tamayo vs. Perú*, 1998, § 85; Bolaños Enríquez & Biel Portero, 2019, p. 425).

No obstante, por nuestro lado, nos tomamos la licencia académica de entender que del artículo 63(1) de la CADH y, en general, de la dinámica de las reparaciones en el SIDH, se pueden desprender tres «tipos» o «niveles» de reparación en sentido amplio: la restitución *ad integrum*, la reparación en sentido estricto y la garantía ulterior abstracta[12].

En primer lugar, identificamos a la restitución *ad integrum*, que sería —a nuestro modo de ver las cosas— el primer remedio posible ante una violación de derechos humanos y conceptualmente diversa a la «reparación en sentido estricto» y la «garantía ulterior abstracta»,

12 Sin perjuicio de reseñar aquí que existen otras clasificaciones. Por ejemplo, Rodriguez Rescia (1998, p. 679) identifica: a) restitución en especie, b) indemnización, c) seguridades y d) garantías de no repetición. García Ramirez (2003, p. 129), a su vez, distingue: a) garantía actual y futura, b) devolución, c) reposición, d) sustitución, e) indemnización, f) satisfacción, g) anulación y h) prevención. Shelton (2013, caps. 10-12), por su parte, señala: a) restitución, b) compensación y c) remedios no monetarios (incluyendo medidas de satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición). Y, finalmente, para Cavallaro *et al*. (2019, p. 805), las reparaciones, bajo el derecho internacional serían: a) restitución, b) compensación, c) rehabilitación, d) satisfacción y e) garantías de no repetición.

pues no es más que la orden del órgano jurisdiccional de restituir una situación jurídica a como era antes de la violación (Shelton, 2015, p. 298). Esto puede consistir en un no hacer, como el cese de las acciones violatorias, o en un hacer, como podrían ser aquellas acciones positivas de restablecimiento de derechos como, por ejemplo, la restitución de la posesión de la propiedad (*Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005, punto resolutivo 6), la restitución de derechos laborales (*De la Cruz Flores vs. Perú*, 2004, § 169) o la restitución de cobros tributarios indebidos (*Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, 2011, punto resolutivo 7).

En segundo lugar, identificamos lo que llamamos aquí «reparación en sentido estricto», la cual se compone de todas las medidas dirigidas a reparar los daños sufridos por las víctimas en el caso concreto y que no pueden ser remediados por una restitución. Aquí se encuentran los remedios pecuniarios y los no pecuniarios de carácter relativo.

Los remedios pecuniarios consisten en obligaciones de dar una suma de dinero para compensar daños materiales o inmateriales que, a menudo, se equiparan al concepto de «compensación» (Shelton, 2015, p. 316). Los daños materiales pueden ser «la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso» (*Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, 2002, § 359; *Villamizar Durand y otros vs. Colombia*, 2018, § 223). Por su parte, los daños inmateriales pueden identificarse con el daño moral, el cual comprendería los sufrimientos y aflicciones sufridos por la víctima y, en general, cualquier afectación no pecuniaria y susceptible de ser indemnizada (*Niños de la Calle vs. Guatemala*, 2001, § 84; *Terrones Silva y otros vs. Perú*, 2018, § 267).

Los remedios no pecuniarios suelen identificarse con las medidas de satisfacción, de rehabilitación y las garantías de no repetición (Antkowiak & Gonza, 2017, p. 301; Shelton, 2015, p. 379). No obstante, cuando líneas arriba nos referimos a los remedios no pecuniarios como parte de la reparación en sentido estricto, lo hicimos sugiriendo su carácter relativo. Por ello, aunque las medidas de satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición son todas medidas no pecuniarias de reparación, solamente las dos primeras tienen un carácter relativo al estar orientadas directamente a la víctima concreta del caso. En consecuencia, solamente aquellas formarían parte de la noción de reparación en sentido estricto. Así las cosas, las medidas de satisfacción son medidas no pecuniarias destinadas a reintegrar la dignidad de las víctimas y reorientar su vida o memoria[13] (*Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 2003, § 268).

13 No obstante, confrontar con Johnston (2016, p. 14), para quien las medidas de satisfacción incluirían remedios políticos de carácter abstracto, como la reforma política o la creación de mecanismos para la justicia, verdad y reparación.

En la jurisprudencia de la Corte, estas medidas han comprendido la publicación de partes relevantes de la sentencia (*Tibi vs. Ecuador*, 2004, § 260), actos públicos de reconocimiento de la responsabilidad estatal (*López Mendoza vs. Venezuela*, 2011, § 221) o actos conmemorativos (*Ticona Estrada vs. Bolivia*, 2008, § 165). Por su parte, las medidas de rehabilitación están orientadas a reparar afectaciones físicas o psíquicas susceptibles de atención médica[14] (*Loayza Tamayo vs. Perú*, 1998, § 129d; *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, 2014, §§ 314-316).

Ahora bien, a menudo se incluye, como si se tratara de una categoría independiente de daño, a la afectación al proyecto de vida (*Loayza Tamayo vs. Perú*, 1998, §§ 147-148; *Gutiérrez-Soler vs. Colombia*, 2005, §§ 87-89; Fernández Sessarego, 2003, pp. 684-685; Burgorgue-Larsen, 2011, pp. 229-231). Esta noción, sin embargo, puede ser, dependiendo de cómo decide la Corte IDH afrontar una afectación al proyecto de vida, reparada a través de remedios pecuniarios o no pecuniarios. Lo que está fuera de duda es que, si reparable, una afectación al proyecto de vida formaría parte de la noción de reparación en sentido estricto.

Finalmente, entendemos como «garantía ulterior abstracta» a aquellas medidas que, sin restringirse a las víctimas del caso concreto, buscan que el Estado tome medidas sociales, políticas o jurídicas para que el derecho en cuestión no se viole de forma ulterior en ningún otro caso más. Aquí ubicamos a la única medida no pecuniaria que no tiene carácter relativo: la garantía de no repetición. En la práctica de la Corte IDH, han sido consideradas garantías de no repetición la adecuación de la legislación nacional a parámetros convencionales (*Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, 2005, § 132), la capacitación de funcionarios públicos (*Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, 2002, § 86) o la realización de campañas nacionales de sensibilización (*Servellón García y otros vs. Honduras*, 2006, § 202).

Habiendo determinado los tipos de reparación en sentido amplio que puede ordenar la Corte IDH en un caso contencioso, conviene discurrir sobre los «modos» en que el tribunal interamericano determina las reparaciones. Así, puede sugerirse que el ejercicio determinativo de la Corte IDH en materia de reparaciones variará según se presente alguno de los tipos o niveles de reparación expuestos. De esa forma, tendemos a pensar que son posibles —por lo menos— dos modos de ejercicio determinativo en el sistema de reparaciones practicado por la Corte, uno simple y otro complejo.

El ejercicio determinativo simple se presentaría cuando sea posible una restitución *ad integrum*, pues bastará con la determinación de la responsabilidad estatal para que el mandato en materia de reparaciones

14 Sin embargo, a veces se ha señalado que podría considerarse a las medidas de rehabilitación como una forma de restitución. Véase Shelton (2015, p. 394).

se configure en el «hacer» o «no hacer» que se requiera. Aquí la Corte no hace un ejercicio determinativo de reparaciones que exija tener en cuenta más que la violación concreta al derecho violado y la identificación del estado anterior que se desea restituir.

Por otro lado, entendemos que cuando sea requerida una reparación en sentido estricto o una garantía ulterior abstracta, la Corte IDH deberá efectuar un ejercicio determinativo complejo, pues además de la violación al derecho y la correlativa responsabilidad internacional, se deberá «determinar» el alcance del daño y su reparación estricta —en el caso de la reparación en sentido estricto—, o el alcance de la necesidad jurídico-política del Estado de modificar su funcionamiento para garantizar derechos humanos de forma preventiva —en el caso de la garantía ulterior abstracta—.

Con este marco conceptual claro, estamos en condiciones de abordar uno de los objetivos principales de nuestro trabajo; a saber, ubicar al arbitraje dentro del sistema de reparaciones practicado por la Corte IDH.

IV.2. El lugar concreto del arbitraje en el sistema de reparaciones practicado por la Corte IDH

En esta parte se ubicará al arbitraje dentro del marco conceptual propuesto en el punto IV.1. Como podrá advertirse a continuación, las razones que seguiremos para situar al arbitraje obedecerán a criterios de conveniencia o puramente normativos.

Así, en primer lugar, y bajo un criterio de pura conveniencia, podemos señalar que el arbitraje no sería útil en el marco de un ejercicio determinativo simple, pues sería contraintuitivo que la Corte advierta una violación a un derecho humano susceptible de ser restituido y deje una decisión nada complicada a un tribunal arbitral que, en todo evento, ordenaría algo que la Corte puede sin problema ordenar en su sentencia.

El arbitraje, entonces, tendría sentido dentro de un ejercicio determinativo complejo. Sin embargo, creemos que el arbitraje solamente podría servir en el marco de la reparación en sentido estricto y no con respecto a las garantías ulteriores abstractas. Las razones son por lo menos dos. En primer lugar, dado que una garantía ulterior abstracta tiene un alcance difuso y no solo con respecto a la víctima del caso, sería artificial entender que un tribunal arbitral dirimiría una controversia entre el Estado y toda la población. En segundo lugar, por su naturaleza, las garantías de no repetición suponen tomar acciones que, en la generalidad de los casos, requerirán decisiones estatales de carácter soberano, como la promulgación de leyes o creación de organismos y

entidades públicas. Claramente, una determinación de tal naturaleza difícilmente podría entenderse dentro de los poderes de un tribunal arbitral, que es finalmente un órgano privado y sin poderes *a priori* para ordenar al Estado modificar su estructura política, social o legal. Debería entenderse, en ese sentido, que si el Estado consintió ser juzgado por alguien en relación con estos asuntos de alto interés público, lo hizo exclusivamente con respecto a la Corte IDH.

Con ello en cuenta, podemos afirmar que el arbitraje tiene un lugar específico en el marco del ejercicio determinativo complejo que hace la Corte con respecto a las medidas de reparación en sentido estricto. Es decir, un tribunal arbitral constituido a partir de un acuerdo entre las partes —ya sea *ex parte* o *ex officio*— podría encargarse de ordenar los remedios pecuniarios o no pecuniarios de carácter relativo que resulten pertinentes.

Esta conclusión es consistente con las dos aproximaciones tomadas en los casos descritos en la parte II de este trabajo, ya que en ambos se recurrió al arbitraje para discutir el monto de la reparación pecuniaria debida.

Pero, como sea que el arbitraje tiene un lugar en la determinación de remedios pecuniarios y no pecuniarios de carácter relativo que pueden ordenarse en un caso de violaciones a derechos humanos, conviene especificar algunas condiciones de aplicación para las aproximaciones *ex parte*-consensual y *ex officio*-propositiva tratadas en la sección III de este trabajo. De ello nos encargaremos enseguida.

V. SOBRE CUÁNDO EL ARBITRAJE PUEDE CONSTITUIR UNA ALTERNATIVA A LA DETERMINACIÓN DE LAS REPARACIONES EN EL SIDH

Haber ubicado al arbitraje como una alternativa a las reparaciones en sentido estricto realizadas por la Corte IDH implicó, de alguna forma, expresar «cómo» el arbitraje puede constituir una alternativa a la determinación de las reparaciones en el SIDH. Esta última sección se enfoca, más bien, en «cuándo» usar el arbitraje para la determinación de reparaciones en un caso de violación de derechos humanos.

En el punto III.3. hemos matizado la aproximación *ex officio*-autoritativa para sugerir una *ex officio*-propositiva y la hemos situado en el mismo nivel de viabilidad que la *ex parte*-consensual. Con ello presente, nos encontramos en posibilidades de ofrecer condiciones de aplicación que respondan a cada modelo. Para ello, a continuación daremos detalle de qué sería requerido en cada escenario para que el arbitraje pueda ser de alguna utilidad en el marco del ejercicio determinativo de las reparaciones de un caso contencioso. Y, finalmente, revelaremos algunas

limitaciones de nuestra propuesta, intentando —sin embargo— salvar la relevancia de nuestra investigación.

V.1. ¿Cuándo una aproximación *ex parte*-consensual?

Esta aproximación requiere necesariamente la iniciativa y común acuerdo de las partes para llevar a cabo un arbitraje (donde, implícitamente o explícitamente, el Estado reconoce su responsabilidad internacional). No hay mayor secreto en ello. No obstante, y siendo coherentes con el marco conceptual desarrollado líneas arriba, creemos que el acuerdo de las partes de someter algún aspecto de las reparaciones a arbitraje debería restringirse a las medidas que se encuentran dentro de la noción de reparación en sentido estricto. Un acuerdo para arbitrar la restitución *ad integrum* o una garantía ulterior abstracta, desde nuestra perspectiva, no sería útil o adecuado. Adicionalmente, este acuerdo tendría que ser autorizado por la Corte IDH. Con respecto a esto último, creemos que la Corte podría decidir la autorización del arbitraje propuesto por las partes según criterios de pertinencia y conveniencia.

Las consideraciones de pertinencia radican en examinar si las partes están sometiendo a arbitraje cuestiones que se enmarcan en la noción de reparación en sentido estricto. Por su parte, las consideraciones de conveniencia tienen que ver con las razones concretas por las que es adecuado y necesario diferir la determinación de las reparaciones en sentido estricto a un tribunal arbitral. Usualmente, y utilizando lo sucedido en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* como ejemplo, será conveniente que un órgano especializado determine el alcance de una reparación en sentido estricto cuando esto sea muy difícil por su complejidad técnica o cuando la Corte no haya tenido suficientes elementos para hacerlo por sí misma. En esa línea, la Corte podría valorar más conveniente considerar al arbitraje en el marco de afectaciones a la propiedad, donde la valoración de los daños materiales podría sugerir una alta complejidad.

Sin embargo, bajo este modelo, la ausencia de elementos de conveniencia no determinaría necesariamente que la Corte no autorice a las partes a someterse a un arbitraje. Aquí existiría un amplio margen de valoración.

V.2. ¿Cuándo una aproximación *ex officio*-propositiva?

A diferencia de la aproximación *ex parte*-consensual, aquí la Corte no tendría que examinar una propuesta de acuerdo sometida a ella por las partes. En cambio, aquí la Corte debería hacer por sí misma la evaluación de la pertinencia y conveniencia de la «propuesta» hacia las partes para llevar a cabo un arbitraje.

Los criterios de pertinencia y conveniencia son los mismos que los descritos líneas arriba. Pertinencia en tanto que el arbitraje sería una

alternativa a seguir únicamente en el marco de reparaciones en sentido estricto, y conveniencia en relación con la idoneidad y necesidad de dejar a la decisión de un tribunal arbitral el alcance de una reparación.

No obstante, a diferencia de la aproximación *ex parte*-consensual —donde la conveniencia no es necesaria para que el modelo opere—, consideramos que la propuesta de la Corte hacia las partes debería justificarse tanto en criterios de pertinencia como de conveniencia. La razón recae en el hecho de que la Corte debería evitar imponer sobre las partes costos de transacción innecesarios, de modo que si no es idóneo ni necesario un arbitraje para determinar el monto de una reparación, es mejor no proponerlo.

V.3. Algunas dificultades de la propuesta

Ahora, aun cuando las dos aproximaciones descritas sean ejecutadas bajo las condiciones expuestas en el punto V.2, resulta honesto exponer y reconocer que pueden presentarse algunas limitaciones y objeciones a nuestra propuesta. En general, creemos que dichos cuestionamientos serían producto de la incertidumbre con respecto al universo de situaciones que podrían presentarse y no están de hecho reguladas. Mencionaremos —sin ánimo de resolverlas definitivamente— algunas de ellas.

Una primera dificultad reside en la incertidumbre con respecto a la naturaleza de un arbitraje «nacido» en un proceso internacional sobre derechos humanos. Podrían presentarse dudas con respecto a qué reglas de derecho aplicar al procedimiento y cuál es el alcance de la intervención que podría tener la Corte IDH. Quizá una respuesta provisional pueda hacer alusión a la suerte de reglamentación que hizo la Corte IDH en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, donde el tribunal interamericano detalló la sede del arbitraje y la ley arbitral aplicable. Sin embargo, cuando la referencia al arbitraje sea propuesta por las partes bajo un modelo *ex parte*-consensual, estas cuestiones podrían no estar determinadas con tanta claridad. En ese sentido, sin un marco normativo claro, un arbitraje para la determinación de las reparaciones en un caso de violaciones a derechos humanos podría ser difícil de manejar.

Por otro lado, desde que un arbitraje nacido en el marco de un caso contencioso ante la Corte IDH está siempre sometido a su control y revisión, podría afirmarse la debilidad de un procedimiento que no presentaría plena autonomía formal y material. La Corte tendría amplias facultades para revisar aspectos procedimentales y sustantivos del arbitraje al ser el órgano investido con la autoridad para verificar que las reparaciones se ajusten a los parámetros convencionales. Sin una

autonomía del proceso arbitral podrían generarse preocupaciones con respecto a si realmente un arbitraje resulta una opción segura y eficaz.

Finalmente, podría también cuestionarse la necesidad de la propuesta. Alguien podría razonablemente sugerir que la razón por la que solo existen dos casos en donde el arbitraje sirvió como alternativa a la determinación de las reparaciones se debe a que, en la generalidad de los casos, la Corte puede por sí misma determinar las reparaciones. En efecto, el sistema de determinación de las reparaciones podría no necesitar ayudas adicionales.

Como ya hemos referido, no pretendemos aquí solucionar definitivamente las dificultades notadas. De hecho, creemos que estas presentan razones de peso para afirmar la no conveniencia o poca necesidad de otorgarle un lugar al arbitraje en el sistema de reparaciones desarrollado por la Corte IDH. No obstante, aun cuando dichas consideraciones tengan razones valederas, no creemos que eliminen toda posibilidad de recurrir, cuando sea necesario, a un mecanismo que podría tener algún éxito. De hecho, podría resultar ilustrativo lo que sucede en la sede de la CIDH, que parece reconocer la utilidad del arbitraje al haber aprobado recientemente los términos de un acuerdo de solución amistosa en el que se incluía la conformación de un tribunal arbitral *ad hoc* en Argentina (*Ricardo Javier Kaplun y familia vs. Argentina*, 2017).

Siendo ello así, estimamos que el arbitraje podría constituir una alternativa para las partes y la propia Corte IDH. De momento, ya lo fue en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* y podría volver a serlo en el futuro. En ese sentido, este artículo ha pretendido dar luz sobre los enfoques posibles para hacerlo y algunas limitaciones para sentar una discusión orientada a una implementación que sume al sistema de reparaciones de la Corte IDH.

VI. CONCLUSIONES

Con este trabajo se ha intentado sugerir la posibilidad de que el arbitraje sirva como un mecanismo disponible para la determinación de reparaciones en sentido estricto. Aunque con limitaciones, creemos que este trabajo ofrece buenas razones para considerar al arbitraje como una alternativa plausible. Para finalizar, quisiéramos exponer algunas conclusiones.

1. El arbitraje tiene un lugar en el SIDH, pero solo con respecto a la determinación de las reparaciones. Esto es, una vez que hay certeza de la responsabilidad internacional de un Estado.
2. Existen dos casos en la jurisprudencia de la Corte IDH en los que se utilizó el arbitraje como mecanismo alternativo para

la determinación de las reparaciones: *Garrido y Baigorria vs. Argentina* y *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*.

3. Estos dos precedentes ofrecen distintas aproximaciones al arbitraje como mecanismo de determinación de reparaciones. El caso *Garrido y Baigorria* ofrece una aproximación *ex parte*-consensual en tanto son las partes quienes proponen, de común acuerdo, la realización de un arbitraje a la Corte. Por su parte, la aproximación tomada en *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez* sugiere un enfoque *ex officio*-autoritativo, ya que es la Corte quien ordena a las partes seguir un arbitraje para determinar las reparaciones.

4. La aproximación *ex parte*-consensual es consistente con las normas relevantes de DIDH y con los principios básicos del arbitraje. Sin embargo, son limitaciones su debilidad (siempre que la Corte tendría plenas facultades de revisión y control sobre el arbitraje) y su restringido ámbito de aplicación práctica (pues se requeriría que un Estado reconozca su responsabilidad en el proceso contencioso).

5. La aproximación *ex officio*-autoritativa, en cambio, no parece ser consistente con el DIDH relevante ni con los principios generales del arbitraje. En ese sentido, un matiz propuesto sugiere modificar su elemento autoritativo, donde la Corte, lejos de ordenar un arbitraje, solamente lo proponga. Este nuevo enfoque, igualmente viable que el *ex parte*-consensual, puede ser identificado como *ex officio*-propositivo.

6. Estos enfoques servirían para determinar lo que hemos llamado aquí «reparaciones en sentido estricto», las cuales buscan compensar daños materiales o inmateriales a partir de remedios pecuniarios o no pecuniarios de carácter relativo. En sentido contrario, un arbitraje no sería útil para decidir casos de restitución y tampoco sería pertinente para determinar garantías de no repetición.

7. Para que el enfoque *ex parte*-consensual sea ejecutado de forma adecuada, se requiere: a) que las partes acuerden proponer a la Corte un arbitraje donde se discuta únicamente el alcance de las reparaciones en sentido estricto; y b) que la Corte autorice la propuesta según criterios de pertinencia y, de manera no necesaria, de conveniencia.

8. Para que el enfoque *ex officio*-propositivo sea ejecutado de forma adecuada, se requiere que la Corte, siguiendo necesariamente criterios de pertinencia y conveniencia, proponga a las partes procesales la realización de un arbitraje.

9. Como sea que estas aproximaciones son viables, se presentan algunas dificultades relacionadas a la poca reglamentación y casuística con relación al arbitraje como mecanismo de determinación de reparaciones. Así, la incertidumbre con respecto a a) las reglas procesales que deben seguirse, b) el alcance del poder de la Corte IDH para controlar el resultado del procedimiento, y c) la poca evidencia empírica respecto de la necesidad de buscar un mecanismo alternativo para determinar reparaciones, suponen todas objeciones razonables y legítimas.

10. No obstante, dichas objeciones no excluyen definitivamente al arbitraje como un posible mecanismo de determinación de reparaciones en un procedimiento ante la Corte IDH. Este puede ser, en cualquiera de sus enfoques, una alternativa legítima y que podría formar parte de futuras perspectivas y desarrollos en materia de reparaciones.

REFERENCIAS

Alarcón Loayza, N. (2020). *El rol de los derechos humanos en el arbitraje internacional de inversión*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.

Antkowiak, M., & Gonza, A. (2017). *The American Convention on Human Rights: Essential Rights*. Nueva York: Oxford University Press.

Benedettelli, M. (2015). Human rights as a litigation tool in international arbitration: Reflecting on the ECHR experience. *Arbitration International*, *31*(4), 631-659. doi: https://doi.org/10.1093/arbint/aiv036

Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A., & Hunter, M. (2015). *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Sexta edición. Nueva York: Oxford University Press.

Bolaños Enríquez, T., & Biel Portero, I. (2019) La justicia transicional como proceso de transformación hacia la paz. *Derecho PUCP*, (83), 415-444. doi: https://doi.org/10.18800/derechopucp.201902.014

Boletín Oficial de la República Argentina (1967). Ley No. 17.454, 7 de noviembre. En *Código Procesal Civil y Comercial Argentino*. Congreso de la Nación Argentina.

Booth, C. (2009). Is There a Place for Human Rights Considerations in International Arbitration? *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, *24*(1), 109-115. doi: https://doi.org/10.1093/icsidreview/24.1.109

Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration*. Segunda edición. La Haya: Kluwer Law international.

Burgorgue-Larsen, L. (2011). The Right to Determine Reparations. En L. Burgorgue-Larsen & A. Ubeda de Torres, *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary* (pp. 217-239). Nueva York: Oxford University Press.

Calderón Gamboa, J. F. (2013). *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*. Recuperado de: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/11.pdf (consultado el 9 de enero de 2018).

Cançado Trindade, A. (1998). The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century. *Columbia Human Rights Law Review*, *30*(1), 1-28.

Carbonneau, T. (2003). The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreement. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, *36*(4), 1189-1232.

Cavallaro, J., Vargas, C., Sandoval, C., Duhaime, B., Bettinger-Lopez, C., Brewer, S.,… Nadeo, C. (2019). *Doctrine, Practice, and Advocacy in the Inter-American Human Rights System*. Nueva York: Oxford University Press.

De Greiff, P. (2006). Justice and Reparations. En P. de Greiff (ed.), *The Handbook of Reparations* (pp. 451-477). Nueva York: Oxford University Press. doi: https://doi.org/10.1093/0199291926.003.0013

Fakhro, E. (2017). Truth and Fact-Finding in the Arab Monarchies (A Comparative Study of Transitional Experiences in Bahrain and Morocco). En C. Sriram (ed.), *Transitional Justice in the Middle East and North Africa* (pp. 161-184). Nueva York: Oxford University Press. doi: https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780190628567.003.0009

Federal Law Gazette (2000). Ley Federal sobre la Creación de la Fundación Memoria, Responsabilidad y Futuro. *Federal Law Gazette*, I, 1263. Recuperado de: https://www.stiftung-evz.de/eng/the-foundation/law.html (consultado el 23 de febrero de 2020).

Fernández Sessarego, C. (2003). El daño al «proyecto de vida» en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Derecho PUCP*, (56), 659-700.

Gaillard, E., & Savage, J. (eds.). (1999). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International.

García Ramírez, S. (2003). Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En *Memoria del Seminario «El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI»* (II, 2, pp. 129-158). San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

García Ramírez, S. (2005). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones. En *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Goldman, R. (2009). History and Action: The Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights. *Human Rights Quarterly*, *31*(4), 856-887. doi: https://doi.org/10.1353/hrq.0.0108

Heppner, S. (2015). Arbitral Justice for Victims of Human Rights Violations. *Dublin University Law Journal*, *38*(1), 103-128.

Johnston, B. (2016). Waging War, Making Peace: The Anthropology of Reparations. En B. Johnston & S. Slyomovics (eds.), *Waging War, Making Peace: Reparations and Human Rights* (pp. 11-28). Nueva York: Routledge. doi: https://doi.org/10.4324/9781315415895

MacIntyre, A. (1959). Hume on "Is" and "Ought". *The Philosophical Review*, 68(4), 451-468. doi: https://doi.org/10.2307/2182491

Monterisi, R. (2009). *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. La Plata: Librería Editora Platense.

Pasqualucci, J. (2009). *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press. doi: https://doi.org/10.1017/cbo9780511494055

Reiner, C., & Schreuer, C. (2009). Human Rights and International Investment Arbitration. En P. Dupuy, F. Francioni & E. Petersmann (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (pp. 82-96). Nueva York: Oxford University Press. doi: https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199578184.003.0004

Rodríguez Rescia, V. (1996). Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 5, 667-487.

Rodríguez Rescia, V., & Seitle, M. D. (2000). The Development of Inter-American Human Rights System: A Historical Perspective and a Modern-Day Critique. *New York Law School Journal of Human Rights*, *16*(2), 593-634.

Sandoval, C. (2013). The Inter-American Human Rights System and approach. En S. Sheeran & N. Rodley (eds.), *Routdledge Handbook of International Human Rights Law* (pp. 427-443). Nueva York: Routledge. doi: https://doi.org/10.4324/9780203481417.ch24

Shelton, D. (2013). Introduction. En D. Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (pp. 1-6). Nueva York: Oxford University Press. doi: https://doi.org/10.1093/law/9780199640133.003.0001

Shelton, D. (2015). *Remedies in International Human Rights Law*. Tercera edición. Nueva York: Oxford University Press. doi: https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199207534.001.0001

Simma, B (2011). Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights? *International and Comparative Law Quarterly*, 60(3), 573-596. doi: https://doi.org/10.1017/s0020589311000224

Steingruber, M. (2012). *Consent in International Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press.

Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Sentencia de Reparaciones y Costas. Serie C N° 91 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de febrero de 2002).

Cesti Hurtado vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Serie C N° 86 (Corte IDH, 27 de noviembre de 2001).

Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 170 (Corte IDH, 27 de noviembre de 2001).

Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 189 (CIDH, 26 de noviembre de 2008).

Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia (Corte IDH, 19 de mayo de 2010).

Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia (Corte IDH, 22 de febrero de 2011).

Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia (Corte IDH, 27 de enero de 2015).

Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia (Corte IDH, 23 de junio de 2016).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (1997). Comunicación del 11 de marzo de 1997. Recuperado de: www.corteidh.or.cr/docs/casos/Garrido/arg_rep_co.pdf

Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 125 (Corte IDH, 17 de junio de 2005).

Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), Estados Americanos, 7-22 de noviembre, 1969. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado en su XLIX Periodo de Sesiones y reformado en su LXXXV periodo de sesiones* (16 al 18 de noviembre).

De la Cruz Flores vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 115 (Corte IDH, 18 de noviembre de 2004).

Durand y Ugarte vs. Perú. Sentencia de Reparaciones y Costas. Serie C N° 89 (Corte IDH, 3 de diciembre de 2001).

Garrido y Baigorria vs. Argentina. Sentencia. Serie C N° 26 Corte IDH. 2 de febrero de 1996).

Garrido y Baigorria vs. Argentina, Sentencia de Reparaciones y Costas. Serie C N° 39 (Corte IDH, 27 de agosto de 1998).

Gutiérrez Soler vs. Colombia. Sentencia. Serie C N° 132 (Corte IDH, 12 de septiembre de 2005).

Huilca Tecse vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 121 (Corte IDH, 3 de marzo de 2005).

Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia de Reparaciones y Costas. Serie C N° 42 (Corte IDH, 27 de noviembre de 1998).

López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia de Fondo Reparaciones y Costas. Serie C N° 233 (Corte IDH, 1 de septiembre de 2011).

Masacre de La Rochela vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 175 (Corte IDH, 28 de enero de 2008).

Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 101 (Corte IDH, 25 de noviembre de 2003).

Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 133 (Corte IDH, 15 de septiembre de 2005).

Ricardo Javier Kaplun y familia con Argentina. Informe de Solución Amistosa N° 36/17. Caso 12.854 (Comisión IDH. 21 de marzo de 2017).

Servellón García y Otros vs. Honduras. Sentencia. Serie C N° 152 (Corte IDH, 21 de septiembre de 2006).

Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Sentencia de Excepción Preliminar y Fondo. Serie C N° 179 (Corte IDH, 6 de mayo de 2008).

Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Sentencia de Reparaciones y Costas. Serie C N° 222 (Corte IDH, 3 de marzo de 2011).

Stran Greek y Stratis Andreadis. Sentencia. Demanda 13427/87 (TEDH del 9 de diciembre de 1994).

Tibi vs. Ecuador. Sentencia de Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 114 (Corte IDH, 7 de septiembre de 2004).

Ticona Estrada y Otros vs. Bolivia. Sentencia de Fondo. Reparaciones y Costas. Serie C N° 191 (Corte IDH, 27 de noviembre de 2008).

Trabajadores cesados de Petroperú vs. Perú. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 344 (Corte IDH, 23 de noviembre de 2017).

Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de Reparaciones y Costas. Serie C N° 7 (Corte IDH, 21 de julio de 1989).

Recibido: 19/07/2019
Aprobado: 06/03/2020

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.004
CC BY
DERECHO PUCP
N° 84, 2020
junio-noviembre
pp. 99-262
REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

Objeción de conciencia y aborto en Chile
Conscientious objection and abortion in Chile

PABLO MARSHALL*
Universidad Austral de Chile (Chile)

YANIRA ZÚÑIGA**
Universidad Austral de Chile (Chile)

Resumen: Este trabajo analiza críticamente el estado de la objeción de conciencia en el contexto de la nueva regulación de la interrupción del embarazo en Chile. Plantea que una adecuada regulación no debe ser ciega al contexto hostil en que dichas prestaciones han sido establecidas y las dificultades que el proceso para su establecimiento ha experimentado. Las exigencias bioéticas que buscan equilibrar los intereses involucrados de manera abstracta deben ser puestas en relación tanto con la regulación jurídica de los intereses en juego como con el contexto donde estos se insertan y, fundamentalmente, orientarse a garantizar la efectividad de las soluciones adoptadas. En particular, debe ponerse atención a los riesgos que conlleva la proliferación de objeciones que no revisten seriedad y a la utilización política de la objeción de conciencia con miras a impedir la implementación de los derechos reproductivos de las pacientes. Al describir el proceso de instalación, fortalecimiento y expansión de la objeción de conciencia en Chile, mostramos cómo esta ha implicado una sobreprotección a la conciencia y los riesgos de minar la efectividad de la nueva ley de interrupción del embarazo, entorpeciendo, dilatando y dificultando el disfrute de las prestaciones contempladas por la legislación. En respuesta, se proponen medidas regulatorias para revertir esta situación, que son obtenidas principalmente de la literatura bioética sobre la materia y que miran el contexto adverso a la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

Palabras clave: Objeción de conciencia, derechos sexuales y reproductivos, aborto, pseudobjeción, problema bioético

Abstract: This paper critically analyzes conscientious objection in the context of the new regulation of pregnancy termination in Chile. It affirms that adequate regulation should not be blind to the hostile context in which abortion rights have been enacted and the difficulties experienced. The bioethical requirements that seek to balance the interests involved must consider the legal regulation of the interests at stake, the context in which they are implemented and, fundamentally, the effectiveness of the solutions adopted. Attention should be paid to the risks involved in the proliferation of objections that are not serious and to the political use of conscientious objection to prevent the implementation of women's reproductive rights. In

* Universidad de Austral de Chile, Valdivia, Chile. Abogado, licenciado y doctor en Derecho. Código ORCID: 0000-0001-8347-4620. Correo electrónico: pmarshall@uach.cl
** Universidad de Austral de Chile, Valdivia, Chile. Licenciada y doctora en Derecho. Código ORCID: 0000-0002-0589-3552. Correo electrónico: yzuniga@uach.cl

describing the process of entrenchment, strengthening and expansion of the conscientious objection in Chile, we show how this process has overprotected consciousness and the risks of undermining the effectiveness of the new abortion law, hindering and dilating the enjoyment of rights entrenched by the law. In response, regulatory measures are proposed to reverse this situation, which are obtained mainly from the bioethical literature on the subject and that look at the adverse context of the guarantee of women's sexual and reproductive rights.

Key words: Conscientious objection, sexual and reproductive rights, abortion, pseudo-objection, bioethical problem

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL PROBLEMA BIOÉTICO DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.– II.1. MARCO CONCEPTUAL.– II.2. PROCEDENCIA DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA.– II.3. REQUISITOS PARA OBJETAR.– II.4. OBLIGACIONES DEL OBJETOR.– III. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN LA REGULACIÓN CHILENA.– III.1. PROYECTO DE LEY DE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.– III.2. EL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.– III.3. REGULACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA.– IV. LA SOBREPROTECCIÓN DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA.– VI.1. PROBLEMAS DE LA SOBREPROTECCIÓN DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA.– IV.2. EVIDENCIA SOBRE EL IMPACTO DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN CHILE.– V. UNA ADECUADA REGULACIÓN DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA.– VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Parte importante de la discusión parlamentaria del proyecto de ley de interrupción del embarazo en tres causales giró en torno a la justificación, las características y el alcance de la objeción de conciencia (en adelante, OC) del personal de salud frente a la demanda de realizar la prestación médica de interrupción del embarazo (en adelante, IVE)[1]. La sentencia del Tribunal Constitucional (TC) chileno sobre el proyecto confirmó la constitucionalidad de las tres causales de despenalización de la IVE aprobadas por el Congreso, pero amplió los casos de OC previstos originalmente en el proyecto, incorporando, en particular, la OC institucional. A partir de la promulgación de la Ley 21.030 (en adelante, Ley de IVE), la relación entre la OC y los derechos de las mujeres gestantes se volvió un verdadero terreno de disputa política. La OC fue regulada por un primer protocolo (R.61 22/01/2018), dictado por el Ministerio de Salud del Gobierno saliente de Michelle Bachelet (quien presentó el proyecto de despenalización de la IVE) para ser, luego, reconfigurada por un nuevo protocolo (R.432 22/03/2018) dictado por

1 Puede encontrarse un análisis de la discusión legislativa en Montero *et al.* (2017, pp. 350-360).

el Gobierno entrante, encabezado por Sebastián Piñera (de la coalición conservadora que se resistió el proyecto). Este protocolo, a diferencia de su predecesor, permitía que las instituciones que mantuvieran convenios de prestaciones gineco-obstétricas con el Estado pudieran declararse objetoras de conciencia, lo que fue declarado ilegal por la Contraloría General de la República (CGR). Esta determinó, además, que la regulación de la OC debía constar en un reglamento (Dictamen 011781N18, 09/05/2018). Así, el Gobierno de Piñera debió dictar un reglamento (N° 67 de 29/06/2018), cuyas disposiciones limitativas de la OC respecto de instituciones que hubieran suscrito dichos convenios con el Estado fueron declaradas inconstitucionales, una vez más, por el TC (Rol N° 5572-18-CDS / 5650-18-CDS, 18/01/2019).

El enrevesado y largo debate legislativo, judicial y administrativo sobre la OC en Chile reprodujo, en mayor o menor medida, la polémica que esta facultad desata al interior de la sociedad chilena. Con todo, el debate sobre la OC no es estrictamente idiosincrático. Las discusiones sobre esta se han planteado, de manera relativamente similar, en otros lugares y momentos históricos; y tienden a expresar diversas ecuaciones normativas sobre valores y bienes jurídicos en conflicto.

Si bien creemos que la regulación chilena de la OC se ha inspirado en la mayor parte de las directivas bioéticas y legales que pueden encontrarse en la literatura especializada, que buscan equilibrar debidamente los intereses en conflicto, asimismo creemos que dicha regulación entrega una sobreprotección a las convicciones individuales y colectivas, lo que podría tener como repercusión un daño en la aplicación efectiva de la Ley IVE y una consecuente infraprotección de los intereses de las pacientes. Esto es así, como se verá, teniendo en especial consideración el contexto social, político y económico en que dicha regulación fue establecida y es aplicada.

Asumimos que una adecuada regulación de la OC, que cautele las prestaciones de salud reproductiva en general y la IVE en particular, no debe ser ciega al contexto hostil en que dichas prestaciones han sido establecidas y las dificultades que el proceso para su establecimiento ha experimentado. Las exigencias bioéticas que buscan equilibrar los intereses involucrados de manera abstracta deben ser puestas en relación tanto con la regulación jurídica de los intereses en juego como con el contexto donde estos se insertan y, fundamentalmente, orientarse a garantizar la efectividad de las soluciones adoptadas. En particular, debe ponerse atención a los riesgos que conlleva la proliferación de objeciones que no revisten seriedad y a la utilización político-instrumental de la OC con miras a impedir la implementación de la ley IVE.

La estructura del trabajo es la siguiente: primero, hacemos una breve reconstrucción de la OC desde la perspectiva bioética, identificando

los intereses involucrados en ese conflicto, mostrando cómo la OC se presenta como una solución a este y destacando los principales aspectos que se buscan regular con ella. Segundo, describimos el proceso de instalación, fortalecimiento y expansión de la OC en Chile, ilustrando cómo este ha implicado una sobreprotección a la conciencia y los riesgos que eso conlleva. Tercero, exponemos la vinculación entre el fortalecimiento de la OC y una serie de prácticas que se han desplegado —y otras que podrían proliferar—, las cuales tendrían el efecto de minar la efectividad de la Ley de IVE, entorpeciendo, dilatando y dificultando el disfrute de las prestaciones contempladas por la legislación. También proponemos algunas medidas regulatorias para revertir esta situación, que son obtenidas principalmente de la literatura bioética sobre la materia y miran el contexto adverso donde la IVE busca introducirse.

II. EL PROBLEMA BIOÉTICO DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

II.1. Marco conceptual

La OC puede entenderse como el rechazo de una persona a realizar una acción impuesta por la ley por ser esta contraria a su conciencia. En el contexto de la IVE, la OC consiste en el rechazo de un miembro del personal de salud a practicar una IVE que ha sido legalmente demandada dentro de la esfera de su competencia profesional, justificando dicho rechazo con un conflicto entre la práctica de la IVE y sus creencias éticas y religiosas más básicas o fundamentales (Wicclair, 2011, p. 1).

Sobre la base de esta definición podemos diferenciar la OC de otro tipo de situaciones en las que el rechazo a intervenir en una acción médica no está basado en creencias éticas o religiosas de valor fundamental para la persona. Así, algunos rechazos a realizar un tratamiento de salud pueden estar basados en razones autointeresadas o en consideraciones de respeto a normas clínicas y estándares profesionales de carácter técnico, mientras que otros rechazos pueden estar basados en creencias morales personales que no tienen un carácter estructurante para los objetores; es decir, no son creencias básicas o fundamentales[2]. Todos estos tipos de rechazos no serían constitutivos de una OC (Wicclair, 2011, pp. 5-11).

2 La distinción entre creencias básicas y meras creencias es sin duda no solo difícil de articular en términos abstractos, sino que puede ser muy difícil de probar en un caso concreto. No obstante ello, es una distinción valiosa en cuanto opera en un nivel de la valoración de la seriedad de justificación de la OC. Si se toma en serio el deber de justificación de la OC y no se da por sentado que esta puede ser ejercida sin justificación, se podrá evidenciar que para una persona cuya vida se estructura en torno a los valores que ofrece como justificación de la OC será fácil demostrar dicha relación (por ejemplo, una persona practicante de un credo que condena el aborto como un pecado serio). Por el contrario, la justificación de la seriedad de la OC será compleja para quien no puede demostrar que su adhesión a dichos valores tiene un carácter central en su vida (por ejemplo, una persona atea).

La OC también difiere de la desobediencia civil. Esta puede definirse como la transgresión individual o grupal, pública y no violenta, de leyes con el fin de protestar por la injusticia moral o política de dichas normas y obtener su modificación. En contraste, el objetor de conciencia no persigue un cambio en la regulación jurídica; por el contrario, busca simplemente eximirse de participar en una acción concreta que juzga contraria a su conciencia personal. En este sentido, la OC no debe ser necesariamente pública porque su éxito no depende de que trascienda al objetor; tampoco requiere de una fragilización de la regulación, eso es totalmente contingente. Los objetores de conciencia buscan que su situación sea considerada una excepción a la regla general, no que se modifique la regla general, como sí ocurre con la desobediencia civil (Childress, 1985).

En el contexto de la implementación de la Ley de IVE, estas diferencias conceptuales permiten identificar tres tipos de situaciones: casos de OC genuina; casos de pseudobjeción —esto es, rechazos a realizar una IVE sobre la base de razones no amparadas por la OC genuina, pero esgrimiendo la OC para abstenerse de realizar el procedimiento legalmente ordenado—; y casos de utilización de la OC política e instrumentalmente, ya no con la finalidad de abstenerse de realizar el IVE, sino de obstruir o impedir la realización de IVE que caen dentro de los supuestos legales.

El conflicto existente entre la protección de la integridad de la conciencia del personal médico a través de la institución de la OC, por un lado, y la protección de la autonomía, la vida y la salud física y psíquica de las mujeres que se encuentran ante una de las hipótesis legales de IVE, por otro, constituye un asunto fundamental que ha estado en la mira de los estudios bioéticos prácticamente desde que el aborto comenzó a ser abordado desde esta perspectiva en la década de los años setenta (Wicclair, 2011, pp. 14-18). En este sentido, la ética médica y la bioética han jugado un rol fundamental en su análisis y regulación. Por esa razón, este trabajo presta especial atención a dicha literatura.

Como se ha sostenido, la OC es un instrumento que ofrece una respuesta a un problema bioético. Este problema puede ser retratado como un conflicto entre los intereses del personal de salud y los intereses de las pacientes que buscan la realización de una IVE, pero también puede representarse como un conflicto entre el deber profesional de prestar el servicio que se solicita y los deberes individuales con la propia conciencia.

El principal interés que la OC del personal de salud está llamada a proteger es la integridad moral. La integridad moral consiste en la disposición para actuar de acuerdo con el conjunto de valores éticos y religiosos fundamentales que cada uno abraza. Desde ya, por tanto,

es importante mencionar que la OC no solo protege la conciencia religiosa, sino un abanico más amplio de valores (Weinstock, 2014). Para mantener su integridad moral, una persona debe evitar realizar acciones que vayan contra su conciencia, a riesgo de traicionar un aspecto esencial de su concepción acerca de qué significa actuar incorrectamente y sufrir, por consiguiente, una pérdida del autorrespeto y la eventual degradación de la propia identidad (Wicclair, 2011, pp. 25-26). Adicionalmente, puede señalarse que la OC podría contribuir a preservar otros intereses, como la diversidad moral y cultural (Wear *et al.*, 1994), y la humildad epistémica en bioética (Sulmasy, 2008).

Por otro lado, debe considerarse el impacto de la OC en los intereses de las pacientes. Así, como consecuencia de la OC, las pacientes experimentan dificultades, cargas, riesgos y daños que no experimentarían si el personal de salud proveyera la prestación solicitada. Este impacto puede traducirse en inconvenientes menores —como ser derivada a otro prestador local de salud— y también en cargas, riesgos o daños mayores —como no recibir atención oportuna ante una situación de salud de emergencia, ver frustradas sus elecciones reproductivas o sufrir secuelas en su salud—. A menudo se asume que los únicos intereses de las pacientes que deben ser considerados en una regulación de la OC son la autonomía, la salud y la vida, entendidos como intereses estrictamente individuales. Sin embargo, una adecuada regulación de la OC debe, además, considerar los múltiples impactos que conlleva el ejercicio de aquella sobre intereses supraindividuales y dar protección, entonces, a otras dimensiones relacionadas tanto con el principio bioético de justicia como con principios y derechos establecidos por el ordenamiento jurídico vigente. Dentro de estos últimos, destacan principios constitucionales como la igualdad y la no discriminación, y el respeto por la dignidad de la persona.

Un tercer aspecto, completamente ignorado en la discusión chilena sobre la OC, se relaciona con sus impactos organizacionales. Desde esta perspectiva, debería considerarse también los intereses del personal no objetor y de la institución de salud involucrada, todos los cuales pueden verse seriamente afectados por una regulación extremadamente liberal de la OC (Wicclair, 2011, pp. 25-26).

Centrándonos en el conflicto bioético entre personal de salud y pacientes, pueden encontrarse tres clases de soluciones en la práctica biomédica: a) un respeto absoluto por la integridad moral del personal de salud en detrimento de los intereses de las pacientes, como sucede cuando el personal de salud cuenta con un derecho irrestricto a la OC; b) un respeto absoluto por los intereses de las pacientes en detrimento de los intereses del personal de salud, como ocurre con la prohibición total de la OC y en la llamada tesis de la incompatibilidad (Fiala, *et al.*, 2016,

pp. 201-206; Savulescu, 2006, p. 294); y c) un equilibrio o compromiso entre los diversos intereses involucrados.

La popularidad del tercer grupo de soluciones, es decir, las soluciones de compromiso, puede deberse a dos ventajas manifiestas de estas últimas. En primer lugar, no solo envuelven la debida consideración de todos los intereses en conflicto, sino que enfatizan la necesidad de una adecuada regulación de la OC para optimizar la satisfacción de dichos intereses, la que —debemos remarcar— no siempre obedece a un juego de suma cero. Una adecuada regulación puede, salvaguardando la protección de la conciencia de los objetores, minimizar el impacto de su OC en los intereses de los pacientes. En cambio, una inadecuada regulación —que no tome en consideración el contexto en que surge una ley como la de IVE— puede tener un impacto profundo en el disfrute de los derechos e intereses de las pacientes sin dar, por esa razón, mayor protección a la conciencia del personal de salud.

En segundo lugar, la evolución de la OC desde un mero instrumento de ética práctica a una institución jurídicamente regulada ha favorecido la proliferación de las soluciones de compromiso al permitir que la OC sea sometida a un régimen de limitaciones normativas, tal como ocurre con otras instituciones jurídicas. El desarrollo y expansión de los estándares internacionales de derechos humanos en materia de salud procreativa ha profundizado este proceso en las últimas décadas, obligando a los Estados a desarrollar pautas normativas destinadas a armonizar la protección del derecho de los prestadores de salud a preservar sus convicciones y los derechos reproductivos de las mujeres (Uberoi & Galli, 2017).

Un régimen de limitaciones busca posibilitar que derechos eventualmente en conflicto (en este caso, la libertad de conciencia de los miembros del personal de salud y los derechos procreativos de las pacientes) puedan ejercerse de manera razonable por sus titulares; y también permite la realización de objetivos socialmente valiosos, como la correcta ejecución de la política sanitaria del Estado, el acceso igualitario a las prestaciones de salud o el uso eficiente de recursos escasos. En otras palabras, la obligación de garantizar un conjunto variado de derechos, intereses y objetivos igualmente legítimos impone a los ordenamientos jurídicos la necesidad de generar un abanico dinámico de soluciones en torno a la OC. En función de la concurrencia o no de ciertas circunstancias, puede inclinarse la balanza unas veces a favor de la posición del objetor, otras veces a favor de los derechos de la gestante o de los objetivos de la política pública de salud.

En la literatura, las soluciones de compromiso involucran los siguientes aspectos: primero, el reconocimiento de la OC para ciertas personas y supuestos limitados; segundo, el establecimiento de ciertos requisitos

para poder optar por la OC; y tercero, ciertas obligaciones que surgen de su ejercicio. Si bien en la literatura no hay una posición única sobre cómo debe ser regulada la OC, existe un importante acuerdo en torno a que su ejercicio debe ser individual, predecible y compatible con el ejercicio de los derechos de las pacientes, así como en que la OC no puede comprometer la implementación general de servicios de interrupción legal del embarazo. La gran mayoría de estos aspectos han sido más o menos abordados en Chile por la Ley 21.030, que regula la IVE, y por el reglamento que regula la OC.

II.2. Procedencia de la OC

En relación a quién puede formular la OC y respecto de qué acciones, pueden identificarse, por un lado, ciertos consensos y, por otro, aspectos más o menos debatidos. Existe un acuerdo amplio acerca de que la OC solo puede ser invocada por quienes participan «directamente» en una interrupción del embarazo y respecto de un procedimiento particular. Esto quiere decir que la OC no es aceptable respecto de quienes no participan directamente de estos procedimientos (por ejemplo, el personal administrativo de la institución) y tampoco para quienes realizan la atención previa y posterior a la interrupción del embarazo (por ejemplo, los cuidados postoperatorios). Por supuesto, la determinación de qué significa «directa o indirectamente», o qué significa «antes y después», no siempre es sencilla en la práctica y esto puede suscitar debate sobre qué personas, acciones y procedimientos concretos pueden quedar comprendidos por la OC. Para evitar la ambigüedad es necesario determinar precisamente cuándo comienza y dónde termina el procedimiento, y quiénes concretamente se ven involucrados directamente en él (por ejemplo, si solo el médico que practica la IVE o todo el personal presente en el pabellón).

Por otra parte, la OC procede, en principio, solo respecto de las personas naturales y no respecto a las personas jurídicas e instituciones (Dickens & Cook, 2000). En este último caso, hay una corriente de la literatura que defiende la posibilidad de que ciertas instituciones privadas con una identidad religiosa preeminente puedan optar a la OC (Núñez, 2016). Sin embargo, no parece existir literatura que defienda de manera convincente la OC de instituciones no religiosas o instituciones públicas de salud, pese a que la práctica de los Estados Unidos, como consecuencia de un criticado fallo de la Corte Suprema, ha permitido que instituciones con fines de lucro puedan impedir la realización de prestaciones de salud basadas en su conciencia (West-Oram & Buyx, 2016). Como veremos, las dos sentencias del TC chileno (Rol 3729-17 y Rol 5572-18) que posibilitaron el establecimiento y expansión de la OC institucional tampoco aportan muchas luces en este sentido.

II.3. Requisitos para objetar

En la literatura pueden identificarse varias condiciones que deben concurrir para que la OC pueda ser legítimamente invocada por un profesional de la salud: a) la IVE debe constituir una violación grave a la integridad de su conciencia; b) los costos para las pacientes deben ser razonablemente bajos; y c) los costos para los colegas del objetor y para el empleador respectivo deben ser razonablemente bajos (Magelssen, 2012, pp. 18-21).

La primera condición —la IVE debe constituir una violación grave a la integridad de su conciencia— tiene la finalidad de cautelar que la OC sea seria y no se trate de una pseudobjeción. Para ello, la literatura propone que la OC sea realizada con anticipación, por escrito y que sea fundamentada. La segunda condición —que los costos para los pacientes deban ser razonablemente bajos— busca evitar que la garantía de la OC se realice a costa de derechos de las pacientes. Reflejo de lo anterior es la aproximación, unánimemente compartida en la literatura, que sostiene que no procede la derivación de la paciente a personal de salud no objetor cuando esto imponga un riesgo serio para la salud o vida de aquella. La Ley de IVE en Chile limita los efectos de la OC en el caso de que la gestante requiera atención médica inmediata e impostergable, exista peligro para su vida y no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención. El texto original de dicha ley también limitaba la posibilidad de invocar la OC cuando el plazo para realizar la IVE en caso de violación estuviera por vencerse (doce o catorce semanas, según la edad de la gestante); sin embargo, tal restricción fue removida por la primera sentencia del TC. En consecuencia, ni la Ley de IVE ni sus protocolos y reglamento complementarios contienen alguna restricción de la OC fundada en la posibilidad de que esta provoque un grave daño a la salud de la paciente. Con todo, tal restricción podría derivarse eventualmente de la aplicación del régimen común de responsabilidad civil y del régimen especial de responsabilidad médica. Finalmente, la tercera condición —que los costos para sus colegas y empleador deban ser razonablemente bajos— implica que la OC no puede conllevar un costo demasiado grande para la institución de salud o una sobrecarga de trabajo para el personal médico no objetor.

II.4. Obligaciones del objetor

Un tercer elemento de la OC son las obligaciones que el objetor mantiene o adquiere, pese a haberse excepcionado de realizar la IVE. En este sentido, pueden distinguirse «obligaciones generales» del personal médico, que subsisten aun si se formula la OC, y «obligaciones específicas», que son la consecuencia directa de haber formulado la OC.

Entre las «obligaciones generales», la OC no exime al objetor de la obligación de informar todas las opciones médicas y legales que están disponibles para la paciente. Esta obligación está expresamente recogida en la Ley de IVE respecto del prestador de salud; pero nada se dice, en cambio, respecto del objetor. Sin embargo, el art. 10 de la Ley 20.584 (que regula los derechos y deberes de las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud) establece el deber de todo profesional tratante de informar al paciente de manera veraz, completa y oportuna. Asimismo, y esto es de suma importancia en asuntos moralmente debatidos como la IVE, el art. 5 señala que el personal de salud mantiene la obligación de tratar a las pacientes con el debido respeto y consideración.

Entre las «obligaciones específicas» que surgen para el personal de salud como consecuencia de la OC se encuentra «el deber de informar» a sus pacientes, actuales y potenciales, de su calidad de objetores con la finalidad de prevenir cargas y daños a estos y a sus familias[3]. En Chile, el Reglamento OC (D.S. 67/2018 D.O. 29/06/2018) contempla una obligación de informar solo en el caso de un requerimiento actual (no potencial) de intervención por parte de una paciente.

Una segunda obligación específica es «la derivación». Esta obligación consiste en el deber del personal objetor de derivar a la paciente que solicita la IVE a personal de salud no objetor; es decir, profesionales que estén en condiciones de realizar la prestación solicitada. Esta es concebida usualmente como la obligación más importante del objetor, pero, al mismo tiempo, existe gran discusión alrededor de ella. Por un lado, se discute si la derivación podría constituir una hipótesis de complicidad moral respecto de la realización posterior de la IVE y si, siendo así, no debiera entonces quedar comprendida en la OC. En general, la literatura está de acuerdo con que la participación de tipo indirecto, incluso cuando puede constituir moralmente una hipótesis de complicidad moral, no permitiría la procedencia de la OC (Brock, 2008; Wicclair, 2011, pp. 40-41). Por otro lado, se discuten los términos concretos bajo los cuales la obligación de derivación se encontraría satisfecha. Existe acuerdo en que dicha derivación debe ser inmediata y no imponer una carga desmesurada en la paciente (por ejemplo, riesgo vital). No existe acuerdo, en cambio, respecto al grado de involucramiento y responsabilidad del objetor en la búsqueda del personal no objetor y en el aseguramiento del acceso de la paciente a este (Wicclair, 2011, pp. 109-115). La Ley de IVE hace recaer la obligación de derivación

3 El Decreto 67/2018, en su art. 23, señala que «En caso que un médico cirujano o un integrante del equipo de salud sea requerido para realizar o intervenir en una interrupción voluntaria del embarazo, y sea objetor, deberá dar aviso de inmediato de la situación, tanto a la paciente como al director del establecimiento, el que tendrá la obligación de reasignar de inmediato a la paciente a otro médico cirujano o integrante del equipo de salud, con las calificaciones necesarias para otorgar la prestación».

únicamente en el establecimiento de salud respectivo, lo mismo que el Reglamento OC. Este último distingue entre reasignación al interior del mismo establecimiento y derivación externa, en subsidio, respecto de la OC personal, y solo contempla la derivación a otro centro de salud en el caso de la OC institucional.

III. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN LA REGULACIÓN CHILENA

Después de dar cuenta de cómo la literatura bioética ha abordado la OC y definir cuáles han sido los acuerdos en esta literatura acerca de los supuestos de procedencia, los requisitos para objetar y las obligaciones de los objetores, en la presente sección revisamos con detalle cuál ha sido la trayectoria regulatoria de la OC en el derecho chileno. Se mostrará que en la discusión de la Ley de IVE, en las dos sentencias del TC que han examinado la constitucionalidad de sus restricciones y en su accidentada regulación administrativa, la orientación normativa que prima ha tendido a sobreproteger la OC, produciendo directa o indirectamente la desprotección correlativa de los derechos sexuales y reproductivos de las pacientes. Ello puede constatarse en el hecho de que los supuestos de aplicación de la OC se han ido ampliando progresivamente, abriendo espacios para su interposición que no necesariamente repercuten en una mayor protección de la conciencia del personal de salud.

III.1. Proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo

Existen dos grandes aproximaciones jurídicas en torno a cómo debe regularse el aborto. Una primera posición rechaza el aborto, fundándose en el valor de la vida humana, y se expresa en la prohibición penal amplia de la interrupción del embarazo. Otra posición favorece la despenalización de esta práctica, invocando el derecho a la autodeterminación de las mujeres sobre sus cuerpos y sus propias vidas. Esta posición —que ha ido ganando terreno en los sistemas jurídicos del mundo— se correlaciona con los llamados regímenes de aborto a plazo o a demanda. El proyecto de Ley de IVE, presentado bajo el segundo Gobierno de Michelle Bachelet, se ubicó entre estas dos tendencias al establecer un régimen de permisos o excepciones a la criminalización del aborto; es decir, un grupo de tres casos (a) peligro para la vida de la gestante, b) inviabilidad fetal de carácter letal y c) violación) que permite la interrupción del embarazo y la transforma, por otro lado, en una prestación de salud garantizada por el Estado. Dicho proyecto introdujo esas tres causales de despenalización en el Código Sanitario (art. 119, inc. 2°), transformándolas en prestaciones de salud garantizadas; y agregó un régimen de acompañamiento para la gestante (art. 119, incs. 12-16) y reglas especiales de prestación de consentimiento para menores

de edad y personas en situación de discapacidad (art. 119, inc. 4°). En la versión final del proyecto aprobado por el Congreso se reguló la obligación del equipo de salud de comunicar o denunciar al Ministerio Público la existencia de una violación, dependiendo de si la gestante es mayor de edad o no (actual art. 119 bis, inc. 4), reemplazándose así la preminencia que la obligación de confidencialidad tenía en el texto original del proyecto. Finalmente, el proyecto introdujo también un régimen de OC (actual art. 119 ter del Código Sanitario), inédito en la legislación chilena, que reconocía el derecho de objetar únicamente al personal médico que practicara la IVE.

Cabe mencionar que, durante el debate legislativo, la controversia sobre el alcance de la objeción de conciencia se desplegó, a través de una acción concertada de grupos conservadores, hospitales y clínicas vinculadas a la Iglesia católica, desde el inicio de la tramitación legislativa del proyecto de Ley de IVE, el cual, en su texto original, facultaba solamente al médico cirujano requerido para practicar la IVE a objetar, excluyendo la posibilidad de que la OC se formulara por otras personas y, en general, por instituciones. A medida que el Congreso se abría a la posibilidad de aprobar las tres causales de despenalización de la IVE, una verdadera ofensiva mediática lograba instalar en la discusión pública, como moneda de cambio, la necesidad de extender la OC a todo el personal de salud y de consagrar su variante institucional; es decir, la posibilidad de que la OC fuera formulada por clínicas y hospitales (Montero & Villarroel, 2018; Montero *et al.*, 2017). El éxito de esta ofensiva en el debate legislativo fue parcial, logrando extender la OC personal sin obtener el establecimiento de la OC institucional.

Debido a lo anterior, antes de la promulgación de la Ley de IVE, se desplegó una nueva ofensiva de carácter judicial ante el TC.

III.2. El fallo del Tribunal Constitucional

El TC fue requerido por un grupo de parlamentarios pertenecientes a la coalición conservadora, a la sazón de oposición, para pronunciarse sobre diversas objeciones de constitucionalidad planteadas tanto respecto del régimen de causales de IVE como en relación con el régimen de OC.

En lo relativo a las causales de IVE se argumentaba, entre otras cosas, que la obligación constitucional de proteger la vida prenatal era incompatible con la despenalización de la IVE; que el proyecto legalizaba y legitimaba la destrucción deliberada de una vida humana inocente al establecer la IVE como una prestación de salud garantizada; que el único caso de IVE justificado constitucionalmente —muerte no deliberada del feto en caso de riesgo vital materno— estaba, en la práctica, resuelto conforme a la *lex artis* médica; que la verificación fáctica de los supuestos de las causales b) y c) (inviabilidad fetal de carácter letal y violación,

respectivamente) era extremadamente difícil; y que el legislador no estaba habilitado para introducir diferencias arbitrarias en la protección de la vida prenatal. Concretamente, ambos requerimientos apuntaban a que la falta de criminalización absoluta del aborto transgredía el mandato de protección legal de la vida humana, y en especial de la vida prenatal, contenido en el art. 19 N° 1, inc. 2, en relación con el art. 5, inc. 2 de la Constitución chilena; las cláusulas de prohibición de trato desigual (en particular, el art. 19 N° 2) que eran, según los requirentes, aplicables a las distintas clases de vida prenatal; y la garantía de esencialidad en la protección de los derechos (art. 19 N° 26).

En lo referido a la OC, se sostuvo que su alcance, limitaciones y diseño —restringida solamente al personal de salud que interviniese en pabellón; improcedente en caso de riesgo vital o inminencia del vencimiento del plazo de la IVE para el caso de la violación; y solo susceptible de ser formulada por personas naturales— eran contrarios a varias disposiciones constitucionales que protegían la autonomía de los cuerpos intermedios, la libertad de conciencia, la libertad de asociación y la protección del contenido esencial de los derechos (arts. 1 y 19, N° 6, 15 y 26).

En su sentencia Rol 3729-17, el TC desechó las objeciones de constitucionalidad relativas a las causales de despenalización. Argumentó que la Constitución no le otorga al nonato la calidad de persona (c. 40), entre otras razones porque la vida prenatal carece de una serie de atributos que son propios de las personas al no poseer una existencia independiente (c. 77 en relación con el c. 40). Aun cuando el TC reconoce la importancia de la vida prenatal como bien jurídico constitucional (c. 78), señala que su protección encuentra un límite en la protección de los derechos de la mujer, los que deben primar (c. 79). Aplicando la prohibición de instrumentalización al cuerpo de las mujeres, sostiene que la maternidad es un acto eminentemente voluntario que no puede ser impuesto forzadamente (c. 47), mucho menos cuando es resultado de una violación, dado que el Estado está llamado a prevenir y reparar los efectos de la violencia sexual (c. 99).

En lo referente a la OC, el TC sostuvo que esta debe entenderse implícita en la protección de la dignidad de las personas y que tiene su fundamento en el derecho a la libertad de conciencia garantizado en el art. 19 N° 6 de la Constitución (cc. 132-133). Además, argumentó que la OC establecida en el proyecto de ley adolecía de varios problemas que el TC se dispuso a solucionar. En primer lugar, la OC no puede restringirse a las personas naturales que revistan la calidad de profesionales «[c]uando aquéllas que no lo son también podrían tener reparos, en conciencia, frente a los procedimientos en que deben intervenir» (c. 135). En concordancia con dicho razonamiento, el TC

eliminó el adjetivo «profesional» de la expresión «personal», con lo que la posibilidad de formular OC se abre a todo tipo de personal de salud que ejerza funciones al interior del pabellón. En segundo lugar, la OC puede ser planteada legítimamente por sujetos jurídicos o asociaciones privadas, «con arreglo a la autonomía constitucional que a los grupos intermedios de la sociedad les reconoce la propia Carta Fundamental» (c. 136). El TC optó, bajo esa lógica, por eliminar la frase «en ningún caso», que impedía que la OC fuera presentada por instituciones, permitiendo esta modalidad expresamente[4]. En tercer lugar, suprimió la disposición que impedía invocar la OC ante el vencimiento inminente del plazo para interrumpir embarazo respecto de la causal de violación (doce a catorce semanas, según sea la edad de la gestante) (c. 138).

La estrategia argumentativa utilizada por el TC en lo relativo a la justificación general de la ampliación de la OC consistió en reformular la prohibición de instrumentalización, sosteniendo que las convicciones de una persona no pueden ser enajenadas y puestas al servicio de «los deseos, apetencias o necesidades de otro» (c. 132) sin desconocer «el derecho elemental a ampararse en las convicciones para no llevar a cabo un acto que violente su conciencia» (c. 132). En lo concerniente a la OC, el TC afirma que esta se deriva de la autonomía de los grupos intermedios, la libertad de asociación y la libertad religiosa (c. 136), y que la conciencia de las personas no puede ser limitada, «máxime cuando —como en este caso— su ejercicio incide, justamente, en el ámbito de la vida de otros seres humanos conforme a la propia convicción que se sustente» (c. 134).

Como advierte Paredes (2018, p. 809), para apoyar las conclusiones a las que arriba respecto de la OC personal e institucional, el TC mezcla de manera poco fiel e inconsistente algunos elementos provenientes de la jurisprudencia comparada y otros ligados a los sistemas regionales de protección de derechos humanos (el europeo y el americano). La inconsistencia llega a ser grotesca al atribuirle el TC a la Corte Interamericana de Derechos Humanos la construcción implícita de una tesis refleja de la titularidad de las personas jurídicas, y descartar al mismo tiempo la jurisprudencia explícita del sistema interamericano —que niega la posibilidad de que las personas jurídicas sean titulares de derechos—, reputándola no vinculante en lo concerniente al problema examinado (c. 129).

Para terminar de caracterizar las implicancias de la sentencia Rol 3729-17 que comentamos, conviene destacar que en la práctica constitucional chilena se asume que las competencias de control de constitucionalidad atribuidas al TC son las propias de un modelo clásico de legislador

4 Actualmente, el art. 119 del Código Sanitario reza: «La objeción de conciencia es personal y podrá ser invocada por una institución».

negativo; es decir, que estas le permiten invalidar preceptos legales, pero no invadir las competencias positivas de regulación del legislador. Aunque el asunto pudiera ser discutible respecto de las llamadas sentencias interpretativas, es claro que en el caso del proyecto de Ley de IVE la sentencia Rol 3729-17 del TC fue más allá: derechamente, reescribió el texto legal en lo relativo a la OC, eliminando varias expresiones de este. Al hacerlo, desconoció, además, el principio de deferencia que en la misma sentencia había utilizado para justificar la constitucionalidad de las tres causales de despenalización (Paredes, 2018, p. 813). El resultado fue la ampliación tanto de la OC personal, que se extendió del personal médico al resto del personal de salud que interviniese en el quirófano, y el establecimiento de la OC institucional.

En suma, si bien el TC priorizó en esta sentencia los derechos de las gestantes en relación con la protección de la vida prenatal, en contrapartida amplió notablemente el espectro de la OC, pavimentando el camino para que esta se transforme en una herramienta de derogación fáctica de la IVE, entendida como una prestación de salud garantizada por la ley.

III.3. Regulación administrativa de la objeción de conciencia

El art. 119 ter de la Ley de IVE establece que el Ministerio de Salud debe dictar los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia y que estos deberán asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo. En cumplimiento de esta obligación normativa se han dictado, como ya se adelantó, dos protocolos y un reglamento: el primer Protocolo (Resolución Exenta N° 61-2018 del Ministerio de Salud), aprobado durante el Gobierno de Michelle Bachelet, fue reemplazado por un segundo protocolo (Resolución Exenta N° 432-2018 del Ministerio de Salud), recién iniciado el Gobierno de Sebastián Piñera, el que fue declarado ilegal por la Contraloría General de la República (CGR). La Contraloría dictaminó que la regulación de la OC es materia de un reglamento y no de una resolución ministerial exenta, y que un tratamiento muy flexible de esta es incompatible con el debido aseguramiento de los derechos de las pacientes (Dictamen 11781-18). En efecto, el segundo protocolo simplificaba el procedimiento para formular OC y permitía que las instituciones que tenían convenio vigente con el Estado para suministrar prestaciones ginecológicas y obstétricas pudieran ser objetoras, en contra del criterio que adoptaba el primer protocolo, que excluía esta posibilidad. Fue debido a la intervención de la CGR que el Gobierno de Sebastián Piñera debió dictar el Decreto Supremo N° 67-2018 para regular el ejercicio de la OC, retomando la mayor parte de los criterios contenidos en el primer protocolo dictado bajo el Gobierno

de Bachelet, en especial la imposibilidad de que las instituciones privadas de salud que tuvieran convenios vigentes con el Estado puedan invocar la OC institucional.

Conviene aclarar que el sistema de salud chileno es mixto, según dispone el art. 19 N° 9 de la Constitución. Esto significa, en términos sencillos, que funciona sobre dos lógicas distintas: una de provisión pública de prestaciones de salud, vertebrada sobre un seguro social o público (Fonasa); y otra de provisión privada, atravesada por lógicas de mercado y basada en seguros de salud privados administrados por las llamadas instituciones de salud previsionales (Isapres). El primer sistema atiende, ordinariamente, a la población más riesgosa y vulnerable económicamente, mientras que el segundo atiende a la población con mayores medios económicos y menores riesgos sanitarios asociados.

Sin sorpresa alguna, el Reglamento OC así redactado fue objeto de nuevas acciones de inconstitucionalidad presentadas por parlamentarios de la coalición conservadora, ahora en el Gobierno, quienes argumentaron que la restricción que este imponía a las instituciones que hubieran suscrito convenios con el Estado relativas a la prestaciones ginecobstétricas, en orden a no poder declararse objetoras, implicaba la afectación de la autonomía de los cuerpos intermedios (art. 1), de los derechos de libertad de conciencia y de asociación (arts. 19 N° 6 y 15), y comprometía el deber estatal de garantizar acciones de salud que, según la Constitución chilena, pueden ser prestadas por el Estado o por agentes privados (art. 19 N° 9). De manera escandalosa, tal posición fue suscrita por el propio presidente de la república, a la sazón recurrido por dicha acción.

Durante el proceso, la CGR reiteró los argumentos formulados en su dictamen N° 11.781-18. Así, sostuvo que la autonomía de las instituciones y la posibilidad de conservar el ideario no se ven afectadas al restringir la facultad de aquellas instituciones privadas que sustituyen al Estado en la prestación de servicios ginecoobstétricos para ser objetoras, porque la suscripción de esos convenios es voluntaria. En cambio, permitir que tales instituciones formulen OC implica afectar la continuidad de la prestación del servicio público, razón por la cual los órganos estatales están impedidos de formularla. Por otra parte, puso de relieve que la OC tiene carácter excepcional en la tradición jurídica.

La sentencia del TC recaída en esta controversia (Rol 5572-18) fue dictada en enero de 2019. Esta sostiene, en lo medular, que dados los términos amplios de la prohibición de la OC institucional en el proyecto de Ley de IVE —que utilizaba la expresión «en ningún caso»—, su posterior invalidación por inconstitucionalidad importó declarar jurisdiccionalmente que la OC puede ser invocada por una institución «en todo caso» (c. 3). Precisa, además, que la Ley de IVE fue aprobada

(por el mismo TC) a condición de que la OC institucional pudiera tener lugar de modo amplio y sin limitaciones (c. 4). Y agrega que, dado que el proyecto de Ley de IVE prohibió a las instituciones formular OC, esto implicaría, a *contrario sensu*, que el legislador habría asumido que la OC puede ser presentada por una institución (o sea, que las instituciones sí pueden tener conciencia) debido a que no tiene sentido prohibir algo imposible (c. 6). Finalmente, el TC descarta que la OC institucional implique «mengua alguna para el derecho a la vida e integridad física de la mujer involucrada», afecte el interés general o produzca discontinuidad del servicio de salud, porque el art. 14 del Reglamento OC prevé que no puede invocarse la OC cuando la mujer gestante requiere atención inmediata e impostergable porque existe peligro para su vida (cc. 15 y 21). Señala, finalmente, que la idea de excepcionalidad no debe ser interpretada como sinónimo de privilegio ni justifica una interpretación restringida de la OC institucional (c. 23).

Por consiguiente, en esta segunda sentencia el TC no agrega elementos sustantivos, además de los contenidos en su sentencia precedente (Rol 3729-17), para justificar la expansión de la OC a las personas jurídicas. Sí profundiza en los presupuestos y efectos de dicha tesis, y sincera el que la amplitud de la OC sea la contrapartida o condición de aprobación de la Ley de IVE. Afirma que esa amplitud se traduce en la imposibilidad de imponer límites a la OC, configurándola como un derecho con pretensiones absolutas, y justifica esta amplitud en la inocuidad de su ejercicio. Sobre estas bases, la sentencia comentada declaró inconstitucional el inc. 2 del art. 13 del Reglamento OC, que restringía la posibilidad de presentar la OC por parte de instituciones privadas que tuvieran convenios vigentes con el Estado para la prestación de servicios ginecológicos y obstétricos.

Como resultado de lo anterior, en Chile toda institución privada puede formular la OC prácticamente sin restricciones. El Reglamento OC prevé, en sus arts. 15 y 16, un procedimiento de tramitación administrativa de las solicitudes de OC institucional de carácter meramente formal. Este procedimiento no requiere que las instituciones fundamenten la OC ni justifiquen una pretendida incompatibilidad de un ideario, previamente establecido, con la realización de procedimientos de IVE. Si bien el Reglamento OC exige que, entre otros antecedentes, la persona jurídica acompañe sus estatutos y la copia del acuerdo adoptado por sus órganos competentes, debiendo constar en este último la voluntad de ser objetora, no se contempla ningún control administrativo para garantizar la consistencia entre dicho acuerdo y el ideario invocado. Por otra parte, la exigencia de acreditar la existencia de un procedimiento institucional de derivación tampoco está sometida a un control sustantivo que verifique su adecuación y suficiencia.

En suma, es claro que la judicialización constitucional de la regulación legal y administrativa de la OC en Chile ha terminado por liberalizarla y ampliarla extraordinariamente, tanto en su dimensión individual como en su vertiente institucional. Esto ha generado una contradicción normativa evidente: pese a que el TC afirmó en su sentencia Rol 3729-17 sobre la Ley de IVE que la protección de la vida prenatal debe ceder ante la protección de los derechos de las mujeres, en esta misma sentencia y en su fallo posterior sobre el Reglamento OC ha aseverado que cualesquiera sean las convicciones e idearios morales del personal de salud, clínicas y hospitales referentes a esa vida prenatal, estos pueden desplazar, en la práctica, a los derechos de las mujeres gestantes. Así, la evolución de la discusión jurídica de la OC en Chile ha desembocado en un claro fenómeno de sobreprotección de la OC.

IV. LA SOBREPROTECCIÓN DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

En la primera sección, se identificó ciertos elementos que la literatura bioética ha caracterizado como propios de una solución de compromiso al dilema de la OC en el caso de la IVE. Dicha solución busca dar protección a todos los intereses involucrados en el conflicto entre las pacientes y el personal de salud objetor. En la segunda sección, se caracterizó el proceso de regulación de la OC en el derecho chileno como uno en que la OC ha obtenido una importante inflación en las distintas etapas en que se ha ido completando la regulación vigente. La presente sección, por su parte, busca ser crítica de dicha excesiva ampliación de los supuestos de la OC. Que la regulación chilena abrace una solución de compromiso no quiere decir que la actual regulación proteja adecuadamente los intereses involucrados. Una buena solución de compromiso requiere, por un lado, de una correcta y consistente regulación conforme a los requisitos que la literatura ha identificado como necesarios para la protección de los intereses de las pacientes; y, por otro, de sensibilidad a un contexto en el que la IVE busca implementarse y que, en el caso chileno, es un contexto adverso a la protección de los intereses de las pacientes. En esta sección se presentará un conjunto de problemas que ha afectado a otros países que han regulado la OC. Asimismo, se expondrá la evidencia disponible hasta el momento de lo que está pasando en Chile en relación con el impacto de la OC sobre el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos.

IV.1. Problemas de la sobreprotección de la objeción de conciencia

Como señalamos en la primera sección, hay quienes sostienen que la OC es inherentemente perversa para ser usada en el contexto de la IVE y por ello abogan por su supresión. Se la denominó la tesis de la incompatibilidad.

Nuestra hipótesis no es tan radical y considera que el efecto perverso de la OC dependerá de dos elementos: por un lado, de la regulación de la OC; y, por otro lado, del contexto político, económico y social en que la OC ocurre (Harris *et al.*, 2018). Esta hipótesis parte de la tesis de la necesidad de un compromiso entre los intereses del personal de salud y de las pacientes. Pensar la tesis del compromiso de esta manera crítica puede guiar algunas ideas acerca de cómo evitar los efectos perversos que la OC tiene en el ejercicio de derechos de las pacientes.

En particular, sostenemos que cuando la regulación legal sobreprotege la OC, facilita la operación de los usos ilegítimos de la OC y ello impacta directamente en la efectividad de los derechos reproductivos de las pacientes. Como ha señalado Lidia Casas (2009), una práctica viable y éticamente aceptable en relación con la OC se ve truncada sin una preocupación por los intereses de las pacientes y si los objetores minan la efectividad de la política de salud reproductiva en cuestión. La evidencia indica que ello es especialmente preocupante en países que transitan de un régimen de prohibición del aborto hacía un régimen de permisión o, más generalmente, en países que mantienen un régimen restrictivo de IVE.

Una adecuada regulación de la OC debe tomar en consideración las presiones de tipo social, político y económico que pueden influenciar al personal de salud para manifestar su OC. Para ello, se debe partir de que la práctica y comprensión de la OC se ve moldeada en el mismo ambiente conflictivo en que surge la regulación de la IVE y la OC. Asimismo, cabe indicar que una regulación poco clara puede ser un factor coadyuvante para que el personal de salud no provea los servicios de IVE necesarios. Ello se ve dinamitado por el hecho de que la OC es la única manera de rehusar la realización de IVE previstos por la ley, y puede ser vista como una oportunidad para que el personal de salud que no tiene problemas de conciencia escape de dicha obligación.

Más arriba hemos dicho que la OC puede ser utilizada con tres finalidades: proteger la integridad moral del personal de salud, que es su único objetivo legítimo; posibilitar al personal de salud abstenerse de participar en dicho procedimiento por razones no cubiertas por la OC (miedo, estigma, comodidad, intereses económicos), lo que se ha denominado como pseudo-OC; y, finalmente, para impedir o entorpecer la implementación de la Ley de IVE, lo que se ha denominado como su uso estratégico-político (o, según algunos, un caso de desobediencia civil). Una regulación que sobreprotege la OC no solo abre la puerta para la pseudobjeción, sino que además puede ser concebida como una estrategia de aquellos sectores que quieren impedir la implementación de la Ley de IVE y que buscan aprovechar el contexto conflictivo que rodea su implementación para que la OC, en sus dos usos ilegítimos,

sirva como una estrategia de lucha contra la garantía de los derechos de las pacientes.

Cuando se mira esta situación más en detalle pueden identificarse varios aspectos. El primer problema de sobreprotección aparece cuando advertimos que la OC es demasiado fácil de formular y el régimen de OC no considera alguna clase de salvaguardia con miras a evitar la proliferación de pseudobjeciones. Las razones por las cuales el personal de salud quiere objetar son variadas. En primer lugar, ellos pueden temer la discriminación y el estigma social que aquellos no objetores experimentan al realizar IVE. El conocimiento público de que un médico realiza IVE puede costar caro en términos de presiones y discriminación social, e incluso institucional, familiar o religiosa. Esta presión es un ejemplo de consideraciones que no tienen que ver con la propia conciencia y pueden llevar a la OC. En segundo lugar, pueden simplemente no querer exponerse a una carga de trabajo extra si pueden evitarlo, o no dañar su reputación profesional ante una clientela más conservadora (Harris *et al.*, 2018, p. 4). En tercer lugar, pueden simplemente no querer enfrentarse a la difícil pregunta que formula el dilema ético en cuestión, dado que la OC les garantiza la tranquilidad de no realizar una IVE sin el costo de explicitar las genuinas razones que tiene para ello. Finalmente, pueden estar buscando oponerse o boicotear la implementación de la Ley de IVE por medio de la OC y hacerlo a un costo muy bajo (Fiala & Arthur, 2017, p. 225; Fink *et al.*, 2016; Vélez & Urbano, 2016). Es importante no simplificar las cosas y aclarar que todas estas causas pueden concurrir en casos concretos.

Un segundo problema de sobreprotección opera en un nivel más sutil. En contextos de mucha controversia en torno a la IVE, es difícil implementar programas generales de información y aclaración de los derechos de las pacientes y las obligaciones del personal de salud. De esta manera, tanto dicho personal como el personal administrativo de los centros de salud probablemente no estén familiarizados con esos derechos y no tengan claridad acerca de su regulación y la de la OC. La falta de protocolos claros de actuación en las IVE y de su estatus ético y legal, así como de directrices acerca de cómo y por qué se puede objetar, pueden ser factores que hagan que el personal médico se incline por no participar en IVE. Esta falta de claridad puede tener un efecto mucho más comprensivo, afectando el cumplimiento de las obligaciones que el personal objetor debe todavía realizar e impactando en la formación médica que se realiza por parte del personal objetor (Harris *et al.*, 2018, p. 4). Si bien una mayor claridad sobre la regulación debe estar disponible por vía de campañas de información y capacitación, y es necesario un análisis pormenorizado de las razones para objetar para revertir los casos de pseudobjeción, un excesivo énfasis en las decisiones individuales para objetar puede distraer la atención del problema sistémico que está

constituido de factores sociales, políticos y económicos que determinan el acceso a las prestaciones de IVE (pp. 6-7).

Esto nos lleva al tercer problema de la sobreprotección de la OC. Que una gran proporción de aquellos a los que la Ley de IVE confía la tarea de la interrupción del embarazo se declare objetor puede repercutir, como se verá que ha sucedido en Chile, en una amenaza a la correcta implementación de dicha ley[5]. Este efecto sistémico de la OC puede repercutir en problemas y barreras de acceso a la salud reproductiva para las mujeres, volviendo dificultoso o derechamente impidiendo la interrupción del embarazo en los supuestos establecidos por la Ley de IVE. Dicho de otra manera, la OC se puede transformar en una barrera adicional que se sume a las otras barreras de tipo social y económico a las que se enfrentan las mujeres que buscan una IVE (2018, p. 4). El estigma y los perjuicios que se mantienen entre el personal de salud en relación con las pacientes que buscan realizarse una IVE y, en general, las fuerzas sociales que se han resistido a la legislación y la implementación de la IVE operarán, ahora, intentando impedir la efectividad de la ley, utilizando por ejemplo concepciones acerca del rol de la mujer, la sexualidad y la reproducción para determinar —en contra del propósito de la Ley de IVE— cuáles son las opciones y circunstancias aceptables que ameritan la utilización de esta clase de procedimientos (2018, p. 6)

El caso argentino es un buen ejemplo de lo anterior. En Argentina la ley permite al personal de salud plantear OC en el marco de las prestaciones de salud sexual y reproductiva, y reconoce además la posibilidad de formular OC a las instituciones religiosas. La ley argentina también contempla como casos de aborto no punible los embarazos que impliquen riesgo para la vida o salud de las gestantes, y aquellos derivados de una violación. En la década del 2000 varios casos judiciales pusieron en evidencia los obstáculos que sufrían las mujeres violadas, particularmente aquellas con discapacidad o que enfrentaban riesgos para su vida y salud, para acceder a abortos, y se empezó a solicitar a los tribunales que indagaran en el comportamiento de los médicos al respecto. Esta judicialización reveló que, aunque ninguna regla jurídica exigía la autorización judicial para abortar en caso de riesgo para la vida y la salud, los médicos en la práctica condicionaban la intervención a ella, invocando sus convicciones. La sobreprotección de las creencias del personal de salud puede provocar entonces, según Paola Bergallo

5 A modo de ejemplo, cabe señalar que, bajo el régimen chileno, el personal de salud puede objetar en conciencia por cualquiera de las causales de la Ley de IVE; esto es, peligro para la vida de la madre, malformación incompatible con la vida y violación. Antes de la entrada en vigencia de la ley, pese a que la ley prohibía la realización de cualquier IVA, la *lex artis* imponía la obligación al personal de salud de realizar aquellas IVE que quedan ahora cubiertas por la primera causal (peligro para la vida de la madre). Como puede verse, pese a la intención liberalizadora de la Ley de IVE, la regulación de la OC puede generar un efecto limitador para los derechos de las pacientes, en lo que se refiere a la primera causal, respecto a la regulación anterior que prohibía la IVE en todas sus formas.

(2016), verdaderas derogaciones informales de las normas formales que permiten y garantizan la IVE. Como resultado de lo anterior, paradójicamente, los abortos ilegales devienen más tolerados y fáciles de realizar que los abortos legales. Así, lo oficialmente admitido bajo el régimen puramente formal de la IVE resulta acotado, en la práctica, por el régimen de la OC. En consecuencia, conceptualmente hablando, la verdadera norma material del aborto se obtiene al combinar la regulación de la IVE con el régimen de la OC (Zúñiga, 2018, p. 108).

La estrategia de impedir el acceso a la salud reproductiva opera de varias formas. El rechazo a tratar casos de IVE manda un mensaje negativo que estigmatiza a las pacientes y a los cuidados de salud que ellas necesitan (Fiala & Arthur, 2017, p. 255). Entre ellos, puede mencionarse, por ejemplo, el efecto disuasivo que estas dificultades ejercen sobre las mujeres, quienes experimentan miedo a recibir maltratos por parte del personal objetor, retrasos sin justificación y costos asociados a dichos retrasos. Ese efecto disuasivo puede hacer que las vías informales y más riesgosas para realizarse una IVE sean preferidas por las pacientes sobre las vías formales, pese a tener la protección de la ley. La OC puede así servir como una barrera para el acceso de las mujeres a la IVE, incrementando el riesgo de morbilidad y muertes producto de quienes buscan realizarse un procedimiento fuera del sistema de salud.

Desde el punto de vista simbólico, la sobreprotección de la OC produce una precarización de la valoración social de las concepciones de las mujeres sobre la maternidad, el embarazo y la vida prenatal, que son degradadas en relación con las concepciones que sobre el particular tiene el personal de salud. Esto fortalece la creencia de que el acceso a la IVE en los contextos sanitarios es una anomalía normativa más que un derecho de las mujeres.

Un último problema es el de la igualdad. La OC afecta sistemáticamente a las mujeres, constituyendo un ejemplo paradigmático de desigualdad de género en la salud. Además, la OC afecta de manera especialmente grave a las mujeres más vulnerables. Las mujeres con menos recursos son, por supuesto, las que presentan más riesgo de ser afectadas por estas situaciones, lo que implica un incremento en la desigualdad del acceso a la salud y la libertad reproductiva (Chavkin *et al.*, Leitman & Polin, 2013). A aquellas mujeres que tienen menos recursos les será más difícil interrumpir su trabajo, costear el transporte para atender a una segunda consulta médica y superar las barreras administrativas que se les planteen (Harris *et al.*, 2018, p. 3).

Como ya se anticipó, los anteriores problemas no son hipotéticos. Un examen de la realidad comparada muestra cómo muchos de esos problemas se vuelven realidad en contextos parecidos al chileno —esto es, en países que transitan desde un régimen prohibicionista del IVE hacia

un régimen más permisivo—, y que la Iglesia católica tiene una influencia importante en la esfera pública y en la vida social en general. La OC es utilizada en dichos países como una justificación para denegar el acceso a una IVE segura para las mujeres, siendo abusada por personal de salud que camufla bajo la OC su miedo a sufrir discriminación o estigma social por la realización de IVE, o su activa oposición a la implementación de las leyes de IVE (De Zordo & Mishtal, 2011; Faúndes *et al.*, 2013; Harris *et al.*, 2018, p. 4; Minerva, 2015; Ortiz-Millán, 2018). En Latinoamérica han sido documentados los casos de Uruguay (Coppola *et al.*, 2016), Argentina (Deza, 2017), Colombia (Cabal *et al.*, 2014; Uberoi & Galli, 2017) y México (Ortiz-Millán, 2018). Pese a que ha existido una regulación de la OC, varios países de Latinoamérica siguen teniendo problemas con la implementación de leyes que buscan posibilitar la realización de la IVE, lo que requiere fortalecer la regulación de la OC y desarrollar mecanismos de cumplimiento y responsabilidad dentro de los sistemas de salud (Uberoi & Galli, 2017, pp. 298-301). Otros países donde la práctica de la OC, y en particular la regulación que da forma a esa práctica, ha sido criticada por su impacto en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos han sido Italia (Minerva, 2015) y Estados Unidos (Stulberg *et al.*, 2016).

IV.2. Evidencia sobre el impacto de la objeción de conciencia en Chile

Dada la reciente promulgación de la Ley de IVE chilena (en setiembre de 2017), la información de seguimiento y evaluación de su puesta en práctica es escasa y preliminar, susceptible de interpretarse más en términos de correlaciones que como relaciones de causalidad. Con todo, la información disponible ha activado las alarmas respecto de la posibilidad de que el incremento del uso de la OC, tanto en su dimensión individual como en su faceta institucional, pueda estar operando como una barrera u obstáculo para que las mujeres accedan a la IVE, la que se encuentra garantizada como prestación de salud.

Uno de los datos preocupantes se vincula con la caída de las solicitudes de IVE. Durante los primeros once meses de aplicación de la Ley de IVE se registró un promedio de 66,7 % casos, cifra que descendió a un 58,3 % en el primer trimestre de 2019. Por su parte, el Reglamento OC fue publicado en octubre de 2018 y bajo su vigencia se ha producido un aumento de 47,2 % a 50,5 % en la cifra de profesionales objetores en servicios públicos. Este aumento podría incidir en mayores dificultades para dar por configurada alguna de las causales que habilitan a solicitar la IVE o desincentivar la decisión de las mujeres de interrumpir el embarazo (Corporación Humanas, 2019, p. 14). Debe hacerse presente que todas las causales de IVE requieren algún tipo de certificación de profesionales de salud, y que en los casos de inviabilidad fetal y violación

se requiere cualificaciones especiales que son, además, escasas en el sector público.

Un segundo grupo de datos llamativos se refiere a la distribución de las solicitudes de IVE y de las declaraciones de OC en relación con las causales reguladas por la ley. Las cifras muestran que del total de casos de IVE informados por el Ministerio de Salud de Chile, la mayoría se concentra en la causal inviabilidad fetal de carácter letal (42,8 % de los casos) y riesgo vital para la gestante (42,2 %), mientras que bajo la causal violación se registra apenas el 15 % de los casos de IVE. Correlativamente, la mayor parte de los casos de OC personal se concentran en la causal violación, alcanzando más del 50 % de los médicos obstetras del sistema público, en contraste con el 20,7 % que objeta la causal riesgo vital de la mujer y el 28,5 % que objeta frente a la causal inviabilidad fetal (Lampert, 2019, p. 11). La concentración de las OC en la causal violación tiene varios impactos en la desigualdad de género. Afecta especialmente el acceso a la IVE por parte de mujeres jóvenes, niñas y adolescentes, dado que la pesquisa de embarazo se produce habitualmente al filo del límite de tiempo previsto por la ley para practicar una IVE (doce o catorce semanas de gestación, según la edad de la gestante) y la presencia de una alta tasa de objetores ralentiza el procedimiento. Además, genera problemas en la información y en el trato que se da a las mujeres cuando llegan a consultar, las cuales resultan con frecuencia revictimizadas (p. 16).

En consecuencia, la evidencia disponible sugiere que la regulación laxa y amplia de la IVE en el caso chileno produce una afectación en el acceso igualitario a la IVE como prestación de salud garantizada por la ley.

V. LA ADECUADA REGULACIÓN DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

Identificados los problemas en la sección previa, esta sección busca generar propuestas concretas direccionadas a formular correcciones al compromiso expresado en la regulación chilena de la OC con miras a evitar que su sobreprotección afecte la eficacia de la Ley de IVE. Creemos que la OC debe ser regulada minuciosamente de forma que garantice la efectividad de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, la igualdad y el acceso universal a las prestaciones de salud garantizadas por el Estado, y la no discriminación. Con ese propósito, la regulación debe impedir la utilización estratégica de la OC y la pseudobjeción en un contexto como el descrito, que incentiva al personal de salud a objetar. Debe destacarse que dicha regulación debe atender a los factores del contexto social, político y económico que enfrentan las pacientes en Chile, especialmente aquellas provenientes de sectores más vulnerables.

Esta no debe ir dirigida a castigar al personal de salud, sino a asegurar que dicho personal tenga un nivel adecuado de información, capacitación y apoyo para la provisión de las IVE. Finalmente, esta regulación debe tomar en consideración la estructura del sistema de salud chileno en el que el Estado, a través de su red pública de salud, es el principal impulsor de políticas de salud sexual y reproductiva, siendo esta red la que atiende al sector de la población más vulnerable[6].

Una adecuada regulación, a nuestro juicio, puede formularse tomando en cuenta las siguientes directrices:

1. La OC no deberá estar disponible para instituciones

En su defecto, solo podría aplicar en caso de instituciones privadas de claro carácter religioso, y en defecto de aquello, únicamente para las instituciones privadas que justifiquen, con estándares de seriedad adecuados, la existencia plausible de una incompatibilidad entre la práctica de la IVE y la preservación de un ideario esencial para dichas instituciones. En cualquier caso, no debería ser aceptable que instituciones privadas que tienen convenios con el Estado puedan declararse objetoras porque estas reemplazan al Estado en la prestación de los servicios de salud correlativos a la IVE y son aplicables a estas, entonces, las mismas razones que impiden que los servicios públicos puedan formular OC. En el caso de las instituciones privadas, debe ser el órgano de gobierno corporativo (el directorio, la asamblea de socios, etcétera) quien exprese dicha decisión fundamentada para así garantizar que se trata de una decisión colectiva adoptada en un procedimiento deliberativo. Esta fórmula reduce la posibilidad de que exista una discrepancia sustantiva entre la decisión de la institución y las convicciones de los individuos que la componen.

2. Corresponde que quien invoque la OC lo haga fundadamente

Ello supone alzar la carga que pesa sobre el objetor para que la objeción no se produzca como una decisión frívola o poco seria, posibilitando una reflexión más profunda de parte del personal de salud respecto de su compromiso moral con la prestación de salud solicitada y sus deberes en relación con sus pacientes, generando además la posibilidad del examen y análisis de las razones que se exponen para objetar por parte de la autoridad sanitaria. Ese análisis no solo es necesario para la reducción de los potenciales abusos, sino para la generación de información que ayude a la planificación de un sistema de salud que permita dar mejor cobertura a las pacientes que buscan realizarse una IVE.

6 En este sentido, la colaboración público-privada para la garantía de prestaciones de salud reproductiva, si bien puede tener lógica en la práctica comparada (en particular en los Estados Unidos, donde la red pública de salud es muy débil), no parece plausible ni deseable en el contexto del sistema de salud chileno.

3. La necesidad de una autoridad que analice la OC

Asociada a la obligación de justificar la OC viene el reconocimiento de la potestad de examinar su seriedad y sinceridad, y la posibilidad de rechazar aquellas OC que se considere que no cumplen con dichos requisitos. Para ello se requiere el diseño de una autoridad de control. Esta autoridad, podría ser un comité de ética, que debería evaluar al menos: a) la ausencia de una intención política; b) el respeto por los derechos de terceras personas; y c) la sinceridad y consistencia, especialmente teniendo en cuenta la conducta anterior del objetor (Coppola et al., 2016, p. 19). Debido a su gravedad e impacto, debiera desincentivarse adicionalmente la posibilidad de que el personal de salud realice IVE en su práctica privada y objete en el sistema de salud pública, como ha sido denunciado en países como Italia y Polonia (Fiala & Arthur, 2017, p. 256)

4. Casos extremos

Respecto de la causal de violación, cuando la derivación podría implicar el transcurso del plazo establecido en la ley, la OC no debería proceder. Esta situación podría ocurrir en localidades rurales y alejadas. En aquellas situaciones, el personal médico debería tener restringido su acceso a objetar si es que no es posible encontrar alternativas a tiempo (Schuklenk, 2015). Estos casos evidencian que el balance entre la autonomía de la paciente y la conciencia del objetor no solo debe ponderarse en abstracto para determinar reglas que acomoden los intereses en conflicto, sino que dicho balance de intereses también puede proceder en concreto. En un caso como el descrito, creemos que la conciencia del objetor debe ceder ante la situación urgente que afecta la salud y autonomía de la paciente.

5. Improcedencia de la objeción sobre primera causal

La regulación de la OC en Chile produjo la situación paradójica de entregar más flexibilidad a los objetores que la propia *lex artis* médica. Conforme a la *lex artis*, en caso de peligro para la vida de la madre, el personal médico debe salvaguardarla sin importar las consecuencias para la vida del feto. Conforme a la *lex artis*, el deber de proteger la vida de dicha paciente no puede ser objeto de OC. Este fue, de hecho, uno de los argumentos de quienes se opusieron a la incorporación de dicha causal de IVE en la ley: no era necesaria porque era una práctica médica consolidada. Con la actual regulación, sin embargo, la OC procede respecto de la causal de peligro para la vida de la gestante.

6. Adecuada información para el personal y el público

Asegurar una campaña generalizada de información, capacitación, guía y supervisión de la implementación de la Ley de IVE y de la adecuada

utilización de la OC. Más información podría contribuir a crear mayores y mejores oportunidades para que el personal de salud quiera colaborar con la provisión de IVE, por ejemplo, reduciendo el estigma del aborto (Harris *et al.*, 2018, p. 7).

7. Claridad sobre quién puede objetar

Como se ha señalado, solamente el personal que interviene directamente en la IVE debería estar cubierto por la OC. No pueden invocarla, por tanto, quienes participan indirectamente o quienes interactúan con la paciente antes o después del procedimiento. Es relevante que la regulación especifique claramente quiénes son aquellos que pueden objetar; esto es, que clarifique qué quiere decir con «directamente» o con «antes y después del procedimiento», no dejando abierta a interpretación dichos términos (Coppola *et al.*, 2016, p. 18; Minerva, 2015, p. 1). Asimismo, es relevante que la regulación aborde las distintas modalidades (quirúrgica y farmacológica) del IVE con la finalidad de aclarar cómo dichas modalidades determinan la participación en el IVE y, por tanto, la posibilidad de objetar (Coppola *et al.*, 2016, p. 19).

8. Deberes de información al público

Cada centro de salud (público y privado) debe mantener una lista de profesionales de la salud no objetores disponible para ser consultada por potenciales pacientes. Ello debe hacerse, además, con pleno respeto a la intimidad del personal de salud.

9. Administración comprometida con la implementación de la Ley de IVE

La jefatura administrativa que gestiona las prestaciones médicas contempladas en la Ley de IVE debe estar a cargo de personal médico no objetor. Asimismo, debe haber una clara regulación de responsabilidades, supervigilancias, medidas disciplinarias relacionadas con los incumplimientos de los requisitos y obligaciones que se imponen al personal de salud.

10. Trato del personal no objetor.

La pseudobjeción podría ser evitada, al menos en parte, por medio de incentivos salariales y laborales para el personal no objetor (Harris *et al.*, 2018, p. 5; Minerva, 2015, p. 4). La objeción de que este trato pudiera ser discriminatorio respecto del personal objetor puede abordarse mediante el recurso comparativo con otros casos de OC, en los que es normal que las personas que objetan soporten una carga alternativa (como el servicio alternativo de los objetores al servicio militar). El desequilibrio producido por la ausencia de dicha carga alternativa podría solucionarse con un sistema de incentivos para el personal no objetor.

11. Garantizar una planta de personal no objetor.

El sistema de salud debe comprometerse a garantizar un número de personal no objetor que permita no entorpecer la realización de las IVE en cada hospital o localidad. Ello podría lograrse mediante la especial consideración de la calidad de objetor en el proceso de contratación del personal de salud, llegando eventualmente la objeción a considerarse como una causal de terminación de contrato para personal contratado en calidad de no objetor, todo ello con el objeto de cumplir con una proporción que resulte adecuada a satisfacer las necesidades de las pacientes (Minerva, 2015, p. 4).

12. Formación de personal de salud capaz de realizar IVE.

Es fundamental que todo el personal de salud que sea formado en Chile sea instruido en la realización de IVE. El personal de salud en formación, por tanto, debería constituir una excepción dentro del personal susceptible de objetar. Ello es necesario para que el sistema de salud se asegure que, llegado el caso, por ejemplo, de una emergencia, todo el personal de salud, objetor o no, esté en condiciones de realizar las prestaciones requeridas por la Ley de IVE (Harris *et al.*, 2018, p. 7).

Como conclusión, si bien estas medidas pueden servir para una mejor articulación de los intereses involucrados en el conflicto que está detrás de la OC, ellas no configuran una solución definitiva. En un contexto cultural en el que la IVE es vista negativamente, los resquicios legales y administrativos para impedir el ejercicio de derechos reproductivos se activarán de todas formas. Por tanto, frente a un escenario adverso, el objetivo a mediano plazo deber ser un cambio de paradigma que haga que todos aquellos que no son sinceros objetores estén orgullosos de realizar IVE, protegiendo la vida y salud de sus pacientes; y que, al mismo tiempo, estén preocupados de no producir una carga o daño innecesario a los intereses de las mujeres que se ven involucradas en la dolorosa situación de tener que interrumpir su embarazo (Faúndes *et al.*, 2013).

VI. CONCLUSIONES

La necesidad de una regulación detallada y restrictiva de la OC está justificada por varias razones, bioéticas y jurídicas, que se relacionan primordialmente con la obligación de garantizar los derechos de las mujeres en los contextos de salud reproductiva. Estos derechos resultan precarizados y, en algunos casos, derogados fácticamente a través de la sobreutilización de la OC, como muestra la experiencia comparada. Hay, también, razones adicionales que justifican una regulación restrictiva de la OC, pues produce ventajas organizacionales respecto al aseguramiento del correcto funcionamiento de los servicios de salud

reproductiva. Adicionalmente, satisface adecuadamente el interés de todo ordenamiento jurídico por evitar el fraude a la ley.

El examen de la regulación chilena de la OC demuestra nítidamente que la disputa sobre el alcance de la OC no es una cuestión abstracta ni autónoma; antes bien, es la contracara de la discusión sobre el acceso legal de las mujeres a la IVE. Además, revela cómo la sobreprotección de la OC —manifestada a través de una regulación extremadamente liberal y carente de controles sustantivos que reconoce, equipara y resguarda ampliamente la OC personal y la OC institucional— es capaz de producir rápidamente impactos negativos en la garantía legal de la IVE. Por último, corrobora que esos impactos terminan por afectar de manera más gravosa a las mujeres más vulnerables.

Una regulación restrictiva de la OC, además de limitar los casos en los que se permite formular OC a aquellos supuestos estrictamente necesarios para proteger la conciencia del personal de salud, debe combinar adecuados mecanismos organizacionales, de control e información para ser efectiva.

REFERENCIAS

Bergallo, P. (2016). La lucha contra las normas informales que regulaban el aborto en la Argentina. En Rebecca J. Cook, Joanna N. Erdman & Bernard N. Dickens (eds.), *El aborto en el derecho transnacional: casos y controversias* (pp. 187-216). México D. F: Fondo de Cultura Económica.

Brock, D. W. (2008). Conscientious refusal by physicians and pharmacists: Who is obligated to do what, and why? *Theoretical Medicine and Bioethics*, *29*(3), 187-200. doi: https://doi.org/10/dr5bqr

Cabal, L., Olaya, M. A., & Robledo, V. M. (2014). Striking a balance: Conscientious objection and reproductive health care from the Colombian perspective. *Health and Human Rights*, *16*(2), 73-83.

Casas, L. (2009). Invoking conscientious objection in reproductive health care: Evolving issues in Peru, Mexico and Chile. *Reproductive Health Matters*, *17*(34), 78-87. doi: https://doi.org/10/dxj3cq

Chavkin, W., Leitman, L., & Polin, K. (2013). Conscientious objection and refusal to provide reproductive healthcare: A White Paper examining prevalence, health consequences, and policy responses. *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, *123*(S3), S41-S56. doi: https://doi.org/10.1016/S0020-7292(13)60002-8

Childress, J. F. (1985). Civil Disobedience, Conscientious Objection, and Evasive Noncompliance: A Framework for the Analysis and Assessment of Illegal Actions in Health Care. *The Journal of Medicine & Philosophy*, *10*(1), 63-84. doi: https://doi.org/10.1093/jmp/10.1.63

Coppola, F., Briozzo, L., Nozar, F., Fiol, V., & Greif, D. (2016). Conscientious objection as a barrier for implementing voluntary termination of pregnancy in Uruguay: Gynecologists' attitudes and behavior. *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, *134*(S1), S16-S19. doi: https://doi.org/10/f84j4t

Corporación Humanas. (2019). *Implementación de la ley N° 21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales: Objeción de conciencia en hospitales públicos y en instituciones y su impacto en el ejercicio de derechos de las mujeres y niñas*. Recuperado de: http://www.humanas.cl/wp-content/uploads/2018/08/HUMANAS-Estudio-Objeción-Conciencia-Ley-IVE-Tres-Causales-Anexo-Julio-2018.pdf

Deza, S. (2017). Objeción de conciencia y aborto: creencias propias, violencias ajenas. *Revista de Bioética y Derecho: publicación del Máster en bioética y derecho*, (39), 23-52. Recuperado de: https://www.redalyc.org/pdf/783/78349731003.pdf

De Zordo, S., & Mishtal, J. (2011). Physicians and Abortion: Provision, Political Participation and Conflicts on the Ground—The Cases of Brazil and Poland. *Women's Health Issues: Official Publication of the Jacobs Institute of Women's Health*, *21*(3-suplemento), S32-S36. doi: https://doi.org/10.1016/j.whi.2011.01.006

Dickens, B. M., & Cook, R. J. (2000). The scope and limits of conscientious objection. *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, *71*(1), 71-77. doi: https://doi.org/10/dxqvbf

Faúndes, A., Alves, G., & Duarte, M. J. (2013). Conscientious objection or fear of social stigma and unawareness of ethical obligations. *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, *123*(S3), S57-S59. doi: https://doi.org/10.1016/S0020-7292(13)60003-X

Fiala, C., & Arthur, J. H. (2017). There is no defence for 'Conscientious objection' in reproductive health care. *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology*, *216*, 254-258. doi: https://doi.org/10.1016/j.ejogrb.2017.07.023

Fiala, C., Gemzell Danielsson, K., Heikinheimo, O., Guðmundsson, J. A., & Arthur, J. (2016). Yes we can! Successful examples of disallowing 'conscientious objection' in reproductive health care. *The European Journal of Contraception & Reproductive Health Care*, *21*(3), 201-206. doi: https://doi.org/10/f3vbv4

Fink, L. R., Stanhope, K. K., Rochat, R. W., & Bernal, O. A. (2016). "The Fetus Is My Patient, Too": Attitudes Toward Abortion and Referral Among Physician Conscientious Objectors in Bogotá, Colombia. *International Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, *42*(2), 71-80. doi: https://doi.org/10.1363/42e1016

Harris, L. F., Halpern, J., Prata, N., Chavkin, W., & Gerdts, C. (2018). Conscientious objection to abortion provision: Why context matters. *Global Public Health*, *13*(5), 556-566. doi: https://doi.org/10/gf6h9x

Lampert, M. (2019). *Aplicación de la Ley N° 21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales*. Recuperado de: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27530/1/BCN_aplicacion_de_la_ley_de_aborto_marco_legal_datos_Final.pdf

Magelssen, M. (2012). When should conscientious objection be accepted? *Journal of Medical Ethics*, *38*(1), 18-21. doi: https://doi.org/10/b62vt9

Minerva, F. (2015). Conscientious objection in Italy. *Journal of Medical Ethics*, *41*(2), 170-173. doi: https://doi.org/10/gf6h96

Montero, A., & Villarroel, R. (2018). A critical review of conscientious objection and decriminalisation of abortion in Chile. *Journal of Medical Ethics*, *44*(4), 279-283. doi: https://doi.org/10/gcsq5c

Montero, A., Vergara, J., Ríos, M., & Villarroel, R. (2017). La objeción de conciencia en el debate sobre la despenalización del aborto por tres causales en Chile. *Revista chilena de obstetricia y ginecología*, *82*(4), 350-360. doi: https://doi.org/10/gf6h95

Nuñez, M. (2016). Convicciones éticas institucionales y objeción de conciencia colectiva en el sector sanitario público y privado. En Lidia Casas Becerra & Delfina Lawson (comps.), *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos UDP.

Ortiz-Millán, G. (2018). Abortion and conscientious objection: Rethinking conflicting rights in the Mexican context. *Global Bioethics*, *29*(1), 1-15. doi: https://doi.org/10/gf6h94

Paredes, F. (2018). Aborto, deferencia y activismo judicial: comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 3729-2007, de 28 de agosto de 2017. *Ius et Praxis*, *24*(3), 803-816. doi: https://doi.org/10/ggfhnz

Savulescu, J. (2006). Conscientious objection in medicine. *BMJ*, *332*, 294-297. doi: https://doi.org/10.1136/bmj.332.7536.294

Schuklenk, U. (2015). Conscientious Objection in Medicine: Private Ideological Convictions must not Supercede Public Service Obligations. *Bioethics*, *29*(5), ii-iii. doi: https://doi.org/10/gf6h93

Stulberg, D. B., Jackson, R. A., & Freedman, L. R. (2016). Referrals for Services Prohibited In Catholic Health Care Facilities. *Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, *48*(3), 111-117. doi: https://doi.org/10/gf6h92

Sulmasy, D. P. (2008). What is conscience and why is respect for it so important? *Theoretical Medicine and Bioethics*, *29*(3), 135-149. doi: https://doi.org/10.1007/s11017-008-9072-2

Uberoi, D., & Galli, B. (2017). In Pursuit of a Balance: The Regulation of Conscience and Access to Sexual Reproductive Health Care. *Human Rights Review*, *18*(3), 283-304. doi: https://doi.org/10/gf6jbb

Vélez, A. C., & Urbano, L. (2016). *Improper Use of Conscientious Objection in Bogotá, Colombia, Presentess a Barrier to Safe, Legal Abortion Care*. Colombia: Grupo Médico por el Derecho a Decidir (Global Doctors for Choice, Colombia).

Wear, S., Lagaipa, S., & Logue, G. (1994). Toleration of Moral Diversity and the Conscientious Refusal by Physicians to Withdraw Life-Sustaining Treatment.

The Journal of Medicine & Philosophy, *19*(2), 147-159. doi: https://doi.org/10.1093/jmp/19.2.147

Weinstock, D. (2014). Conscientious Refusal and Health Professionals: Does Religion Make a Difference? *Bioethics*, *28*(1), 8-15. doi: https://doi.org/10/f5k6kk

West-Oram, P., & Buyx, A. (2016). Conscientious Objection in Healthcare Provision: A New Dimension. *Bioethics*, *30*(5), 336-343. doi: https://doi.org/10/f8sxr3

Wicclair, M. R. (2011). *Conscientious Objection in Health Care: An Ethical Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press. doi: https://doi.org/10.1017/cbo9780511973727

Zúñiga, Y. (2018). Los debates sobre el aborto. Paradojas, narrativas y dispositivos de poder-saber. *Anales de La Cátedra Francisco Suárez*, *52*, 91-111.

Recibido: 16/12/2019
Aprobado: 17/03/2020

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.005
CC BY
DERECHO PUCP
N° 84, 2020
junio-noviembre
pp. 131-386
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

La modificación constitucional del derecho a la nacionalidad peruana

Constitutional amendment of the right to peruvian nationality

GATTÃS ABUGATTÃS*
Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Resumen: En el año 2018 se modificó el artículo 52 de la Constitución Política del Perú de 1993, que regula las formas en las que se adquiere y se otorga la nacionalidad peruana. Con este cambio, podrán ser considerados peruanos por nacimiento, entre otros supuestos, no solo aquellas personas nacidas en el exterior de padre o madre peruanos que sean inscritos durante su minoría de edad en el registro correspondiente, sino también quienes, en esa condición, se inscriban durante su mayoría de edad.

Este trabajo explica lo que debe entenderse por nacionalidad; desarrolla el rol del derecho interno y del derecho internacional en la regulación de este derecho humano que, además, es necesario para poder ejercer algunos otros derechos; presenta la regulación constitucional peruana de la nacionalidad, detallando el proceso de reforma del artículo 52 de la Constitución; para, finalmente, realizar un análisis crítico de esta reforma.

La intención de este trabajo es demostrar que no existe justificación alguna para establecer diferencias entre las personas nacidas en el exterior de padre o madre peruanos que sean inscritas durante su minoría de edad en el registro correspondiente, que adquieren la nacionalidad por nacimiento, y las personas que, en esa condición, se inscriben durante su mayoría de edad, a quienes se les otorgaba —antes de la reforma— la nacionalidad por ejercicio del derecho de opción, lo que no les permitía el acceso a todos los derechos constitucionales.

Palabras clave: Nacionalidad, derecho de opción, *jus sanguinis*, reforma constitucional, artículo 52 de la Constitución Política del Perú, Ley N° 30738

Abstract: In 2018, article 52 of the Political Constitution of Peru of 1993, which regulates the ways in which Peruvian nationality is acquired and granted, was modified. With this amendment, will be considered Peruvians «by birth», among other cases, not only those persons born abroad of a Peruvian father or mother who are registered during their minority in the corresponding registry, but also those who, in that condition, are registered during their age of majority.

This paper explains what should be understood by nationality; develops the role of domestic law and international law in the regulation of this human right, which is also necessary to be able to exercise some other rights; presents

* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP); máster en Diplomacia y Relaciones Internacionales por la Escuela Diplomática de España; y abogado por la PUCP. Profesor ordinario principal de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en la PUCP.
Código ORCID: 0000-0002-7237-7865. Correo electrónico: gabugattas@pucp.edu.pe

Peruvian constitutional regulation of nationality, detailing the amendment process of article 52 of the Constitution; to finally make a critical analysis of this reform.

The purpose of this paper is to demonstrate that there is no justification for establishing differences between persons born abroad of a Peruvian father or mother who are registered during their minority in the corresponding registry, who acquire nationality «by birth», and those who, in that condition, are registered during their age of majority, who —before the amendment— were granted nationality for exercising the «right of option», which did not allow them access to all constitutional rights.

Key words: Nationality, «right of option», *jus sanguinis*, constitutional amendment, article 52 of the Political Constitution of Peru, Law N° 30738

CONTENIDO: I.– ESTADO, PUEBLO, POBLACIÓN Y NACIONALIDAD.– II. EL ROL DEL DERECHO INTERNO Y DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA DETERMINACIÓN DE LAS REGLAS SOBRE LA NACIONALIDAD.– III. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA NACIONALIDAD EN EL PERÚ.– III.1. REFORMA DEL ARTÍCULO 52 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993 Y LA NUEVA REGLA SOBRE NACIONALIDAD.– III.2. EL PROCESO DE REFORMA DEL ARTÍCULO 52: POSICIONES EN FAVOR Y EN CONTRA.– IV. ANÁLISIS CRÍTICO.– IV.1. PRIMERA PREOCUPACIÓN: EL VÍNCULO HUMANO, SOCIAL, CULTURAL, ENTRE OTROS.– IV.2. SEGUNDA PREOCUPACIÓN: LA POSIBILIDAD DE OCUPAR CARGOS PÚBLICOS.– V. REFLEXIÓN FINAL.

I. ESTADO, PUEBLO, POBLACIÓN Y NACIONALIDAD

El Estado, desde el punto de vista del derecho, suele ser considerado como una «corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio» (Jellinek, 1900/2000, p. 196). En ese sentido, la presencia de un conjunto de personas que se establece en un territorio concreto es importante para la determinación de la existencia de un Estado y, también, para su subsistencia en el tiempo; por ello, se considera que el pueblo se constituye como uno de los elementos esenciales para la formación del Estado, junto con el territorio y el poder político organizado (al que se suele llamar Gobierno).

Ahora bien, el pueblo, como elemento constitutivo del Estado, tradicionalmente se consideraba integrado por el conjunto de nacionales de dicho Estado que vivían permanentemente en su territorio. Hoy en día, sin embargo, el mundo globalizado permite flexibilizar esta idea para llegar a la conclusión de que el conjunto de nacionales de un Estado, que en esencia debe vivir permanentemente en su territorio, puede estar también integrado por algunas personas que residen fuera de ese

territorio sin perder, por ello, la condición de nacionales de su Estado de origen.

En este punto hay que notar que si bien es cierto que de manera coloquial se equiparan los términos «pueblo» y «población», también lo es que, en estricto, cada uno de ellos se refiere a un conjunto distinto de personas. Como se acaba de señalar, «pueblo» es el conjunto de nacionales de un Estado, sin importar su lugar de residencia; pero, claro está, bajo el entendido de que ese grupo de personas vive, en principio, en el territorio de su Estado. Por otro lado, «población» es un término que se refiere al conjunto de personas que habita en un determinado Estado, sin importar la nacionalidad de esas personas. Así, los extranjeros que viven temporalmente en el territorio de un determinado Estado formarán parte de su población, pero no de su pueblo[1].

En este contexto, es entendible que el concepto de nacionalidad se torne de vital importancia para la comprensión del Estado, y que la determinación de su significado y alcances genere discusiones en el ámbito académico:

> Para algunos se trata de un *status* civil otorgado a un individuo o persona jurídica por el ordenamiento jurídico de un Estado. Para otros […] se considera como un vínculo que liga a un individuo con una determinada organización política estatal, determinando la pertenencia jurídica de una persona a la población [sic] de un Estado (Diez de Velasco, 2007, p. 608).

Posiciones conciliadoras en la doctrina entrelazan estos dos aspectos de la nacionalidad para plantear que la nacionalidad es un vínculo o relación de naturaleza jurídica entre una persona y su Estado, pero que, sin embargo, se sostiene en lazos sociales (Edwards, 2014, p. 11). Esta forma de entender la nacionalidad, vinculando su naturaleza jurídica y su naturaleza social, se observa también en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (ICJ).

Así, en el asunto *Nottebohm*, la Corte Internacional de Justicia señaló que:

> De acuerdo con la práctica de los Estados, las decisiones judiciales y arbitrales, así como la opinión de la doctrina, la nacionalidad es un vínculo legal que tiene como base un hecho social de apego, una

1 El término «población» es de uso común en las ciencias sociales, sobre todo en el marco de estudios demográficos como los censos, que toman en cuenta a todas las personas que en un momento determinado se encuentran en el territorio de un Estado, al margen de su nacionalidad; y esto se hace con el objetivo, por ejemplo, de determinar las necesidades sociales básicas que el Estado debe atender, la cantidad de personas a las que hay que brindar servicios públicos, entre otros. Al respecto, se puede revisar, entre muchos otros, Charbit (2009) y Cox (2008).
También es común el empleo del término «población» en la biología para referirse al conjunto de individuos de una especie que conviven en un determinado lugar y tiempo, lo que plantea la posibilidad de que se relacionen entre sí (Berryman & Kindlmann, 2008, p. 27).

> conexión genuina de existencia, intereses y sentimientos, junto con la existencia de derechos y deberes recíprocos (1955, p. 23).

Para la Corte Internacional de Justicia, ese vínculo legal implica que «la nacionalidad sirve, ante todo, para determinar que aquel a quien le ha sido conferida goza de derechos y está sujeto a obligaciones que la legislación de este Estado otorga o impone a sus nacionales» (ICJ, 1955, p. 20). Sin embargo, si nos enfocamos en ese vínculo jurídico, no es correcto concluir que la nacionalidad solo tiene un conjunto de consecuencias vinculadas al ordenamiento interno del Estado. En esa línea, la doctrina reconoce que la nacionalidad, además de ese carácter interno, tiene también un carácter internacional.

Así, en el marco del derecho interno de cada Estado, la nacionalidad permite hacer una distinción entre nacionales y extranjeros, lo que genera como consecuencia la posibilidad de diferenciar el tratamiento jurídico que cada uno de esos grupos recibirá dentro del territorio del Estado. Por otro lado, desde el punto de vista del derecho internacional, la nacionalidad relaciona a un determinado Estado con una persona específica, al margen de su ubicación geográfica, permitiendo a ese Estado ejercer sus competencias sobre esa persona; incluso, en algunos supuestos, puede ocurrir que esta capacidad del Estado recaiga sobre sus nacionales que se encuentren en territorio extranjero (Dupuy, 2006, pp. 73-74). En este orden de ideas, se puede afirmar que «la nacionalidad es esencialmente una institución del Derecho interno, pero que tiene consecuencias en el Derecho internacional» (Shearer & Opeskin, 2012, p. 93).

Ahora bien, como se ha señalado, la nacionalidad no puede ser vista exclusivamente desde un punto de vista jurídico, como una institución generadora de derechos y obligaciones en el marco normativo de un Estado. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-4/84, referida a la propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, señaló que «la nacionalidad, conforme se acepta mayoritariamente, debe ser considerada como un estado natural del ser humano» (1984, § 32).

En la misma línea, durante el debate en el Congreso Constituyente Democrático que elaboró la Constitución Política del Perú de 1993, a propósito de las formas de adquisición de la nacionalidad y la posibilidad de otorgarla a personas que en principio no la tienen, se recordó acertadamente que la nacionalidad no puede ser exclusivamente considerada como un vínculo jurídico, sino que debe tomarse en consideración que tiene alcances sociales; por ello, si se otorga la nacionalidad a una persona que no tiene ese vínculo social,

se desnaturaliza el sentido de la misma (Congreso Constituyente Democrático, 1993b, I, p. 679).

Lo señalado en el párrafo anterior nos debe recordar que la nacionalidad se vincula también a la idea de nación; es decir, al conjunto de personas que comparten una historia común, una lengua materna, tradiciones culturales, en muchos casos una misma religión, entre otros elementos que generan en ellas un sentido de pertenencia a un determinado grupo social, identificándose como parte integrante de aquel grupo humano. Sin embargo, no se puede dejar de reconocer que hoy en día existen cada vez menos Estados formados por una única nación y, por el contrario, cada vez más Estados de composición plurinacional e, incluso, naciones divididas que ocupan el territorio de varios Estados a la vez[2].

II. EL ROL DEL DERECHO INTERNO Y DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA DETERMINACIÓN DE LAS REGLAS SOBRE LA NACIONALIDAD

Como se ha señalado en el acápite anterior, la nacionalidad es fundamentalmente una institución del derecho interno, pero su adquisición o pérdida produce una serie de consecuencias en el marco del derecho internacional. En ese sentido, resulta de suma importancia la determinación del ordenamiento jurídico al que corresponde regularla.

La doctrina y la jurisprudencia han sido consecuentes en señalar que es atribución de cada Estado establecer en su ordenamiento jurídico las reglas para otorgar su nacionalidad a una determinada persona (Diez de Velasco, 2007, p. 609). Así, por ejemplo, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló, en su Opinión Consultiva 4, que «en el estado actual del Derecho internacional, según opinión del Tribunal, las cuestiones de nacionalidad están comprendidas en principio en la esfera de la competencia exclusiva del Estado» (1923, p. 24).

En el mismo sentido, en la sentencia del caso *Nottebohm*, la Corte Internacional de Justicia dejó establecido que cada Estado soberano tiene la competencia para establecer, en su ordenamiento jurídico interno, las formas para adquirir u otorgar su nacionalidad, lo que se encuentra «implícitamente contenido en la noción más amplia según la cual la nacionalidad pertenece a la jurisdicción interna del Estado» (1955, p. 20).

Ahora bien, la atribución que tiene un Estado para establecer en su ordenamiento jurídico interno las normas sobre la adquisición o el otorgamiento de su nacionalidad no es absoluta, sino que tiene límites que

2 El Perú, por ejemplo, es claramente un Estado de composición plurinacional, como lo es también el «Estado Plurinacional de Bolivia». Por su parte, los quechuas, los aymaras o los kurdos son ejemplos de naciones divididas que ocupan el territorio de varios Estados a la vez.

son determinados por el derecho internacional. Esos límites se derivan, en primer lugar, de las relaciones y eventuales conflictos entre las normas de un Estado y las normas internacionales que le son vinculantes en materia de nacionalidad; en segundo lugar, de las relaciones y eventuales conflictos entre las normas internas de nacionalidad que dos o más Estados quieran aplicar sobre una misma persona; y, en tercer lugar, del reconocimiento del derecho a la nacionalidad como un derecho humano, además vinculado al ejercicio de algunos otros derechos.

En ese sentido, se pueden identificar algunos límites concretos, provenientes del derecho internacional, frente a la capacidad discrecional del Estado al momento de determinar las reglas sobre nacionalidad en su ordenamiento jurídico interno. Son ejemplos de esos límites: la prohibición de intervención en asuntos internos de otro Estado; el derecho de un Estado de existir, así como a proteger y preservar su existencia; la prohibición de la privación arbitraria de la nacionalidad; la prohibición de discriminación en materia de nacionalidad; el deber de evitar la apatridia; entre otros (Edwards, 2014, p. 25).

Por otro lado, si bien la Convención de La Haya de 1930 sobre Ciertas Cuestiones Relacionadas a los Conflictos entre Leyes de Nacionalidad reconoce como atribución de cada Estado la determinación de las normas sobre la adquisición o el otorgamiento de su nacionalidad, la Corte Permanente de Justicia Internacional estableció en 1923 que la capacidad discrecional de un Estado para realizar esa determinación tiene restricciones que se derivan de las obligaciones que este tenga frente a otros Estados (Edwards, 2014, p. 24).

Además, luego de la Segunda Guerra Mundial, la nacionalidad ha sido reconocida como un derecho humano en diversos instrumentos jurídicos internacionales que imponen límites a los Estados. En efecto, se le ha reconocido como el derecho a tener una nacionalidad o como el derecho de conservar la nacionalidad e, incluso, existen tratados que buscan reducir los casos de apatridia y proteger a quienes no tienen una nacionalidad[3].

El reconocimiento de la nacionalidad como derecho humano, además, exige comprender que es un derecho vinculado al ejercicio de algunos otros derechos. En su Opinión Consultiva OC-4/84, la Corte

3 Serena Forlati ha escrito un interesante estudio sobre la nacionalidad como derecho humano en el que aborda estos temas y los desarrolla con amplitud (2013, pp. 18 y ss.). En ese estudio, Forlati identifica, entre muchos otros, los siguientes instrumentos internacionales en los que se recoge el derecho a la nacionalidad: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Europea sobre Nacionalidad, etcétera (2013, p. 19). Además, a dichos instrumentos se pueden sumar la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, así como la Convención para Reducir los Casos de Apatridia.

Interamericana de Derechos Humanos reconoció que la nacionalidad es el fundamento de la capacidad política y de la capacidad civil de los seres humanos; y, por ello:

> […] no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencias de cada Estado, la evolución cumplida en esta materia nos demuestra que el Derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados, sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos (1984, § 32).

Ahora bien, sin dejar de reconocer que pueden existir estos límites que se derivan del derecho internacional, la regla general sigue siendo aquella que considera que es el ordenamiento jurídico de cada Estado el que libremente determina las formas de adquisición de la nacionalidad.

> Esta libertad se aplica a la nacionalidad de origen, ya sea que se utilice el criterio de la filiación (*jus sanguinis*) o el criterio del lugar del nacimiento (*jus soli*) o, incluso, una combinación de ambos. Esta libertad concierne, igualmente, a la determinación de las reglas relativas a la adquisición de la nacionalidad por otras vías (Dupuy, 2006, p. 74).

En ese sentido, reconociendo esta libertad que tienen los Estados para determinar las reglas sobre su nacionalidad, la clasificación más común de las formas para adquirirla es:

1. La nacionalidad por parentesco o descendencia (*jus sanguinis*), que en muchos países incluye supuestos de parentesco determinado por la ley y no «por la sangre», como los supuestos de adopción.
2. La nacionalidad por el lugar de nacimiento (*jus soli*).
3. La nacionalidad por naturalización, que abarca diversos criterios, aunque suele vincularse más al arraigo; es decir, a la residencia en un determinado lugar por un periodo de tiempo definido por las normas de cada Estado (*jus domicili*).

Desde luego, esta clasificación tendrá variaciones en cada país. En el Perú, por ejemplo, se otorga la nacionalidad:

1. Por nacimiento, supuesto en el que se toma en consideración el criterio del vínculo sanguíneo (*jus sanguinis*) o el del lugar del nacimiento (*jus soli*).
2. Por naturalización, supuesto que se aplica a los extranjeros que residen en el territorio (*jus domicili*) y que, bajo ciertos requisitos, solicitan la nacionalidad; o a los que el Estado les otorga la

nacionalidad por servicios distinguidos a la nación (lo que en otros países se conoce como «nacionalidad a título honorífico»).

3. Por ejercicio del derecho de opción (nacionalidad por opción), supuesto en el que se toma en consideración tanto el criterio de la residencia como el criterio del parentesco por matrimonio.

Finalmente, es necesario tomar en consideración que si bien es cierto que estas formas usuales para adquirir la nacionalidad forman el vínculo jurídico entre una persona y un Estado, también lo es que, en tanto que la nacionalidad es un derecho vinculado al ejercicio de algunos otros derechos, la personalidad jurídica interna que se adquiere en virtud de cada una de estas formas no necesariamente es la misma. En efecto, el conjunto de derechos y obligaciones que el ordenamiento jurídico de cada Estado otorga a sus nacionales puede variar en función de la forma de adquisición de dicha nacionalidad. En el Perú, por ejemplo, para ocupar algunos cargos públicos, como el de presidente de la república, se exige que la persona haya adquirido la nacionalidad peruana por nacimiento; de esta manera, las peruanas y los peruanos por naturalización o por opción no pueden ocupar dichos cargos.

III. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA NACIONALIDAD EN EL PERÚ

III.1. Reforma del artículo 52 de la Constitución Política del Perú de 1993 y la nueva regla sobre nacionalidad

La Constitución Política del Perú de 1993 regula la adquisición de la nacionalidad peruana en su artículo 52 que, en su texto original, establecía lo siguiente:

> Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el extranjero de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad.
>
> Son asimismo peruanos los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú.

A través de la Ley N° 30738, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 14 de marzo de 2018, se modificó el primer párrafo del artículo 52 de la Constitución, que quedó redactado de la siguiente manera: «Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente, conforme a ley».

El segundo párrafo del artículo 52 se ha mantenido en su versión original. En él, se reconoce la posibilidad de adquirir la nacionalidad por

naturalización o por opción a los extranjeros que tengan su residencia en el Perú y, claro está, que cumplan los requisitos adicionales establecidos en la Ley de Nacionalidad y en su Reglamento.

Ahora bien, la modificación efectuada en el primer párrafo de este artículo ha implicado la eliminación, para las personas nacidas en el extranjero de padre o madre peruanos, del requisito de ser inscritos durante su minoría de edad en el registro correspondiente para poder adquirir la nacionalidad por nacimiento, pudiendo ahora adquirirla también si se inscriben durante su mayoría de edad.

Antes de esta reforma, los nacidos en el extranjero, hijos de padre o madre peruanos, podían adquirir la nacionalidad peruana por dos vías. La primera, que se mantiene en el texto vigente del artículo 52 de la Constitución, es por nacimiento, si durante su minoría de edad son inscritos en el correspondiente Registro del Estado Civil, Sección Nacimientos, de la Oficina Consular del Perú, o en la Dirección General de Migraciones y Naturalización cuando el trámite se realiza en el Perú[4]. Este derecho se les reconoce a los descendientes de los peruanos nacidos en el territorio de la república hasta la tercera generación.

La segunda vía para que una persona nacida en el extranjero, de padre o madre peruanos, adquiriera la nacionalidad, en atención al texto original del artículo 52 de la Constitución y a lo regulado en la Ley de Nacionalidad y su Reglamento, era ejerciendo el derecho de opción durante su mayoría de edad, en caso de no haber sido inscrita por sus padres, durante su minoría de edad, en el registro correspondiente, según se ha señalado en el párrafo anterior.

De esta manera, la persona, hija de padre o madre peruanos de nacimiento, no inscrita en su minoría de edad, si bien podía adquirir la nacionalidad peruana durante su mayoría de edad, al tener que hacerlo en ejercicio del derecho de opción, no tenía la condición de peruana por nacimiento, viendo limitada su personalidad jurídica interna. Por ejemplo, quedaba impedida de ocupar algunos cargos públicos y debía, además, cumplir con una serie de requisitos adicionales establecidos por la Constitución, la Ley de Nacionalidad y su Reglamento como, por ejemplo, la obligación de tener su residencia en el Perú[5].

La exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 402/2016-CR, que planteó la reforma del artículo 52 de la Constitución, justificó la reforma señalando que la restricción para que los hijos de padre o madre peruanos, nacidos en el extranjero, adquieran la nacionalidad por nacimiento solo en los casos en los que hayan sido inscritos durante su minoría de edad:

4 Estas precisiones se encuentran reguladas en la Ley de Nacionalidad y en su Reglamento.
5 Esta obligación la exigía el artículo 24.b del Reglamento de la Ley de Nacionalidad, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-97-IN.

> […] es irrazonable ya que el principio [de *jus sanguinis*] establece que la persona adquiere la nacionalidad de sus ascendientes por el simple hecho de su filiación, aunque el lugar de nacimiento sea otro país […] en muchos casos la falta de inscripción de los hijos menores se debe a razones vinculadas a su situación de ilegalidad, temor o ausencia de cercanía [sic] a los consulados o simplemente a cierta falta de diligencia. Es justo el reclamo de los peruanos mayores de edad […] que refieren no deben [sic] ser castigados por la falta de diligencia de sus progenitores, máxime si como niños no podían tomar tal decisión [de inscribirse en el registro correspondiente] (pp. 2-3).

En este orden de ideas, el texto vigente del artículo 52 de la Constitución recoge las siguientes reglas referidas a la nacionalidad peruana:

1. Son peruanos de nacimiento los nacidos en el territorio de la república. De esta manera, se consagra la regla del *jus soli* mencionada líneas arriba, que se refiere al otorgamiento de la nacionalidad en atención al lugar del nacimiento de una persona.
2. Son peruanos de nacimiento los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente, conforme a ley. Así, se consagra también la regla del *jus sanguinis*, citada antes, que se refiere al otorgamiento de la nacionalidad a una persona en atención al vínculo sanguíneo que posee con uno o ambos padres peruanos por nacimiento. Además, ya no se hace la distinción entre aquellas personas inscritas durante su minoría de edad y aquellas que decidan inscribirse durante su mayoría de edad; en ambos casos, ahora, estas personas tendrán la nacionalidad «por nacimiento».
3. Se puede adquirir la nacionalidad peruana por naturalización, la cual se otorga en dos supuestos: primero, y bajo ciertas formalidades, a extranjeros que hayan prestado servicios distinguidos a la nación (lo que en algunos países se conoce como nacionalidad a título honorífico); y, segundo, a cualquier extranjero que lo solicite, siempre que tenga residencia en el Perú (*jus domicili*) y cumpla con los demás requisitos establecidos en la Ley de Nacionalidad y su Reglamento.
4. Se puede adquirir la nacionalidad peruana por ejercicio del derecho de opción, que se otorga, luego de la modificación constitucional, solo en dos supuestos: primero, a extranjeros que residen en el territorio desde antes de cumplir seis años y que lo soliciten durante su mayoría de edad (*jus domicili*); y, segundo, a la persona extranjera casada con peruano o peruana y que viva en el Perú (criterio que toma en cuenta el *jus domicili* y el parentesco

por matrimonio), siempre que cumpla con los demás requisitos establecidos en la Ley de Nacionalidad y su Reglamento.

III.2. El proceso de reforma del artículo 52: posiciones en favor y en contra

El Proyecto de Ley N° 402/2016-CR, del 12 de setiembre del 2016, propuso la modificación del primer párrafo del artículo 52 de la Constitución Política del Perú de 1993, para que quede redactado con el siguiente texto: «Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente» (p. 1).

Tras el debate del citado proyecto en la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República del Perú, se aprobó por mayoría recomendar al Pleno del Congreso su aprobación, pero con el siguiente texto sustitutorio:

> Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También los son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente hasta los treinta y cinco años de edad, conforme a ley (Dictamen recaído en el Proyecto de Ley N° 402/2016-CR, 2017, p. 47).

Finalmente, luego del debate realizado en el Pleno del Congreso de la República del Perú, la Comisión de Constitución y Reglamento aprobó un segundo texto sustitutorio para la redacción del primer párrafo del artículo 52 de la Constitución, que fue finalmente aprobado por el Pleno del Congreso y recoge la versión original del proyecto de reforma antes mencionado, pero agregándole al final la frase «conforme a ley»: «Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente, conforme a ley» (Texto sustitutorio, 2017, p. 1).

Estos cambios, que se produjeron en el proceso de aprobación del proyecto de reforma del artículo 52 de la Constitución, demuestran que la materia no es simple de abordar y que, sobre ella, existen varias y diversas posiciones. El Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, recaído sobre este proyecto, refleja algunas de esas posiciones[6].

6 El expediente del proceso de reforma constitucional, en el que constan los documentos originales que contienen las posiciones que se citarán a continuación, no había sido hecho público al momento de la elaboración de este trabajo. Por ello, el único medio para conocer dichas posiciones fue a través del Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento que las reseña.

Así, por ejemplo, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos señaló que las diferentes formas para adquirir la nacionalidad peruana se sustentan en razones objetivas que, a su vez, justifican que la nacionalidad por parentesco sanguíneo (*jus sanguinis*) no se aplique a las personas mayores de edad, nacidas en el extranjero, que sean hijas de padre o madre peruanos. En ese sentido, agregaron que la diferenciación entre hijos inscritos durante su minoría de edad e hijos que se inscriben durante su mayoría de edad, otorgándoles la nacionalidad por nacimiento a los primeros y por ejercicio del derecho de opción a los segundos, no es discriminatoria (Dictamen recaído en el Proyecto de Ley N° 402/2016-CR, 2017, pp. 3-4).

La justificación de esta posición apeló al deber de cuidado que tienen los padres frente a sus hijos menores de edad, que implica que deben tomar ciertas decisiones en su nombre. Así:

> Aplicada esta consideración al caso de los migrantes peruanos, puede darse el supuesto de que los padres consideren seriamente la decisión de arraigarse en el extranjero. A partir de esta situación, una decisión razonable, que podrán reevaluar hasta que sus hijos nacidos fuera del Perú cumplan la mayoría de edad, es inscribirlos como nacionales del Estado en el que los menores nacieron. Esta decisión constituye una constante del mundo actual, marcado por la migración y que ha contribuido a una visión intercultural de la noción misma de nacionalidad. Es, a partir de este contexto, que el principio de *ius sanguinis* se relativiza, pues los vínculos con la identidad colectiva de los padres paulatinamente se van diluyendo en la medida que sus hijos se incorporan a la idiosincrasia y a la identidad colectiva del país donde desarrollarán su proyecto de vida (Dictamen recaído en el Proyecto de Ley N° 402/2016-CR, 2017, p. 4).

Por su parte, el Ministerio de Relaciones Exteriores también se mostró en contra de esta reforma constitucional. Como se aprecia en el Dictamen recién citado, la Cancillería señaló que los padres nacidos en el Perú que tienen hijos nacidos en el extranjero tienen un plazo para inscribirlos en el registro correspondiente, de manera tal que adquieran la nacionalidad peruana por nacimiento. Ese plazo comienza con el nacimiento y se extiende hasta antes de que el hijo o la hija adquiera la mayoría de edad (2017, p. 5).

Para el Ministerio de Relaciones Exteriores, eliminar el plazo señalado en el párrafo anterior genera la posibilidad de que cualquier persona de padre o madre peruanos pueda adquirir la nacionalidad peruana por nacimiento sin importar su edad o si tiene o no un vínculo cultural real con el Perú (Dictamen recaído en el Proyecto de Ley N° 402/2016-CR, 2017, p. 5).

A lo señalado líneas arriba, el Ministerio de Relaciones Exteriores agregó que:

> La exposición de motivos del Proyecto de Ley materia de análisis, refiere que el principal motivo por el cual se promueve la reforma constitucional y a su vez la modificación legislativa, radica en el hecho de que estos ciudadanos al ser mayores de edad y tener que obtener la nacionalidad peruana por «Opción», tengan que cumplir el requisito de «tener residencia real en el Perú»; requisito imposible de cumplir para la mayoría de estos ciudadanos, que residen permanentemente en el exterior y que no tienen como proyecto de vida retornar al Perú para residir, al menos por un periodo de tiempo que les permitiese efectuar el procedimiento actualmente vigente. No obstante, resulta oportuno señalar que al ser la nacionalidad un elemento que aporta y se soporta en el derecho a la identidad, esta propuesta de modificación constitucional extiende aún más el vínculo del Estado peruano para con los hijos de peruanos residentes en el exterior (Dictamen recaído en el Proyecto de Ley N° 402/2016-CR, 2017, p. 5).

Por el contrario, la Superintendencia Nacional de Migraciones se pronunció en favor de la reforma constitucional, lo que pone en evidencia la complejidad de esta materia. Esta señaló que no es razonable limitar la inscripción de los hijos nacidos en el exterior, de padre o madre peruanos, únicamente al periodo de su minoría de edad para poder tener la nacionalidad peruana por nacimiento; esto:

> […] toda vez que el principio [de *jus sanguinis*] establece que la persona adquiere la nacionalidad de sus ascendientes por el simple hecho de su filiación, pese a que el lugar de su nacimiento sea otro país [… así, el proyecto de reforma del art. 52 de la Constitución] contribuye a garantizar el ejercicio del derecho a la nacionalidad que tiene todo ser humano, el cual tiene carácter imprescriptible; por ende, limitarlo resultaría contrario al deber del Estado (Dictamen recaído en el Proyecto de Ley N° 402/2016-CR, 2017, p. 9).

Otras instituciones que se mostraron en favor del proyecto de reforma del artículo 52 de la Constitución fueron el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, que se enfocó en las dificultades que suelen tener los padres para inscribir a sus hijos en el extranjero durante su minoría de edad, incluso por razones no imputables a ellos; el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), que consideró discriminatoria la distinción entre hijos nacidos en el exterior, de padre o madre peruanos, en atención a si son o no inscritos durante su minoría de edad; y la Defensoría del Pueblo, que se enfocó en las dificultades que tienen las personas mayores de edad, nacidas en el extranjero, pero con padre o madre peruanos, para cumplir con el requisito de residir

«legalmente» en el territorio nacional, si es que quieren adquirir la nacionalidad ejerciendo el derecho de opción (Dictamen recaído en el Proyecto de Ley N° 402/2016-CR, 2017, pp. 4-8).

Ahora bien, además de consultar a estas instituciones, la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República pidió opinión a varios especialistas. Según el recuento que hace la citada Comisión, la mayoría se mostró en favor del proyecto; sin embargo, también existieron posiciones en contra[7].

Para efectos de este trabajo, considero relevante la postura de la profesora María Antonieta Delgado Menéndez, quien recordó que los textos constitucionales peruanos que precedieron al texto original de 1993 «no limitaron el derecho de los hijos nacidos en el exterior de padre o madre peruanos a adquirir la nacionalidad peruana por nacimiento, a que éste sea ejercido durante la minoría de edad de las personas» (Dictamen recaído en el Proyecto de Ley N° 402/2016-CR, 2017, p. 11).

Así, por ejemplo, la citada profesora precisó que los mayores de edad nacidos en el extranjero, hijos de padre o madre peruanos de nacimiento, no vieron privado su derecho de adquirir la nacionalidad por nacimiento en el marco de las constituciones peruanas de 1839, 1856, 1860, 1920 y 1933; precisando que si bien la Constitución para la República del Perú de 1979 exigía la inscripción de los hijos durante su minoría de edad, otorgaba un plazo de un año a las personas que adquirían la mayoría de edad para inscribirse como peruanos por nacimiento (Dictamen recaído en el Proyecto de Ley N° 402/2016-CR, 2017, p. 11).

Finalmente, la profesora Delgado Menéndez señaló, siguiendo la postura del profesor César Delgado Barreto, que restringir la obtención de la nacionalidad por nacimiento a los hijos nacidos en el exterior, de padre o madre peruanos por nacimiento, que hayan sido inscritos durante su minoría de edad, excluyendo a quienes no fueron inscritos en esa oportunidad, «les está privando de un derecho que aún no han podido ejercer personalmente, ocasionando su pérdida por omisión de sus padres» (Dictamen recaído en el Proyecto de Ley N° 402/2016-CR, 2017, p. 11).

Por otro lado, la complejidad de esta materia no solo se ha evidenciado a propósito del análisis y discusión en torno al proyecto de reforma del artículo 52 de la Constitución. Esta misma complejidad se evidenció, en

7 Reiterando que el expediente del proceso de reforma constitucional, en el que constan los documentos originales que contienen las posiciones que se citarán a continuación, no había sido hecho público al momento de la elaboración de este trabajo, el detalle de esas posiciones se puede revisar en las páginas 10 y 11 del Dictamen recaído en el Proyecto de Ley N° 402/2016-CR, que las reseña.

su momento, en el seno del Congreso Constituyente Democrático que elaboró la Constitución Política del Perú de 1993.

Los debates en el Congreso Constituyente Democrático sobre la forma en que debía regularse el derecho a la nacionalidad fueron intensos. Los diarios de los debates de las sesiones de la Comisión de Constitución y de Reglamento (como se llamaba en aquella época) recogen una serie de opiniones sobre lo que, finalmente, quedó regulado en el artículo 52 de la Constitución. Así, por ejemplo, Pease García señaló que «una persona cuyos padres peruanos, por olvido o por desconocimiento, no la inscribieron, debe tener una manera de recuperar su condición de peruana en su mayoría de edad» (Congreso Constituyente Democrático, 1993a, p. 2198).

Frente a esta opinión, Chávez Cossío consideró que «no cabe que alguien decida a los 70 años ser peruano por el hecho de haber nacido en el extranjero de padres peruanos. El deseo de una vinculación con el país, por lo menos afectiva, tiene que manifestarse» (Congreso Constituyente Democrático, 1993a, p. 2198).

Para valorar mejor estas posiciones, se debe considerar que en aquella época estaba vigente la Constitución para la República del Perú de 1979 que, como se ha señalado líneas arriba, establecía que una persona nacida en el extranjero, de padre o madre peruanos, que no haya sido inscrita durante su minoría de edad, tenía —ya en su mayoría de edad— un plazo de un año para inscribirse. En otras palabras, una persona podía inscribirse como peruana «por nacimiento» hasta los diecinueve años. En ese contexto, Ferrero Costa señaló que:

> Sería de la opinión […] de que se pusiera un cierto límite. En todo caso, tratándose de una reforma constitucional importante, no deberíamos dar un salto tan violento, pasando de los 19 años a cualquier momento de la vida de la persona (Congreso Constituyente Democrático, 1993a, p. 2199).

Sin embargo, frente a la opinión de Ferrero Costa recién citada, Marcerano Frers acotó que:

> Si estamos tratando de dictar una legislación que permita aplicar el *jus sanguinis* en toda su extensión, no veo por qué habría que poner límites; es decir, no veo por qué una persona deje de ser peruana por haber transcurrido un año y un día después de cumplir la mayoría de edad, cuando la sangre de los padres sigue siendo exactamente la misma (Congreso Constituyente Democrático, 1993a, p. 2199).

Pese a lo contundente de esta última opinión, Ferrero Costa insistió en su postura en los debates, esta vez en el Pleno del Congreso Constituyente

Democrático. En los diarios de los debates de dicho Pleno se aprecia que Ferrero Costa señaló que:

> Permitir la nacionalidad, sin asegurarnos, cuando menos, una residencia en el país, es aceptar que alguien puede ser peruano sin saber nada del Perú. En consecuencia, pueden ser personas que no sólo no han estado en el país, sino que no hablan nuestro idioma, no conocen nuestra historia, ignoran nuestras costumbres, carecen de conocimiento sobre la realidad del Perú, y tienen un pasaporte que les dice: tú eres peruano. La nacionalidad no es sólo un vínculo jurídico. La nacionalidad es sobre todo un vínculo social; y cuando uno les concede [sic] un vínculo jurídico que no está asentado en el vínculo social, rompemos el sentido de lo que debe ser la nacionalidad (Congreso Constituyente Democrático, 1993b, p. 679).

IV. ANÁLISIS CRÍTICO

Revisando lo descrito en el acápite anterior, se puede señalar que las principales inquietudes de las personas que han tenido la responsabilidad de regular las formas para adquirir u otorgar la nacionalidad peruana, así como de los especialistas que se han pronunciado al respecto, en el fondo se centran básicamente sobre dos cuestiones que analizaré a continuación.

IV.1. Primera preocupación: el vínculo humano, social, cultural, entre otros

Sin lugar a duda, una preocupación que se evidencia en la descripción del acápite anterior está referida al vínculo humano, social, cultural, lingüístico, entre otros aspectos, que algunos consideran que debe tener una persona para poder ser considerada peruana «por nacimiento». En este sentido, quienes expresan esta preocupación consideran que no es correcto que una persona que no tiene vínculos reales con el país pueda adquirir la nacionalidad por nacimiento e, incluso, ocupar ciertos cargos públicos.

Sin embargo, esta preocupación refleja, en el fondo, una incorrecta identificación entre los conceptos de «nación» y de «nacionalidad» que, como se ha señalado al inicio de este trabajo, no son iguales. Además, este tipo de opiniones pareciera presuponer que el Perú es un Estado formado por una única nación, lo que no podría estar más alejado de la realidad plurinacional del Estado peruano.

Por otro lado, esta preocupación encierra en sí misma una falacia. Una persona nacida en el extranjero, hija de padre o madre peruanos de nacimiento, inscrita durante su minoría de edad en el registro correspondiente, será peruana por nacimiento; sin embargo, nada

garantiza que esa persona tenga vínculos afectivos, sociales, culturales, históricos y de otro tipo con el país. Del mismo modo, puede ocurrir que una persona en las mismas circunstancias, que no haya sido inscrita en el registro correspondiente durante su minoría de edad y que tampoco lo haya podido hacer por medios propios, sino hasta muy entrada en años, sea una persona amante del Perú, plenamente identificada con su historia, sus tradiciones, su cultura, etcétera.

En otras palabras, que una persona nacida en el extranjero, hija de padre o madre peruanos, sea inscrita durante su minoría de edad, no garantiza el vínculo humano, afectivo, histórico, cultural, entre otros, que algunas personas consideran indispensable para tener la nacionalidad peruana por nacimiento. De la misma manera, una persona nacida en el extranjero, hija de padre o madre peruanos, que se inscribe recién durante su mayoría de edad, no puede ser automáticamente considerada como una persona sin vínculos humanos, afectivos, históricos, culturales, entre otros, con el Perú.

En este orden de ideas, quienes plantean esta preocupación sobre el otorgamiento de la nacionalidad por nacimiento a los hijos e hijas de peruanos o peruanas que hayan nacido en el extranjero, no deberían enfocarse en establecer límites referidos al momento en el que esa persona es inscrita en el registro correspondiente; por el contrario, tendrían que dirigir su atención al establecimiento de mecanismos que permitan acreditar esos vínculos reales con el país que consideran indispensables para otorgar la nacionalidad por nacimiento. De esa forma, acreditados dichos vínculos, la nacionalidad por nacimiento no podría ser negada; mientras que, por otro lado, ante la imposibilidad de mostrar la existencia de tales vínculos, la nacionalidad podría aún ser otorgada, pero ya no por nacimiento, sino por opción. El problema con esto es que la acreditación de la existencia o no de esos vínculos, en la práctica, no es tarea fácil.

Para terminar este punto, no se debe perder de vista que la adquisición de la nacionalidad en atención al criterio del *jus sanguinis* se basa en el parentesco o descendencia; es decir que, por regla general, se sustenta en un vínculo sanguíneo. En ese sentido, si se quiere aplicar este criterio para el otorgamiento de la nacionalidad, la exigencia de un vínculo adicional distinto, que podría ser afectivo, cultural, social u otro similar, carece de sentido lógico.

IV.2. Segunda preocupación: la posibilidad de ocupar cargos públicos

En el debate desarrollado en el seno de la Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático de 1993, al abordar el tema de la nacionalidad de las personas nacidas en el

exterior de padre o madre peruanos, los constituyentes discutieron sobre la posibilidad de que se les otorgue la nacionalidad por nacimiento o por ejercicio del derecho de opción, en atención al hecho de que estas personas hayan sido o no inscritas en el registro correspondiente durante su minoría de edad.

En el marco de esos debates, algunos consideraron que, ya sea por nacimiento o por derecho de opción, a las personas nacidas en el exterior de padre o madre peruanos finalmente se les estaría reconociendo la nacionalidad peruana; por esta razón, no les parecía un problema establecer que el requisito para otorgar la nacionalidad por nacimiento sea la inscripción de la persona en el registro correspondiente durante su minoría de edad.

Sin embargo, Pease García recordó que hacer esta distinción sí tiene consecuencias jurídicas. Él señaló que si a una persona nacida en el exterior de padre o madre peruanos no se le inscribía durante su minoría de edad, en efecto podría adquirir la nacionalidad por ejercicio del derecho de opción, pero esas personas «tendrían todas las restricciones del peruano por opción. Recuerden que en los artículos [de la Constitución] que se han aprobado no les permitimos ser congresistas, juez y vocal; es decir, les negamos una serie de derechos» (Congreso Constituyente Democrático, 1993a, p. 2197).

Esta intervención denota que, además de la preocupación por los vínculos sociales, culturales, humanos, entre otros, una inquietud subyacente, vinculada a la anterior, se centraba en otorgar la nacionalidad por nacimiento a personas sin vínculos «suficientes» con el Perú que, luego, puedan ocupar cargos públicos de gran responsabilidad.

Como se ha explicado al final del acápite II de este trabajo, la forma en la que se adquiere o se otorga la nacionalidad a una persona tiene una serie de consecuencias en su personalidad jurídica; es decir, en los derechos que adquiere y en las obligaciones que asume. Existe, sin duda, un vínculo entre la nacionalidad, como derecho humano en sí misma, y el ejercicio de algunos otros derechos, sobre todo civiles y políticos.

En la doctrina se reconoce que el desarrollo de los derechos humanos luego de la Segunda Guerra Mundial ha influido significativamente en todos los derechos vinculados a la nacionalidad, reconocida en sí misma como un derecho humano y no solo como un derecho potestativo del Estado; por ello, cuando los Estados regulen en sus ordenamientos internos el derecho a la nacionalidad, deben tomar en cuenta no solo sus intereses, sino también los intereses de los individuos (Edwards, 2014, p. 24).

Otorgar la nacionalidad por nacimiento o por derecho de opción trae una serie de consecuencias sobre la posibilidad de disfrutar o no de algunos

otros derechos como, por ejemplo, el derecho de acceso a la función pública o el derecho a ser elegido para algunos cargos de gobierno. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Niñas Yean Bosico vs. República Dominicana*, lo reconoció al establecer que:

> La importancia de la nacionalidad reside en que ella, como vínculo jurídico y político que liga una persona a un Estado determinado, permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerrequisito para el ejercicio de determinados derechos (2005, § 137).

Pese a todo lo anterior, como se ha explicado también en el acápite II de este trabajo, es el Estado el que tiene la potestad de decir quiénes son o no sus nacionales, las formas para adquirir u otorgar su nacionalidad, así como las consecuencias jurídicas derivadas de ellas. Sin embargo, como se precisó también líneas arriba, esa potestad no es absoluta, sino que tiene límites.

El Tribunal Constitucional peruano, en el caso *Charles Keenan Kersenbrock*, siguiendo la línea de la doctrina y la jurisprudencia internacional a las que me he referido en este trabajo, ha reconocido que:

> […] cada Estado tiene la potestad de designar a quienes han de ser sus ciudadanos, señalar las formas de adquirir la nacionalidad y las modalidades por las cuales esta se pierde. No obstante ello, tal poder no es absoluto, sino que encuentra sus límites en el Derecho internacional y, específicamente, en los derechos humanos (2008, § 6).

En este orden de ideas, podríamos preguntarnos si restringir la adquisición de la nacionalidad «por nacimiento» solo a las personas nacidas en el exterior de padre o madre peruanos que hayan sido inscritas durante su minoría de edad, excluyendo a quienes no hayan sido inscritos en ese plazo, es o no una limitación que garantizaría que las personas que en estos casos adquieran la nacionalidad por nacimiento y, eventualmente, lleguen a ocupar determinados cargos públicos, cuenten con un nivel «deseable» de relaciones con el Perú.

En efecto, existe una razonable preocupación que se traduce en el hecho de que alguna persona, a quien se considere de nacionalidad peruana por nacimiento, pueda ocupar cargos públicos de particular importancia sin tener un vínculo afectivo, social, cultural, etcétera, con el país. Sin lugar a duda, existen determinados puestos en la función pública y determinados cargos de gobierno que requieren que las personas que los ocupen conozcan la realidad social del país, sus principales problemas,

sus fortalezas, que tengan vocación de servicio por el Perú, entre otras cualidades[8].

Como señalan Fernández Rozas y Arroyo:

> Carente de cualquier consideración en el ámbito del Derecho internacional general, la distinción que existe en muchos Derechos internos […] entre nacionales por nacimiento (u originarios) y nacionales por adquisición ofrece una especial relevancia, que en el hemisferio Americano en general y en América Latina en particular se proyecta al capítulo de los derechos al sufragio pasivo para determinados cargos públicos y en particular para el Presidente de la República. Se trata de una peculiaridad del Derecho interamericano desconocida en otros continentes, señaladamente Europa, que tiene su origen en la propia independencia de las Repúblicas Americanas (2001, p. 506).

Sin embargo, como se ha señalado ya, el requisito de que una persona, hija de padre o madre peruanos, sea inscrita durante su minoría de edad para poder adquirir la nacionalidad «por nacimiento», no garantiza que conozca la realidad social del país, sus problemas, sus fortalezas, entre otros elementos necesarios para ocupar ciertos cargos públicos. Como he señalado líneas arriba, no hay sustento lógico para creer que el requisito de la inscripción durante la minoría de edad sea garantía de las cualidades de una persona.

Una verdadera solución frente a esta preocupación no pasa por un análisis vinculado al momento en el que una persona debe ser inscrita para poder otorgarle o no la nacionalidad por nacimiento, y que pueda así ocupar o no un cargo público de particular importancia, pues el momento de la inscripción no garantiza la idoneidad de la persona. Si se quiere garantizar que quien ocupe un determinado cargo público conozca la realidad social peruana, sus problemas y fortalezas, entre otros elementos necesarios para desempeñar bien dicho cargo, lo que se podría hacer, por ejemplo, es determinar una serie de requisitos que permitan verificar esas capacidades.

Definitivamente, establecer esos requisitos y los mecanismos de verificación de su cumplimiento no es tarea fácil. Sin embargo, válidamente se podría exigir, por ejemplo, que para ser presidente de la república, además de ser peruano o peruana por nacimiento, la persona haya tenido al Perú como lugar de residencia principal durante un número determinado de años, o durante una cantidad de años inmediatamente anterior al proceso electoral en el que pretende

8 La Constitución Política del Perú de 1993 establece que se requiere ser peruano por nacimiento para ocupar los cargos de: presidente de la república, congresista de la república, ministro de Estado, magistrado de la Corte Suprema, fiscal de la nación, entre otros. Además, algunas otras normas establecen el mismo requisito para otros supuestos adicionales, por ejemplo, para integrar el Servicio Diplomático de la República.

postular, de manera tal que existan mayores elementos para acreditar que la nacionalidad efectiva de dicha persona es la peruana, en atención a los vínculos formados durante esos años, y que, por lo tanto, está en condiciones de ejercer el cargo. Requisitos similares podrían ser exigidos para otros cargos públicos, en atención a las condiciones específicas que se considere que una persona deba tener para ocuparlos[9].

V. REFLEXIÓN FINAL

La nacionalidad es un vínculo jurídico que enlaza a una persona con un determinado Estado, pero que se relaciona también con aspectos sociales y culturales. La regulación de las formas de adquisición y pérdida de la nacionalidad corresponde al derecho interno de cada país; sin embargo, la capacidad normativa del Estado en esta materia encuentra límites que establece el derecho internacional. Uno de esos límites es la prohibición de la discriminación en materia de nacionalidad.

La reforma constitucional del artículo 52 de la Constitución Política del Perú de 1993, que permite otorgar la nacionalidad por nacimiento a las personas nacidas en el extranjero que sean hijas de padre o madre peruanos, ya sea que se inscriban durante su minoría de edad o cumplida la mayoría de edad, se ajusta al criterio del *jus sanguinis*. Esta modificación, además, corrige la discriminación que se hacía en atención al momento de la inscripción de las personas entre nacionales por nacimiento y nacionales por ejercicio del derecho de opción, lo que, por cierto, afectaba el disfrute de algunos derechos civiles y políticos.

Ahora bien, la frase final agregada por el Pleno del Congreso al texto original de la propuesta: «conforme a ley», deja en manos de ese poder del Estado la responsabilidad de regular los detalles referidos a la adquisición de la nacionalidad por nacimiento, para evitar hacer diferencias entre las personas en razón de criterios poco sólidos y garantizar, a la vez, que la nacionalidad por nacimiento no sea el único requisito para acceder a determinados cargos públicos de especial importancia para el Estado, sino que esté acompañada de otros requisitos que realmente permitan verificar si es o no una nacionalidad efectiva, que es lo que ciertamente debiera exigirse para esos cargos. Esto, entendiendo que la nacionalidad efectiva es aquella que vincula a una persona con las tradiciones de un país, que implica que esa persona conoce la problemática del país y

9 Lo ocurrido en Honduras durante las elecciones presidenciales del año 2001, en las que participó Ricardo Maduro, nacido en Panamá, pero inscrito en el Registro Civil de Honduras como «hondureño por nacimiento», es muestra de los problemas que se pueden generar en estos supuestos. Además, la solución dada a su caso evidencia algunos elementos que podrían ser considerados por los Estados que quieran regular criterios para acreditar los vínculos necesarios para ejercer determinados cargos públicos. Un interesante estudio del caso de Ricardo Maduro en las elecciones presidenciales de Honduras del año 2001 se puede encontrar en Fernández Rozas & Arroyo (2001, pp. 505-567).

realiza sus actividades principales en él, en donde tiene lazos familiares y un proyecto de vida, entre otros aspectos, que es lo que realmente debería exigirse.

REFERENCIAS

Congreso Constituyente Democrático. (1993a). *Debate Constitucional - 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento* (IV). Lima: Congreso de la República. Recuperado de: http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const93DD/ComiConstRegla/TomoCompleto/TomoIV.pdf

Congreso Constituyente Democrático. (1993b). *Debate Constitucional. Pleno - 1993* (I). Lima: Congreso de la República. Recuperado de: http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const93DD/PlenoCCD/Tomocompleto93/DebConstPleno93TOMO1.pdf

Diez de Velasco, M. (2007). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Decimosexta edición. Madrid: Tecnos.

Dupuy, P.-M. (2006). *Droit International Public*. Octava edición. París: Dalloz.

Edwards, A. (2014). The meaning of nationality in international law in an era of human rights. En A. Edwars & L. van Waas (eds.), *Nationality and Statelessness under International Law* (pp. 11-43). Cambridge: Cambridge University Press. doi: https://doi.org/10.1017/cbo9781139506007.002

Fernández Rozas, J., & Arroyo, R. (2001). La controvertida nacionalidad de Ricardo Maduro Joest, candidato a la presidencia de la República de Honduras. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, *I*, 505-567.

Forlati, S. (2013). Nationality as a human right. En A. Annoni & S. Forlati (eds.), *The Changing Role of Nationality in Internacional Law* (pp. 18-36). Abingdon-on-Thames, Berkshire: Routledge. doi: https://doi.org/10.4324/9780203436974

Jellinek, G. (1900/trad.2000). *Teoría General del Estado* (F. de los Ríos, trad.). México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.

Shearer, I., & Opeskin, B. (2012). Nationality and statelessness. En B. Opeskin, R. Perruchoud & J. Redpath-Cross (eds.), *Foundations of International Migration Law* (pp. 93-122). Cambridge: Cambridge University Press. doi: https://doi.org/10.1017/cbo9781139084598.005

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Advisory Opinion N° 4, Serie B (PCIJ, 7 de febrero de 1923). Recuperado de: https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_04/Decrets_de_nationalite_promulgues_en_Tunisie_et_au_Maroc_Avis_consultatif_1.pdf

Charles Keenan Kersenbrock. Resolución recaída en el Expediente N° 00737-2007-PA/TC (TC [Perú], 25 de noviembre del 2008).

Constitución Política del Perú de 1993.

Decreto Supremo N° 004-97-IN, Reglamento de la Ley de Nacionalidad. Presidencia de la República/Mininter. *Diario Oficial El Peruano*, 28 de mayo de 1997.

Dictamen recaído en el Proyecto de Ley N° 402/2016-CR. Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República del Perú (2017). Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/00402DC04MAY_20170515.pdf

Ley N° 26574, Ley de Nacionalidad. Congreso de la República del Perú. *Diario Oficial El Peruano*, 11 de enero de 1996.

Ley N° 30738, Ley de Reforma del Artículo 52 de la Constitución Política del Perú, Congreso de la República del Perú. *Diario Oficial El Peruano*, 14 de marzo del 2018.

Niñas Yean y Bosico vs. República Dominaca. Sentencia sobre el fondo (Corte IDH, 8 de setiembre de 2005).

Nottebohm Case (second phase). *Judgment of April 6th*, 1955: ICJ, Reports 1955, p. 4.

Opinión Consultiva OC-4/84. Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (Corte IDH, 19 de enero de 1984). Recuperada de: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf

Proyecto de Ley N° 402/2016-CR, Congreso de la República del Perú (2016). Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0040220161013..pdf

Texto sustitutorio. Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República del Perú (2017). Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Texto_Sustitutorio/Proyectos_de_Ley/TS0040220170824.PDF

Recibido: 15/01/2020
Aprobado: 23/03/2020

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.006
CC BY
DERECHO PUCP
N° 84, 2020
junio-noviembre
pp. 155-206
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Análisis documental sobre el tema del *big data* y su impacto en los derechos humanos

Documental analysis related to big data and its impact in human rights

EVELYN TÉLLEZ CARVAJAL*
Centro Universitario CIFE (México)

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo brindar al lector una aproximación sobre los estudios publicados en los últimos años que dan cuenta del manejo de la infraestructura tecnológica y la gestión del conocimiento que se genera a través de los análisis de grandes cúmulos de datos o macrodatos (conocidos también como *big data analytics*) relacionados al tema de los derechos humanos.

Actualmente, los individuos alrededor del mundo pueden ver vulnerados sus derechos humanos a través del manejo indiscriminado de la herramienta *big data*, ya que la información que se genera día a día y segundo a segundo por medio de los dispositivos tecnológicos —como los teléfonos inteligentes— abarca desde los hábitos de consumo de las personas hasta aspectos de su vida privada, como pueden ser sus creencias religiosas o sus datos biométricos. Así, la vulneración de derechos humanos se puede dar desde la manera en que se generan, almacenan y, en general, se tratan los datos de las personas, quienes en ocasiones desconocen cómo es que se están obteniendo y utilizando sus datos.

Como resultado, se encontró que la mayoría de las investigaciones bajo estos parámetros centran el análisis en las distintas normas jurídicas en materia de privacidad y protección de datos, tendientes a regular la manera en que se realiza la minería de datos. Sin embargo, se debe considerar que no solo el derecho a la privacidad se pone en riesgo, sino que existen otros derechos humanos que pueden ser vulnerados al hacer un mal uso de estas tecnologías; por ejemplo, al generar discriminación a partir de la elaboración de listas negras que segreguen a las personas o promuevan el racismo, o al constituir un obstáculo a la libertad de expresión, por mencionar solo algunos casos.

Palabras clave: *Big data*, datos personales, derechos humanos, derecho internacional, privacidad

Abstract: The aim of this article is to provide the reader a documentary record on the subject of the technological infrastructure and the knowledge management of big data analytics and their relation to human rights.

* Doctorante en el Centro Universitario CIFE, México (www.cife.edu.mx). Profesora e investigadora del Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y Comunicación (INFOTEC). Profesora en las facultades de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Universidad Autónoma de Querétaro.
Código ORCID: 0000-0001-6136-6821. Correo electrónico: iustellez@yahoo.fr / evelyn.tellez@infotec.mxr

Currently, human rights violations around the world due to the indiscriminate use of big data analytics is a constant, since the information that is generated every day and every second by the use of technological devices —such as smartphones— makes possible the collection of information, that goes from consumption data to even private information, such as religious opinions or biometric data. Human rights violations due to big data analytics starts by the way personal data is collected and treated. Sometimes people do not know how their data are being processed, stored or used.

As a result of the analysis, it was observed that several articles, books and papers refer to personal data and privacy regulations, focusing in the regulations of the data mining conditions. Despite, those regulations, it can be observed that big data analytics could allow a wide margin for infringement of not only the human right to privacy, but also of another human rights; for instance, through actions that promote racism, the creation of blacklists, the promotion of segregation and the limit of the freedom of speech, just to mention some examples.

***Key words*:** Big data, human rights, international law, privacy, personal data

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. METODOLOGÍA.– III. *BIG DATA*, DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL EN CONTEXTO.– III.1. EL *BIG DATA* Y SU MATERIA PRIMA: «LOS DATOS».– III.2. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ERA DEL *BIG DATA*.– III.3. EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL TEMA DE *BIG DATA*.– IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En este registro documental (CIFE, 2016, p. 1) se presentan algunos documentos, artículos y libros que hacen referencia al manejo de la infraestructura tecnológica y su gestión del conocimiento, específicamente en la recolección y el tratamiento de la información a través de los análisis de grandes cúmulos de datos o macrodatos, también conocido por su anglicismo: *big data*.

Los análisis de *big data* son una herramienta que puede servir para impulsar la promoción y protección de los derechos humanos, como lo manifiestan las Naciones Unidas a través de su estudio *Macrodatos para el desarrollo sostenible* (ONU, s.f.), pero que también puede ser utilizada para vulnerar esos mismos derechos, por lo que debe ser regulada de manera puntual. Por ello, resulta necesario generar información clara y suficiente para que los individuos comprendan cómo el uso de ciertas tecnologías puede afectar sus derechos humanos.

No se puede negar que el *big data* es una herramienta clave, precisamente, para la generación de nuevos saberes en la denominada sociedad del conocimiento, entendida como «aquella donde las interrelaciones que vinculan a los individuos se sustentan a través del

acceso y procesamiento de información con el propósito de generar conocimiento, primordialmente, a través de las tecnologías de la información y la comunicación (TICS)» (Ávalos, 2013, p. 5).

Tampoco se puede negar que los Estados a nivel internacional están conscientes de la importancia de la incorporación del uso de las tecnologías para alcanzar determinadas metas, tanto económicas como políticas y sociales. Hoy por hoy se emplea el concepto de economía digital como un ecosistema que posiciona a los países en un determinado nivel de desarrollo, dependiendo de su capacidad de incorporación y apropiación de la tecnología. «La idea de una sociedad del conocimiento viene a reconocer la importancia fundamental que en todos los países tiene la generación del conocimiento y el desarrollo de tecnologías apropiadas a las realidades locales, a la vez que subraya estos factores como claves para el desarrollo nacional» (Marrero, 2007, p. 85).

De esta manera es necesario explicar qué es el análisis de grandes cúmulos de datos y cómo esta herramienta puede beneficiar o perjudicar a las sociedades en general y a los individuos en particular. Los macrodatos se han definido por distintos expertos como «[…] los conjuntos de datos cuyo tamaño está más allá de las capacidades de las herramientas típicas de software de bases de datos para capturar, almacenar, gestionar y analizar» (Johanes, 2013, p. 2).

> Aunque no existe una definición formal del término, su uso se refiere a grandes cantidades de datos o información digital que requiere equipos de cómputo de alto rendimiento y programas o técnicas de análisis especializadas para su procesamiento e interpretación. Su gran atractivo es que permite obtener relaciones, patrones y resultados, que no son accesibles mediante otras metodologías (Oficina de Información Científica y Tecnológica para el Congreso de la Unión, 2018, p. 1).

Por su parte, Rob Kitchin indica que el *big data* consiste en aquellas bases de datos que son demasiado grandes para caber en una hoja de Excel o ser almacenadas en una sola computadora (2014, p. 1). Además, tanto Kitchin como Nersessian (2018) y Bashari *et al.* (2016) señalan que los macrodatos tienen ciertas características por: a) su volumen, ya que trabaja con terabytes o petrabytes; b) la gran velocidad con la que se crean las bases de datos, ya que esto se realiza casi en tiempo real; c) su estructura, ya que esta tecnología se encuentra elaborada sobre una gran diversidad y variedad de datos; d) su alcance exhaustivo, pues trata de capturar la información de poblaciones enteras y sistemas completos, incluyendo detalles específicos que permiten la indexación e identificación de los datos; y e) su flexibilidad, ya que puede agregar campos y escalar o expandir su tamaño rápidamente (Kitchin, 2014, pp. 1-2; Nersessian, 2018, p. 846; Bashari *et al.*, 2016, pp. 438-439).

En el análisis de grandes cúmulos de datos se recaban, gestionan y procesan datos de muy diversa índole; por ejemplo, datos en formato de texto, imagen, vídeo o sonido. Este tipo de datos son generados por usuarios de determinadas tecnologías o plataformas como los teléfonos celulares, las cámaras de videovigilancia, los televisores, los relojes y los refrigeradores inteligentes. Dichos datos son almacenados y procesados tanto por agentes gubernamentales como por compañías como Facebook, Google, Amazon, Uber, etcétera (Ureña, 2019, p. 100), razón suficiente para establecer límites que garanticen el adecuado uso de esta información y, sobre todo, su relación con los derechos humanos de las personas (Nersessian, 2018, p. 845).

El problema que se desprende del uso del análisis de macrodatos es que, actualmente, las normas jurídicas no impiden que se dé un manejo poco ético e inclusive ilícito en la captación, gestión y procesamiento de los datos de los individuos que utilizan los medios digitales (Nersessian, 2018, p. 848). A pesar de que el derecho a la privacidad es considerado un derecho humano, su protección en la era de la internet es incierta, en principio por la manera en que se obtiene, resguarda y usa la información (Ureña, 2019, p. 101), pues esta red informática es descentralizada y aquello permite a distintos actores no estatales el tratamiento de datos de los individuos. Ejemplo de esto es la Ley de Privacidad del Consumidor de California, en los Estados Unidos, que se opone a limitar el derecho de las empresas norteamericanas a recolectar los datos de sus consumidores (Duchene, 2019, pp. 2-3); así, los datos se consideran como cualquier otra mercancía susceptible de comprarse y venderse.

El análisis de grandes cúmulos de datos hace posible la recopilación de información sobre tantas personas y de manera tan detallada que estos reflejan los hábitos y gustos de grupos demográficos específicos y ubicados en ciertas áreas geográficas (Ureña, 2019, p. 100). Inclusive se tiene acceso a datos biométricos que pudieran poner en riesgo a grupos vulnerables, como es el caso de migrantes, solicitantes de asilo y refugiados, ya que el «propio procedimiento de protección internacional tiende a recopilar una gran tipología de datos e información personales y que abarca tanto aquellos identificadores entre los que se incluyen nombres, nacionalidades, lugar de procedencia y fecha de nacimiento como los extensos datos de carácter sensible» (García, 2019, p. 255). Con este tipo de información en las manos incorrectas, existen riesgos como la manipulación de los individuos en el contexto político para influenciar en el voto «por medio de la utilización de Webs, SMS, redes sociales, correos electrónicos, blogs, buzones de correos electrónicos, chats, plataformas, vídeos, llamadas automatizadas, etc., [… que] plantea una inédita problemática: la captación y tratamiento ilegítimo de los datos persones de los electores y el uso indebido de los mismos» (p. 310). Así, no podemos dejar de mencionar el caso de Cambridge

Analytica y Facebook (Ureña, 2019, p. 101), que, sin lugar a duda, evidencia lo vulnerable que es la privacidad y la intimidad de las personas en el mundo digital. De ahí la relevancia de crear conocimiento en las comunidades para aprender y potenciar las ventajas y reducir las desventajas del uso de las tecnologías. Incluso la Unesco señala que «el elemento central de las sociedades del conocimiento es la capacidad para identificar, producir, tratar, transformar, difundir y utilizar la información con vistas a crear y aplicar los conocimientos necesarios para el desarrollo humano» (Forero, 2009, p. 41).

Sin embargo, parece que ante la incapacidad de las normas jurídicas provenientes de los Estados para evitar un mal uso de los análisis de macrodatos, la solución a esta problemática sigue siendo el apelar, por ahora, a las buenas prácticas de los actores que intervienen en el tema, sean estos proveedores de internet, administradores de sitios web o cualquier otro actor, incluidos los mismos usuarios de internet.

Es necesario entender y dimensionar el hecho de que la técnica de análisis de grandes cúmulos de datos no solo afecta la privacidad de los individuos, sino que también hay otros derechos humanos que pueden verse afectados con un manejo irresponsable de esta información. Lo mencionado puede darse a través de la creación de perfiles falsos en alguna red social con miras a captar víctimas para la trata; la realización de actos de *grooming* o *sexting*; la perpetración de ataques con *malware* para extorsionar a los usuarios a cambio de devolverles el acceso a sus archivos; o incluso la generación de tendencias de opinión en las personas en un intento por influir en su comportamiento, en una franca vulneración a la libertad de opinión (Nersessian, 2018, p. 848).

Con un mal uso de las técnicas de análisis de grandes cúmulos de datos se pueden vulnerar derechos humanos, pues hacen factible generar discriminación hacia las personas por sus creencias, preferencias, religión, etcétera; o bien se puede dar una inadecuada protección a los derechos del consumidor (Paterson & McDonagh, 2018, pp. 1-2), haciendo públicos los resultados de sus compras e inclusive de sus reclamaciones ante un mal producto o servicio, lo que genera la posibilidad de colocarlos en listas negras elaboradas por los prestadores de servicios o proveedores de productos, solo por mencionar algunos ejemplos.

Es menester reconocer que existen diferentes riesgos en cada una de las distintas etapas en que se desarrolla el análisis de *big data*, a saber: la recolección, almacenamiento, análisis y transferencia de datos, resaltando con esto que las técnicas de análisis de grandes volúmenes de datos parecen dejar al descubierto la imposibilidad de garantizar que no se vulneren los derechos de los individuos (Bashari *et al.*, 2016, p. 445).

En el presente artículo se seleccionaron una serie de textos que abordan el tema del análisis de grandes cúmulos de datos desde dos aspectos: por un lado, como herramienta que fomenta la protección de los derechos humanos; y, por el otro, como una herramienta que necesita ser regulada, tanto a nivel nacional como internacional, precisamente para evitar la vulneración de derechos. Tangencialmente, esta selección de textos pretende brindar a los lectores elementos para conocer o profundizar lo que saben sobre la manera en que los Estados han pretendido normar y garantizar la adecuada utilización de esta herramienta de análisis.

De esta manera, es pertinente conocer cómo los entes estatales están actuando para proteger los derechos de los individuos por medio de normas jurídicas, tanto nacionales y regionales como internacionales, para aprovechar los beneficios del uso de estas herramientas tecnológicas y tratar de mitigar sus efectos adversos, destacando que los resultados de los análisis de grandes cúmulos de datos que se utilizan en la inteligencia artificial no están exentos de controversias, en particular cuando son agentes no estatales quienes poseen, almacenan y, en general, tratan los datos de los individuos todos los días (Sarfaty, 2018, p. 92).

El objetivo final de este análisis documental es contribuir al desarrollo del conocimiento en torno al tema de los derechos humanos y su relación con el *big data*, resaltando que aunque puede darse la afectación de la protección de datos y la privacidad de las personas, el uso ético y responsable de esta tecnología permite utilizarla para salvaguardar los derechos humanos de los individuos; no obstante, tenemos que estar ciertos de que por ahora no se puede dejar de observar ciertos riesgos en su utilización.

> [L]as nuevas tecnologías de la información y la comunicación han creado condiciones para la aparición de sociedades del conocimiento. La sociedad mundial de la información en gestación solo cobrará su verdadero sentido si se convierte en un medio al servicio de un fin más elevado y deseable; la construcción a nivel mundial de sociedades del conocimiento que sean fuentes de desarrollo para todo, sobre todo para los países menos adelantados (Unesco, 2005, p. 29).

El índice de desarrollo humano de las Naciones Unidas «resalta que son las personas y sus capacidades el criterio más importante para evaluar el desarrollo de un país, y no solamente el crecimiento económico» (Márquez, 2017, p. 3), por lo que un enfoque socioformativo[1] (Prado, 2018; Luna, 2019; Tobón, 2018) permitiría que las personas, al conocer el tema del *big data* y sus repercusiones en los derechos humanos,

1 Es un nuevo enfoque educativo que tiene como principal objetivo el llevar a cabo el desarrollo integral de las personas en cada una de las dimensiones de su vida cotidiana, estableciendo como medios para alcanzar dicha meta el proyecto ético de vida y la reflexión constante sobre los diversos problemas de contexto que caracterizan a las tecnologías de la información y la sociedad del conocimiento.

aprendan a identificar y resolver ciertas problemáticas generadas por el uso de las nuevas tecnologías de la información, produciendo una sociedad del conocimiento más informada y, por tanto, preparada para evitar las consecuencias del abuso de estas tecnologías.

II. METODOLOGÍA

A través de un análisis exploratorio y descriptivo se elaboró un registro documental que trata el conjunto de estrategias y métodos de recopilación de información plasmado en documentos, sean estos físicos o digitales, que por medio de herramientas concretas permiten la consulta de las fuentes de donde se obtiene dicha información. Una de las ventajas de elaborar registros documentales es que permite presentar la información recabada de una manera ordenada que, a su vez, facilita la presentación de resultados y hace que la consulta de los materiales sea ágil, permitiendo enunciar el marco teórico y conceptual que sustenta el objeto de estudio, que en este caso es el análisis de *big data* y su relación con los derechos humanos.

Para llevar a cabo el registro documental se identificaron palabras clave y palabras complementarias, y se elaboró un registro de citas tanto textuales como no textuales de las mismas (CIFE, 2016, p. 1). En este caso, los criterios de búsqueda fueron: *big data*, derechos humanos y su vinculación.

Las preguntas base de investigación fueron: ¿qué es el análisis de grandes cúmulos de datos?, ¿cómo se relaciona esta técnica de análisis con los derechos humanos?, ¿existen documentos que refieran al *big data* y los derechos humanos sin limitarse a la protección de datos y la privacidad?, y ¿cómo pueden los análisis de *big data* favorecer la protección de los derechos humanos?

Se dirigió la búsqueda a aquellos artículos, revistas y documentos que contuvieran la palabra *big data* en el título, en el resumen, en las palabras clave y en el desarrollo del trabajo mismo, y que tuvieran relación con el tema de los derechos humanos, aunque este criterio de búsqueda no apareciera de forma literal en el título, el resumen o en las palabras clave del documento, pero sí en el desarrollo del trabajo.

Una vez identificados los documentos, se procedió a clasificarlos de acuerdo con los siguientes criterios:

- Fecha del documento. Se buscó documentos preferentemente publicados del año 2015 en adelante.
- Tipo de publicación. Se seleccionó libros con ISBN y revistas especializadas, preferentemente aquellas consideradas dentro de

alguna indexación como Scopus, Scielo, Clase, CIRC, Dialnet o Latindex.

- Tipo de documento. Se seleccionó artículos científicos y libros individuales y colectivos ya publicados, descartando obras en proceso de publicación o *working papers*.
- Se incluyó documentos normativos: leyes, tratados internacionales e inclusive documentos de *sof law* relacionados con el tema *big data* y derechos humanos. Se buscó, en la medida de lo posible, que no refirieran únicamente al tema de la privacidad o la protección de datos, sino que pusieran énfasis en el uso de tecnologías que involucran el análisis de grandes cúmulos de datos y otros derechos humanos.
- Clasificación de los resultados de la búsqueda. Tras realizar una lectura más profunda, se identificó si el artículo en cuestión abordaba el análisis de *big data* relacionado a los derechos humanos en estas dos vertientes de estudio: a) el *big data* como herramienta de protección de los derechos humanos, y b) el *big data* como herramienta que necesita ser regulada para no vulnerar derechos humanos.
- En una segunda revisión del artículo, se incorporó pronunciamientos de Comités de las Naciones Unidas y jurisprudencia de Tribunales regionales —como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos—, derivados de los comentarios de pares académicos vertidos durante la evaluación de esta colaboración.

III. *BIG DATA*, DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL EN CONTEXTO

En un mundo globalizado, la incorporación del uso de tecnologías en las distintas sociedades ha tenido una penetración constante. Por una parte, encontramos a los países que poseen riquezas naturales, entre estas minerales raros (litio o coltán, por mencionar algunos) necesarios para la fabricación de herramientas tecnológicas como los teléfonos inteligentes y las computadoras; por otro lado, se encuentran los países productores de tecnología; y, finalmente, tenemos a aquellos países que son solo importadores de tecnologías, entre los cuales se ubican varios de América Latina.

Sin importar si se pertenece a uno u otro país, es una realidad que en sociedades como la nuestra se ha incorporado y aumentado el uso de teléfonos, relojes, refrigeradores y televisores inteligentes, así como de *laptops* y tabletas. Gracias a estos dispositivos algunas regiones en donde

no existía el uso de teléfonos y servicios de larga distancia han logrado tener acceso a la internet, abriendo paso a las bondades y los riesgos que esta tecnología tiene aparejados.

Sin haber tomado plena conciencia del uso de las tecnologías, los individuos comenzamos a modificar nuestra manera de ver noticias, hacer compras e incluso comunicarnos. Se han «modificado nuestros hábitos y costumbres de ocio y laborales o profesionales, como consumidores, en nuestras relaciones como ciudadanos con las diferentes administraciones y en las relaciones con otras personas» (Garriga, 2016, p. 20). En el uso de estas nuevas herramientas se nos requirió compartir información sobre nosotros mismos, crear perfiles, tener contraseñas, hacer uso de aplicaciones so pena de quedar excluidos de ciertos grupos de no hacerlo. Así se dio el comienzo de una sociedad hiperconectada que produce datos a cada segundo, generando la materia prima de los análisis de grandes volúmenes de datos que utilizan desde el reconocimiento facial, la geolocalización y los estados de ánimo hasta el historial de sitos frecuentados, los gustos gastronómicos y el nivel de gastos, entre muchos otros indicadores.

> El 70% del universo digital es generado por nosotros mismos a través de nuestra interacción con los diferentes servicios de la red (e-mail, redes sociales, buscadores, Smartphone, etc.). Se trata de una realidad importante que hemos de tener en cuenta y que debe hacernos reflexionar sobre la efectividad de alguna de las normas vigentes en materia de datos personales […] (p. 29).

III.1. El *big data* y su materia prima: «los datos»

Como quedó establecido en la introducción, no hay un concepto mundialmente aceptado de *big data*; inclusive, se mencionaron algunas de las características que, según los expertos, poseen los macrodatos como el volumen (petabytes), la velocidad (tiempo real), la diversidad (imagen, sonido, etcétera) y su flexibilidad, entre otras. El *big data*

> […] hace referencia a dos cuestiones íntimamente relacionadas. En primer lugar, a la gran cantidad de datos disponibles, es decir a la existencia de un masivo volumen de datos que pueden ser utilizados con diversos fines y están al alcance de empresas, estados y particulares. En segundo lugar, con la expresión Big Data se alude también al conjunto de tecnologías cuyo objetivo es tratar grandes cantidades de información, de datos, empleando complejos algoritmos y estadística con la finalidad de hacer predicciones, extraer información oculta o correlaciones imprevistas y, en último término, favorecer la toma de decisiones (Garriga, 2016, p. 28).

Los individuos producimos una cantidad masiva de datos que son de gran valor para las entidades públicas y privadas porque facilitan y controlan las interacciones digitales a través de los motores de búsqueda, además de utilizar objetos como los «denominados "wereables" o "tecnología vestible", como relojes y pulseras inteligentes o las "google glass", los relativos a la domótica o los denominados sensores portátiles y el conjunto de dispositivos y aplicaciones para registrar y procesar datos sobre nuestro hábitos cotidianos…» (Garriga, 2016, p. 29).

Al utilizar estos dispositivos, que forman parte de la Internet de las Cosas (IoT) (entendiendo por esta a la interconexión de los objetos cotidianos que están dotados de una inteligencia ubicua, generalmente por medio de la red) (Xia *et al.*, 2012, p. 1101), los individuos ayudamos al incremento de la generación de datos que se pueden utilizar en los análisis de *big data*. Por ejemplo, utilizar aplicaciones como Google Glass, Epson Moverio, Pebble y Fitbit (Wei, 2014, p. 53), que monitorean las actividades de sus usuarios, hace posible reconstruir el mundo alrededor de ellos por medio de coordenadas de localización, velocidad de movimiento y dirección, así como gracias a las fotos de alta resolución y, en algunos casos, hasta la captura de sonido (Paterson & Maeve, 2018, p. 4).

El análisis de *big data* se basa en la inteligencia artificial, la misma que es entendida como «el estudio de cómo programar computadoras que posean la facultad de hacer aquello que la mente humana puede realizar» (Escolano *et al.*, 2003, p. IX). Por otro lado, el aprendizaje de las máquinas —o *machine learning*, en inglés— es definido como «la programación de computadoras para optimizar su desempeño, usando un criterio con datos previos o experiencias pasadas» (Alpaydin, 2010, p. XXXV) para obtener grandes cantidades de datos personales en la toma de decisiones que están relacionadas con los individuos. El análisis de grandes cúmulos de datos incluye la aplicación de un análisis veloz y sofisticado en donde la información de individuos y de grupos humanos es obtenida de diversas fuentes. Para ello, se utilizan herramientas como la inteligencia artificial con el objetivo de procesar y analizar los datos obtenidos para predecir y anticipar los eventos futuros de esa manera (Paterson & Maeve, 2018, p. 3). Cabe señalar que Joyanes expone que el uso del concepto de *big data* se remonta al año 1984 en el ámbito académico y a 1987 fuera de este (2013, p. 3).

El uso de grandes cantidades de datos es mucho más que una herramienta útil para la toma de decisiones, pues considera que el contar con esa metodología y esas técnicas de investigación del análisis de datos proporciona una visión única, dependiendo del contexto en el que se lleve a cabo, como en la política, la ciencia o los negocios. No obstante, la cuestión es que en esta cadena de suministro de datos existen

diversos participantes, que van desde las personas que proporcionan la información, las autoridades o las empresas que recolectan los datos, hasta las personas que van a diseñar los algoritmos para que el cúmulo de información prevea un significado; es decir, que se interpreten los datos (Nersessain, 2018, p. 849).

El análisis de *big data* permite tener información real de los individuos y, a su vez, modelar los datos para un propósito específico como predecir las decisiones de los individuos (Paterson & Maeve, 2018, p. 18). Si bien esto puede ser beneficioso comercialmente, también puede beneficiar la vida de los seres humanos al permitir el análisis de grandes bases de datos para desarrollar tecnologías basadas en la inteligencia artificial y el *maching learning* como, por ejemplo, los autos autónomos, las asistentes de teléfonos móviles como Siri, Alexa o Cortana, o los androides tipo *Sophia* que «generalmente son construidos con el propósito de ayudar a los individuos a completar tareas difíciles o para sentirse menos solos» (Mossbridge *et al.*, 2018, p. 1).

Lo relevante de esta técnica de análisis es que para poder utilizar este cúmulo de datos es necesario que un programador experto elabore algoritmos que permitan su interpretación, ya que «los datos no pueden hablar por sí mismos» (Frith, 2017, p. 173). Además, no importa qué tan grande sea el volumen de los datos que se va a analizar o que tan sofisticado sea el algoritmo para realizar ese análisis, los resultados aún necesitan de los seres humanos para ser interpretados (p. 174). Un hecho significante que señalan Paterson y Maeve es que los programas de inteligencia artificial «aprenden de los datos para poder reconocer inteligentemente nuevos datos y adaptarlos de conformidad a lo aprendido» (2018, p. 3). Los algoritmos que se usan para hacer este análisis de *big data* generalmente no son transparentes y crean lo que Paterson y Maeve han descrito como el efecto *black box*. Es aquí, justamente, donde las técnicas de aprendizaje autónomo e inteligencia artificial que permiten que las máquinas logren decidir con base a un código de programación puede representar un riesgo para los derechos humanos (Ureña, 2019, p. 104), pues este tipo de información, puesta en manos de dictadores o potenciales terroristas, puede representar un gran riesgo para las sociedades (Alfaro *et al.*, 2012, p. 111).

Los sistemas de algoritmos que se emplean en el aprendizaje de las máquinas son frecuentemente opacos y es difícil explicar por qué han tomado determinada dirección pues, al final del día, el diseño del algoritmo recae en un individuo que posee su propia ideología, cultura y ética. Sin embargo, cada vez se ponen en práctica más medidas para conocer el grado de influencia de los algoritmos y estas permiten una mayor transparencia en los reportes que acompañan el sistema de

decisiones del análisis de los grandes cúmulos de datos (Mauracciole, 2018, p. 281). Es necesario tener en cuenta que se debe probar la utilidad de las herramientas que vigilan tanto la manera en que se procesan los datos como los resultados que estos arrojan (Datta *et al.*, Sen & Zick, 2017, p. 72). Otro problema con el análisis de *big data* es que debido a que los datos se obtienen de distintas fuentes, no hay claridad sobre el propósito predefinido para su recolección, lo que hace que la información que se pudo haber recogido con un propósito sea utilizada de modo muy distinto al momento en que se somete al análisis con posterioridad por parte de quienes los recolectan (Günther, 2017, p. 195). Un ejemplo de esto se verá más adelante con la sentencia *Schrems* ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Los retos que surgen de esta herramienta de análisis incluyen las responsabilidades tanto de las empresas privadas, como lo ha puesto de manifiesto la Organización de Naciones Unidas a través de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar», en los que se especifica que es responsabilidad de las empresas «abstenerse de infringir los derechos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación» (2011, p. 15). Las empresas que realizan análisis de *big data* tienen la obligación y responsabilidad de proteger «los derechos humanos internacionalmente reconocidos que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos» (p. 15). Y no solo respecto a la protección de los derechos, sino que también en lo que respecta a las reparaciones por aquellas violaciones que pudieran haberse cometido en contra de los mismos. Además, «Si las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos» (p. 28). Tómese como ejemplo la Armada Electrónica Siria, que en 2011 utilizó cuentas de Facebook falsas, *software* de monitoreo y virus informáticos (como troyanos y *malware*) cuyo objetivo era conocer las prácticas de los disidentes del Gobierno (Nersessian, 2018, p. 848).

Otro ejemplo de la relevancia de los análisis de *big data* y el aprendizaje de las máquinas es la robot Tay de la empresa Microsoft, que fue programada para tener conversaciones vía mensajes de texto y aprender conforme interactuaba con los usuarios. Este ejercicio puso al descubierto que en menos de veinticuatro horas dicho «robot» había aprendido de las personas con las que interactuó que los judíos y el expresidente Bush eran los responsables de los atentados del 9/11; asimismo, este se manifestaba a favor del genocidio, utilizaba expresiones raciales y negaba que hubiera existido el Holocausto. Esto es un claro ejemplo de que las cosas pueden

salir mal cuando las máquinas tienen un aprendizaje que proviene de los usuarios incorrectos (Nersessian, 2018, p. 848).

III.2. Los derechos humanos en la era del *big data*

El concepto de derechos humanos es uno que se acuña posteriormente a la Segunda Guerra Mundial, pues los individuos se vuelven sujetos de derecho internacional tras el juicio de diversos personajes en el Tribunal de Núremberg. Este hecho, sin precedentes hasta entonces, evidenció un cambio sobre los Estados como únicos sujetos del derecho internacional, colocando en el escenario internacional a los individuos. Gracias a esta transformación se dieron pautas para que los Estados y sus autoridades tengan ciertos límites en sus actuaciones; y, en particular, se comienzó a gestar el reconocimiento de ciertos derechos que deben ser poseídos por todos los seres humanos alrededor del mundo.

Thomas Buergenthal señala que el derecho contemporáneo de los derechos humanos consiste en un cuerpo masivo de derechos de individuos y grupos, proclamados en un vasto número de instrumentos regionales e internacionales, así como en una jurisprudencia voluminosa de derechos humanos emitida por las cortes internacionales y los cuerpos casi judiciales que aplican estos instrumentos. Estos instrumentos internacionales incluyen las convenciones y declaraciones adoptadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas, así como los instrumentos a cargo de agencias especializadas de esta organización. De igual manera, estos instrumentos regionales e internacionales incluyen derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, derechos de las minorías y de los pueblos que juntos conforman el derecho internacional de los derechos humanos (2012, pp. 2-3).

De acuerdo a la página oficial de las Naciones Unidas, y en específico de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH, 2006), los tratados internacionales que conforman el derecho internacional de los derechos humanos son: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1976; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo año; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984; la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares de 1990; la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ambas de 2006.

De estos instrumentos internacionales surge una parte importante de las obligaciones para los Estados, que «se asienta[n] sobre la base de los llamados órganos de tratados o Comités» (Chinchón & Rodríguez, 2018, p. 153). Dichos comités tienen la facultad de emitir decisiones sobre las temáticas que les competen, aunque estas no son legalmente vinculantes.

Así, estamos frente a un vasto número de normas de *soft law* entendidas como resoluciones, observaciones e informes que, aunque «no existe una definición precisa del término *soft law*, […] están formulados en términos exhortatorios» (Colmegna, 2012, p. 27). Los pronunciamientos de *soft law* en el tema de los derechos humanos son muchos. En particular, existe un gran número de referencias en lo que se refiere a la privacidad y el derecho a la intimidad, al honor, a la vida privada de las personas y a la protección de datos personales. Un ejemplo de estos pronunciamientos es la Resolución 73/179 de 2018, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre el derecho a la privacidad en la era digital. Esta recoge a su vez las Resoluciones 68/167 de 2013, 69/166 de 2014 y 71/199 de 2016, todas relativas al derecho a la privacidad en la era digital; y la Resolución 45/95 de 1990 sobre la reglamentación de ficheros computarizados de datos personales. Asimismo, en la Resolución 73/179 de la Asamblea General se resalta la preocupación sobre posibles violaciones o transgresiones al derecho a la privacidad con el uso de las

> […] nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, y al mismo tiempo, incrementa la capacidad de los Gobiernos, las empresas y las personas de llevar a cabo actividades de vigilancia, interceptación y recopilación de datos, lo que podrá constituir una violación o una transgresión de los derechos humanos, en particular del derecho a la privacidad establecido en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos […] (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2018, p. 2).

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativa a la lucha contra el discurso de odio racista revisada en la Declaración y Programa de Acción de Durban (2001), resalta en el párrafo 27 de las cuestiones generales la

> […] preocupación porque más allá del hecho de que el racismo esté ganando terreno, las formas y manifestaciones contemporáneas del racismo y la xenofobia están tratando de adquirir reconocimiento político, moral e incluso jurídico en muchas formas entre otras mediante las plataformas de algunas organizaciones y partidos políticos y la difusión de ideas basadas en el concepto de la superioridad racial mediante las modernas tecnologías de la comunicación (ONU, 2001, p. 13).

Y en el párrafo 91 de la misma Declaración, se señala la

> […] profunda preocupación por el uso de nuevas tecnologías de la información, como Internet, con fines contrarios al respeto de los valores humanos, la igualdad, la no discriminación, el respeto por los demás y la tolerancia en particular para propagar el racismo, el odio racial, la xenofobia, la discriminación racial y las formas conexas de intolerancia, y, sobre todo, por la posibilidad de que los niños y jóvenes que tienen acceso a esta información se vean negativamente influidos por ella (ONU, 2001, p. 21).

Se observa en estos pronunciamientos la relevancia en el tema del uso de las tecnologías que pueden representar un riesgo para los derechos humanos.

Por otro lado, también existe una gran diversidad de documentos en el ámbito regional que abordan la temática, en principio respecto a la protección de datos, como en el caso del artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En una línea similar están las directrices de privacidad de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el Convenio 108 del Consejo de Europa de 1981 sobre la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, actualizado ahora al Convenio 108+. Especial mención merece el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea de 2016, que deroga la Directiva 95/46CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 1995 sobre la protección de las personas físicas respecto al tratamiento de datos personales. Y no se deben olvidar los documentos del órgano consultivo Grupo de Trabajo del Artículo 29 (Gil, 2016, pp. 49 y 51).

En el tema que nos ocupa también debe resaltarse los nueve principios contenidos en los Lineamientos del Consejo de Europa sobre la Protección de los Individuos con Respecto al Procesamiento de Datos Personales en un Mundo de Grandes Datos del año 2017 sobre: a) la conciencia ética y social del uso de los datos; b) políticas preventivas y evaluación del riesgo; c) límite de propósito y transparencia; d) enfoque mediante diseño; e) consentimiento; f) anonimización; g) el rol de la intervención humana en las decisiones basadas en grandes datos; h) datos abiertos; y i) educación (Consejo de Europa, 2017, pp. 3-6).

> Las consecuencias del procesamiento de datos ya no se limitan a los conocidos problemas relacionados con la privacidad, sino que abarcan los prejuicios contra grupos de individuos y una gama más amplia de derechos fundamentales. La tensión entre el uso más extendido del Big Data y la Inteligencia Artificial por un lado, y la creciente demanda

> de uso de datos ético y socialmente responsable por el otro, revela la falta de un marco regulatorio que pueda abordar los problemas sociales planteados por estas tecnologías (Mantelero, 2018, p. 771).

También en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido estándares para una Internet libre, abierta e incluyente que aborda el tema del *big data* como un desafío de la Internet, ya que se considera que esta herramienta de análisis puede evaluar las necesidades y tendencias sociales, ayudando a plantear políticas públicas en beneficio de los derechos humanos, por un lado; y, por el otro, las empresas privadas también podrían ofrecer mejores productos y servicios para la sociedad (2017, pp. 81 y 91).

Por otro lado, una parte fundamental de los pronunciamientos jurisdiccionales son los casos específicamente llevados a los tribunales, como el caso de la sentencia *Schrems* ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este caso involucra el uso de técnicas de *big data* para recabar información de personas sospechosas con la intención de prevenir y sancionar actos terroristas. En este caso, el señor Schrems —ciudadano europeo— hizo el señalamiento de que sus datos estaban siendo tratados en los Estados Unidos a consecuencia de un acuerdo de puerto seguro, pero que en realidad tal no existía, por lo cual acudió al Tribunal para que cesara el tratamiento de datos por parte del país norteamericano. Entre los resultados de dicho caso, se decidió «suspender la transferencia de datos personales a otros países cuando crean que no cumplen con un nivel adecuado de protección» (Puerto & Sferraazza-Taibi, 2017, p. 223). Este es un caso emblemático pues en él se logró que no se vulneren los derechos de un individuo en particular —en concreto, el manejo de sus datos personales— por sobre acuerdos internacionales en la materia.

En la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuya jurisprudencia abundan los casos sobre el derecho a la vida privada, como el caso de las *Masacres de Ituango vs. Colombia*; casos respecto a la vida privada y las conversaciones telefónicas, como el caso *Tristán Donoso vs. Panamá*; o sobre derecho a la libertad de expresión y la privacidad, como el caso de *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*; los temas específicos relacionados a la violación a derechos humanos que se están derivando por el uso de las técnicas de *big data* aún no presentan pronunciamientos.

Sarfaty explica que los esfuerzos del derecho internacional de los derechos humanos se han centrado en el cumplimiento de los tratados más que en la prevención de la vulneración estos derechos (2018, p. 76). Es justo en esta situación que las técnicas de *big data* pueden ayudar, por ejemplo, a predecir y prevenir violaciones de derechos como

el desabasto de alimentos; prever catástrofes futuros en el ámbito de la salud (p. 77), previniendo posibles brotes de enfermedades en la población; permitir la localización de posibles actividades criminales en alguna zona determinada; o prevenir el tráfico de personas, explotando los servicios financieros y las compañías de redes sociales (Nersessian, 2018, p. 847).

Actualmente, el uso de *big data* en el área del derecho se ha incrementado, pero su aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos es relativamente nueva (Sarfaty, 2018, p. 76). No hay que pasar por alto que para una adecuada protección de los derechos humanos se requiere de una prevención *ex ante*, es decir, previa a que acaezcan las violaciones; y que, en cambio, el uso de los grandes cúmulos de datos requiere de un lapso de tiempo para recolectarlos y así detectar violaciones a los derechos. Esto significa, sin embargo, que, al momento de recolectar los datos e interpretarlos, probablemente la violación a los derechos ya pudo haber sucedido, por lo que no se tiene suficiente tiempo para anticiparse y mitigar los riesgos, ocasionando una protección poco efectiva (p. 77).

Sin embargo, las estadísticas que se obtienen con la técnica de análisis de los grandes cúmulos de datos también permiten dar cuenta de las violaciones a los derechos humanos, por lo que pueden considerarse como herramientas útiles para que tanto los agentes gubernamentales como la comunidad internacional puedan hacer uso de ellos, observar tendencias y emitir alarmas. Las Naciones Unidas ya ha considerado los macrodatos para contribuir al desarrollo sostenible a través de su proyecto «Construyendo nuestro futuro juntos», en el cual contempla el uso de los macrodatos para el desarrollo sostenible. Así, por ejemplo, para erradicar la pobreza, se plantea el uso de las «tendencias de gasto en los servicios de telefonía móvil [que] pueden proporcionar indicadores indirectos de los niveles de ingresos o utilizar el seguimiento de los precios de los alimentos en Internet para ayudar a controlar la seguridad alimentaria casi en tiempo real o rastrear el movimiento de los usuarios de teléfonos móviles para ayudar a medir la propagación de enfermedades infecciosas» (Naciones Unidas, s.f.), solo por citar algunos ejemplos.

Por otro lado, es necesario reconocer que el análisis de grandes cúmulos de datos puede derivar también en errores del código de programación; por ejemplo, puede darse el caso de que involuntariamente se identifique a una persona como terrorista, o bien se le niegue a alguien el acceso a servicios médicos, o a ejercer derechos políticos como el voto o a que sea objeto de vigilancia policial, solo por una equivocación en el algoritmo o en el *machine learning*, algo que no se previó (Nersessian, 2018, p. 90).

No es tema menor que las mediciones cuantitativas no partan de un dato estadístico neutral, pues la tecnología hace posible y calculable la

medición de poblaciones para los individuos; es decir que el conocimiento generado a través del *big data* es parcial, y refleja la geografía y contexto social de las personas que producen dicho conocimiento. Esto significa que sí es relevante quién decide qué se cuenta como dato y qué no, así como también la manera en que este debe ser interpretado, cómo se mide y qué indicadores se usan. Si se pierde de vista esto, se crea una mala interpretación potencial o, peor aún, una manipulación que puede fallar en proteger a las poblaciones vulnerables (Sarfaty, 2018, p. 849).

La calidad de los datos es otro factor que incide y debe de ser considerado pues hay tres situaciones en las que la pureza de los datos puede afectar los resultados. Esto influye por la manera en que se realiza el análisis de los grandes cúmulos de datos; por ello, es preciso entender que, por un lado, se encuentra quien recoge los datos de manera bruta y los vende. Luego, por medio de esa relación contractual, se reciben los datos que se habrán de analizar y se estipula la calidad de los mismos. En una segunda fase se dan los resultados del análisis de datos, que de haberse realizado con datos impuros ya tendrá cierto tipo de sesgo en los resultados; y, finalmente, pero no menos importante, la protección legal que se accionará si se ha hecho una discriminación injusta con los resultados obtenidos del análisis (Hoeren, 2017, p. 27).

> Las desigualdades del mundo real se reproducen en los algoritmos y a través de estos vuelven al mundo real. Los sistemas de inteligencia artificial no pueden capturar la complejidad de la experiencia y las necesidades humanas. Los sistemas digitales y la inteligencia artificial crean centros de poder y los centros de poder carentes de regulación siempre plantean riesgos, incluso a los derechos humanos (Bachelet, 2019, p. 2).

Así, las bondades y los riesgos del uso del *big data* en relación a los derechos humanos son dos caras de la misma moneda. A lo largo de esta aportación se ha hecho referencia a algunos de los derechos humanos que pueden verse robustecidos con el uso de los macrodatos gracias a que posibilitan, entre otras ventajas, la identificación oportuna de riesgos sanitarios, la elaboración de mapas que indiquen la incidencia de violaciones a determinados derechos para poder prevenirlos, el uso de los datos obtenidos por medio de la geolocalización para conocer las rutas que siguen los migrantes, etcétera.

Por el contrario, los derechos que pueden verse vulnerados con los análisis poco ético de los macrodatos, ya sea porque se accede a los datos de una manera poco ética o se diseña un algoritmo que promueve el racismo o la discriminación, o bien porque en el uso del aprendizaje de las máquinas no se delimita con claridad en relación a los resultados que se espera obtener, los riesgos pueden derivar en:

- La falta de claridad en la obtención de datos personales de los individuos sin que los dueños sepan que su información personal está siendo recabada, utilizada, almacenada, borrada. En particular, resalta la capacidad que tienen las empresas privadas para obtener, almacenar y, en general, tratar los datos de los usuarios.
- La utilización de los datos de las personas para un fin distinto al que se proporcionó.
- La discriminación es un tema recurrente en los análisis de *big data*; por ejemplo, en la creación de listas negras, o cuando, dado el entrenamiento de algún algoritmo utilizado en el área de reclutamiento, se prefiere candidatos hombres sobre mujeres.
- Que en el diseño algorítmico para la detección de presuntos delincuentes se dé una tendencia negativa frente a personas de determinada población, como pueden ser las personas latinas o de color.
- También se viola el principio de presunción de inocencia cuando se permite la generación de bases de datos biométricos de personas que en algún momento fueron sentenciadas, pero que cumplieron la pena y, aun así, se encuentran en bases de datos como «medida preventiva».
- Por supuesto, otros derechos humanos que se pueden vulnerar con los análisis de *big data* son la privacidad, la honra y la reputación. Como ejemplo, se pueden mencionar casos que se han presentado ante la Corte Europea de Derechos Humanos, como el caso Carolina de Mónaco o el de *Mosley vs. Reino Unido*, en los cuales hubo una sobreexposición de sus imágenes en situaciones privadas.
- Otro derecho humano que se vulnera con los análisis de grandes cúmulos de datos es la libertad de pensamiento.
- Finalmente, también se vulnera la libertad de opinión y expresión constantemente con los algoritmos que se entrenan.

Gran parte de nuestra atención se centra hoy en los problemas relativos a la libertad de expresión en Internet y en la incitación al odio y la violencia. El acoso en línea y las campañas de troleo e intimidación han contaminado algunas secciones de Internet y plantean amenazas muy reales fuera del mundo virtual, con efectos desproporcionados sobre las mujeres. En el caso más trágico, los mensajes contra la comunidad rohingya de Myanmar precedieron a las violaciones y masacres de 2017. Los investigadores en materia de derechos humanos llegaron a la

> conclusión de que Facebook, con su caudal de noticias alimentado por algoritmos, contribuyó a difundir el discurso del odio y la incitación a la violencia (Bachelet, 2019, p. 1).

Mantelero advierte que una evaluación centrada en los derechos humanos debe dar una mejor respuesta a la demanda de una evaluación integral que incluya no solo la protección de datos, sino también los efectos del uso de los datos sobre los derechos y libertades, como la libertad de expresión, de reunión, de movimiento y también derechos como la no discriminación (2018, p. 771).

III.3. El derecho internacional en el tema de *big data*

Ahora bien, el análisis de grandes volúmenes de datos es un tema que hoy por hoy interesa a la comunidad internacional. Por un lado, tenemos a los Estados que tienen la capacidad para ser creadores y proveedores de tecnologías; y, por otro, a los Estados que se limitan a la importación de dichos avances tecnológicos. Sin embargo, el uso de las tecnologías puede afectar por igual a los individuos, por lo que al momento de regular el uso de las tecnologías los Estados deben participar en conjunto.

Un Estado, sea creador o mero importador de tecnologías, está inmerso en un mundo globalizado en el que las repercusiones en positivo o negativo del uso de estas tecnologías es generalizado. Una de las herramientas que se utilizan para prevenir y contrarrestar los efectos adversos del uso de las tecnologías es el derecho nacional, pero este se ve influenciado por los avances y lineamientos que se dictan en el contexto internacional, entre ellos los documentos emitidos por organismos internacionales, o bien las sentencias dictadas por tribunales nacionales, regionales o internacionales como las presentadas en el apartado anterior.

El derecho internacional es definido por Herdegen «como la totalidad de reglas sobre las relaciones (soberanas) de los Estados, organizaciones internacionales, y otros sujetos de derecho internacional entre sí, incluyendo los derechos o deberes de los individuos que son relevantes para la comunidad estatal» (2005, p. 3). Ernesto Grün señala que:

> En el ámbito de los derechos humanos, por su parte, desde hace varias décadas se ha ido perfilando una suerte de nuevo derecho, en lo que se ha denominado la "comunidad internacional". Este nuevo derecho no atiende a ésta en cuanto formada por Estados, sino que reconoce directamente a la persona o a la personalidad humana, y no es parte del derecho internacional tradicional, sino que, de alguna manera, ha tenido la misión globalizadora de que los distintos Estados reconozcan la necesidad de la protección humana. Y es justamente en el campo de los derechos humanos donde comienza a notarse con mayor fuerza la aparición de mecanismos e instituciones jurídicas globales. A través

> de las organizaciones internacionales, de los tratados y otras formas de interrelación y cooperación internacional, se ha formado un subsistema jurídico-institucional, que regula cibernéticamente el sistema social constituido por esta comunidad internacional (2006, p. 332).

En el caso de los análisis de grandes cúmulos de datos, cada Estado que conforma la sociedad internacional ha optado por regular temas relativos a esta técnica de análisis, centrándose principalmente en proteger la privacidad de las personas y la manera en que se tratan los datos personales.

A lo largo del tiempo, diversos países han legislado en materia de protección de datos. Tal es el caso de la Datenschutz alemana de 1970, la Privacy Act de los Estado Unidos de 1974, la Ley Orgánica de España de 1999 sobre la Protección de Datos de Carácter Personal, la Ley 29.733 peruana de 2011, la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares mexicana (Sánchez & Rojas, 2012, p. 6).

Muchas de las leyes nacionales que han creado los Estados latinoamericanos en la materia de la protección de datos han seguido estándares internacionales que han dictado tanto la Unión Europea (Maqueo *et al.*, 2017, p. 78) como los Estados Unidos, ambos sistemas jurídicos con una visión diametralmente opuesta en lo que respecta al tema. Así, en cuanto a la normatividad en torno a la protección de datos personales, intervienen una pluralidad de actores como son el dueño del dato, el responsable del tratamiento de los datos, el encargado de este tratamiento y, por supuesto, el destinatario de los datos personales, siendo cada uno de ellos pieza clave en el tema de los análisis de grandes cúmulos de datos (Cubillos, 2017, pp. 41-42).

Como se mencionó al inicio de este trabajo, es común encontrar en la literatura relacionada al derecho internacional y el *big data* el tema recurrente de la protección de datos y la privacidad, ya que los análisis de grandes cúmulos de datos requieren de la materia prima que representan los datos generados por los individuos para recolectarlos y, posteriormente, tratarlos. Sin embargo, en esta contribución se quiso abrir el tema de la técnica de análisis de grandes cúmulos de datos en relación no solo a la protección de los datos personales y la privacidad de los individuos, sino también evidenciando que hay otros derechos humanos que pueden verse vulnerados con los análisis de grandes cúmulos de datos. Así, encontramos que la mayoría de la literatura que estudia esta temática centra su atención justamente en la protección de datos y la privacidad, dejando de lado temas como la discriminación, la segregación y la falta de prevención de posibles actos ilícitos como la incitación al odio, por citar algunos ejemplos.

Dentro de los documentos más relevantes para hacer frente a esta situación de vulneración de los derechos humanos por el uso de técnicas de *big data* más recientes, se encuentran las Directrices éticas para una inteligencia artificial (IA) fiable, estudio de los expertos que señala que la IA debe ser lícita, ética y robusta. Estas directrices apenas se discutieron el año 2019 y es este año 2020 cuando se podrán tener datos derivados de esta experiencia.

En su versión piloto, este trabajo de los expertos señala la relevancia de la acción y supervisión humana a fin de evitar «efectos potencialmente negativos para los derechos fundamentales» (Grupo de Expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, 2019, p. 33).

Otra aportación al respecto en el ámbito del derecho internacional se presentó durante el 41° periodo de sesiones de mano de alta comisionada de las Naciones Unidas, quien resaltó que

> […] el marco de derechos humanos será esencial para garantizar que las respuestas de las empresas de tecnología y los gobiernos aborden los desafíos, tales como la vigilancia masiva y arbitraria; la seguridad de las personas defensoras de derechos humanos, periodistas y otras personas que dependen del cifrado y del anonimato; mantener las libertades de expresión, asociación y reunión en línea mientras se aborda la incitación al odio y la violencia; la lucha contra la promoción del terrorismo en línea de conformidad con los estándares de derechos humanos; abordar el sesgo perjudicial en el acceso a la atención médica, el empleo y los seguros introducidos por la inteligencia artificial y el big data; amenazas crecientes de ataques y delitos cibernéticos; e interferencia en las elecciones a través de campañas de desinformación impulsadas por herramientas digitales (ONU, 2019).

Por otro lado, como se mencionó líneas atrás, las Naciones Unidas han reconocido la relevancia del uso de los metadatos para alcanzar objetivos como los que se exponen a continuación:

1. Fin de la pobreza: las tendencias de gasto de los servicios de telefonía móvil pueden proporcionar indicadores indirectos de los niveles de ingresos
2. Hambre cero: el *crowdsourcing* o seguimiento de los precios de los alimentos en Internet puede ayudar a controlar la seguridad alimentaria casi en tiempo real.
3. Salud y bienestar: rastrear el movimiento de los usuarios de teléfonos móviles puede ayudar a predecir la propagación de enfermedades infecciosas.

4. Educación de calidad: las denuncias de ciudadanos pueden descubrir las razones de las tasas de abandono escolar.
5. Equidad de género: el análisis de las transacciones financieras para relevar los patrones de gasto y el diferente impacto de las crisis económicas en hombres y mujeres.
6. Agua limpia y saneamiento: unos sensores conectados a las bombas de agua pueden detectar agua limpia.
7. Energía asequible y no contaminante: los contadores inteligentes permiten a las empresas de servicios públicos aumentar o restringir el flujo de electricidad, gas o agua para reducir el desperdicio y garantizar un suministro adecuado en los periodos álgidos.
8. El trabajo decente y el crecimiento económico: las tendencias en el tráfico postal global pueden proporcionar indicadores tales como el crecimiento económico, las remesas, el comercio y el PIB.
9. Industria, innovación e infraestructura: los datos de los dispositivos GPS se pueden usar para controlar el tráfico y mejorar el transporte público.
10. Reducción de las desigualdades: el análisis del discurso del contenido de las radios locales puede revelar problemas de discriminación y respaldar la adopción de políticas de respuesta (ONU, s.f.).

Si bien estos 10 puntos pueden considerarse controvertidos, solo se enuncian por ser parte de las propuestas que, como se indicó previamente, se hacen desde las Naciones Unidas con respecto a los beneficios que pueden resultar de los análisis de los metadatos, sin que sea la intención de este trabajo profundizar en cada uno de ellos.

Se observa, pues, que el derecho internacional respecto a los análisis de grandes volúmenes de datos presenta aportes más puntuales a través de grupos de expertos, aunque se sigue trabajando el tema de la protección de datos personales y vida privada cuando se abordan los temas de *big data* y derechos humanos; sin embargo, poco a poco se comienzan a abrir más espacios para la reflexión de otros derechos, que se benefician o se ven perjudicados por el *big data analytics*.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Existen aportes de autores como Ureña (2019, p. 100) y Sarfaty (2018, p. 76), quienes opinan que las técnicas de análisis de *big data* pueden ser utilizadas de manera que ayuden a prevenir las posibles violaciones a los derechos humanos. Gracias a la posibilidad de obtener grandes

volúmenes de datos es factible hacer mediciones, predicciones y, con base en ello, realizar la toma de decisiones sobre distintos asuntos de una manera más informada. Ambos autores consideran que el *big data* puede ser una herramienta de gran utilidad para los derechos humanos; sin embargo, también dejan ver los posibles riesgos que pueden generarse por una mala programación o utilización de la información que se genera a través de estos análisis de datos.

Una de las principales preocupaciones en el uso de estas nuevas formas de análisis es la privacidad de las personas, como lo advierten Paterson y McDonagh (2018, p. 1); no obstante, hay que considerar que la privacidad no es el único derecho que se puede vulnerar con el uso de la técnica de análisis de *big data* y sería una equivocación no considerar otras violaciones a los derechos humanos, como lo señala Nersessian (2018, p. 848). Un buen ejemplo de esto es el uso de cuentas falsas para incidir en las opiniones y formas de pensar de las personas, la censura, la limitación de la libertad de expresión, y la segregación o promoción del racismo.

Nouvet y Mégret exponen que el análisis de *big data*, como método cuantitativo para analizar las violaciones a los derechos humanos, es una contribución de gran envergadura para las ciencias sociales; y que a pesar de que este tipo de herramientas tecnológicas no fue planeado precisamente con la finalidad de aportar a los derechos humanos, en la práctica son de gran utilidad (2016, pp. 1-2). Resaltan, también, que es evidente que contabilizar las violaciones a los derechos humanos parecería un acto despreciable, pero que sin embargo es de utilidad pues arroja resultados sobre las violaciones individuales, grupales, regionales y a nivel internacional, lo que permite ver los patrones que se generan en diferentes regiones e incluso llamar la atención de la comunidad internacional cuando hay indicios de que se puede estar dando un patrón de violación a los derechos humanos dentro de un Estado (p. 19).

Algunos resultados positivos en el uso del análisis de *big data* y los derechos humanos expuestos por Nouvet y Mégret son los obtenidos por el órgano internacional de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño, que pidieron a los Estados información estadística sobre las situaciones que evidencien la realidad tanto de las mujeres como de los niños. Este ejercicio, por ejemplo, permitió identificar una alta incidencia de violencia contra las mujeres en Canadá. Otra muestra del uso del *big data* en favor de los derechos humanos es el trabajo del Human Rights Data Analysyis Group (HRDAG, por sus siglas en inglés), que ha utilizado como una herramienta clave la aproximación de los estudios estadísticos en el campo de los derechos humanos para lograr prever la mortalidad de las personas en prisión o los éxodos masivos de

los refugiados, como en el caso de Kosovo, o también para identificar a grupos rebeldes en Siria gracias a los *tweets* de cerca de 30 000 usuarios (Nouvet & Mégret, 2016, p. 3).

Cada vez más los organismos internacionales, como el alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, elaboran estadísticas para evaluar las prácticas internacionales en materia de desarrollo; por ejemplo, la edad en la que los individuos contraen matrimonio, o los objetivos y estrategias que siguen los Gobiernos y la sociedad civil para reducir la pobreza o la criminalidad (Nouvet & Mégret, 2016, p. 4), todo gracias al análisis de grandes cúmulos de datos. La problemática del *big data* radica en la programación de los algoritmos, ya que estas tareas las llevan a cabo individuos que no están exentos de una personalidad, una carga psicológica e ideológica, e inclusive de una ética y una moral únicas, por lo que hay que tener en cuenta que estos mismos factores se pueden ver reflejados en el entrenamiento de los algoritmos y, por tanto, en los resultados de los análisis que se realizan por medio de los mismos.

Nersessian indica que en el tema del uso del *big data* debe haber una guía de principios en la que se obligue a que: a) los Estados protejan los derechos de los seres humanos en relación al manejo de sus datos; b) las corporaciones respeten los derechos humanos como política en sus actividades regulares; y, finalmente, c) los Gobiernos y corporaciones reparen las violaciones a los derechos humanos, si se dan, tras el uso del *big data* (2018, p. 850). En este sentido, el Consejo de Europa desde el año 2016, la Organización de Cooperación Económica para el Desarrollo en 2004 y el Estado francés desde 2017, han abonado en las normas nacionales y regulaciones que deben de implementarse para que las operaciones comerciales no vulneren los derechos humanos como el de la personalidad. Inclusive ya se ha enfrentado un caso legal en el que se reflejan las normas existentes bajo el derecho internacional, el caso *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Suriname* de 2015, en el que se reconocieron los derechos y personalidades colectivas (p. 850).

Un punto relevante a considerar respecto a los derechos humanos es que las empresas que realizan análisis de *big data* deben evitar el uso de esta herramienta para dirigir, tanto directa como indirectamente, el actuar de las personas. También se debe considerar que el derecho internacional de los derechos humanos tiene estándares globales, por ejemplo, en lo relativo al tema del almacenamiento de datos en la nube y quiénes pueden acceder a estos. En esa línea, la empresa Microsoft constantemente se resistía a las citaciones de los Gobiernos alegando que los datos se alojaban en otras jurisdicciones y, por lo tanto, las cortes norteamericanas no eran competentes. Así, los derechos humanos se entrelazan con el comercio internacional porque también se impide

que haya un flujo global de datos pues puede impactar en los derechos humanos, lo que limita la actividad comercial.

Es importante notar que la manera en que se da la protección a la transferencia de datos y, si es posible, muchas veces al tratamiento que se hace de los mismos, difiere entre un Estado y otro como en el caso de la Unión Europea y los Estados Unidos, que, sin embargo, han accedido a tener un marco regulatorio para el manejo de los datos (Nersessian, 2018, p. 852).

> El modelo estadounidense de autorregulación empresarial está siendo cada vez más cuestionado, tanto desde el ámbito político como desde el académico y el ciudadano, por los grandes márgenes de discreción que se otorgan a las empresas en perjuicio de los individuos en aspectos tan medulares como los relativos a qué información personal se recolecta y cómo se usa esta […].
>
> En Europa, la situación es diametralmente diferente, pues desde el 25 de mayo de 2018 está en vigor el Reglamento General de Datos Personales […] que establece medidas en favor de los usuarios, como son los derechos al consentimiento expreso, a retractarse, al olvido, a la rectificación, a conocer qué datos tienen las empresas y cómo los usan, entre otros […] (Calcaneo, 2019, p. 40).

Hoeren hace énfasis específicamente en la calidad de los datos que se utilizan en el análisis de *big data*, pues deja en evidencia que si no existe calidad en los datos que se utilizan para obtener los resultados, estos serán imprecisos; entonces, los resultados que se arrojen pueden ser erróneos y pueden causar discriminaciones injustas para los individuos (2017, p. 27), lo que es peligroso. Esta situación, explica Hoeren, trae aparejadas otras consecuencias legales, y es que la afectación directa por este tipo de resultados es hasta ahora difícil de demostrar ante los tribunales en general (pp. 27 y 34). Este autor también asevera que la interpretación es la parte más complicada del análisis de *big data* y que no importa qué tan grande sea la cantidad de datos que se procesan, sino que se entiendan los límites de estos análisis, pues —señala— no se han entendido las bases del *big data* y, por lo tanto, los resultados se pueden malinterpretar (p. 35).

Metcalf y Crawford, por su parte, resaltan los riesgos en el uso del *big data* al mencionar que la serie de datos que se presentan en los resultados de investigaciones científicas, sean estos parciales o finales, parecería tener un mínimo de riesgo al ser compartidos. En ese sentido, sostienen que no se contempla el riesgo para los derechos humanos, situación que explican como resultado de una mala interpretación, ya que la publicidad de estos datos que se ponen a disposición de manera abierta puede derivar en muchas ocasiones en que se les dé un uso

secundario muy distinto al de la investigación; y que, al combinarlos con otra base de datos, eso puede colocar en situación comprometida a los dueños de dicha información. Por este tipo de situaciones es que hoy las discusiones, estudios y reflexiones invitan al desarrollo de estudios éticos utilizando el *big data* (2016, p. 1).

Por otro lado, en la actualidad existen diversos estudios que centran el análisis del *big data* y los derechos humanos, resaltando el tema de la privacidad y la protección de datos, como el artículo «Data protection in an era of big data: The challenges posed by big personal data» de Paterson y McDonagh (2018), consultado para este trabajo. Hay que destacar que aún existe poca literatura que aborde el tema del *big data* y su relación con los derechos humanos desde dos vertientes. La primera es la que estudia el uso del análisis de *big data* como herramienta de prevención y protección de los derechos humanos, como lo hace el artículo «Autoridad algorítmica: ¿cómo empezar a pensar la protección de los derechos humanos en la era de "big data"?», de Ureña (2019); la contribución de Sarfaty (2018), que lleva por título «Can Big Data Revolutionize International Human Rights Law?»; o la de Nouvet y Mégret (2016), titulada «Quantitative Methods for Human Rights: From Statistics to "Big Data"». La segunda es la que propone que el *big data* debe ser regulado a fin de que se evite su uso y se puedan violar derechos humanos, más allá de la privacidad de las personas, como es el caso de las siguientes obras: «The law and ethics of big data analytics: A new role for international human rights in the search for global standards», de Nersessian (2018); «Data protection in an era of big data: The challenges posed by big personal data», de Paterson y McDonagh; y la obra «Where are human subjects in Big Data research? The emerging ethics divide», de Metcalf y Crawford (2016). Es preciso advertir que la poca literatura en español y desde América Latina hace de esta temática un área de oportunidad.

Así, una de las temáticas a profundizar, por ejemplo, es la planteada por Ureña, quien comenta que la regulación de la toma de decisiones basada en algoritmos y el *machine learning* puede violentar derechos humanos por medio de la segregación, dependiendo de la persona que lleve a cabo la programación del algoritmo (2019, p. 114). Sarafaty, por su lado, comenta sobre cómo los esfuerzos en el derecho internacional de los derechos humanos se han concentrado en el cumplimiento de los tratados más que en la prevención de violaciones a los derechos humanos (2018, p. 73), razón por la cual el análisis de *big data* puede coadyuvar a la previsión de riesgos; sin embargo, también pone de manifiesto que la recolección de datos, así como el manejo e interpretación de los análisis de grandes cúmulos de datos, están en posesión de empresas privadas que no necesariamente comparten la información con agentes del Gobierno ni garantizan el adecuado manejo de los datos.

Nersessian, a su vez, describe lo que es el *big data* y expone el tema de los derechos humanos, resaltando que la privacidad como tal se puede ver vulnerada por el uso de técnicas de análisis de *big data*; no obstante, llama la atención pues no considera que solamente la privacidad se ve vulnerada con esta tecnología, sino que también otros derechos pueden ser transgredidos (2018, pp. 846-847). Paterson y McDonagh, a pesar de que enfocan su análisis sobre todo en el tema de la privacidad, resaltan en su propuesta la creación de normas jurídicas, señalan la relevancia que tienen las omisiones —en particular desde la perspectiva australiana— e indican cuáles son las posibles soluciones, haciendo uso de normas como el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, en vigor desde mayo de 2018 (2018, p. 1).

El presente artículo ha sido un ejercicio que no pretende ser exhaustivo, sino más bien una aproximación al estudio del *big data* en su relación con los derechos humanos desde la perspectiva de su prevención y protección a través de la identificación y, en la media de lo posible, el evitamiento de riesgos para los derechos humanos que pudieran darse por el uso de esta herramienta de análisis de datos, promoviendo así el análisis de su adecuada regulación.

Consideramos, pues, que el objetivo de este análisis documental se ha cumplido, en tanto era proporcionar una selección de textos que diera cuenta del análisis de grandes cúmulos de datos en relación con los derechos humanos en general y no solo respecto a la temática de la protección de datos y la privacidad. La meta de la búsqueda de fuentes documentales para dar cuenta de la literatura que existe sobre el tema se completó al identificar el criterio del análisis de grandes cúmulos de datos, también conocido como *big data analytics*, y el concepto de los derechos humanos relacionado al *big data*.

Además, se consiguió alcanzar la meta de elaborar un registro documental haciendo uso de buscadores como Science Direct, IEEE Explore, Emerald, Oxford University Press, Springer y Google Académico, principalmente. La meta de discriminar aquellos textos que refieren el análisis de grandes cúmulos de datos en relación con otros temas del derecho también se alcanzó, lo mismo que el objetivo de integrar todas las obras para presentar un registro documental que diera cuenta del estado del arte en que se encuentra la herramienta de *big data* en relación con la promoción de los derechos humanos.

De este modo, las metas planteadas para este registro documental fueron cumplidas en su totalidad al exponer los criterios de análisis por separado, permitiendo vincularlos posteriormente para favorecer en la divulgación del conocimiento que se ha desarrollado en los últimos años con respecto al tema de los derechos humanos y su relación con el *big data*, especialmente en una sociedad del conocimiento que

necesita de información específica para gestionar mejor el conocimiento y potencializarlo en aras de conseguir resultados favorables para los individuos. Es más, aunque no fue un objetivo planteado al inicio de este trabajo, se logró identificar a lo largo del desarrollo del mismo casos concretos del uso del análisis de *big data* en favor de los derechos humanos.

REFERENCIAS

Alfaro, M., Bonis, J., Bravo, R., Fluiters, E., & Minué S. (2019). Nuevas tecnologías en atención primaria: personas, máquinas, historias y redes. Informe SESPAS 2012. *Gaceta Sanitaria*, *26*(1), 107-112. doi: https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2011.12.005

Alpaydin, E. (2010). *Introduction to Machine Learning*. Londres; Cambridge, Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology Press.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2019). *Resolución aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 2018*. Recuperado de: https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/73/179

Ávalos Rosado, M. C. (2013). *La sociedad del conocimiento*. México. Recuperado de: https://static1.squarespace.com/static/51ede959e4b0de4b8d24e8a9/t/5213aa19e4b0750ce7ecb4c6/1377020441113/1.+La+sociedad+del+conocimiento.pdf.

Bachelet, M. (2019). *Derechos humanos en la era digital. ¿Quién puede marcar la diferencia? Discurso programático de Michelle Bachelet, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de: https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25158&LangID=S

Bashari Rad, B., Akbarzadeh, N., Ataei, P., & Khakbiz, Y. (2016). Security and Privacy Challenges in Big Data Era. *International Journal of Control Theory and Applications*, 9(43), 437-448.

Borsiani, A. (2017). Arquitectura Forense. *Proyecto idis.org*. Recuperado de: https://proyectoidis.org/arquitectura-forense/

Burgenthal, T. (2012). Human Rights. *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press. doi: https://doi.org/10.1093/law:epil/9780199231690/e810

Calcaneo Monts, M. A. (2019). Big data, big data analytics y datos personales en los tiempos de Internet: de la autorregulación estadounidense al Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea. *Estudios en Derecho a la Información*, (8), 21-44. doi: https://doi.org/10.22201/iij.25940082e.2019.8.13882

Centro de Investigación de Filosofía y Empresa (CIFE). (2016). *Metodología del registro documental para la búsqueda y organización de la información científica*. México: CIFE. Recuperado de: https://issuu.com/cife/docs/metodolog__a_registro_documental_1.

Chinchón Álvarez, J., & Rodríguez Rodríguez, J. (2018). *La actividad cuasi-judicial de Derechos Humanos, Comité contra la Tortura y Comité contra las desapariciones forzadas: alcances y limitaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Colmegna, P. D. (2012). Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Giola"*, *VI*(8), 27-47. Recuperado de: http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/34

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD). (2013). *Recomendación General Número 35. La lucha contra el discurso de odio racista*. Recuperado de: https://www.refworld.org.es/category,REFERENCE,CERD,,,53f4596b4,0.html

Consejo de Europa. (2017). *Lineamientos del Consejo de Europa sobre la Protección de los Individuos con Respecto al Procesamiento de Datos Personales en un Mundo de Grandes Datos*. Recuperado de: https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ebe7a

Cubillo Vélez, Á. (2017). La explotación de los datos personales por los gigantes de internet. *Estudios en Derecho a la Información. Instituto de Investigaciones Jurídicas*, (3), 27-55. doi: http://dx.doi.org/10.22201/iij.25940082e.2017.3

Datta, A., Sen, S., & Zick, Y. (2017). Algorithmic transparency vía Quantiative Input. En *Transparent Data Mining for Big and Small Data* (pp. 71-94). Torino, Italia; Cambrige, Reino Unido; y Baltimore, Maryland, Estados Unidos: Springer. doi: https://doi.org/10.1007/978-3-319-54024-5_4

Duchene, S. (2019). *Legal Update: The California Consumer Privacy Act: Key Takeaways for Insurers and Insurance Regulators*. Illinois: Mayer Brown. Recuperado de: https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2019/05/ccpa-for-the-insurance-industry--key-takeawys-for-carriers-and-regulators.pdf

Escolano Ruiz, F., Cazorla Quevedo, M. A., Alfonso Galipienso, M. I., Colomina Prado, O., & Lozano Ortega, M. A. (2003). *Inteligencia artificial. Modelos, técnicas y áreas de aplicación*. España: Universidad de Alicante.

Forensic Architecture. (2015). *The Bombing of Rafah*. Recuperado de: https://forensic-architecture.org/investigation/the-bombing-of-rafah

Forero de Moreno, I. (2009). La Sociedad del Conocimiento. *Revista Científica "General José María Córdova"*, *5*(7), 40-44. Recuperado de: https://www.redalyc.org/pdf/4762/476248849007.pdf

Frith, J. (2017). Big Data, Technical Communication, and the Smart City. *Journal of Business and Technical Communication*, *31*(2), 168-187. doi: https://doi.org/10.1177/1050651916682285

García Mahamut, R., & Virguri Cordero, J. (2019). La protección de los datos personales de los solicitantes de protección internacional en el (nuevo) Sistema

Europeo Común de Asilo: grandes desafíos y graves deficiencias. *Teoría y Realidad Constitucional*, (44), 137-308. doi: https://doi.org/10.5944/trc.44.2019.26002

García Mahamut, R. (2015). Partidos políticos y derecho a la protección de datos en campaña electoral: tensiones y conflictos en el ordenamiento español. *Teoría y Realidad Constitucional*, (35), 309-338. doi: https://doi.org/10.5944/trc.35.2015.14921

Garriga Domínguez, A. (2016). *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la Era digital del Big Data y de la computación ubicua*. Madrid: Dykinson.

Gil González, E. (2016). *Big Data, privacidad y protección de datos*. Madrid: Agencia Española de Protección de Datos.

Grün, E. (1999). La globalización del derecho: un fenómeno sistémico y cibernético. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (2), 11-17. Recuperado de: http://www.rtfd.es/numero2/2-2.pdf

Grün, E. (2006). *Las globalizaciones jurídicas. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 36*(105), 323-339.

Günther, W. A., Rezazade, M. H., Huysman, M., & Feldberg, F. (2017). Debating big data: A literature review on realizing value form big data. *Journal of Strategic Information Systems*, *26*(3), 191-209. doi: https://doi.org/10.1016/j.jsis.2017.07.003

Herdegen, M. (2005). *Derecho Internacional Público*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Fundación Konrad Adenauer.

Hoeren, T. (2017). Big data and the legal framework for data quality. *International Journal of Law and Information Technology*, *25*(1), 26-37. doi: https://doi.org/10.1093/ijlit/eaw014

Joyanes Aguilar, L. (2013). *Big Data: análisis de grandes volúmenes de datos en organizaciones*. México: Alfaomega.

Kitchin, R. (2014). Big Data, new epistemologies and paradigm shifts. *Big Data & Society*, *1*(1), 1-12. doi: https://doi.org/10.1177/2053951714528481

Luna-Nemecio, J. (2019). Geografía crítica, educación popular y socioformación: triple fundamentación para pensar el desarrollo social sostenible. *Talento, investigación y socioformación* (pp. 443-469). Mount Dora, Estados Unidos: Kresearch. Recuperado de: https://cife.edu.mx/recursos/wp-content/uploads/2019/08/TALENTO-INVESTIGACION-Y-SOCIOFORMACION.pdf

Mantelero, A. (2018). AI and Big Data: A blueprint for a human rights, social and ethical impact assessment. *Computer Law & Security Review*, *34*(4), 754-772. doi: https://doi.org/10.1016/j.clsr.2018.05.017

Maqueo Ramírez, S., Moreno, J., & M. Recio Gayo. (2017). Protección de datos personales, privacidad y vida privada: la inquietante búsqueda de un equilibrio global necesario. *Revista de Derecho (Valdivia)*, *30*(1), 77-96. doi: https://doi.org/10.4067/s0718-09502017000100004

Márquez Jiménez, A. (2017). Educación y desarrollo en la sociedad del conocimiento. *Perfiles Educativos, 39*(158), 3-17. doi: https://doi.org/10.22201/iisue.24486167e.2017.158.58635

Marrero, A. (2007). La sociedad del conocimiento: una revisión teórica de un modelo de desarrollo posible para América Latina. *Arxius de Ciències Socials*, (17), 63-73.

Metcalf, J., & Crawford, K. (2016). Where are human subjects in Big Data research? The emerging ethics divide. *Big Data & Society*, *3*(1), 1-14. doi: https://doi.org/10.1177/2053951716650211

Mossbridge, J., Goertzel, B., Mayet, R., Monroe, E., Nejat, G., Hanson, D., & Yu, G. (2018). *Emotionally-Sensitive AI-driven Android Interactions Improve Social Welfare Through Helping People Access Self-Trascendent States. 32nd Conference on Neural Information Processing Systems (NIPS)*. Montreal, Canadá. Recuperado de: https://aiforsocialgood.github.io/2018/pdfs/track1/13_aisg_neurips2018.pdf

Muracciole, B. (2018). El derecho en tiempo de algoritmos. En *Jóvenes, transformación digital y formas de inclusión en América Latina* (pp. 275-286). Montevideo: Centro de Estudios Fundación Ceibal, Penguin Random House.

Nersessian, D. (2018). The law and ethics of big data analytics: A new role for international human rights in the search for global standards. *Business Horizons*, *61*(6), 845-854. doi: https://doi.org/10.1016/j.bushor.2018.07.006

New Zealand Human Rights Commission. (2018). *Privacy, Data and Technology: Human Rights Challenges in the Digital Age*. Auckland, Nueva Zelanda: New Zealand Human Rights Commission.

Nicolson, H. (1967). *La diplomacia*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.

Nouvet, A., & Mégret, F. (2016). *Quantitative Methods for Human Rights: From Statistics to "Big Data"*. Canadá: McGill University Faculty of Law. doi: https://doi.org/10.2139/ssrn.2801064

Oficina de Información Científica y Tecnológica para el Congreso de la Unión. (2018). *Los datos masivos (Big Data)*, (1). Recuperado de: https://www.foroconsultivo.org.mx/INCyTU/documentos/Completa/INCYTU_16-001.pdf

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH). (2006). *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*. Nueva York, Ginebra: Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra. Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreTreatiessp.pdf

Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (ACNUDH). (2019). *Alta Comisionada se dirigió al Consejo de Derechos Humanos en la apertura de su 41° período de sesiones*. Recuperado de: https://acnudh.org/alta-comisionada-se-dirigio-al-consejo-de-derechos-humanos-en-la-apertura-de-su-41-periodo-de-sesiones/

Organización de las Naciones Unidas. (s.f.). *Macrodatos para el desarrollo sostenible*. Recuperado de: https://www.un.org/es/sections/issues-depth/big-data-sustainable-development/index.html

Organización de las Naciones Unidas. (2001). *Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*. Recuperado de: https://undocs.org/es/A/CONF.189/12

Organización de las Naciones Unidas. (2011). *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar*. Nueva York, Ginebra: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco). (2005). *Hacia las sociedades del conocimiento*. Recuperado de: http://www.lacult.unesco.org/docc/2005_hacia_las_soc_conocimiento.pdf

Paterson, M., & McDonagh, M. (2018). Data Protection in an era of Big Data: The challenges posed by big personal data. *Monash University Law Review*, *44*(1), 1-31. Recuperado de: https://www.monash.edu/__data/assets/pdf_file/0009/1593630/Paterson-and-McDonagh.pdf

Prado, R. (2018). La socioformación: un enfoque de cambio educativo. *Revista Iberoamericana de Educación*, *76*(1), 57-82. doi: https://doi.org/10.35362/rie7612955

Puerto, M. I., & Sferrazza-Taibi, P. (2017). La sentencia *Schrems* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: un paso firme en la defensa del derecho a la privacidad en el contexto de la vigilancia masiva transnacional. *Revista Derecho del Estado*, (40), 1-40. doi: https://doi.org/10.18601/01229893.n40.09

Sánchez Pérez, G., & Rojas González, I. (2012). Leyes de protección de datos personales en el mundo y la protección de datos biométricos - parte I. *Revista Seguridad*, (13), 4-8. Recuperado de: https://revista.seguridad.unam.mx/numero-13/leyes-de-protecci%C3%B3n-de-datos-personales-en-el-mundo-y-la-protecci%C3%B3n-de-datos-biom%C3%A9tricos-%E2%80%93

Sánchez Rojo, A. (2017). El derecho humano a la privacidad desde el enfoque de las capacidades: una reflexión educativa. *EDETANIA*, (51), 157-170. Recuperado de: file:///C:/Users/Microsoft/Downloads/Dialnet-ElDerechoHumanoALaPrivacidadDesdeElEnfoqueDeLasCap-6271847.pdf

Sarfaty, G. A. (2018). Can Big Data Revolutionize International Human Rights Law? *University of Pennsylvania Journal of International Law*, *39*(1), 73-101.

Tobón, S. (2018). Conceptual analysis of the socioformation according to the knowledge society. *Knowledge Society and Quality of Life (KSQL)*, *1*(1), pp. 9-35. Recuperado de: https://issuu.com/cife/docs/essential_axes_of_knowledge_society

Ureña, R. (2019). Autoridad algorítmica: ¿cómo empezar a pensar la protección de los derechos humanos en la era del "big data"? *Latin American Law Review*, (2), 99-124. doi: https://doi.org/10.29263/lar02.2019.05

Wasserstrom, R. (1970). Rights, human rights, and racial discrimination. En A. I. Melden (ed.), *Human Rights* (pp. 96-110). Belmont, California: Wadsworth Publisher.

Wei, J. (2014). How Wearables Intersect with the Cloud and the Internet of Things: Considerations for the Developers of Wearables. *IEEE Consumer Electronics Magazine*, *3*(3), 53-56. doi: 10.1109/MCE.2014.2317895

Xia, F., Yang, L. T., Wang, L., & Vinel, A. (2012). Internet of Things. I*nternational Journal of Communication Systems*, *25*(9), 1101-1102. doi: https://doi.org/10.1002/dac.2417

Recibido: 10/11/2019
Aprobado: 06/04/2020

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.007
CC BY
DERECHO PUCP
N° 84, 2020
junio-noviembre
pp. 189-240
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Alcance y límites del principio de jerarquía. Criterios para jerarquizar derechos, valores, bienes y otros elementos

Scope and limits of the principle of hierarchy. Criteria for hierarchizing rights, values, goods and other elements

JUAN CARLOS RIOFRÍO*
Universidad de Los Hemisferios (Ecuador)

Resumen: El principal objetivo de este trabajo es mostrar cuál es la verdadera dimensión del principio de jerarquía, así como su alcance y sus límites. Se trata de superar la visión normativista del principio, observando cómo este opera en otros elementos jurídicos como los cargos, fines, valores, bienes, principios y derechos. Para ello, se utiliza un método filosófico, especulativo y abstracto, avalado con ejemplos del derecho de varias naciones y del derecho internacional. Como el punto de mayor debate en este campo se da en la jerarquía de derechos, vista escépticamente por gran parte de la doctrina, este trabajo se concentra en ver cómo podría funcionar ahí la jerarquía. El análisis tiene una estructura tripartita: a) exposición del problema, b) exposición de nociones, y c) resolución del problema aplicando las nociones aportadas. En las primeras secciones se exponen los argumentos a favor y en contra de la jerarquía de los derechos, y se muestra dónde radica el problema de la jerarquización. Luego, se explica qué comprende el principio de jerarquía, su función positiva y negativa, sus presupuestos y límites, definiendo cuáles son los posibles criterios de jerarquización. Por último, en los capítulos finales se comprueba si esas nociones y criterios resultan aplicables al problema de los derechos y a otros elementos. Tras comprobarlo, se presentan las conclusiones.

Palabras clave: Principio de jerarquía, reglas de antinomias, jerarquía de normas, jerarquía de derechos, derechos humanos, jerarquía de principios, jerarquía de fines, jerarquía de valores

Abstract: The main aim of this research is to show the true dimension of the hierarchy principle, its scope and its limits. The goal is to overcome the normative vision of this principle, observing how it operates in other juridical elements, as charges, ends, values, goods, principles and rights. A philosophical, speculative and abstract method is used, endorsed with examples from the law of several nations and the international law. As the greatest debate in this field is the hierarchy of rights, viewed skeptically by a big part of the doctrine, this paper focuses on seeing how the hierarchy might work there. The analysis has a tripartite structure: a) exposition of the problem, b) exposition of notions, and c) resolution of the problem using the provided notions. In the first sections the arguments for and against the hierarchy of rights are exposed, and is shown where the problem of hierarchization lies. Then, it's explained what

* Ph.D. por la Pontificia Università della Santa Croce (Roma, Italia). Profesor de Derecho Constitucional y de Teoría Fundamental del Derecho en la Universidad de Los Hemisferios (Quito, Ecuador), donde además es exdecano.
Código ORCID: 0000-0003-4461-1025. Correo electrónico: juancarlosr@uhemisferios.edu.ec

comprises the hierarchy principle, its positive and negative functions, and its conditions and limits, defining the possible hierarchical criteria. Finally, in the last sections, it's checked whether the mentioned notions and criteria are applicable to the problem of rights and to other elements. After checking it, the conclusions are presented.

Key words: Rules of antinomy, hierarchical principle, hierarchy of rules, hierarchy of rights, human rights, hierarchy of principles, hierarchy of aims, hierarchy of values

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA JERARQUIZACIÓN DE DERECHOS.– II.1. UNIDAD, INTERDEPENDENCIA E INDIVISIBILIDAD.– II.2. JERARQUIZAR DERECHOS ES JERARQUIZAR PERSONAS.– II.3. IMPOSIBILIDAD DE ESTABLECER *A PRIORI* UNA TABLA JERÁRQUICA DE DERECHOS.– II.4. EL DERECHO SUBJETIVO ES UN *CORPUS MECHANICUM*. SOLO CABE JERARQUIZAR BIENES.– II.5. SI NO HAY CONFLICTO DE DERECHOS, LA JERARQUÍA SOBRA.– II.6. IGUALDAD NORMATIVA.– III. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA JERARQUIZACIÓN DE DERECHOS.– III.1. LO MÁS EVIDENTE.– III.2. JERARQUÍA NORMATIVA.– III.3. JERARQUÍA AXIOLÓGICA Y DE BIENES.– III.4. JERARQUÍA LÓGICA Y CRONOLÓGICA.– III.5. JERARQUÍA ABSTRACTA Y CONCRETA.– IV. ALCANCE Y LÍMITES DEL PRINCIPIO DE JERARQUÍA.– IV.1. NOCIÓN DE JERARQUÍA.– IV.2. FUNCIONES DEL PRINCIPIO.– IV.3. PRESUPUESTOS DEL PRINCIPIO.– IV.4. LÍMITES DEL PRINCIPIO.– IV.5. CLASES DE JERARQUÍA.– V. CRITERIOS PARA JERARQUIZAR DERECHOS.– VI. CONFLICTOS ENTRE LAS DISTINTAS CLASES DE JERARQUÍAS.– VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El principal objetivo de este trabajo es mostrar cuál es la verdadera dimensión del principio de jerarquía, su alcance y límites. Hoy se tiende a considerar este principio exclusivamente en términos formales o normativos, contexto en el que con frecuencia la jerarquía normativa se justifica en la misma norma[1]. En realidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado la jerarquía de otros elementos, como los cargos, instituciones, fines, valores, principios y derechos. Para redefinir el alcance del principio de jerarquía nos ha parecido conveniente fijarnos especialmente en la discusión existente sobre la jerarquización de derechos, en la que hay muchos detractores. En esa discusión aflora de paso el tema de la jerarquía de las normas, de los bienes y los valores.

1 Según la teoría pura del derecho de Kelsen (1960), la norma se autojustifica. La jerarquía se define en la norma suprema, en el proceso de creación normativa establecido por la norma. Ruiz Miguel (1998) observa que el principio se ha fundamentado en el órgano, en la aplicabilidad en conflictos, en la fiscalización judicial, en la especialidad derogatoria, en la capacidad derogatoria, en la fundamentación de la validez normativa, en el deber de acatamiento y en la regla de reconocimiento (que él propone).

Presuponemos que al ver cómo opera la jerarquía en tales elementos obtendremos una mejor comprensión del principio de jerarquía.

Hemos encontrado que el debate sobre la jerarquía o igualdad de los derechos se da tanto en el derecho interno de casi todos los países como en el ámbito internacional de los derechos humanos. A la vez, la cuestión de la jerarquía parece interesar tanto a los sistemas del *common law* como a los que se basan más en el derecho positivo. Por ello, hemos optado por un análisis más filosófico, especulativo y abstracto que no se encorseta en ningún ordenamiento jurídico concreto. Con todo, procuraremos cotejar lo dicho con la doctrina, normas y jurisprudencia que muestren la aplicabilidad práctica de lo expuesto.

La estructura tripartita del trabajo es muy sencilla: a) exposición del problema, b) exposición de nociones, y c) resolución del problema con las nociones aportadas. En los acápites II y III expondremos los argumentos a favor y en contra de la jerarquía de derechos, mostrando dónde radica el problema de la jerarquización. Dedicaremos el acápite IV a explicar la noción del principio de jerarquía, su función positiva y negativa, sus presupuestos y límites; y también definiremos cuáles son los posibles criterios de jerarquización. Finalmente, en los acápites V y VI revisaremos si estos criterios resultan aplicables al problema de los derechos y a otros elementos. Tras comprobarlo, daremos las conclusiones.

II. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA JERARQUIZACIÓN DE DERECHOS

Si en algún campo se ha atacado al principio de jerarquía es en el de los derechos. Recogemos aquí los principales argumentos contra esta jerarquía, que provienen de una amplia gama de escuelas y posiciones (positivistas, iusnaturalistas, de izquierda, de derecha, etcétera).

II.1. Unidad, interdependencia e indivisibilidad

Este argumento es común en el mundo latino y tiene dos variantes: la nacional y la internacional. La primera entiende que la unidad conceptual, sistémica y normativa de la constitución hace que todos los derechos en ella consagrados tengan una misma jerarquía (Bassa, 2013, pp. 35-36). Con esa misma forma de pensar, deberíamos concluir que es tan fuerte la unidad conceptual, sistémica y normativa que tampoco caben normas ni cargos de diversa jerarquía, lo cual no se condice con la realidad. La unidad de lo que tiene partes no hace que todas las partes sean iguales.

En el ámbito internacional de los derechos humanos se ha dicho que el modelo adoptado por las Naciones Unidas en la Declaración

Universal de los Derechos Humanos de 1948 es el de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos (*cfr.* Donnelly, 2003, p. 23)[2]. Así, todos los derechos estarían de tal forma unidos que menoscabar uno sería menoscabarlos a todos[3]. Suelen ponerse varios ejemplos: sin derecho al trabajo no se puede pagar la educación, sin vida no subsiste ningún derecho, etcétera.

Al respecto, cabe observar que en los litigios no se discuten todos los derechos, sino solo aquellos que el demandante considera vulnerados, incluso aunque este desee ensanchar mucho la lista de violaciones para obtener una mejor indemnización. En realidad, no todos los derechos están igualmente relacionados: la lesión del derecho a jugar[4] no daña el derecho a un proceso expedito, ni la omisión del derecho a la rectificación por escribir mal una fecha conculca el derecho a la libertad de movimiento. Siempre se puede armar un rompecabezas de argumentos para descubrir algún caso raro en que sí estén relacionados ambos derechos, como siempre se pueden encontrar relaciones entre un sujeto famoso y cualquiera de nosotros, pero de ello no se deriva que entre ambos exista tan profunda indivisibilidad e interdependencia como la sugerida por los autores.

En todo caso, de que exista una mayor o menor relación entre los derechos no se concluye que todos sean iguales. Esto no es una consecuencia lógica y aquí falla el silogismo. De hecho, varios autores han encontrado justamente en esa relación la justificación para hablar de derechos primarios y secundarios (Hervada, 2001, pp. 91-93), de *core rights* y de *derivate rights* (Raz, 2009, pp. 180-186).

II.2. Jerarquizar derechos es jerarquizar personas

El argumento se ancla en la igual dignidad de las personas. Algunos lo atan al tema de la colisión de derechos[5] y otros no[6]. Cianciardo, por ejemplo, señala que en el fondo «la jerarquización de derechos oculta en realidad […] una jerarquización de las personas» (2007, pp. 11-16). El argumento es borroso. De alguna manera resalta, primero, que toda lesión de un derecho implica siempre una lesión de la dignidad humana. Esto es cierto, tanto como que cabe lesionar leve o gravemente a una persona. Quitarle la vida a una persona (derecho a la vida) es más grave que quitarle un dólar (derecho de propiedad); si se quiere, ambos actos

2 Quizá la tesis es derrotable Jacques Maritain, quien jugó un papel de primer orden en la redacción del texto de la Declaración, consideraba que sí existía una tabla de valores y una jerarquía de derechos; aun así, se percató de que si bien se podía arribar a un acuerdo en la formulación de los derechos, era muy difícil llegar a un acuerdo sobre su fundamentación y jerarquía (*cfr.* Beuchot, 1993, pp. 9-26).

3 *Cfr.* Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2006, p. 2), donde claramente se afirma que no hay jerarquía entre los derechos humanos.

4 El derecho consta en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989, art. 31).

5 *V. gr.* Bassa (2013, p. 36).

6 *V. gr.* Cianciardo (2007, pp. 11-16).

son de lesa humanidad porque transgreden derechos vinculados a la persona, pero no tienen el mismo peso.

En segundo lugar, el argumento señala que si algún derecho tuviera preeminencia sobre el resto, quien lo tuviera tendría a su vez preeminencia sobre el resto de personas. Esto también es cierto cuando el derecho solo se predica de una persona; por eso, quien tiene derecho a ser presidente de una república, tiene «en cuanto al cargo» una cierta preeminencia sobre sus ministros y sobre el personal contratado por sus ministros. Distinto es el caso de los derechos humanos, de los que toda persona es titular en la misma medida; no obstante, de que todos tengamos los mismos derechos no se desprende que todos los derechos sean iguales.

Finalmente, de que la dignidad sea el fundamento de todo derecho tampoco se infiere ninguna igualdad de derechos. Así, de que algo sea fundamento de una estructura no se infiere que todas las partes de esa estructura sean iguales.

II.3. Imposibilidad de establecer *a priori* una tabla jerárquica de derechos

En varias ocasiones se ha señalado que es imposible redactar una tabla de todos los derechos con su jerarquía, fundamentalmente por tres motivos: a) esto imposibilitaría la dinámica jurídica, que constantemente incorpora nuevos derechos; b) por otro lado, las preferencias no se pueden establecer *a priori* sino *ad casum*; y c) como toda apreciación es siempre subjetiva, toda jerarquización siempre dependerá de criterios ideológicos, históricos y valoraciones sociales de las distintas épocas y lugares[7]. La prueba de esta imposibilidad estaría en el hecho de que los jueces no suelen fallar acudiendo al método de la jerarquización[8]. Creo que los argumentos tienen su parte de verdad, aunque ninguno es óbice para jerarquizar derechos.

Las tablas de derechos pueden ser abiertas o cerradas. Toda declaración de derechos humanos y toda constitución contiene una tabla de derechos, y generalmente todos estos documentos cuentan con la cláusula *numerus apertus*. En todo caso, que sea abierta o cerrada no dice nada de que haya unos derechos superiores a otros. Luego, tampoco el tiempo de la preferencia dice nada de la jerarquía; por el contrario, quien dice que solo *ad casum* se puede establecer preferencias, ya de hecho está aceptando la preferencia (aunque en un tiempo posterior). Lo que sería absurdo es decir que esa preferencia no tiene que ver

7 En este sentido, por ejemplo, ver Bertelsen (2010, pp. 37-39). De una manera más extrema, Bastida sostiene que la jurisprudencia que de hecho ha aceptado alguna jerarquía axiológica necesariamente «se tiñe de subjetivismo y arbitrariedad» (Bastida *et al.*, 2004, p. 63). En el campo internacional de los derechos humanos, *cfr.* Tahvanainen (2006, pp. 191-205).

8 En esa línea, ver Klein (2008, p. 482), por ejemplo. Esto se contradice con lo expuesto en la nota anterior.

con ninguna jerarquía, ni que el balanceo *ad casum* tenga que ver con ningún peso y jerarquía. Quien admite un peso mayor o menor, quien admite algún genero de proporcionalidad, ya admite algún género de jerarquía. Por otro lado, no podemos negar que pueden existir casos iguales. De hecho, la jurisprudencia obligatoria funciona a base de casos iguales: si se establece correctamente la preferencia en un primer caso, en un caso posterior ha de aplicarse la misma regla, con lo cual el *ad casum* puede volverse *ad multum casum* y, luego, transformarse en regla, como ha sucedido con las líneas jurisprudenciales del *common law*.

Otra forma más escéptica del argumento es la de Zagrebelsky (2008, p. 124), para quien toda jerarquización de valores, principios o directrices siempre resulta inútil e insuficiente: los textos normativos están tan plagados de referencias a valores y principios con los que cabe sacar una, dos o cien respuestas a un problema práctico, concordantes o contradictorias, siempre derrotables, imposibles de encajar dentro de los esquemas subsuntivos[9]. La respuesta sería la misma. Si los jueces pueden —y deben— fallar en un caso concreto, en ese caso concreto han de establecer qué valor, principio, norma o directriz primará, y esto no puede quedar a su simple capricho. Y quien habla de un caso, habla de dos, y de tres…

Es cierto que el ser humano no posee un conocimiento absolutamente objetivo, Pero de ello no se desprende que carezcamos de inteligencia ni que no podamos conocer la realidad, al menos de una manera parcial, contextual y perfectible[10]. Por eso, cualquier conocimiento se entiende en el lugar que se adquiere y siempre es susceptible de mayor profundización (tanto en la jerarquía como en cualquier ciencia humana). Por otro lado, quien admite que cada sociedad tiene sus valores, ya admite una jerarquía (al menos local). De hecho, la doctrina constitucional mayoritaria señala que no existen constituciones neutras axiológicamente[11]. Ello no obsta para admitir que haya valores y antivalores compartidos por todas las culturas (la amistad, la sinceridad, la cooperación, entre otros; la tortura, el incesto, la traición, etcétera), como destacan varios autores[12]. Por eso, no es raro que tanto en los derechos humanos como en el movimiento constitucional de varios países haya un grupo de derechos relacionados con estos valores que se vea con especial preferencia[13]. En definitiva, es ingenuo pensar que los

9 Cfr. también Prieto (2010, p. 92) y Núñez Leiva (2016, p. 197).

10 Son las tres características que, según los más autorizados filósofos de la ciencia, el conocimiento humano tiene. *Cfr.* Artigas (2006, pp. 230-242).

11 Sagüés (2004, pp. 177-179) y Pfeffer (1998, pp. 226).

12 Véase Finnis (2011, cap. IV).

13 Aunque Klein es reacio a admitir una jerarquía de derechos, tiene que admitir que «in fact, there are four rights common to the relevant catalogues: right to life, right not to be subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, right to be free from slavery, and the right not to be subjected to retroactive criminal law, but it is evident that some of them may well be restricted or are limited from the outset» (2008, p. 482).

jueces fallan con objetividad absoluta, desprovistos de una jerarquía de valores[14]. Ellos deciden los casos con los conocimientos que buenamente tienen y con los valores que han logrado asumir.

II.4. El derecho subjetivo es un *corpus mechanicum*. Solo cabe jerarquizar bienes

Considero que varios autores ven al derecho más como un *corpus mechanicum*[15], como una técnica no susceptible de valoración, semejante a otras figuras del derecho como los secretos o las ficciones. Para valorarlos hay que ver qué hay dentro (*v. gr.* secretos comerciales o información para delinquir, ficciones justas o injustas). Los derechos subjetivos, facultades a fin de cuentas, solo podrían valorarse atendiendo a los bienes con los que estén relacionados (la vida, la intimidad, etcétera). Así, en realidad, lo que cabe es jerarquizar bienes (*cfr.* Cianciardo, 2007; Bertelsen, 2010, pp. 39-40). Orrego (2010) preferiría valorar la especie de los actos que esas facultades permiten.

Formulado así el argumento, es claro que ya se acepta una jerarquización de derechos, al menos en cuanto ellos estén relacionados con los bienes o acciones susceptibles de jerarquización. Esto es tan claro como que cien dólares valen más que un dólar, tanto el billete como mi derecho sobre él. Además, habría que añadir que los derechos no son un mero *corpus mechanicum* que pueda tener una valoración positiva y otra negativa. Los derechos siempre son algo positivo.

II.5. Si no hay conflicto de derechos, la jerarquía sobra

Una parte de la doctrina considera que los conflictos de derechos no son reales, sino aparentes (Toller & Serna, 2000; Cianciardo, 2007; Orrego, 2010; Bertelsen, 2010; Castillo Córdova, 2005, entre otros)[16]. Quienes así piensan tienden a evitar la jerarquización de derechos por considerar que no aporta mucho al análisis jurídico. Si no hay posibilidad de conflicto entre derechos, luego no hace falta jerarquizarlos para resolver el conflicto. Esto es cierto. Además, tampoco sería necesario recurrir a ninguna otra técnica de solución de antinomias, donde por ejemplo prime el derecho aprobado posteriormente frente al anterior. Quizá los autores solo piensan en la función negativa del principio de jerarquía y no en la positiva, tan usada en la escolástica,

14 En realidad, es preferible que el juez señale honestamente de qué valores parte a que falle aduciendo una falsa «desvinculación» de todo valor.

15 Ningún autor que conozca utiliza esta expresión ni es así de claro. Me parece que esta terminología ayuda a entender su postura.

16 Los autores justifican su postura en el principio de no contradicción: «no es posible que puedan coexistir ambos derechos al mismo tiempo y bajo el mismo punto de vista avalando pretensiones contradictorias. Esto se debe a que es lógicamente imposible que, siendo posiciones contradictorias, ambas sean —a la vez y en plenitud— justas, eficaces y presentes» (Serna & Toller, 2000, p. 29).

la cual dota de sentido a lo inferior[17]. En cualquier caso, del asunto de la conflictividad en buena lógica no se colige ni la igualdad ni la jerarquía de los derechos[18]. Pongamos un ejemplo obvio: entre el derecho constitucional a la naturalización y el derecho reglamentario de presentar una solicitud administrativa luego del feriado no parece haber conflicto posible, ni se duda que uno es jerárquicamente superior a otro.

II.6. Igualdad normativa

El argumento podría formularse así: todos los derechos constitucionales tienen la misma jerarquía constitucional[19]. En el campo internacional se ha formulado de manera parecida: todos los derechos humanos han sido reconocidos por las mismas fuentes de derecho internacional, con lo cual han de tener la misma jerarquía[20]. Esto parece tautológico. Y, para abundar, añadiríamos que no solo no encontramos acuerdo sobre la jerarquía derechos[21], sino que incluso hasta algunas normas nacionales e internacionales han reconocido explícitamente su igualdad[22].

Caben, sin embargo, dos observaciones. La primera es la conveniencia de delimitar el «todos» porque no todos los derechos establecidos en la constitución son «derechos constitucionales». De hecho, el mismo texto constitucional suele reenviar materias a la ley (creando derechos legales, inferiores a los constitucionales) y también jerarquiza los derechos establecidos en ciertos tratados internacionales (poniéndolos a la par de los derechos constitucionales, por encima o por debajo). Baste como ejemplo la Constitución argentina, que considera constitucionales los derechos establecidos en determinados pactos de derechos humanos, pero no en el resto[23]. Y si nos fijamos en los pactos de derechos humanos, frecuentemente encontraremos la cláusula de que los derechos allí consagrados prevalecen por sobre las normas, regulación, actos administrativos, etcétera, del derecho interno de los Estados. Si la misma norma jerarquiza derechos, no hay más que hablar.

---

17 Explicaremos ambas funciones en el acápite IV.2.

18 De hecho, autores no conflictivistas como Cea (1999, p. 172) admiten la jerarquía de derechos. Otros, como Orrego (2010, p. 229), conceden que es plausible aunque problemática.

19 En este sentido, Bastida ha dicho que no existe «una jerarquización de los derechos fundamentales, porque todos son derechos de rango constitucional» (Bastida *et al*., 2004, pp. 27-28).

20 Según Klein (2008, p. 481), «most human rights are treaty based» y «the sources of international law are equivalent».

21 *Cfr.* Wuerffel (1998, pp. 402-403).

22 *V. gr.* la Constitución del Ecuador de 2008 señala que «todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía» (art. 11.6). La Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1993 dice que se «[…] debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso […]» (I.5). Y la Declaración sobre el derecho al desarrollo de 1986 subraya que «[…] debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales» (art. 6.2).

23 La Constitución argentina de 1994 hace una lista de declaraciones con «jerarquía constitucional» para luego señalar que «los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional» (art. 75.22).

Aún vale hacer una segunda observación. El argumento formulado solo habla de igualdad «normativa», aquella por la cual los derechos heredan la jerarquía de la norma que los reconoce. No obstante, hay otro género de jerarquías que puede aplicar a cargos, instituciones y otras realidades. Al final de este artículo desarrollaremos qué género de jerarquía aplica a los derechos.

III. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA JERARQUIZACIÓN DE DERECHOS

Señalamos ahora sucintamente los argumentos que diversos autores dan para justificar la jerarquía de valores y derechos. Aun así, nos hemos permitido añadir uno de nuestra propia cosecha: el argumento de lo evidente.

III.1. Lo más evidente

Para la gente común, para el ciudadano de a pie, todos los derechos no suelen valer lo mismo. Solo cuando sienten que se atenta contra algún derecho «sagrado» (el derecho a la vida, a la intimidad, a la familia, etcétera) la gente sale a las calles a protestar. En cambio, no sucede lo mismo cuando, a su pesar, se reforman los derechos procesales. ¿Es que acaso no es claro que el derecho a la vida vale más que el derecho a presentar un escrito el día posterior al feriado? Aquí la teoría muchas veces resbala sobre lo obvio.

III.2. Jerarquía normativa

Es claro que si la constitución establece una jerarquía de fines, valores, derechos, normas, cargos, etcétera, entonces habrá tal jerarquía. Será una jerarquía meramente formal, no de fondo, lo que tiene sus límites (en realidad, todo criterio jerárquico tiene sus límites).

Hay varias formas de establecer una jerarquía normativa. La primera, de manera «clara y expresa», como cuando la constitución jerarquiza tratados, leyes orgánicas u ordinarias, y reglamentos. En ocasiones se apuesta por algún derecho, valor o fin, como sucede con el *sumak kawsay* puesto al centro de la Constitución ecuatoriana. También en el derecho internacional está presente el concepto de jerarquía[24].

24 A más de la doctrina citada en el acápite II.6, podemos mencionar la Convencion de Viena sobre Tratados de 1969, cuyos derechos se consideran por encima de los previstos en los demás tratados. Además, la Carta de las Naciones Unidas contiene la llamada «cláusula de primacía», por la que «en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Estados Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta» (art. 103). Shelton (2002, pp. 307-308) ha relacionado esta cláusula con la jerarquía de los derechos humanos.

La segunda forma es «reforzando» ciertas normas o protegiendo extra ciertos derechos considerados más importantes. Así, precisamente, surgen las leyes reforzadas (que se aprueban con más votos, con candados o procesos más complicados). Las constituciones suelen reforzar cada vez más el capítulo de los derechos humanos, con toda suerte de seguridades (efecto directo, preeminencia, inexcusabilidad, interpretaciones favorables, etcétera)[25]. También la regulación de los estados de emergencia o de excepción supone que hay unos derechos preferidos que no pueden ceder o ser suspendidos, frente a otros que sí. Lo mismo sucede en el ámbito internacional, donde los tratados de derechos humanos parecen ostentar una cierta primacía sobre otro género de tratados (y sobre los derechos contenidos en esos tratados)[26]; es más, incluso dentro del texto de los tratados, solo unos pocos derechos humanos se reputan inderogables y oponibles *erga omnes*[27]. También está la hipótesis de que el *jus cogens* prioriza ciertos derechos[28].

La tercera forma de jerarquizar es a través de la «estructura» de la norma. Suele considerarse que la parte dogmática de la constitución es fin de la parte orgánica (el Estado se «organiza» para realizar el «dogma»). Muchas veces se considera que la redacción de los derechos fundamentales no es fruto del azar, sino que se ha realizado de manera ordenada, por lo que «integran un sistema», lo que «significa que las normas que los reconocen tienen un cierto grado de organización, fundamentalmente de carácter jerárquico» (Estévez Araujo, 1994, pp. 96-103). En Chile, atendiendo a la historia de la norma, se ha considerado que la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (1973-1978) organizó los derechos fundamentales jerárquicamente, atendiendo a los valores que protegen en este orden: vida, igualdades y libertades[29].

De los ejemplos citados se aprecia que es fácil jerarquizar derechos cuando la norma lo prevé textualmente, pero es difícil hacerlo a través de criterios hermenéuticos.

III.3. Jerarquía axiológica y de bienes

Con mucha frecuencia se afirma que la escala de valores y/o el peso de los bienes tienen efecto en el peso de los derechos[30]. No podría ser

25 *Cfr.* Constitución del Ecuador, art. 11; Constitución de Argentina, art. 75; Constitución peruana, disposición final 4a. Por otro lado, las cortes nacionales de Europa y Latinoamérica siguen cada vez más la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos, como el de Estrasburgo o Costa Rica.

26 *Cfr.* Yigzaw (2015); en contra, Haugen (2007).

27 Cuatro derechos suelen tener una especial protección: el derecho a la vida, a la no tortura, a no ser esclavos y a la no retroactividad de la ley penal. Ellos constan, por ejemplo, en la Convención Europea de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

28 En contra de tal jerarquización, revisar Klein (2008, pp. 479-480).

29 En este sentido, ver Cea (2012, II, pp. 65-68).

30 Entre valores y bienes existe una gran relación. Mientras el valor es aquello que se estima como bueno por convenir al sujeto, los bienes son la concreción de esos valores en la realidad, por lo que

de otra manera, pues todo derecho está intrínsecamente relacionado con ellos (encarna valores, posibilita la posesión de bienes, etcétera). Algunos autores hablan de la dignidad, otros de los bienes básicos o de conceptos análogos. Los veremos a continuación.

En primer lugar, se suele poner a la «dignidad» por encima de todo. En Alemania se ha mantiene que aunque todo derecho sea balanceable y derrotable, la dignidad humana nunca lo será (*cfr.* Klein, 2002). Varios autores parten de este principio para establecer la jerarquía de derechos. Así, en Argentina, Ekmekdjian (2002) consideró que el derecho a la dignidad ocupa la cúspide del sistema jurídico, concibiéndola como un derecho absoluto, ni reglamentable ni restringible. En similar sentido, el español Eusebio Fernández (1984) afirmó que «es necesario establecer una graduación jerárquica entre los distintos derechos según su importancia, ordenada en relación con la idea de dignidad humana».

Suele observarse que existe un conjunto de «bienes básicos» que deben satisfacerse (agua, comida, vestido, etcétera) para que la subsistencia humana sea posible. Habría, por tanto, una prelación entre estos bienes básicos y el resto de bienes (relación que se replicaría en los derechos aparejados a esos bienes). Una posición similar, aunque con algunos matices, es la de Finnis (2011, pp. 85-97), quien enlista siete bienes básicos de igual jerarquía[31] que sirven de fundamento para el florecimiento humano y de base justificativa para la especificación de los diversos derechos de la persona.

Por su parte, Bidart Campos (1989; 1986a; 1986b, p. 304) piensa que existen dos principios constitucionales básicos: el de la igualdad de rango de toda norma constitucional y el de la jerarquía escalonada de los derechos. Considera que los conflictos donde concurren normas de igual rango (como el derecho al honor y a la libertad de expresión) han de resolverse prefiriendo el «bien jurídico» de mayor jerarquía. Aquí entran en juego todos los bienes, no solo los básicos.

Los «derechos fundamentales» —no en vano se los denomina así— con frecuencia aparecen como lo más básico que un Estado o comunidad debe proteger, por lo que estarían por encima del resto de derechos. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ve a «los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre» como «la finalidad de cualquier institución política». La idea se replicará en muchos documentos posteriores[32]; por eso, suele concederse a estos

pueden distribuirse. No es el momento de dar mayores explicaciones ni se requieren para el presente análisis. Sobre el tema, ver Hervada (2000, pp. 67 y ss.).

31 Estos serían: reflexión práctica, vida, conocimiento, juego, experiencia estética, sociabilidad (amistad), razonabilidad práctica y religión.

32 También en el ámbito internacional. Sheltom (2002, pp. 307-308) observa que la «cláusula de supremacía» de la Carta de las Naciones Unidas (ver nota 23), así como su art. 2(6), parecen proponer como fin de la comunidad internacional la paz, la seguridad y la protección de los derechos humanos.

derechos algún género de primacía por sobre los demás[33]. Como dijimos, actualmente un gran sector de la doctrina se inclina por la igualdad de los derechos fundamentales[34], mientras para otros ciertos derechos pueden tener una especial relevancia[35].

Algunos autores ponen en el centro del sistema jurídico otro género de derechos, valores o principios. Así, por ejemplo, Rawls (1999) fundamenta todos los derechos y todo el ordenamiento jurídico en la justicia y la igualdad. Dworkin (2005, pp. 150-168) le dará primacía al principio de *equal access and concern*. Finalmente, hay quienes consideran que la jerarquía debe realizarse con criterios extrajurídicos, acorde a las preferencias de cada sociedad (*cfr.* Estévez Araujo, 1994, pp. 96-103).

III.4. Jerarquía lógica y cronológica

La jerarquía lógica supone el orden y la subsunción de los conceptos: no hay «derecho a la vida feliz» sin «derecho a la vida». En un sentido más amplio, Raz, distingue los *core rights* con justificación primaria autónoma, y los *derivative rights* que se fundamentarían total o parcialmente en los primeros derechos (2009, pp. 168-169). De manera similar, Hervada distingue los derechos naturales primarios de los derechos que racionalmente se derivan de ellos (2001, pp. 92).

La jerarquía cronológica supone que hay un derecho posterior cuya existencia depende de un derecho anterior; es decir, no hay derecho a ver el partido desde la tribuna sin el derecho a entrar al estadio. La jerarquía cronológica muchas veces coincide con la jerarquía lógica. Así, Rosatti ha afirmado

> […] que tanto desde el punto de vista lógico cuanto cronológico es posible establecer cierta regla de prelación entre los derechos: en ese contexto, el derecho a la vida es —por ejemplo— 'fundante' del derecho a la salud (que podría entenderse como derecho a 'continuar' o 'mantener' la vida en las mejores condiciones psicofísicas posibles) y es cronológicamente 'previo' o 'anterior' al derecho de locomoción (sin vida no hay posibilidad de entrar, permanecer, transitar o salir del país). El carácter de 'fundante' o 'derivado' de los derechos generaría

33 Ver nota 25 y Lee (2020, pp. 73-92).

34 Ver Meron (1986, pp. 1-23).

35 Meyers (1985), por ejemplo, sostiene que hay cuatro derechos inalienables e inherentes a la persona, sin los cuales no se puede desarrollar: el derecho a la vida, a la libertad personal, al tratamiento benigno y a la satisfacción de las necesidades básicas. Shue (1980), en cambio, considera que la libertad, la seguridad y la subsistencia son el mínimo razonable que se debe garantizar; es más, entre los tres no habría prioridad porque cada uno es necesario para ejercer los otros.
En *Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd. (New Application) (Belg. vs. Spain)*, 1970 ICJ REP. 4 (Judgment of Feb. 5), se sentó el famoso *dictum* por el cual «los derechos fundamentales de la persona humana» (*droits fondamentaux de la personne humaine*) crearían obligaciones *erga omnes*. La doctrina posterior analizará cuáles derechos poseen esa característica. Otro hito importante es el *Statement* de Kissinger ante la Asamblea General de la OEA de 1976, en el cual menciona la existencia de ciertos «valores fundamentales» y «derechos humanos básicos».

> —en caso de conflicto— una relación de jerarquía, debiendo en tal caso preponderar el primero, sin el cual no existiría el segundo (2003, p. 281).

Desarrollando los criterios expuestos, Ekmekdjian (1984, 1985, 1986, 2002) estableció la siguiente jerarquía en la Constitución de Argentina para efectos didácticos: a) derecho a la dignidad humana y a sus derivados (*v. gr.* libertad de conciencia, intimidad, a no ser sometido a humillaciones, servidumbres, vejámenes o torturas, etcétera); b) derecho a la vida y sus derivados (*v. gr.* derecho a la salud, a la integridad física y psicológica, etcétera); c) derecho a la libertad física; d) los restantes derechos personalísimos (propia identidad, nombre, imagen, domicilio, etcétera); e) derecho a la información); f) derecho a la asociación; g) los restantes derechos personales, primero los derechos fines y luego los derechos medios; y, h) los derechos patrimoniales. La tabla puede dar mucho que pensar.

III.5. Jerarquía abstracta y concreta

Con frecuencia se distingue la jerarquía de fines, valores, bienes, principios o derechos «en abstracto» de la jerarquía o «prevalencia» que, en concreto, estos elementos pueden tener. Y aquí hay de todo: sentencias y doctrina que opinan que no hay jerarquía *a priori* (abstracta), pero sí *a posteriori* (concreta); que la jerarquía solo se da en los derechos abstractos, o solo en los bienes, o solo en los principios…; que no existe jerarquía de ningún género en ningún lugar; o, por el contrario, que la jerarquía se verifica a todo nivel. Una tesis con muchos adeptos es la de los derechos abstractos de Dworkin, quien los entiende como derechos potencialmente ilimitados y conflictivos que deben concretarse al confrontarlos con los hechos reales, donde las prevalencias sí funcionan (*cfr.* Dworkin, 1986, pp. 293 y ss.). Finnis también defiende la necesidad de una especificación progresiva de los derechos (2011, pp. 218-221). En el campo internacional, Shelton concluye que la cuestión de la jerarquía de los derechos humanos debe resolverse en la práctica, viendo qué derechos están más vulnerados y cuáles merecen una mejor defensa aquí y ahora (2002, p. 331).

La concreción del caso puede ser mayor o menor. Piénsese por ejemplo en la tesis de Ruiz Miguel, quien, centrándose en el sistema de Gobierno actual (excluyendo el régimen monárquico), señala que el sistema democrático exige la preeminencia de algunas «libertades esenciales mínimas» que estarían incluso por encima de la decisión popular. Estas serían la libertad de expresión y crítica, de asociación y de reunión, y de sufragio activo y pasivo en elecciones periódicas (1983, p. 547). Una concreción mayor la ha hecho el Tribunal Constitucional español cuando ha afirmado que la libertad de información es jerárquicamente superior al derecho a la intimidad o al honor, en cuanto ella tiene una

especial relevancia para el asentamiento democrático de una sociedad[36]. En Norteamérica, Elford (1995) ha estudiado la jerarquía del *right to privacy*, y Varney (2009) la jerarquía de los derechos por discapacidad.

Parece claro que mientras más se concreten los valores, bienes o derechos en juego, más se podrá apreciar si existe jerarquía. En todo caso, como observa Fernández (1982, p. 103), no puede olvidarse «que se pueden plantear dificultades y problemas a la hora de evaluar casos concretos y que esta valoración entre derechos responde a las concepciones de filosofía moral, política y jurídica de que se parta».

IV. ALCANCE Y LÍMITES DEL PRINCIPIO DE JERARQUÍA

Para avanzar en este estudio, es preciso mostrar todo lo que implica el principio de jerarquía. A continuación veremos qué comprende, sus funciones, presupuestos, clases y límites. Asimismo, en el siguiente acápite revisaremos si cabe aplicar todo esto a los derechos.

IV.1. Noción de jerarquía

La Real Academia Española (2020) define «jerarquía» como «gradación de personas, valores o dignidades». La gradación es un elemento esencial de toda jerarquía. No hay jerarquía sin un más y un menos. A la vez, no puede haber «un más y un menos» sin algún elemento de medida, sin algún género de orden. La filosofía añade que en todo orden lo superior justifica lo inferior: en lo superior encontramos la razón de fin, mientras en lo inferior la razón de medio. Y, como el medio halla su razón de ser en el fin, lo inferior se aclara a la luz de lo superior.

Cuando se habla del principio de jerarquía se tiende a considerarlo en términos meramente formales o normativos[37]. Además, dentro de un positivismo clásico, se tiende a justificar la jerarquía en la misma norma[38]. Tal cometido de autojustificación normativa ha merecido reparos, corta vuelo a la doctrina y, desde luego, no responde a la realidad jurídica. Viéndolo bien, consta que en el derecho la noción de jerarquía se aplica a un número muy diverso de elementos: a normas, a cargos, dignidades (*v. gr.*, el presidente está por sobre los ministros), a instituciones jerarquizadas (*v. gr.*, los diversos niveles de mando en una compañía), a poderes (el poder constituyente está sobre el poder constituido; la autodeterminación de los pueblos por sobre otros poderes) o los bienes

36 STC 240/1992, del 21 de diciembre, FJ. 3; STC 159/1986, del 12 de diciembre, FJ. 6; STC 121/1989, del 3 de julio, FJ. 2.

37 Baste, entre tantos, un ejemplo. Así, Ávila entiende que «la noción de jerarquía implica una relación lineal entre dos normas separadas semánticamente, de suerte que una de ellas se superpone a la otra. Y, en caso de conflicto, la norma inferior incompatible con la norma superior pierde, *ipso facto*, la validez por medio de un raciocinio de exclusión» (2011, p. 114).

38 Ver nota 1.

jurídicos (por eso la ley penal castiga con mayor o menor rigor el atentado a unos bienes o a otros), entre otras cosas. Esto es evidente.

Si se admite lo anterior, habrá también que admitir que en el derecho la jerarquía es algo más que un mero método normativo de solución de antinomias: es, sobre todo, un principio de orden aplicable a diversos objetos; una directriz que evidencia que en el ordenamiento jurídico no todo tiene el mismo peso, importancia o valor, pues hay cosas superiores e inferiores. Allí donde hay «un más y un menos», allí donde distinguimos un orden de superioridad e inferioridad, allí existe algún género de jerarquía.

Es importante resaltar que la jerarquía depende tanto de la realidad, como de la persona. La inteligencia humana puede descubrir que hay cosas más importantes que otras: que un kilo de oro vale más que un gramo, que la presidencia es una dignidad mayor a la alcaldía, que el precepto de no matar es más importante que el cartel de «no pisar el césped». Y también la voluntad puede decidir, en cierta medida, a qué se dará más importancia, a qué proyecto u objetivo político se destinará más recursos.

IV.2. Funciones del principio

Según vimos, el principio de jerarquía es un principio de orden que organiza según un más y un menos. Tiene dos funciones, una positiva y otra negativa. La «función positiva» es la de «informar», «dar forma» a lo inferior. Lo inferior «sigue» o «desarrolla» lo superior[39]. Por eso, en las normas superiores constan los fines, valores y principios más altos del ordenamiento jurídico, que serán desarrollados por la normativa inferior; es decir, lo inferior viene a ser medio para realizar lo superior. Además, las normas inferiores se interpretan a la luz de las superiores.

La «función negativa» es invalidar, anular, dejar sin justificación aquello que «contradiga» lo superior. Obviamente, si no hay contradicción, no se produce este efecto. Esta función negativa del principio de jerarquía es justamente la considerada en las reglas de solución de antinomias[40]. Estas reglas están previstas para resolver conflictos entre dos normas que regulan un mismo caso de forma contradictoria, definiendo cuál debe prevalecer. Para hacerlo, atienden a algún criterio: por ejemplo, al de temporalidad (*lex posterior derogat priori*), al de especialidad (*lex specialis derogat generali*) o al de jerarquía (*lex superior derogat legi inferiori*)[41]. Toda

39 Tomás de Aquino habla de *conclussio y determinatio* (*Suma Teológica*, II-II, q. 60, a. 5).

40 Antinomias son aquellas situaciones de incompatibilidad producidas entre dos normas que pertenecen al mismo ordenamiento y tiene el mismo ámbito de validez, en virtud de la cual la aplicación de una norma produce resultados contrarios de la otra norma. *Cfr.* Bobbio (1987, pp. 201-202).

41 A veces se añaden otros criterios, como el de competencia (la ley competente prevalece sobre la que no es compete sobre la materia, persona o litigio) o el de favorabilidad (la *lex favorabilis prevalet*, a la hora de aplicar los principios *pro libertate*, *pro reo*, *pro debilis*, etcétera).

regla de antinomias indica qué norma ha de prevalecer, pero solo la ley superior tiene un efecto invalidante absoluto. Ante un conflicto entre norma especial y norma general, la especial prevalece, pero la general sigue vigente; en cambio, la norma jerárquicamente superior anula la norma contraria inferior. La norma posterior deroga la norma anterior, que tuvo alguna vigencia en el pasado; en cambio, la norma superior ahoga con su imperio todo efecto jurídico de la norma contrapuesta.

¿Cabría aplicar estas reglas previstas para las normas a los fines, principios, valores, cargos, poderes o instituciones? *Prima facie*, no parece tan simple; haría falta articular mucho el discurso para hacerlo. La regla más problemática aquí es la *lex posterior*, porque ciertos elementos (*v. gr.* fines, principios, valores) no pueden mesurarse cronológicamente. Con todo, quizá quepa decir que el cargo asignado posteriormente prevalece sobre el nombramiento anterior, mientras es seguro que el poder constituyente (que es anterior) prevalece sobre los poderes constituidos (que son posteriores). Más juego da el principio de especialidad, pues el fin o principio especial (al que tiende una norma especial) tiende a prevalecer por sobre los fines o principios generales (al que tienden las normas generales). Concluimos, pues, que si los elementos son mesurables cronológicamente, cabe aplicarles el criterio de temporalidad; si son mesurables según su grado de especialidad, cabe aplicarles la regla de la especialidad; y si ni uno ni otro, no cabe la aplicación de este criterio y regla.

Siguiendo el mismo orden de ideas, el principio de jerarquía podría aplicarse a los fines, principios, valores, cargos, poderes, instituciones y derechos solo si estos pudieran ser medidos según «un más y un menos». A esto hemos dado respuesta afirmativa en los capítulos anteriores y lo explicaremos con más detalle más adelante. Luego, a todos estos elementos podemos aplicarles el principio de jerarquía para resolver los conflictos teóricos o reales que eventualmente surjan. Solo habría que añadir que los efectos positivos y negativos de la jerarquía solamente se producen en aquello que es mayor y menor, no en otra cosa. Así, si la jerarquía es normativa (jerarquía formal), en el evento de una contradicción lo que cae es la norma inferior (cae formalmente, aunque podrían permanecer los derechos fundamentales mencionados en la norma caída); y si la jerarquía es de valores, el «valor» inferior beligerante deja de estar justificado, deja de merecer protección jurídica (cae racionalmente, aunque permanezca mencionado en una norma formalmente vigente)[42].

42 Klein recoge un dato de la realidad judicial: «the fact that certain rights are addressed in court decisions as being 'most fundamental' or representing a 'supreme value' does not necessarily mean that these rights prevail over other, seemingly 'inferior', rights in a given case» (2008, p. 477). En efecto, no se produce una derogación formal.

IV.3. Presupuestos del principio

Para que el principio de jerarquía opere son necesarios cuatro presupuestos:

1. *La existencia de varios elementos,* al menos dos.
2. *Que esos elementos traten de lo mismo.* La jerarquía necesita dos normas (o elementos) que versen sobre la misma materia. Si dos leyes abordan temas distintos, la jerarquía no opera. Para que opere la función positiva del principio de jerarquía (por la que lo superior informa, dota de contenido y fija las directrices de lo inferior) se requiere que las dos normas, principios, fines o elementos traten la materia de manera igual o coherente[43]. En cambio, para que opere la función negativa del principio (que tiende a invalidar, deslegitimar o quitar el fundamento de la norma inferior) es necesario que los elementos en juego entren en disputa irreconciliable, en un conflicto tal que no pueda salvarse a través de otros medios.
3. *Que esos elementos se apliquen a lo mismo (mismos sujetos, tiempo, espacio y circunstancias)*. La jerarquía exige la existencia de dos o más normas (o elementos) que resulten exigibles, apliquen o aludan a unos mismos sujetos, en un mismo tiempo, jurisdicción y circunstancias. Si dos leyes recayeran sobre sociedades diferentes (como la ley peruana y la paraguaya), no cabría aplicar el principio de jerarquía, sino el de competencia. De manera semejante, bajo una postura dualista del derecho internacional, donde el tratado solo rige sobre los sujetos de derecho internacional y el derecho interno solo sobre los ciudadanos[44], tampoco se configura este presupuesto porque cada norma rige sobre sujetos diversos. Finalmente, si dos normas obligaran a las mismas personas, pero en tiempos distintos, habría que aplicar la *lex prior* al primer tiempo y la *lex posterior* al segundo.
4. *Que tales elementos muestren algún género de jerarquía entre sí*. Sin grados no hay jerarquía. No hay grados entre elementos de un mismo nivel, ni entre elementos no comparables, ni en aquellos que no admiten un más y un menos. Algunas disposiciones ponen en pie de igualdad los derechos previstos en la constitución y los

43 Según el principio de coherencia, las normas inferiores desarrollan, concretan y complementan las normas superiores, que normalmente son más genéricas. Esto supone una cierta adición de preceptos, que deben ser coherentes (no idénticos) con la norma superior. *Cfr.* Ávila (2011, pp. 113-118).

44 Según los partidarios del monismo en el derecho internacional, esta concurrencia se da *ipso facto* porque el tratado, al igual que la ley interna, siempre tiene efectos sobre los mismos ciudadanos. Actualmente, en vez de dualismo, deberíamos hablar de trialismos porque cada vez crece más la regulación internacional, comunitaria y nacional de materias semejantes. Parece evidente que, si bien en la regulación internacional y comunitaria existen lazos de unión, se trata de dos órdenes jurídicos claramente distintos.

previstos en los tratados de derechos humanos[45]. Ellas reflejan una verdad y una mentira. La verdad es que cuando no hay conflicto, a estos derechos se los trata como si fueran del mismo nivel (por ejemplo, para efectos de las garantías jurisdiccionales). La mentira se evidencia cuando surge un conflicto insalvable, y el juez ineludiblemente se debe decantar por el tratado o por la constitución: si ambas normas estuvieran al mismo nivel, la regla de antinomias que habría que aplicar sería la *lex posterior derogat priori*, lo que solo sucede en rarísimos casos.

IV.4. Límites del principio

El principio de jerarquía no es un dios que lo puede resolver todo; como todo principio, tiene sus límites. En primer lugar, no cabe aplicarlo si no se cumplen los presupuestos que acabamos de mencionar. Si se cumplen, se pueden presentar cuatro problemas que pueden tornar inoperante al principio: el límite mental, la imprecisión del lenguaje, las circunstancias variables y las opciones políticas.

No somos Dios. Nuestra capacidad de conocer es limitada y si no conocemos bien las cosas, difícilmente las valoraremos de manera adecuada. Por eso, es difícil —no imposible— formular *a priori* una tabla jerárquica de derechos; en cambio, nos resulta más asequible juzgar en un caso concreto qué derecho debe prevalecer ahí: es lo que hacen los jueces usando diferentes recursos. Además, sucede que conocemos de manera progresiva: cada vez descubrimos nuevas cosas, cada vez percibimos mejor la realidad. Por eso, ninguna declaración de derechos es cerrada y siempre se deja una cláusula abierta que dé cabida a derechos innumerados. Incluso la misma percepción de la jerarquía siempre resulta mejorable.

Otro límite es la imprecisión del lenguaje. Una palabra puede contener muchos significados y un «derecho» muchos «derechos»[46]. A veces, las imprecisiones pueden tornar inoperante el principio de jerarquía. Un ejemplo es la «libertad»: ¿puede ella prevalecer sobre la intimidad? Para contestar habría que aclarar primero de qué libertad se está hablando, pues libertades hay muchas (de expresión, de religión, de conciencia, de locomoción, etcétera). Los extremos imprecisos son vagamente comparables, difícilmente jerarquizables. Ahí no funciona la balanza ni el principio de proporcionalidad.

Finalmente, las circunstancias y las decisiones políticas pueden modificar parcialmente la tabla de valores adoptada en cada país (y, consecuentemente,

45 *V. gr.* las constituciones del Ecuador, art. 11; y Argentina, art. 75. Se discute el alcance del art. 5 de la Constitución chilena.

46 Hohfeld (1913) pensaba que la mejor técnica jurídica exigía descomponer los derechos en todas las facultades, atribuciones, libertades, etc. que este implicaba, para así saber de qué estamos hablando.

el criterio de jerarquía). En una sociedad muy próspera se priorizarán cosas que en un lugar más pobre se considerarían lujos; asimismo, pueblos más compactos con tradiciones muy arraigadas pondrán más esfuerzo por protegerlas que ciudades más cosmopolitas. Las asambleas constituyentes, los diversos parlamentos, las empresas y los diferentes organismos de decisión pueden priorizar una u otra forma de manejar los recursos. Pero no todo queda al capricho de la voluntad y del devenir, y siempre puede demandarse un mínimo de razonabilidad, de respeto a los bienes básicos, que no se exijan imposibles, etcétera.

IV.5. Clases de jerarquía

Clasificaciones puede haber miles. Usando un criterio de la sistemática general, que clasifica las cosas según las subespecies de sus elementos esenciales, a continuación formularemos cuatro géneros de clasificaciones, una por cada presupuesto del principio de jerarquía.

1. Clasificaciones según los tipos de elementos jerarquizados

Hemos mencionado que la jerarquía aplica a diversos de elementos jurídicos: pueden jerarquizarse sujetos, objetos y entes intelectuales. En cuanto a los sujetos, podemos jerarquizar cargos, dignidades, individuos que ostentan algún poder (presidente, legislador distrital, concejal, etcétera)[47], instituciones (Estado, ministerios, municipios, etcétera) y entes morales (*holdings*, departamentos, etcétera). Respecto a los objetos, observamos jerarquías en los bienes jurídicos y la realidad (*v. gr.*, un kilo de oro vale más que un gramo). Y respecto a los entes intelectuales, vemos que existen jerarquías de fines (*v. gr.*, fines últimos, próximos y medios), de valores (la vida vale más que la hamaca, la verdad más que la mentira, las virtudes cardinales más que otras virtudes menores como la *iucunditas*), de conceptos (jerarquía lógica: los primeros conceptos tienen un orden de precedencia y, en esa medida, condicionan a los conceptos posteriores construidos a partir de los primeros), de principios (el principio *pro homine* está por encima de otros principios como el del pago puntual o el del *pacta sunt servanda*)[48] y, por supuesto, de normas (como la que existe entre la constitución, la ley orgánica, la ley ordinaria, etcétera).

2. Clasificaciones según la materia tratada

Dijimos que para que haya jerarquía deben concurrir dos o más elementos «sobre una misma materia». Tales materias pueden estar relacionadas con cualquier área del derecho (laboral, civil, mercantil,

47 La jerarquía aquí atiende a un aspecto circunstancial, la potestad de la que está investida la persona. Si se atendiera a la persona en sí no habría jerarquía porque todos poseemos la misma dignidad humana.

48 Por eso, son ilícitos y no surten efectos los pactos dolosos que tienen por objeto dañar al hombre.

etcétera). Algunas veces la jerarquía entre las ramas del derecho es clara: el derecho constitucional está por encima del derecho municipal, y los derechos humanos prevalecen sobre los patrimoniales[49]. En otras ocasiones, no es claro que exista jerarquía (*v. gr.*, entre derecho mercantil y derecho civil).

La materia también puede versar sobre fines, valores, principios y normas. En todos estos elementos, la jerarquía funciona acorde a lo que veremos.

Todos los fines guardan un orden que apunta a un fin último: lo útil es útil para algo; lo útil es medio para conseguir algo más; los medios buscan alcanzar los fines próximos; estos, a su vez, persiguen el fin último de la persona, la vida buena, el *sumak kawsay*, la felicidad, la misma que se constituye como objetivo común de todo fin. Hay, por tanto, una cierta jerarquía de fines. Sin el fin último no se entienden los fines próximos, ni los medios: si fuera imposible obtener un título de abogado en una universidad, nadie que desee ser abogado se matricularía en ella. Si algo contraría los fines del orden jurídico, eso debe caer.

Valor es la estima de algo como bueno[50]. En realidad, solo se estima como bueno lo que en la práctica nos ayuda a alcanzar nuestros fines, lo que nos permite ser felices. Es decir, la jerarquía axiológica tiene un fundamento práctico *in re*. Lo más valioso es lo que más nos facilita la vida, los bienes más felicitarios[51].

Los principios han de tener un objeto, materia o tema como, por ejemplo, las personas (principios *pro homine*, *pro debilis*, *pro reo*, etcétera), las acciones (*pro actione*, *favor matrimoni*, *pro capacitate*, etcétera) y los bienes (*pro natura*, *pro informatione*, etcétera). Aquí ya encontramos varias jerarquías porque las acciones están dirigidas a realizar a la persona y porque la persona vale más que los bienes. Por eso, los principios personales ostentan una cierta superioridad sobre los principios del obrar y estos, a su vez, son superiores a los principios que gobiernan los objetos. También puede haber una prevalencia fundante de principios más generales y abarcantes frente a otros más específicos; así, el principio *pro homine*, abarca y funda los principios de igualdad, *pro societate* y el *pro debilis*; y este último, a su vez, abarca y funda una cantidad inmensa de subprincipios (como el *pro reo*, *pro minoris*, *pro operario*, *pro debitore*, etcétera). En razón de lo dicho, se ha concebido a los principios generales del derecho como pilares o fundamentos del orden jurídico.

49 La tesis vale también para el ámbito internacional. *Cfr.* Haugen (2007) y Yigzaw (2015).

50 Según Hervada (2000, p. 68), «valor es la estimación del ser como bien, que obedece a una dimensión objetiva y real del ser». En realidad, solo se estima como bueno lo que en la práctica nos ayuda a alcanzar nuestros fines. La jerarquía axiológica tiene fundamento *in re*.

51 En este sentido, se ha dicho que «para el logro de esa vida digna o virtuosa se requieren otros muchos bienes, tanto corporales como espirituales, y además convenientemente ordenados o jerarquizados, y todo esto es lo que constituye el bien común de la sociedad civil» (García López, 1990, p. 180).

En el sector público, hoy no se cuestiona que haya jerarquía entre normas, aunque para muchos esa jerarquía sea derrotable. También en las empresas y asociaciones cabe una cierta jerarquía entre las resoluciones, pactos, estatutos e instructivos. La cuestión álgida aquí es si al interior de las normas cabe establecer algún género de jerarquía, y la respuesta que damos es doble: no cabe una jerarquía normativa formal (a menos que esto sea previsto positivamente), pero sí una jerarquía de fondo que distinga fines próximos y últimos, principios prevalentes, valores y bienes de más peso, etcétera. Por eso se admite que la parte dogmática de la constitución (que contiene fines, valores principios y derechos) prevalece sobre la parte orgánica (donde se diseña una organización para realizar los fines y valores constitucionales)[52].

3. Clasificación según los sujetos de aplicación

Dijimos que en la jerarquía los elementos (normas, fines, principios, etcétera) deben aplicarse a lo mismo: a unos mismos sujetos y en un mismo tiempo, espacio y circunstancias. Pues bien, los sujetos pueden ser personas naturales, colectividades, personas jurídicas y otros centros de imputación de derechos y deberes. Aquí detectamos algunas jerarquías, como la que determina que las personas naturales son superiores a los entes morales. A la vez, aparecen ciertos planos de igualdad, como el que hay entre las personas naturales, entre familias o entre colectividades.

4. Clasificaciones según la naturaleza de la jerarquía

Atendemos aquí a la naturaleza de la jerarquía considerada en sí misma. ¿Qué hace que algo sea más o que sea menos? El tema es abstracto y por ello debemos recurrir a la ciencia de los abstractos: la filosofía. Para aproximarnos a él recordamos las cuatro causas clásicas de la realidad (material, formal, agente y final). Entre todas ellas, la preeminencia la ostenta la causa final: «el fin es causa de las causas [*causa causarum*], porque es causa de la causalidad de todas las causas» (Tomás de Aquino, *De principiis naturae*, c. 4).

En el orden material, vemos que lo completo es superior a lo incompleto: una casa terminada vale más que una casa en construcción; la obra muerta aspira a algún día convertirse en un edificio acabado, lo mira como su fin; un diamante vale más que medio diamante y un perro vale más que medio perro.

En el plano formal[53], hemos de decir que lo que está en acto es superior a lo que está en potencia. La jerarquía es esta: el acto de ser[54] está

52 Así, curiosamente, las constituciones que dan rango de constitucional a los derechos humanos los terminan integrando en la parte dogmática, y de esta manera los hacen prevalecer por sobre la parte dogmática de la misma constitución que los reconoció.

53 «Formal» en sentido filosófico, que representa muchísimo más que las «formalidades» en derecho.

54 Hay tres actos de ser posibles: el infinito, el de la persona y el del cosmos.

sobre la esencia (que es un modo de ser). En la esencia distinguimos la naturaleza (esencia en cuanto principio de operaciones) y las operaciones producidas por el individuo (acciones); como lo primero es causa de lo segundo, lo primero es superior. También cabe distinguir un modo de ser sustancial y otro accidental, que inhiere en la sustancia. Digámoslo una vez más en lenguaje llano: el espíritu es superior a la materia, los bienes inmateriales son superiores a los bienes materiales, la persona es más importante que los bienes.

Respecto al orden agente, el agente es superior al efecto porque contiene de alguna manera al efecto en sí mismo. El Creador es superior a la creatura; la persona es superior a su creación intelectual, a sus obras; y la sociedad es superior a los entes culturales que ella produce. Por idéntica razón, el poder constituyente es superior al poder constituido, y la potestad del delegante es superior a la del delegado.

Repárese que el derecho se produce por tres causas agentes: la realidad, la inteligencia y la voluntad, en ese orden. Cada una de estas tres causas es un escalón de un orden jurídico «naturalmente jerarquizado»[55]. En primer lugar está la «realidad». La realidad impone los primeros límites al derecho: no podemos decidir a qué velocidad caen las manzanas sobre la faz de la Tierra, ni si hoy violaremos las leyes de la física. *Ad impossibilia nemo tenetur*, dice un aforismo. Luego están las «concepciones jurídicas» que tienen las personas. Ellas se forman conociendo la realidad extramental, pues no se puede pensar sin antes haberse abierto a esta: primero la conocemos y luego reflexionamos sobre ella. Con el tiempo, cada persona se forjará una concepción o cultura jurídica cuando capte y asigne el valor de las cosas (la vida, el petróleo, la electricidad, etcétera). Solo al final la «voluntad» interviene, porque ella solo puede actuar sobre lo que la inteligencia le presenta (solo se quiere algo pensado; nadie puede desear lo absolutamente desconocido); por eso, es jerárquicamente inferior. No hay voluntad sin inteligencia. Las normas son actos de voluntad. Dentro de todos los posibles que la inteligencia entiende como justos, legítimos o jurídicos, la voluntad se decanta por una opción y la establece como norma. Una asamblea constituyente conoce que puede optar por la democracia o por la monarquía, pero solo adopta una opción. Luego, puede considerar que el régimen republicano es mejor que el parlamentario y decantarse por esa opción. Y así las normas, negocios y actos jurídicos van concretando el espacio jurídico de cada sociedad, con lo cual existen dos jerarquías naturales (la realidad impera sobre el intelecto, y el intelecto sobre la voluntad) y otras de carácter convencional (la voluntad puede establecer un cierto orden entre las normas que crea)[56]. La naturaleza

55 Esta es la pirámide invertida de la que hemos hablado en otro lugar. *Cfr.* Riofrío (2016a).

56 Sobre la jerarquía natural y la jerarquía convencional, *cfr.* Riofrío (2017; 2016c, pp. 222-261). Si se desea más prolijidad, hemos de atender a la prelación agente que hay en cada uno de los eslabones

de la jerarquía convencional varía según quién la decida: la pueden establecer los órganos públicos (asamblea constituyente, legisladores, administradores, jueces, municipios, etcétera), los órganos privados (compañías, asociaciones, etcétera), la comunidad con sus costumbres o las mismas personas (que pueden petrificar ciertas disposiciones de un pacto), cada uno en lo que le compete[57].

Sobre la causa final ya hemos hablado. Esta causa atrae todo lo anterior «como el blanco atrae a la flecha», según la clásica expresión del Aquinate. Los fines últimos justifican los fines próximos, y los fines próximos dan razón de ser a los medios. Tener muchos medios no tiene sentido si no cabe usarlos en razón de un fin. Los medios son «instrumentos» para algo, no son autojustificables. Sin fin no hay medio. Puede haber medios absolutamente necesarios, como la vida, la salud y los demás bienes básicos son necesarios para lograr una vida feliz. Por eso no pueden faltar y son lo primero que el derecho debe garantizar, pues robar estos medios es robar tanto el presente como el futuro del ser humano; pero no hay que olvidar que ellos son medio y no fin.

V. CRITERIOS PARA JERARQUIZAR DERECHOS

Probaremos ahora los criterios antes expuestos, aplicándolos a una de las jerarquías más cuestionadas por parte de la doctrina: la jerarquía de derechos. Este análisis seguirá la estructura utilizada para estudiar el principio de jerarquía.

La primera cuestión a tratar es si existe alguna suerte de «un más y un menos» en los derechos, a lo que respondemos afirmativamente. A más del criterio normativo —es manifiesto que las normas reconocen derechos de diversa jerarquía— encontramos otros criterios. Hay derechos que permiten más felicidad que otros: el derecho al matrimonio y a la familia causan más felicidad que el derecho al trabajo, a llegar puntual, a alzar la mano. Los derechos humanos se muestran más importantes que los patrimoniales. El derecho a la vida es cronológicamente anterior y condición de posibilidad de cualquier otro derecho: sin vida no hay derecho a las vacaciones, aunque sin vacaciones sí puede haber derecho a la vida.

La segunda cuestión es si cabe aplicar a los derechos la función positiva del principio de jerarquía, a lo que nuevamente respondemos que sí. Lo que en un orden tiene razón de superior ha de guiar a lo que en ese orden tiene razón de inferior. Si un derecho es superior a

de la «fórmula Riofrío», que es: ser-potencias-fines-valores-principios-reglas-derechos potenciales-relaciones jurídicas. Cada eslabón reduce el espacio jurídico a su manera. *Cfr.* Riofrío (2016b).

57 En su análisis de la jerarquía normativa, Ruiz Miguel (1998) analiza ocho diversos fundamentos (ver nota 1). A mi entender, esos fundamentos son criterios que validan distintos géneros de jerarquía convencional.

otro por cualquier causa formal o de fondo, el derecho inferior ha de interpretarse a la luz del derecho superior en aquello que sea superior. Es claro que si la constitución consagra la seguridad social, la ley que se haga por mandato constitucional deberá desarrollar los postulados de la norma superior. Lo mismo sucede con el derecho a la vida y a la salud: la vida es previa a la salud (es una condición *sine qua non suya*), por lo que en eso muestra una cierta primacía. Así, el concepto de salud ha de interpretarse en función de cómo actúa un organismo vivo, no por cómo se descompone un organismo muerto. El derecho a la salud no puede minar sus presupuestos lógicos y cronológicos, no puede buscar la muerte en vez de la vida. Otro género de jerarquía relaciona el derecho a educar a los hijos y el derecho de los profesores a enseñar. Así, como los padres tienen una potestad superior sobre sus hijos, corresponde primero a ellos determinar qué se les enseñará a sus hijos, pues sería un abuso que los educadores impongan una doctrina a los niños contra la voluntad de sus padres.

La tercera cuestión es si cabe aplicar a los derechos la función negativa del principio de jerarquía, a lo que nuevamente respondemos que sí. Por las mismas razones dadas arriba, si un derecho es superior a otro por cualquier motivo, el derecho inferior que lo contradiga quedará injustificado o invalidado en aquello que sea inferior. Así, si se trata de una jerarquía formal como la que hay entre la constitución y el reglamento, el derecho reglamentario que se oponga a la seguridad social consagrada por la constitución será formalmente inválido. Distinta es la jerarquía lógica y cronológica del derecho a la vida frente a la salud. Bajo esa lógica, sería absurdo que cualquier norma, del rango que sea, consagrara el derecho a la salud a favor de los muertos, porque la salud no cabe sino en los seres vivos. Finalmente, si hay una pugna entre el derecho a educar a los hijos y la libertad de cátedra, la jerarquía entre ambos derechos se resuelve viendo cuál potestad tiene primacía (la patria potestad, obviamente, porque es anterior) para concluir que debe ceder la potestad inferior que socava a la potestad superior.

La cuarta cuestión es si los derechos admiten los presupuestos del principio de jerarquía, a lo que también respondemos que sí porque nada obsta para que existan: a) dos o más derechos subjetivos; b) que traten directa o indirectamente de lo mismo; c) que se apliquen a los mismos sujetos, en el mismo tiempo, espacio y circunstancias; y que d) se pueda verificar que entre ambos derechos hay algún género de jerarquía. Pongamos un par de ejemplos. El primero es el caso de los derechos a la información y a la propiedad intelectual que recaen sobre los novelistas de un país. Ambos derechos reconocen el derecho a distribuir la novela, pero el derecho a la información desarrolla un fin más amplio y último del ser humano, mientras que la propiedad intelectual solo se muestra

como una regulación encaminada a cumplir ese fin. No hay conflicto, pero sí una cierta jerarquía donde un derecho se presenta como fin de otro; por ello, las normas de propiedad intelectual deben interpretarse *pro informatione*. El segundo es el caso de los derechos al paisaje y el derecho a la publicidad que recaen sobre personas de un mismo vecindario rural y —al menos en teoría— entran en conflicto a la hora de determinar si resulta admisible poner una valla publicitaria de grandes dimensiones en la carretera, afectando el límpido paisaje. Pensamos que el derecho al paisaje es un derecho anterior, firme, consolidado y concretado en ese vecindario, con fuertes fundamentos naturales; mientras el derecho a la publicidad, de fuertes tintes convencionales (muy pergeñado por la voluntad de los legisladores), solo permanece de manera abstracta en quien desea instalar una valla publicitaria. Por tanto, este último derecho cederá bastante en una correcta ponderación para realizar aquel derecho que ostenta varios géneros de primacía. Como antes dijimos, si los derechos no mostraran un más y un menos dentro de un mismo orden —algo distinto medible con una misma medida—, sería imposible ponderar derechos o realizar el más modesto test de proporcionalidad.

La quinta cuestión se refiere a las clases de jerarquía, en donde distinguimos cuatro géneros de clasificaciones:

1. Clasificación según los tipos de elementos jerarquizados

En este análisis, los elementos jerarquizados son los derechos. Ellos pueden clasificarse en: personalísimos, personales y reales; prescriptibles e imprescriptibles, etcétera. Interesa mucho distinguir los derechos considerados en abstracto (reflejados en las letras negras de las normas escritas, que son más derechos «potenciales») y los derechos concretos que existen dentro de una relación jurídica ya trabada en la realidad. A mi criterio, los conflictos de derechos solo pueden darse en esos primeros derechos potenciales con efectos jurídicos que eventualmente se activarán en una gran multitud de relaciones jurídicas; se trata, por tanto, de conflictos abstractos sobre los potenciales efectos de los derechos teóricamente considerados, en los que se comparan los probables efectos en relaciones jurídicas distintas. Un ejemplo: solo teóricamente podría existir un conflicto entre el derecho del dueño a un cargamento de oro y el derecho del capitán del barco a tirarlo por la borda cuando el barco naufraga por el peso. Sin embargo, dentro de una relación jurídica ya trabada en la realidad, una persona no puede «tener y no tener derecho» porque eso atentaría contra el más básico principio de no contradicción[58]. En ese caso, el capitán siempre tiene derecho a salvar a la tripulación y el dueño nunca tiene derecho a salvar su oro.

58 *Cfr.* nota 15.

2. Clasificación según la materia tratada

Mencionamos que ciertas materias como la de los derechos humanos priman sobre otro género de derechos (*v. gr.* los patrimoniales). Luego vimos que los fines, valores, principios y normas también tienen su propia jerarquía. Fácilmente podemos encontrar derechos relacionados con cada fin jurídico, con cada valor, principio o norma. Con el fin de la paz, el *right to be alone*, el derecho al paisaje, a la seguridad jurídica, etcétera; con el valor de la vida, el derecho a la vida misma y los derechos de salud; con el principio *pro libertate*, todos los derechos justamente de libertad, etcétera. Lo interesante es que, como vimos, fines, valores, principios y normas se pueden jerarquizar, con lo cual los derechos relacionados con aquellos elementos heredarán esa jerarquía.

En otro estudio hemos desarrollado una fórmula que hila estos elementos (en concreto: el ser, las potencias, los fines, los valores, los principios, las reglas, los derechos y las relaciones jurídicas) en un sistema coherente que sirve para reconstruir la jerarquía real e interconectada que hay entre todos los elementos del orden jurídico. Nos remitimos a la tabla de derechos jerarquizados que consta en ese estudio[59].

3. Clasificación según los sujetos de aplicación

Es claro que los derechos de las personas naturales son superiores a los derechos de los entes morales; por eso es factible desconocer la personalidad jurídica de las compañías (doctrina del *blackveil* o del levantamiento de la personalidad jurídica) en casos de fraude y en otros supuestos conflictivos. En cambio, sería injusto desconocer la personalidad a la persona natural para salvar a alguna empresa.

4. Clasificación según la naturaleza de la jerarquía

Vimos que hay cuatro tipos de jerarquía, una según cada causa; las analizaremos en orden. En cuanto a la «causa material», los derechos indivisibles en general parecen superiores a los divisibles; los derechos a las cosas completas (como el derecho a la integridad corporal o a la unidad social) a los derechos sobre lo fraccionable; el derecho al todo sobre el derecho a la parte.

En la «causa formal» (que atiende a los distintos modos de ser) la persona vale más que la cosa, y los derechos relacionados con lo íntimo de la persona más que los derechos sobre las cosas. Si la divinidad tiene un ser mayor que la persona y la persona que el cosmos, entonces los derechos relacionados con la divinidad están por encima de los derechos relacionados con la humanidad[60] y ambos son superiores a los derechos

59 *Cfr.* Riofrío (2016b).

60 En esta línea, Juan Pablo II ha dicho que «fuente y síntesis» de los derechos relacionados con la vida humana «es, en cierto sentido, la libertad religiosa, entendida como derecho a vivir en la verdad de

relacionados con el cosmos, el medio ambiente, los animales y las plantas. También vemos que los derechos sobre los bienes inmateriales muestran una cierta primacía sobre los derechos a las cosas materiales en cuanto permiten una mayor realización de la persona.

Sobre la «causa agente», vimos que tres son los agentes productores del derecho: la realidad, la inteligencia y la voluntad, en ese orden. Los derechos producidos por la realidad (por ejemplo, por el hecho de nacer) son anteriores a los derechos culturales (aprendidos por una sociedad); a la vez, los derechos culturales deben ser reconocidos en las normas decididas a voluntad por los diferentes órganos reguladores. Pongamos algunos ejemplos para graficar lo dicho. La realidad impone sus límites al derecho; por ello, no cabe un contrato de permuta sobre lo que no existe ni se espera que exista; no hay derecho a sacar oro indefinidamente de una mina, sino solo el que hay en ella; y aunque deseemos tener derecho a superpoderes, somos simples seres humanos. Tampoco se puede querer lo desconocido; por ejemplo, en la Edad Media era prácticamente imposible la democracia porque la mayoría del pueblo la desconocía; y, asimismo, nadie tiene el derecho ni la posibilidad de casarse con una mujer absolutamente desconocida. De igual manera, la voluntad del legislador no puede consagrar derechos que una sociedad honesta entiende contrarios a otros derechos indisponibles.

Repárese en cómo se distinguen y operan de manera diversa el orden jurídico de la realidad y el orden convencional. El primero actúa de manera forzosa, aunque deja varias opciones al ser humano[61]. El segundo es más «caprichoso», más sujeto a lo que la sociedad ve conveniente en cada momento. Durante siglos la humanidad ha vivido sin una norma escrita considerada como suprema y recién con el movimiento constitucional se decidió que un texto humano sea considerado supremo. Idolatrar el texto constitucional sería volver a épocas antiguas donde se reverenciaban toscas esculturas talladas por manos humanas. La jerarquía constitucional no es sino una decisión de la voluntad humana, subjetiva, más endeble y volátil que la jerarquía que objetivamente existe en el orden de la realidad. La jerarquía que existe en las normas positivas tiene su fundamento en la voluntad humana; si ella cambia, la jerarquía cambia.

Y sobre la «causa final» simplemente señalamos que los derechos relacionados con el fin último, y los relacionados con los medios imprescindibles para alcanzarlo, tienen una primacía sobre el resto de derechos. Tal jerarquía de derechos se recoge de manera sintética en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, que reza

la propia fe y en conformidad con la dignidad trascendente de la propia persona» (1991, n. 47). *Cfr.* también con Juan Pablo II (1979).

61 Véase lo dicho en la nota 57.

«Life, Liberty and the Pursuit of Happiness». Los fundadores de este país consideraban que la felicidad era el fundamento de la libertad, y la libertad daba sentido a la vida .

El fin vale más que el medio, porque sin fin no hay medios. Por otro lado, sin ciertos medios (los bienes básicos), el fin se torna imposible. Los derechos relacionados con la supervivencia llegan a ser lo más básico que se puede exigir y tienen por eso un peso enorme en la balanza, pero son siempre un mínimo. Nadie se contenta con tener la comida mínima para sobrevivir.

VI. ¿CONFLICTOS ENTRE LAS DISTINTAS CLASES DE JERARQUÍAS

Se habrá apreciado que entre dos derechos pueden verificarse múltiples criterios jerárquicos al mismo tiempo, donde quizá exista alguna oposición. Supongamos que en la parca constitución de un lejano país se consagra el derecho a la seguridad social, pero no el derecho a la salud, que solo se menciona en una ley inferior. ¿Cuál derecho es superior? Si atendemos al rango de la norma, será la seguridad social; si atendemos a un criterio lógico, teleológico y cronológico, el derecho a la salud, porque sin derecho a la salud no hay razón para el servicio hospitalario. ¿Qué salida damos a este asunto? Pienso que habrá que analizar dos cosas: qué efecto tiene cada jerarquía y qué jerarquía es superior.

Según dijimos, cada criterio de jerarquía señala un más y un menos «en su orden», y en ese mismo orden señala su efecto. Un conflicto de rango normativo entre dos normas (conflicto en el orden formal) ocasionaría una «invalidez formal» de la norma inferior, mientras que un conflicto de fondo entre fines, valores o derechos previstos en dos sitios distintos (conflicto lógico, teleológico o cronológico) generaría una «falta de justificación» más profunda del fin, valor o derecho inferior (justificación lógica, teleológica y cronológica). Si la constitución dice que la seguridad social incluye el derecho a matar gratuitamente a un ciudadano inocente, y la ley de salud lo impide, tendríamos tres cosas: una ley formalmente inválida por contrariar la constitución, una ley formalmente válida que buscan realizar el fin constitucional primordial de la seguridad social (la salud), y una contradicción constitucional lógica, teleológica y cronológica porque la seguridad social no tiene razón de ser sin derecho a la salud. Sería ilógico reconocer el derecho a la seguridad social sin buscar la salud de los pacientes. Por último, hay que reparar que la jerarquía convencional (puesta por la voluntad del constituyente) es la más débil de las jerarquías; así, concluiremos que el derecho a la salud prevalece por ser superior.

Los proyectos humanos pueden reorganizar en algo la jerarquía de fines, valores, principios, reglas y derechos, pero estos no quedan a total capricho de la enfermiza voluntad humana, pues quedarían deslegitimados en su mismo fundamento. Después de una guerra de secesión, la constitución del país podría poner como valores supremos a la unidad nacional y el bienestar económico, olvidándose de valores más altos como la libertad y la dignidad. Ello evidenciará las preocupaciones sociales del momento histórico, que priorizaría la reconstrucción del alma nacional. Desde luego, será legítima la política pública que busque realizar esos valores, pero no cuando para lograr la unidad nacional se sentencie a pena de muerte a quienes tengan ideas distintas por el hecho de tenerlas. La vida, la libertad y la dignidad son presupuestos de la unidad nacional. Sin gente libre no hay nación; sin vidas no hay bienestar.

Un último ejemplo de supuesta contradicción jerárquica: un kilo de oro vale más que un gramo de oro; sin embargo, en un navío que se hunde por el peso, el exceso de kilos se muestra como un mal del que hay que deshacerse inmediatamente. Entonces, ¿el kilo de oro es un valor o un antivalor? Las dos cosas a la vez. Considerado en abstracto, sin las circunstancias del hundimiento, el kilo vale más que el gramo; pero cuando ese oro amenaza con destrozar algo de mayor valor —la vida de la tripulación—, entonces se convierte en un antivalor. Si no existiera un orden objetivo (en el ejemplo, la vida vale más que el oro), sería imposible valorar los proyectos subjetivos de las personas (en el ejemplo, las acciones del capitán por salvar la tripulación).

VII. CONCLUSIONES

De lo anterior, concluimos:

1. No hay acuerdo en la doctrina sobre si existe o no jerarquía entre los fines, valores, principios y derechos. Con todo, nos parece que, en general, se acepta alguna jerarquía mínima: para algunos, solo de corte normativo; otros admiten una prevalencia de ciertos bienes o derechos básicos; y muchos autores ven problemáticas las jerarquías meramente *a priori* (no tanto las hechas *ad casum*).
2. En la práctica jurídica, el principio de jerarquía se aplica a muchas más cosas que a las normas: a cargos, instituciones, derechos, bienes jurídicos, fines, principios, valores, entre otros. Para que el principio de jerarquía opere en esos elementos deben darse cuatro presupuestos: a) la existencia de dos o más elementos; b) que esos elementos traten de una misma materia; c) que esos elementos apliquen a unos mismos sujetos, en un mismo tiempo,

espacio y circunstancias; y d) que tales elementos muestren algún género de jerarquía entre sí.

3. El principio de jerarquía tiene dos funciones: una «positiva», que es la de «informar», «dar forma» a lo inferior, ser directriz; y otra «negativa», que deslegitima lo inferior cuando entra en conflicto con lo superior. Esta última función solo opera si hay conflicto. Este principio no opera bien cuando hay deficiencias de conocimiento o imprecisión en el lenguaje; además, su aplicación es flexible, atendiendo a las circunstancias y a las opciones políticas.

4. Existen múltiples criterios para jerarquizar normas, fines, valores, derechos, principios, bienes jurídicos, cargos e instituciones. Cada criterio jerárquico tiene un efecto propio: solo las jerarquías formales hacen caer formalmente lo inferior. También hay espacio para las jerarquías subjetivas, pero dentro de un marco amplio de referencia objetivo. La resolución de conflictos concretos generalmente se hace aplicando varios criterios jerárquicos.

REFERENCIAS

Artigas, M. (2006). *Filosofía de la ciencia*. Pamplona: Eunsa.

Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios*. Madrid: Marcial Pons.

Bassa Mercado, J. (2013). La pretensión de objetividad como una estrategia para obligar. La construcción de cierta cultura de hermenéutica constitucional hacia fines del siglo XX. *Estudios Constitucionales*, *11*(2), pp. 15-46. doi: https://doi.org/10.4067/s0718-52002013000200002

Bastida, F. J., Villaverde, I., Requejo, P., Presno, M. A., Aláez, B., & Sarasola, I. F. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos.

Bertelsen Simonetti, S. (2010). Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales. *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, (42).

Beuchot, M. (1993). La fundamentación filosófica de los derechos humanos en Jacques Maritain. *Tópicos, 4*(1), 9-26.

Bidart Campos, G. J. (1986a). ¿Hay un 'orden jerárquico' en los derechos personales? *El Derecho*, *116*, 800 y ss.

Bidart Campos, G. J. (1986b). Noticias erróneas difundidas por la prensa y resarcimiento del daño moral a la víctima (libertad de expresión y derecho al honor). *El Derecho*, *118*, 304 y ss.

Bidart Campos, G. J. (1989). *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea.

Bobbio, N. (1987). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.

Castillo Córdova, L. F. (2005). ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *12*(1), 99-129. doi: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2005.12.5726

Cea Egaña, J. L. (1999). *El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica*. Santiago de Chile: Ediciones Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - Universidad Austral de Chile.

Cea Egaña, J. L. (2012). *Derecho Constitucional chileno* (II). Segunda edición. Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile.

Cianciardo, J. (2007). La jerarquización de los derechos. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, *VII*(14), 11-28.

Conklin, C. N. (2015). The Origins of the Pursuit of Happiness. *Washington University Juridical Review*, *7*(2), 195-262.

Donnelly, J. (2013). *Human Rights in Theory and Practice*. Ithaca: Cornell University Press.

Dworkin, R. (1986). *Law's Empire. Cambridge*, Massachusetts: Harvard University Press.

Dworkin, R. (2005). *Taking Rights Seriously*. Gran Bretaña: Duckworth.

Ekmekdjian, M. A. (1984). *Meditaciones sobre la República, el poder y la libertad*. Buenos Aires: Depalma.

Ekmekdjian, M. A. (1985). De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles. *El Derecho*, *114*, 945 y ss.

Ekmekdjian, M. A. (1986). Nuevas reflexiones acerca del orden jerárquico de los derechos individuales. *El Derecho*, *117*, 895 y ss.

Ekmekdjian, M. A. (2002). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Depalma.

Elford, J. (1995). Trafficking in Stolen Information: "Hierarchy of Rights" Approach to the Private Facts Tort. *The Yale Law Journal*, *105*(3), 727-759. doi: https://doi.org/10.2307/797198

Estévez Araujo, J. A. (1994). *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Trotta.

Fernández, E. (1984). *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid: Debate.

Fernández, E. (1982). El problema del fundamento de los derechos humanos. *Anuario de derechos humanos*, *1*, 73-112.

Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press.

García López, J. (1990). *Individuo, familia y sociedad: los derechos humanos en Tomás de Aquino*. Segunda edición. Pamplona: Eunsa.

Haugen, H. M. (2007). The Nature of Social Human Rights Treaties and Standard-Setting WTO Treaties: Question of Hierarchy. *Nordic Journal of International Law, 76*(4), 438-442. doi: https://doi.org/10.1163/090273507x249228

Hervada, J. (2000). *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Tercera edición. Pamplona: Eunsa.

Hervada, J. (2001). *Introducción crítica al Derecho natural*. Décima edición. Pamplona: Eunsa.

Hohfeld, W. N. (1913). Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *The Yale Law Journal*, *23*(1), 16-59. doi: https://doi.org/10.2307/785533

Juan Pablo II. (1979). Discurso a la Asamblea General de las Naciones Unidas. *Acta Apostolicae Sedis*, *71*, 1152-1153.

Juan Pablo II. (1991). *Carta enc. Centesimus annus* (pp. 851-852). *Apostolicae Sedis, 83*.

Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre*. Viena: Franz Deuticke.

Kissinger (6 de junio de 1976). *Discurso ante la Asamblea General de la OEA*. Santo Domingo. Recuperado de: https://www.fordlibrarymuseum.gov/library/document/0204/7368359.pdf

Klein, E. (2002). Human Dignity in German Law. En David Kretzmer & Eckart Klein (eds.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse* (pp. 145-160). The Hague: Kluwer.

Klein, E. (2008). Establishing Hierarchy of Human Rights: Ideal Solution or Fallacy. *Israel Law Review*, *41*(3), 477-488. doi: https://doi.org/10.1017/s0021223700000327

Lee, J. (2020). Paradox of Hierarchy and Conflicts of Values: International Law, Human Rights, and Global Governance. *Northwestern Journal of Human Rights*, *18*(1), 73-92.

Meron, T. (1986). On Hierarchy of International Human Rights. *American Journal of International Law*, *80*(1), 1-23. doi: https://doi.org/10.2307/2202481

Meyers, D. T. (1985). *Inalienable Rights: A Defense*. Nueva York: Columbia University Press.

Núñez Leiva, J. I. (2016). Sobre los neoconstitucionalismos. Una síntesis para constitucionalistas con alma de teóricos del derecho. *Revista Opinión Jurídica. Universidad de Medellín*, *15*(29), 187-202. doi: https://doi.org/10.22395/ojum.v15n29a9

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2006). *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*. Nueva York, Ginebra: Naciones Unidas.

Orrego Sánchez, C. (2010). Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral, *Revista Chilena de Derecho*, *37*(2), 311-342. doi: https://doi.org/10.4067/s0718-34372010000200005

Pfeffer, E. (1998). Algunos criterios que permiten solucionar el conflicto derivado de la colisión de derechos. *Revista Chilena de Derecho*, *25*(1), 225-227.

Prieto, L. (2010). Sobre la identificación del derecho a través de la moral. En J. Moreso (ed.), *Los desacuerdos en el derecho* (pp. 87-146). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Rawls, J. (1999). *Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Raz, J. (2009). *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.

Riofrío, J. C. (2016a). *Breve explicación de la teoría de la pirámide invertida*. Ponencia del I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino. Alicante, Universidad de Alicante. Recuperado de: https://www.academia.edu/6249283/De_la_pir%C3%A1mide_de_Kelsen_a_la_pir%C3%A1mide_invertida

Riofrío, J. C. (2016b). *La fórmula: ser-potencias-fines-valores-principios-normas-relaciones*. Ponencia en las XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural. Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica Argentina. Recuperado de: https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/3074/1/formula-ser-potencias-fines-riofrio.pdf

Riofrío, J. C. (2016c). *Metafísica jurídica realista*. Buenos Aires: Marcial Pons.

Riofrío, J. C. (2017). *Nueve tesis sobre la jerarquía de los Tratados y de la Constitución*. Ponencia en el XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Ciudad de México: UNAM.

Rosatti, H. (2003). La jerarquía de los derechos humanos en la Constitución Nacional. *Revista del Colegio de Abogados de Santa Fe*, (6), 239 y ss.

Ruiz Miguel, A. (1983). Sobre los conceptos de libertad. *Anuario de Derechos Humanos*, *2*, 513-549.

Ruiz Miguel, A. (1998). El principio de jerarquía normativa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, *8*(24), 135-154.

Sagüés, N. (2004). *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea.

Serna, P., & Toller, F. (2000). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires: La Ley.

Shelton, D. (2002). Hierarchy of Norms and Human Rights: Of Trumps and Winners. *Saskatchewan Law Review*, 65(2), 301-332

Shue, H. (1980). *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*. Princeton, Nueva Jersey: Princeton University Press.

Tahvanainen, A. (2006). Hierarchy of Norms in International and Human Rights Law. *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, *24*(3), 191-205.

Tomás de Aquino. (ca. 1255). *De principiis naturae ad fratrem Sylvestrum*. París. Recuperado de: http://www.corpusthomisticum.org/opn.html

Tomás de Aquino. (1265-1272/2001). *Suma Teológica*. Cuarta edición. Madrid: BAC.

Varney, E. (2009). Hierarchy of disability rights: Comparative examination of the regulation of digital television in the United States of America and the United Kingdom. *Northern Ireland Legal Quarterly*, *60*(4), 421-442.

Wuerffel, K. N. (1998). Discriminating Among Rights?: A Nation's Legislating Hierarchy of Human Rights in the Context of International Human Rights Customary Law. *Valparaiso University Law Review*, *33*(1), 369-412. Recuperado de: https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1403&context=vulr

Yigzaw, D. A. (2015). Hierarchy of Norms: The Case for the Primacy of Human Rights over WTO Law. *Suffolk Transnational Law Review*, *38*(1), 33-68.

Zagrebelsky, G. (2008). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Marina Gascón, trad.). Quinta edición. Madrid: Trotta.

Recibido: 18/02/2020
Aprobado: 21/04/2020

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.008
CC BY
DERECHO PUCP
N° 84, 2020
junio-noviembre
pp. 223-356
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Enemistad aparente: la tensión entre el concepto de graves violaciones de derechos humanos de la Corte Interamericana con el derecho penal

Apparent enmity: The tension between the concept of serious human rights violations of the Inter-American Court with criminal law

ADRIÁN LENGUA PARRA*
Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

VÍCTOR EMILIO OSTOLAZA SEMINARIO**
Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Resumen: Desde la sentencia del caso Barrios Altos vs. Perú, la Corte Interamericana de Derechos Humanos comenzó a desarrollar el concepto de «graves violaciones de derechos» y sus consecuencias en el ámbito penal nacional. A pesar de ser un estándar consolidado, a la fecha aún existen dudas sobre qué actos deben ser calificados bajo tal categoría jurídica y si resulta válido limitar ciertas garantías procesales y penales con la finalidad de lograr su criminalización. El presente artículo explica estas controversias a fin de proponer una salida jurídica que evite la impunidad y asegure la legitimidad del sistema jurídico.

Palabras clave: Graves vulneraciones a los derechos humanos, garantías penales, acceso a la justicia, justicia transicional, debido proceso

Abstract: From the judgment of the Barrios Altos case vs. Peru, the Inter-American Court of Human Rights began to develop the concept of «serious violations of rights» and their consequences in the national criminal sphere. Despite being a consolidated standard, nowadays there are still doubts about what acts should be classified under such legal category and if it is correct to limit certain procedural and criminal guarantees in order to achieve their criminalization. This paper explains these controversies in order to propose a legal solution that avoids impunity and ensures the legitimacy of the legal system.

Key words: Serious violations of human rights, criminal guarantees, access to justice, transitional justice, due process

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y candidato a LLM en Georgetown University. Consultor jurídico de la Secretaria de Peticiones y Casos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Las opiniones vertidas en este artículo son atribuibles únicamente al autor y no representan, necesariamente, una posición de la CIDH.
Código ORCID: 0000-0003-0512-120X. Correo electrónico: a.lengua@pucp.pe

** Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asistente del área penal en el estudio Benites, Vargas & Ugaz Abogados. Las opiniones vertidas en este artículo son atribuibles únicamente al autor.
Código ORCID: 0000-0001-7867-4257. Correo electrónico: emilio.ostolaza@pucp.pe

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. UNA DEFINICIÓN AMBIGUA: ¿QUÉ ACTOS REPRESENTAN GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS?.– II.1. LA DISTINCIÓN CON LOS CRÍMENES INTERNACIONALES Y LA CONTROVERSIA SOBRE EL CONTEXTO EN EL QUE OCURREN LAS VULNERACIONES.– II.2. LA EVOLUCIÓN DE LOS ACTOS QUE CALIFICAN COMO GRAVES VIOLACIONES: LA PRECISIÓN DE LA VIOLENCIA SEXUAL COMO TORTURA Y LA INCLUSIÓN DE LA ESCLAVITUD Y SUS FORMAS CONTEMPORÁNEAS.– III. TENSIONES CONTEMPORÁNEAS: LAS LIMITACIONES A LAS INSTITUCIONES PENALES EN EL CASO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS.– III.1. LA LIMITACIÓN DE LAS GARANTÍAS PENALES Y SU JUSTIFICACIÓN.– III.2. LÍMITES Y EXCEPCIONES A LA REDUCCIÓN DE LAS GARANTIAS PENALES.– IV. LA ARMONIZACIÓN PENDIENTE: DESAFÍOS PARA REFORZAR EL ESTÁNDAR DE INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE LAS GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS.– IV.1. LAS POSIBILIDADES DE UNA DEFINICIÓN AMPLIA DEL CONCEPTO «GRAVES VIOLACIONES».– IV.2. HACIA UNA LIMITACIÓN GARANTISTA: RAZONAMIENTO Y JUSTIFICACIÓN DE LA LIMITACIÓN DE FIGURAS PENALES.– IV.2.1. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION PENAL Y PRESCRIPCIÓN DE LA PENA.– IV.2.2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA PROHIBICIÓN DE LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL.– IV.2.3. COSA JUZGADA Y *NE BIS IN ÍDEM*.– IV.2.4. AMNISTÍA E INDULTO.– V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos y el derecho penal han mantenido a lo largo del tiempo una relación de constante tensión. Los primeros modelos de derechos fundamentales, bajo un esquema esencialmente liberal, se concentraron en proteger a las personas de los excesos de la potestad punitiva del Estado. Como muestra Peces-Barba (1999), los pioneros modelos anglosajón, francés y americano se concentraron en establecer desde sus inicios las principales instituciones del actual sistema de garantías judiciales.

No obstante, recientemente se ha tomado conciencia de que el sistema punitivo puede resultar un instrumento idóneo para la protección de los derechos humanos (Montoya, 2007, p. 37). El proceso de humanización del derecho internacional (Carrillo Salcedo, 1995, p. 73) ha permitido confirmar la idoneidad del derecho penal para reprochar delitos que atentan contra la paz y seguridad de la comunidad internacional, a fin de generar una conciencia colectiva de su gravedad. Así, tras la Segunda Guerra Mundial, se afianzó el derecho penal internacional (en adelante, DPI) como una rama del derecho internacional público destinada a sancionar la «macrocriminalidad», entendida como los crímenes cometidos dentro de una estructura de organización o que resultan de relevancia para la guerra (Ambos, 2005, pp. 44-45). Actualmente, dichas vulneraciones están reconocidas en el Estatuto de Roma bajo la categoría de crímenes internacionales y sus elementos han sido

ampliamente desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales.

Paralelamente, también se construyó una relación entre el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DIDH) y el derecho penal. Prueba de ello es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH o la Corte) haya establecido con claridad desde su primera sentencia de fondo, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, que para cumplir con su obligación internacional de garantizar los derechos, los Estados tienen el deber «de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación» (1988, p. 174).

Esta última relación entre ambos campos jurídicos alcanzó un punto fundamental con la aparición de un concepto en la jurisprudencia de la Corte IDH: las graves violaciones de derechos humanos. La primera vez que el citado tribunal acuñó el término fue en la sentencia del caso *Barrios Altos vs. Perú* del 2001. En dicho fallo, el tribunal analizó la situación de impunidad de las ejecuciones extrajudiciales cometidas por los integrantes del Grupo Colina, debido a la aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492. Al analizar la compatibilidad de dichas normas con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), la Corte señaló lo siguiente:

> [...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (2001, p. 41).

Este primer pronunciamiento establece dos puntos relevantes. En primer lugar, la Corte IDH señala las figuras jurídicas que no deben ser aplicadas frente a casos de graves violaciones de derechos humanos. Específicamente, se mencionan las disposiciones de amnistía y prescripción. No obstante, el estándar es claro al establecer que también serán contrarias a la CADH todas las figuras de exclusión de responsabilidad penal que tengan como fin impedir la investigación y sanción de los responsables de este tipo de vulneraciones. En segundo lugar, si bien la sentencia no brinda una definición sobre qué son las «graves violaciones», también identifica las prácticas que poseen

dicha categoría; en concreto, las torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas.

Con el paso de los años, el referido estándar del caso *Barrios Altos* ha sido desarrollado por la Corte IDH mediante diversas sentencias y resoluciones. Sin embargo, esta evolución jurisprudencial no ha logrado consolidar una armonización entre el DIDH y el derecho penal; y, por el contrario, ha ocasionado una tensión contemporánea entre ambos campos. Un sector de la doctrina jurídica ha cuestionado que se limiten instituciones o figuras clásicas a fin de lograr la persecución y sanción de ciertos delitos (Chang, 2011, p. 330; Pastor, 2006)[1]. Lejos de caer en el mero formalismo, dicha crítica puede tener razones a considerar al momento de analizar la situación. En efecto, un excesivo entusiasmo por lograr la verdad judicial en casos de violaciones de derechos humanos podría generar una inadecuada reducción de las garantías judiciales básicas, lo que terminaría por contravenir los fines que se buscan alcanzar.

Lastimosamente, esta tensión contemporánea no ha sido estudiada con profundidad desde la academia. El protagonismo que ha tenido el DPI en el ámbito internacional ha generado que la mayoría de investigaciones se centren en estudiar la relación entre el derecho penal y el derecho internacional únicamente desde dicho campo de estudio. Ello a pesar de que, a partir del caso *Barrios Altos*, en el DIDH se han replicado controversias similares a las que se produjeron en el campo del DPI desde sus inicios (falta de legalidad, irretroactividad, cosa juzgada, entre otras).

Asimismo, en muchas ocasiones se ha buscado justificar el citado estándar de graves violaciones de derechos humanos únicamente a partir de categorías propias del DPI. Esto suele provocar, entre otras falencias, el error de equiparar la categoría de graves violaciones de derechos humanos con la de crímenes internacionales. Como veremos posteriormente, a pesar de que todo crimen internacional constituye una grave vulneración a los derechos humanos, no toda grave violación es necesariamente un crimen internacional (Due Process of Law Foundation, 2009), lo cual provoca cuestiones importantes a tomar en consideración al momento de resolver casos específicos.

En razón de ello, el presente artículo tiene dos objetivos. Por un lado, se busca describir la jurisprudencia de la Corte IDH referida a casos de graves violaciones de derechos humanos. En concreto, se analizarán los tipos de actos que califican bajo dicha categoría, sus consecuencias a

1 El autor tiene una postura bastante crítica a los pronunciamientos de la Corte IDH, al punto de que afirma que los pronunciamientos sobre graves vulneraciones a los derechos humanos han buscado establecer lo que denomina «un derecho constitucional al castigo», lo que contradice los propios fundamentos del derecho penal.

nivel penal y los límites de dicho parámetro en relación con otro tipo de vulneraciones. Tras ello, y como segundo objetivo, examinaremos los desafíos argumentativos de dicho estándar. Ello implicará explicar cómo resulta plausible, desde los principios del derecho penal, una limitación de ciertas figuras jurídicas en casos de graves violaciones, independientemente de su calificación como crímenes internacionales.

Para tales fines, el artículo se dividirá en tres secciones. En la primera, explicaremos el desarrollo del concepto de graves violaciones de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte IDH. En la segunda, esclareceremos el estándar de reducción de figuras penales en casos de graves vulneraciones. Finalmente, en la tercera, examinaremos los desafíos argumentativos de dicha jurisprudencia a fin de ensayar una mejor justificación por medio de los principios del derecho penal y el DIDH.

II. UNA DEFINICIÓN AMBIGUA: ¿QUÉ ACTOS REPRESENTAN GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS?

La Corte IDH ha esclarecido a lo largo de su jurisprudencia el concepto de graves violaciones de derechos humanos mediante dos vías paralelas. La primera permite identificar las diferencias entre tal noción y la de crímenes internacionales, y precisar el papel que puede tener el contexto en el que se cometen tales afectaciones al momento de calificar jurídicamente lo ocurrido. La segunda concreta y amplía la lista de prácticas que representan graves vulneraciones. Como constataremos a continuación, mientras el primer camino ha tenido varios vericuetos y un resultado ambiguo, la segunda ruta ha establecido una lista clara, mas no taxativa, de delitos.

II.1. La distinción con los crímenes internacionales y la controversia sobre el contexto en el que ocurren las vulneraciones

Desde la publicación del citado pronunciamiento del caso *Barrios Altos* hasta el 2010, la Corte IDH emitió veinticinco sentencias en las que calificó los hechos analizados como graves violaciones a los derechos humanos. Todas las decisiones versaron sobre ejecuciones extrajudiciales, torturas o desapariciones forzadas atribuidas a los Estados involucrados, a partir de la comisión o aquiescencia de sus funcionarios. Asimismo, todas las actuaciones analizadas ocurrieron en el marco de un conflicto armado interno, una dictadura o un patrón generalizado o sistemático de vulneraciones a los derechos humanos (ver tabla N° 1).

Tabla N° 1[2]		
Contexto	**Países**	**Casos**
Conflicto armado	Colombia	*19 Comerciantes* (2004), *Masacre de Mapiripán* (2005), *Masacre de Pueblo Bello* (2006), *Masacres de Ituango* (2006), *Masacre de La Rochela* (2007) y *Escué Zapata* (2007)
	Guatemala	*Myrna Mack Chang* (2003), *Masacre Plan de Sánchez* (2004), *Carpio Nicolle y otros* (2004), *Tiu Tojín* (2008) y *Masacre de las Dos Erres* (2009)
	El Salvador	*Hermanas Serrano Cruz* (2005)
	Perú	*Hermanos Gómez Paquiyauri* (2004)
Dictadura	Bolivia	*Trujillo Oroza* (2000), y *Ticona Estrada y otros* (2008)
	Chile	*Almonacid Arellano y otros* (2006)
	Panamá	*Heliodoro Portugal* (2008)
	Paraguay	*Goiburú y otros* (2006)
Conflicto armado y dictadura	Perú	*Gómez Palomino* (2005), *La Cantuta* (2006), *Anzualdo Castro* (2009) y *Penal Miguel Castro Castro* (2006)
	Surinam	*Comunidad Moiwana* (2005)
Patrón de vulneraciones generales o sistemáticas	Honduras	*Juan Humberto Sánchez* (2002)
	México	*Radilla Pacheco* (2009)
	Venezuela	*Caracazo* (2002), *Blanco Romero y otros* (2005), y *Montero Araguren y otros* (2006)

Fuente: elaboración propia.

En algunos de los referidos casos, como por ejemplo *Tiu Tojín*, la Corte IDH enfatizó que la gravedad de lo ocurrido se basaba, en parte, en el patrón masivo o sistémico de las afectaciones. En concreto, la Corte indicó en la citada sentencia lo siguiente:

> […] el Estado deberá asegurar que las autoridades encargadas de la investigación tomen en cuenta los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones de los derechos humanos en el presente caso, con el objeto de que la investigación sea conducida

2 La calificación contextual de cada país se realiza en base a las propias constataciones realizadas por la Corte IDH en sus sentencias. No hemos elaborado criterios propios para determinar la situación política de cada país, en tanto no representa el objetivo de la presente investigación. Asimismo, únicamente se han agregado a la tabla las sentencias que reiteran y aplican el parámetro establecido en el caso *Barrios Altos*.

> tomando en cuenta la complejidad de estos hechos, el contexto en que ocurrieron y los patrones que explican su comisión […] (2008, p. 78).

Por su parte, en las sentencias de los casos *Almonacid Arellano* (2006), *Goiburu y otros* (2006), *Penal Miguel Castro Castro* (2006) y *La Cantuta* (2006), el tribunal calificó directamente los actos perpetrados en perjuicio de las víctimas como crímenes de lesa humanidad. En razón a ello, consideró que dichas actuaciones constituían graves violaciones de derechos humanos. En palabras de la Corte:

> Según el corpus iuris del Derecho Internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos […] Por las consideraciones los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna (*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 2006, pp. 105 y 114).

De esta forma, el contexto social de los casos y la argumentación empleada por la Corte IDH en esta primera etapa inducía a entender equivocadamente que los actos de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial solamente califican como graves violaciones de derechos humanos si constituyen o pueden constituirse como crímenes internacionales. Si bien solo en cuatro sentencias la Corte utilizó las categorías del DPI en su argumentación, el carácter sistemático o generalizado de las vulneraciones analizadas en las demás decisiones siembra la duda de si la calificación de los actos como «graves» estuvo condicionada por la potencial calificación de lo sucedido como un delito de lesa humanidad, o como un crimen de guerra en los escenarios de conflicto armado[3].

Una segunda etapa se produce entre el 2010 y 2011. En dicho periodo, la Corte IDH publicó tres decisiones que esclarecen y amplían el marco de actos que califican como «graves violaciones». La primera fue la sentencia del caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (2010). El fallo analiza la situación de impunidad generada por la falta de investigación frente a la desaparición forzada, tortura y ejecución extrajudicial de Rainer Ibsen Cárdenas y su padre, José Luis Ibsen Peña, en el marco de la dictadura militar del expresidente Hugo Banzer Suárez. En sus alegatos ante la Corte IDH, la representación estatal de Bolivia reconoció su responsabilidad internacional y comunicó que, durante el trámite internacional del caso, las autoridades del Poder Judicial ejercieron un control de convencionalidad y condenaron a algunos responsables

3 Conforme al artículo 7 del Estatuto de Roma, son crímenes de lesa humanidad determinados delitos que hayan sido cometidos como «parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque». Por su parte, el artículo 8 de dicho tratado indica que los crímenes de guerra son ciertas violaciones graves cometidas en contextos de conflictos armados, ya sean de índole internacional o no internacional.

por el delito de desaparición forzada al considerar que las cláusulas de irretroactividad o prescripción no aplican debido al carácter continuo o permanente de la vulneración. No obstante, informó que los órganos de justicia internos consideraron que dicha lógica no aplicaba a los delitos de tortura y ejecución extrajudicial, toda vez que no se cumplían los requisitos para calificarlos como crímenes de lesa humanidad. En razón a ello, exoneraron a los responsables de tales cargos en aplicación de una cláusula de prescripción.

Al analizar la referida situación, la Corte IDH consideró que, independientemente de su calificación como crímenes de lesa humanidad, los actos de tortura y ejecución extrajudicial son graves violaciones de derechos humanos no susceptibles a cláusulas de prescripción penal; sin embargo, este razonamiento estaba implícitamente sujeto a que tales actos hayan sido cometidos en un contexto masivo y sistemático de vulneraciones. En palabras del tribunal:

> [...] En el presente caso este Tribunal estima que, *independientemente de si una conducta es determinada por el tribunal interno como crimen de lesa humanidad o no*, para el análisis de la aplicación del instituto procesal de la prescripción a conductas *tales como la tortura o el asesinato cometidas durante un contexto de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos*, como ya ha quedado establecido en la presente Sentencia y como fue reconocido por el Estado, debe tenerse en cuenta el deber especial que éste tiene frente a tales conductas de realizar las debidas investigaciones y determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos respectivos […] (*Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, 2010, pp. 207-208)[4].

Posteriormente, la Corte IDH aclaró este razonamiento en el caso *Vera Vera vs. Ecuador*. Dicha sentencia analiza la negligencia de integrantes de la policía al no facilitar un adecuado tratamiento médico al señor Pedro Miguel Vera Vera, quien se encontraba bajo su custodia. A pesar de que el tribunal no calificó los hechos como graves violaciones de derechos humanos, su justificación permite entender que no es necesario que las prácticas de tortura, ejecución extrajudicial o desaparición forzada sean sistemáticas o generalizadas para que obtengan dicha calificación. En palabras de la Corte:

> De lo anterior se desprende que […] la improcedencia de la prescripción usualmente ha sido declarada por las peculiaridades en casos que involucran graves violaciones a derechos humanos, tales como la desaparición forzada de personas, la ejecución extrajudicial y tortura.

4 Énfasis añadido.

> *En algunos de esos casos, las violaciones de derechos humanos ocurrieron en contextos de violaciones masivas y sistemáticas* (2011, p. 117)[5].

Finalmente, el tribunal logra conjugar la lógica de los casos anteriores en la sentencia de supervisión de *Bueno Alves vs. Argentina*. En la decisión de fondo (2007), la Corte había declarado la responsabilidad de la República Argentina por los actos de tortura que realizaron agentes de la policía en perjuicio del señor Bueno Alves y la falta de investigación por lo ocurrido. Como parte de las medidas de reparación, la Corte IDH ordenó que se investiguen diligentemente dichos acontecimientos y se sancione a los responsables. Sin embargo, al momento de reportar los avances en el cumplimiento de la sentencia, el Estado informó que su Corte Suprema había declarado la prescripción de la acción penal al considerar que los hechos cometidos contra el señor Bueno Alves no constituían un crimen de lesa humanidad.

Frente a este escenario, la Corte IDH indicó en su resolución de supervisión que la falta de elementos para calificar los actos de tortura como un delito de lesa humanidad no podía constituir un obstáculo suficiente para que el Estado se abstenga de investigar penalmente lo ocurrido. Citando decisiones del TEDH, el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura, indicó que los Estados deben considerar los lineamientos existentes en el DIDH que cuestionan la aplicación de las cláusulas de prescripción en casos de tortura. En base a ello, concluyó que «las autoridades judiciales, cuando analicen la posible prescripción de un delito de tortura, dada su gravedad, deben declarar dicha prescripción, cuando fuere conducente, solo después de que se haya efectuado una investigación con debida diligencia» (2011, p. 45).

Como se puede apreciar, las decisiones promulgadas en esta segunda etapa introducen dos ideas de suma relevancia. Por un lado, que las graves violaciones a los derechos humanos no son únicamente las vulneraciones que califiquen como crímenes internacionales; y, por otra parte, que las prácticas de tortura, ejecuciones extrajudiciales o desapariciones forzadas pueden obtener dicha calificación independientemente de si son cometidas como parte de un patrón sistemático o generalizado, debido al nivel de repudio que merecen dichos actos en sí mismos.

Lastimosamente, la jurisprudencia posterior no ha sido contundente sobre la segunda idea citada, lo que ha generado una zona gris en la jurisprudencia interamericana vigente hasta la fecha. Prueba de ello son los casos *Favela Nova Brasilia vs. Brasil* y *Herzog y otros vs. Brasil*, ambos del 2018. En el primero, el tribunal estableció en su sentencia de fondo (2017a) la responsabilidad internacional del Estado de Brasil por la falta de investigación y sanción hacia los integrantes de la policía que

5 Énfasis añadido.

cometieron ejecuciones extrajudiciales y violaciones sexuales durante dos incursiones que realizaron en la favela Nova Brasilia en 1994 y 1995. Asimismo, consideró que debido a la gravedad de lo ocurrido no se podían aplicar cláusulas de prescripción u otras figuras jurídicas que obstaculicen la investigación de los hechos.

Frente a dicho fallo, la representación del Estado solicitó una aclaración a la sentencia de fondo, indicando que sus fundamentos no permiten entender por qué lo sucedido es una grave violación de derechos humanos. Asimismo, sostuvo que la decisión «no explicita los fundamentos para considerar que tales probables ejecuciones extrajudiciales y actos de tortura sean imprescriptibles o que no sean cobijados por la cosa juzgada y demás obstáculos de derecho interno» (*Favela Nova Brasilia vs. Brasil*, 2017b, p. 19). La Corte IDH respondió tal cuestionamiento en su resolución de interpretación de sentencia, precisando que su jurisprudencia «ha sido reiterada y constante al considerar que ciertas figuras jurídicas que representen obstáculos procesales a investigaciones de graves violaciones de derechos humanos y/o crímenes de lesa humanidad son prohibidas por el derecho internacional» (p.19). En base a ello, sostuvo que su sentencia de fondo fue clara en calificar los hechos como delitos especialmente graves que no son susceptibles de cláusulas de prescripción.

Como se puede apreciar, el tribunal diferenció claramente las graves vulneraciones de derechos humanos de los crímenes internacionales. En tal sentido, el primer concepto sería más amplio y no se limitaría únicamente a los delitos reconocidos en el Estatuto de Roma. De este modo, independientemente de su calificación como crímenes internacionales, las prácticas de tortura, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales deben ser entendidas como graves violaciones de derechos humanos.

No obstante, y a pesar de que la CIDH buscó reforzar el entendimiento amplio del concepto de «graves vulneraciones», la Corte IDH posteriormente adoptó un criterio opuesto en la sentencia del caso *Herzog y otros vs. Brasil*. El fallo analiza la situación de impunidad por la tortura y ejecución extrajudicial del periodista Vladimir Herzog durante la dictadura militar brasileña. En su informe de fondo, la CIDH señaló con claridad que «la aplicación de la prescripción penal es violatoria de la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos tales como la desaparición forzada de personas, la ejecución extrajudicial y tortura, *lo que no necesariamente implica que hayan tenido lugar en contextos de violaciones masivas y sistemáticas*» (*Vladimir Herzog y otros vs. Brasil*, 2015, p. 230)[6].

6 Énfasis añadido.

A pesar de ello, la Corte IDH no acogió dicho razonamiento y, por el contrario, argumentó que si bien los actos sufridos por el señor Herzog serían graves violaciones de derechos humanos, resultaba necesario determinar si los mismos constituyeron crímenes de lesa humanidad a fin de determinar su imprescriptibilidad. En palabras del tribunal:

> […] la tortura y asesinato del señor Herzog serían considerados como una grave violación de derechos humanos. No obstante, ante la necesidad de establecer si persistían obligaciones de investigar, juzgar y sancionar a los responsables por la tortura y muerte de Vladimir Herzog como crímenes de lesa humanidad […], el Tribunal también analizará si la tortura y asesinato de Vladimir Herzog fueron i) perpetrados por agentes estatales o por un grupo organizado como parte de un plan o estrategia preestablecida, es decir, con intencionalidad y conocimiento del plan; ii) de manera generalizada o sistemática; iii) contra la población civil, y iv) con un propósito discriminatorio/prohibido (2018, p. 237).

De este modo, la sentencia consolida una zona gris en la jurisprudencia del tribunal. Si bien se califican la tortura y ejecución extrajudicial como graves violaciones de derechos humanos, se condicionan sus consecuencias a nivel penal a que tales actos se hayan constituido como un crimen de lesa humanidad. Dicha lógica es abiertamente contraria a los pronunciamientos emitidos por el mismo tribunal en los ya mencionados casos *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, Bueno Alves* y *Favela Nova Brasilia*.

II.2. La evolución de los actos que califican como graves violaciones: la precisión de la violencia sexual como tortura y la inclusión de la esclavitud y sus formas contemporáneas

Paralelamente al referido debate sobre el contexto en el que deben perpetrarse las vulneraciones, la Corte IDH también ha precisado y ampliado el conjunto de actos que constituyen graves violaciones mediante la determinación de la violencia sexual como posible acto de tortura y el reconocimiento de la esclavitud, el trabajo forzoso y sus formas análogas bajo tal categoría.

En relación al primer punto, en el 2006 la Corte IDH emitió la sentencia del caso *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (2006), en la que concluyó por primera vez que las prácticas de violación sexual y violencia sexual cometidas por los agentes del Estado constituyeron actos de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, respectivamente. Ello a pesar de que en los casos previos de *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia* (1995), *Loayza Tamayo vs. Perú* (1997) y *Masacre Plan Sánchez vs. Guatemala* (2004) las peticionarias también alegaron vulneraciones por

prácticas de violencia sexual. Asimismo, tal decisión fue la primera en declarar la responsabilidad internacional de un Estado por incumplir la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer (en adelante, Convención Belém Do Pará).

La sentencia analizó las afectaciones realizadas en el marco del Operativo Mudanza I al interior de la prisión de máxima seguridad Miguel Castro Castro, donde fallecieron al menos 42 personas reclusas, 175 terminaron heridas y otras 332 fueron sometidas a tratos crueles, inhumanos o degradantes. Al momento de analizar la situación de las víctimas mujeres, el tribunal reconoció que «se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres» (2006, p. 206). En base a ello, determinó que las prácticas de desnudez forzada contra las mujeres constituyeron violencia sexual[7] y que la «inspección» vaginal dactilar sufrida por una reclusa configuró una violación sexual[8]. Así, mientras la primera fue calificada como un trato cruel, inhumano y degradante, la segunda fue declarada como un acto de tortura.

Si bien el tribunal reconoció que «la violencia sexual contra la mujer tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras para ellas, que se ven agravadas en los casos de mujeres detenidas», la diferente calificación jurídica que se le atribuyó a cada acto estuvo basada en la distinta magnitud del daño ocasionado a las víctimas. En tal sentido, la Corte justificó que la violación sexual configuró tortura debido a los graves efectos que posee en las víctimas:

> La Corte reconoce que la violación sexual […] es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima "humillada física y emocionalmente", situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas. Con base en lo anterior […] este Tribunal concluye que los actos de violencia sexual a que fue sometida una interna bajo supuesta "inspección" vaginal dactilar constituyeron una violación sexual que por sus efectos constituye tortura (*Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, 2006, pp. 311-312).

7 La Corte argumentó que la violencia sexual «se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno» (*Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, 2006, p. 306).

8 Por su parte, precisó que la violación sexual «no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril» (*Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, 2006, p. 310).

En el 2010 la Corte IDH reforzó este parámetro mediante las sentencias de los casos *Fernandez Ortega y otros* (2010) y *Rosendo Cantú y otra* (2010), ambos contra México, al explicar cómo las violaciones sexuales cometidas por militares en perjuicio de mujeres indígenas mientras realizaban operativos contra el crimen organizado en el estado de Guerrero cumplieron los requisitos para ser calificados como actos de tortura. En la fundamentación jurídica de los dos fallos, el tribunal recordó que, conforme a su jurisprudencia y a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante, CIPST), para que se configure la tortura se requiere: a) un acto intencional, b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito. A partir de dicho estándar, y utilizando el precedente *Penal Miguel Castro Castro* (2006), explicó que en los referidos casos la violación sexual constituyó tortura toda vez que: a) el maltrato fue deliberadamente infligido en contra de la víctima; b) aun cuando no exista evidencia de consecuencias físicas, el sufrimiento severo es inherente a la violación sexual; y c) en términos generales, tales prácticas persiguen, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre. Bajo tal línea de argumentación, en la decisión de *Fernández Ortega y otros* la Corte resumió y determinó lo siguiente:

> […] esta Corte considera que una violación sexual puede constituir tortura aún [sic] cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos (2010, p. 128).

Este estándar ha sido reiterado y complementado en los casos *Masacres de Río Negro vs. Guatemala* (2012), *Masacre del Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* (2012), *Gudiel Álvarez y otros («Diario Militar») vs. Guatemala* (2012), *J. vs. Perú* (2013), *Espinoza Gonzáles vs. Perú* (2014), *Favela Nova Brasilia vs. Brasil* (2017a; 2017b), *López Soto y otros vs. Venezuela* (2018) y *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México* (2018). Para efectos del presente artículo, ahondaremos en los dos últimos pues, respectivamente, analizan prácticas cometidas por actores privados y supuestos donde la violencia sexual consigue el umbral de daño suficiente para constituir tortura.

El fallo *López Soto y otros* (2018) examina la privación arbitraria de libertad que sufrió la señora Linda Loaiza López Soto durante cuatro meses a manos de un particular. En tal periodo, sufrió diferentes y graves actos de violencia sexual, psicológica y física, tales como desnudez forzada,

violación sexual, fracturas, privación de alimentos, entre otros. Tras su liberación, el Estado no investigó diligentemente los acontecimientos y declaró la absolución de los responsables por el delito de violación sexual, producto de estereotipos de género (se consideró que lo sucedido fue una «cuestión de pareja»).

A pesar de que la situación descrita fue realizada por un agente privado, el tribunal declaró que el Estado era responsable internacionalmente por los actos de tortura y esclavitud sexual sufridos por la señora López Soto. Tomando en consideración la argumentación presentada por la CIDH y los pronunciamientos de otros organismos internacionales, la Corte IDH concluyó que la definición convencional y jurisprudencial de la tortura citada previamente no exige que tal acto haya sido cometido por un agente estatal. En base a ello, precisó que si bien el artículo 3 del CIPST[9] hace referencia a los «funcionarios públicos», tal artículo solo se refiere a las responsabilidades penales y no a la atribución de responsabilidad internacional del Estado, por lo que el análisis del caso debía realizarse en función de los criterios establecidos en el artículo 2 del CIPST. En palabras de la Corte:

> […] lo dispuesto en su artículo 3 se refiere a las responsabilidades penales y no a la atribución de responsabilidad del Estado, lo que constituye la función de esta Corte. Así, la CIPST en su definición de tortura del artículo 2 no incorpora un nexo estatal, sino que lo dispone de forma separada en su artículo 3 al ocuparse de los «responsables del delito de tortura», en clara referencia al ámbito penal interno. En este sentido, ello no sería relevante para el establecimiento de la responsabilidad internacional del Estado, la cual debe regirse por las reglas de derecho internacional (*López Soto y otros vs. Venezuela*, 2018, p. 192).

Sin embargo, a fin de fortalecer su argumentación, en la sentencia se indicó que en caso de considerarse lo indicado en el artículo 3 como un requisito para la atribución de la tortura a nivel internacional, la CIPST señala de forma expresa los supuestos en los que la acción de particulares puede configurar tal violación debido a la aquiescencia u omisión de los funcionarios públicos. Para llegar a tal determinación, la Corte citó la Observación General N° 2 del Comité contra la Tortura en los siguientes términos:

> […] cuando las autoridades del Estado u otras personas que actúan a título oficial o al amparo de la ley tienen conocimiento o motivos fundados para creer que sujetos privados o actores no estatales

9 Siguiendo a la CIPST: «Artículo 3. Serán responsables del delito de tortura: a. los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan; b. las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices».

> perpetran actos de tortura o malos tratos y no ejercen la debida diligencia para impedir, investigar, enjuiciar y castigar a dichos sujetos privados o actores no estatales de conformidad con la Convención, el Estado es responsable y sus funcionarios deben ser considerados autores, cómplices o responsables por otro concepto en virtud de la Convención por consentir o tolerar esos actos inaceptables (2008, p. 18).

En consecuencia, la configuración de la tortura no estaría supeditada únicamente a su comisión directa por parte de funcionarios públicos, sino que el derecho internacional también toma en consideración la instigación, consentimiento, aquiescencia y falta de actuación de los agentes estatales para impedir tales actos o investigarlos con debida diligencia. Como veremos en el acápite IV.2, tal estándar plantea desafíos en el derecho penal interno para sancionar a los responsables de tal delito.

Por su parte, la sentencia *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco* analizó las distintas prácticas de violencia sexual cometidas por policías estatales y federales contra once mujeres detenidas mientras participaban en una manifestación. Tras verificar la diversidad y gravedad de los actos, la Corte IDH concluyó que «el conjunto de abusos y agresiones sufridas por cada una de las once mujeres de este caso, incluyendo pero no limitándose a las violaciones sexuales, constituyeron actos de tortura por parte de agentes estatales» (2018, p. 198).

De este modo, la citada sentencia fue la primera en declarar que la violencia sexual puede constituir tortura no solo en supuestos de violación sexual, sino que otras afectaciones sexuales también pueden alcanzar el umbral de gravedad requerido. Tal determinación resulta importante en aras de no limitar erróneamente el tipo penal de tortura únicamente a un tipo de vulneración.

Por último, respecto a la segunda cuestión planteada, referida a la expansión de delitos considerados como graves violaciones de derechos humanos, en el 2016 la Corte IDH, mediante la sentencia *Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, amplió tal listado de vulneraciones al incluir dentro de sus estándares la esclavitud, el trabajo forzoso y sus formas análogas. El referido fallo analizó la tolerancia y falta de investigación por parte del Estado sobre la práctica de trabajo esclavo en la Hacienda Brasil Verde. A partir de ello, el tribunal consideró que la prohibición de esclavitud y sus formas contemporáneas representan una norma imperativa del derecho internacional (*jus cogens*), por lo que su incumplimiento genera una grave violación de derechos humanos. En palabras del tribunal:

> [...] la prescripción de la acción penal es inadmisible cuando así lo dispone el derecho internacional. En este caso la esclavitud es considerada un delito de derecho internacional cuya prohibición

> tiene estatus de *jus cogens*. Asimismo, la Corte ha indicado que no es admisible la invocación de figuras procesales como la prescripción, para evadir la obligación de investigar y sancionar estos delitos. Para que el Estado satisfaga el deber de garantizar adecuadamente diversos derechos protegidos en la Convención, entre ellos el derecho de acceso a la justicia, es necesario que cumpla su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar por estos hechos (*Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, 2016, p. 412).

Al momento de establecer las reparaciones, indicó que «por tratarse la esclavitud de un delito de derecho internacional y en consideración de las particularidades y el contexto en que ocurrieron los hechos, el Estado debe abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, así como cualquier obstáculo procesal para excusarse de esta obligación» (2016, p. 445). Dicha calificación y estándar a nivel penal fue posteriormente reiterado en la sentencia del caso *Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal* (2016).

Es menester destacar que, si bien desde el fallo de *Barrios Altos* se indica que las graves violaciones de derechos humanos contravienen «derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de Derechos Humanos» (2001, p. 41), la decisión de *Hacienda Brasil Verde* utiliza explícitamente la figura del *jus cogens* para justificar la ampliación del estándar. De este modo, a nuestro juicio, esta última decisión de la Corte IDH consolida una importante línea jurisprudencial que permite comprender mejor el sustento jurídico de este tipo de vulneraciones, en aras de diferenciarlas de otro tipo de actos y sustentar con mayor solvencia sus consecuencias jurídicas.

III. TENSIONES CONTEMPORÁNEAS: LAS LIMITACIONES A LAS INSTITUCIONES PENALES EN EL CASO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

La Corte IDH no solo ha identificado los actos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos, sino que también ha desarrollado progresivamente sus consecuencias en el ámbito penal. En las próximas líneas procederemos a explicar los avances de este estándar y también las limitaciones del mismo respecto a las investigaciones de delitos comunes.

III.1. La limitación de las garantías penales y su justificación

El estándar sobre garantías penales establecido en el precedente del caso *Barrios Altos* fue reiterado sin modificaciones en las decisiones posteriores de los casos *Trujillo Oroza vs. Bolivia* (2002), *Caracazo vs. Venezuela* (2002), *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras* (2002), *Bulacio vs. Argentina* (2003), *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003) y *Masacre Plan Sánchez vs. Colombia* (2004). Cabe destacar que la primera

sentencia citada analizó concretamente la inadecuada aplicación de una cláusula de prescripción para investigar y sancionar a los responsables de la desaparición forzada del señor José Carlos Trujillo Oroza. Así, dicha sentencia fue la primera en el SIDH en utilizar como parte de su *ratio decidendi* la regla de prohibición de cláusulas de prescripción penal (Parenti, 2010).

En el 2004, la Corte IDH amplió su parámetro en la sentencia del caso *Molina Theissen vs. Guatemala*. La decisión analizó la situación de impunidad por la desaparición forzada del adolescente Marco Antonio Molina Theissen a manos de agentes militares. Al momento de determinar las reparaciones, el tribunal ordenó al Estado de Guatemala que investigara los referidos acontecimientos en los siguientes términos:

> La Corte advierte que el Estado debe garantizar que el proceso interno tendiente a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los hechos de este caso surta sus debidos efectos. Además, el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o *suprimir los efectos de la sentencia condenatoria* (p. 83)[10].

Como se puede apreciar, el nuevo razonamiento de la Corte IDH no se limita a las figuras jurídicas que evitan la investigación y sanción de graves violaciones, sino también a aquellas que puedan dejar sin efectos una sentencia condenatoria. De este modo, la decisión abre una línea jurisprudencial fundamental que permitirá posteriormente analizar la validez de la institución del indulto en este tipo de vulneraciones. Dada su complejidad, ahondaremos de forma específica sobre dicha figura jurídica al final del presente acápite.

El siguiente paso de esta evolución jurisprudencial se produce con la publicación de la previamente citada sentencia *Almonacid Arellano* (2006). La decisión determinó la responsabilidad internacional del Estado de Chile por la falta de investigación de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, debido a la aplicación del Decreto Ley N° 2191, Ley de Amnistía por parte del Poder Judicial. Dicho fallo no solo reitera el estándar ampliado del caso *Molina Theissen*, sino que incorpora al parámetro los principios de irretroactividad de la ley penal y el *non bis in idem* (o también *ne bis in idem*). Respecto a este último, el tribunal indicó que su reconocimiento en el artículo 8.4 de la CADH no implica que sea un derecho absoluto, por lo cual no resulta aplicable cuando:

> i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al

10 Énfasis añadido.

> derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta" (*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 2006, p. 154).

En el caso del señor Almonacid Arellano, la Corte IDH consideró que se cumplieron los dos primeros supuestos, pues la aplicación de la Ley de Amnistía tuvo como finalidad evitar que los presuntos responsables de la ejecución extrajudicial sean sancionados; y el proceso penal contra dichas personas fue llevado por tribunales militares sin independencia, imparcialidad y competencia para analizar violaciones de derechos humanos. En razón a ello, estableció que el Estado de Chile no podía excusarse en la figura del *non bis in idem* para no investigar los hechos.

Adicionalmente, el tribunal precisó que la restricción al principio *non bis in idem* no se limita a supuestos de cosa juzgada fraudulenta, sino también cuando pruebas posteriores a la emisión de una sentencia firme evidencien la posible comisión de una grave violación de derechos humanos no sancionada. En palabras del tribunal:

> Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un [sic] sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem* (2006, p. 154).

Resulta importante destacar que el fraseo utilizado en la sentencia no excluye la posibilidad de también limitar el principio *non bis in idem* en casos de sentencias que si bien sancionan a los responsables, no lo hacen en función de los tipos penales correspondientes a graves violaciones de derechos humanos. Ello ocurre, por ejemplo, cuando no se sanciona a una persona por el delito de desaparición forzada, sino únicamente bajo el tipo penal de homicidio.

De hecho, desde el fallo de *La Cantuta vs. Perú* (2006), la Corte IDH no solo repitió el estándar de *Almonacid Arellano*, sino que agregó el concepto de «cosa juzgada». Consideramos que esta ampliación refuerza la idea de que se pueden reabrir investigaciones por graves violaciones de derechos humanos, incluso en casos que ya tienen una sentencia condenatoria.

Tras la referida decisión de La Cantuta, la Corte ha mantenido de forma constante y uniforme en su jurisprudencia el listado de instituciones penales que pueden limitarse en casos de graves violaciones; sin embargo, existe una figura jurídica que ha tenido un trato particular, por lo cual la analizaremos de forma diferenciada. Se trata del indulto.

Si bien desde la sentencia del caso *Molina Theissen* se determinó que los Estados también deben abstenerse de recurrir a figuras jurídicas que supriman los efectos de sentencias condenatorias en casos de graves violaciones, hasta el 2018 la jurisprudencia únicamente mencionó al indulto en el caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Los hechos de la referida decisión no involucraron un inadecuado uso de dicho beneficio penal, pues solamente se analizó la falta de investigación de los actos de tortura cometidos contra el señor Wilson Gutiérrez Soler por parte de integrantes de la Policía y el Ejército. A pesar de ello, la Corte IDH indicó que el Estado «deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, el indulto, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de una sentencia condenatoria» (2005, p. 97). Tras ello, el tribunal no volvió a incluir la referida figura en su clásico parámetro de restricción de garantías penales.

Recién en el 2018, por medio de la supervisión de los casos *Barrios Altos* y *La Cantuta*, la Corte IDH se pronunció de forma detallada sobre la validez del indulto. En específico, las citadas decisiones tuvieron que analizar si el indulto por alegadas razones humanitarias otorgado desde el Poder Ejecutivo peruano al expresidente Alberto Fujimori, condenado por crímenes de lesa humanidad, representaba un incumplimiento de la obligación internacional de no suprimir los efectos condenatorios de graves violaciones de derechos humanos.

Al respecto, el tribunal señaló que existe una «tendencia creciente» en el derecho internacional a limitar el que «las condenas impuestas por tribunales penales por graves violaciones a los derechos humanos sean perdonadas o extinguidas por decisiones discrecionales de los Poderes Ejecutivo o Legislativo» (2005, p. 45). Además, se consideró que si bien los Estados tienen un deber especial de garantizar la salud de las personas privadas de libertad que se encuentran bajo su custodia, ello no puede generar una afectación indebida al derecho de acceso a la justicia de las víctimas de este tipo de casos. En tal sentido, indicó que las autoridades, en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, deberán analizar en cada caso concreto cuáles son las medidas que permitan un adecuado balance entre la obligación de sancionar con penas apropiadas la gravedad de las conductas delictivas y proteger la vida e integridad de la persona condenada. Los actos que solo tengan como único propósito dejar de asegurar la ejecución de la pena deberán ser descartados.

Producto del citado razonamiento, la Corte IDH precisó que para reducir o extinguir una pena por graves violaciones de derechos humanos, además del estado de salud de la persona condenada, se deberá tomar en cuenta: a) que se haya cumplido una parte considerable de la pena privativa de libertad; b) que se haya pagado la reparación civil impuesta en la condena; c) que la conducta de la persona condenada haya permitido el esclarecimiento de la verdad; d) el reconocimiento de la gravedad de los delitos cometidos por parte de la responsable; y e) los efectos de dicha decisión a nivel social y sobre las víctimas. Finalmente, enfatizó que cualquier decisión de limitar los efectos de una sentencia condenatoria desde el Poder Ejecutivo o Legislativo debe poder ser recurrida a nivel jurisdiccional a fin de que se realice una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en conflicto.

Como se puede apreciar, si bien el tribunal limitó considerablemente la posibilidad de reducir la pena de una persona condenada por graves violaciones, no estableció una prohibición absoluta. Ello representa una diferencia significativa en relación con el parámetro jurídico utilizado hasta la fecha en relación a las figuras jurídicas que impiden la investigación y sanción de los responsables de dichas vulneraciones. De este modo, el estándar quedó dividido entre instituciones prohibidas de forma absoluta e instituciones limitadas por un escrutinio estricto (ver tabla N° 2).

III.2. Límites y excepciones a la reducción de las garantías penales

En el 2003 se publicó la sentencia del caso *Bulacio vs. Argentina*. En ella, el Estado reconoció su responsabilidad internacional por detener ilegítimamente al adolescente Walter David Bulacio y no cumplir adecuadamente con su deber de custodia, lo que generó su fallecimiento. Producto de esta situación, la Corte IDH ordenó como parte de las medidas de reparación que se investigue lo sucedido y se sancione a los responsables. A pesar de que en el fallo no se calificó lo sucedido como un acto de tortura o ejecución extrajudicial, se utilizó el precedente del caso *Barrios Altos* para resaltar la inadmisibilidad de las disposiciones de prescripción en el ámbito penal. Para justificar su decisión, la Corte IDH indicó lo siguiente:

> De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la

> letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho; uno de estos principios es el de *pacta sunt servanda* […] (*Bulacio vs. Argentina*, 2003, p. 117).

Como se puede apreciar, la decisión amplió de forma excesiva el estándar de reducción de figuras penales, el cual estaba limitado únicamente a casos de graves violaciones de derechos humanos. Este razonamiento resulta cuestionable, pues induce a una tesis extremista de inconvencionalidad respecto de todo uso de una garantía penal como la prescripción.

En el caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador* la Corte IDH corrigió su razonamiento y precisó que el parámetro de limitación de garantías penales únicamente aplica en casos de graves violaciones. La sentencia analizó la falta de investigación y sanción por la muerte de Laura Albán Cornejo debido a una negligencia médica del personal del Hospital Metropolitano. Si bien el tribunal consideró que se violaron los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, no ordenó como parte de las reparaciones la investigación de lo sucedido, pues los delitos ya habían prescrito. En palabras del tribunal:

> La prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores. Esta es una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito. Sin perjuicio de lo anterior, la prescripción de la acción penal es inadmisible e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional. […] En el presente caso no opera la exclusión de prescripción, porque no se satisfacen los supuestos de imprescriptibilidad reconocidos en instrumentos internacionales (2007, p. 111).

Posteriormente, en la previamente citada sentencia del caso *Vera Vera vs. Ecuador*, la Corte IDH reiteró el citado estándar y fortaleció su fundamentación en los siguientes términos:

> [...] toda violación a los derechos humanos supone una cierta gravedad por su propia naturaleza […]. Sin embargo, ello no debe confundirse con lo que el Tribunal a lo largo de su jurisprudencia ha considerado como "violaciones graves a los derechos humanos", las cuales, como se desprende de lo establecido precedentemente, tienen una connotación y consecuencias propias. Aceptar [...] que por sus características el presente caso reviste una gravedad por la cual no sería procedente la prescripción implicaría que, en todo caso sometido a la Corte, por tratarse de violaciones de derechos humanos que, en sí mismas, implican gravedad, no procedería dicho instituto procesal (2007, p. 118).

Esta limitación al parámetro de reducción de garantías penales a casos de graves violaciones ha sido reiterada en *Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013), *Comunidad Garifuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras* (2015), *García Ibarra y otros vs. Ecuador* (2015) y *Valencia Hinojoza y otra vs. Ecuador* (2016). De este modo, dicho razonamiento se ha consolidado como un estándar claro dentro del SIDH.

Por último, es importante destacar que la Corte IDH ha realizado una precisión importante sobre dicho parámetro en la sentencia *Acosta y otros vs. Nicaragua* (2017). El fallo analizó la situación de impunidad parcial por la falta de debida diligencia al investigar el homicidio del señor Francisco García Valle, esposo de la abogada María Luisa Acosta Calderón. La parte peticionaria alegaba que dicho delito fue planificado por el socio y el abogado de una gran empresa de bienes raíces debido a las actividades de defensa de los derechos de los pueblos indígenas realizadas por la señora Acosta Calderon. A pesar de ello, los órganos judiciales no examinaron diligentemente dicha línea de investigación y dictaron el sobreseimiento de las investigaciones en favor de las referidas personas, condenando únicamente a los autores materiales del homicidio.

Durante el proceso ante la Corte IDH, el Estado de Nicaragua alegó que en virtud del principio *non bis in idem* no podía abrir nuevamente una investigación por los mismos hechos contra personas sobre las cuales ya pesaba una decisión firme. Al respecto, la Corte IDH consideró que, a pesar de que los hechos no configuraban el delito de ejecución extrajudicial, se aplicaba el supuesto de «cosa juzgada fraudulenta» establecido en la sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. En virtud de ello, ordenó al Estado realizar una nueva investigación por los mencionados acontecimientos. En palabras del tribunal:

> […] no se trata en este caso de un defecto procesal o de forma […] que, por grave que fuese, no autoriza el desconocimiento del principio garantizador de respeto a la cosa juzgada. En este caso, la Corte constata directamente un acto ilícito deliberadamente dirigido a provocar una apariencia de extinción de la acción penal, o sea que, en definitiva, se trata de una mera apariencia de cosa juzgada. Una conducta ilícita dolosa nunca puede ser relevada jurídicamente como un acto procesal de extinción de la acción penal, pues […] a un eventual ilícito penal no puede reconocérsele el carácter de un obstáculo de derecho a la persecución de otro hecho de igual naturaleza (*Acosta y otros vs. Nicaragua*, 2017, p. 216).

Como se puede apreciar, la decisión toma en consideración que en los casos de delitos comunes se deben respetar de forma más estricta ciertas figuras o garantías penales. No obstante, concluye que en el ámbito del

non bis in idem dicho parámetro no aplica cuando las autoridades hayan querido extraer dolosamente de la justicia a los responsables. Si bien el citado razonamiento solamente es utilizado en base a la teoría de la cosa juzgada fraudulenta o aparente, abre una puerta interesante de argumentación para analizar otros usos indebidos de figuras penales en casos de delitos comunes.

IV. LA ARMONIZACIÓN PENDIENTE: DESAFÍOS PARA REFORZAR EL ESTÁNDAR DE INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE LAS GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

Los acápites anteriores permiten constatar que a la fecha la jurisprudencia del SIDH ha logrado establecer con cierta claridad los actos que califican como graves violaciones de derechos humanos y cuáles son sus consecuencias en el ámbito penal. En la tabla N°2 resumimos brevemente este desarrollo.

Tabla N° 2		
		Crímenes internacionales
Definición	Estándar consolidado	Bajo patrones sistemáticos y/o generalizados: tortura, ejecución extrajudicial, desaparición forzada, esclavitud y sus formas contemporáneas
	Incertidumbre	Violaciones aisladas: tortura, ejecución extrajudicial, desaparición forzada, trata de personas, esclavitud y sus formas contemporáneas
Figuras penales	Prohibidas	Figuras que evitan la investigación y sanción: prescripción, amnistía, irretroactividad penal, *non bis in idem* y cosa juzgada
	Limitadas	Figuras que restrinjan la ejecución de una sentencia condenatoria: indulto humanitario y/o otros beneficios carcelarios
Excepciones		Cosa juzgada fraudulenta

Fuente: elaboración propia.

Sin embargo, la Corte IDH aún debe resolver dos grandes desafíos en aras de lograr una mejor aplicación de su jurisprudencia en el ámbito interno. En primer lugar, como adelantamos en la primera sección, no es claro si los delitos de tortura, ejecución extrajudicial, desaparición forzada, trata de personas, esclavitud y sus formas contemporáneas deben formar parte de un patrón masivo o sistemático de vulneraciones para calificar como graves violaciones. Resulta necesario aclarar esta duda a fin de prever con claridad cuándo corresponde al Poder Judicial aplicar el estándar de limitación de figuras penales.

Asimismo, existe un segundo problema todavía más serio. Si bien se han identificado las instituciones jurídicas que no deben ser aplicadas en casos de graves violaciones, la Corte no ha argumentado con detalle dicha limitación. Se ha acotado a reiterar la regla, sin ahondar en las características y sustento jurídico de cada figura bajo cuestionamiento. Únicamente en la supervisión de sentencia del caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (2010) argumentó que corresponde realizar un juicio de ponderación entre las garantías penales y los derechos de acceso a la justicia en los casos de graves violaciones de derechos humanos. No obstante, consideramos que una fundamentación más específica es necesaria para que las autoridades nacionales puedan aplicar mejor los estándares internacionales en la resolución de casos concretos. En razón a ello, en las próximas líneas trataremos de resolver las dos problemáticas presentadas.

IV.1. Las posibilidades de una definición amplia del concepto de «graves violaciones»

A la fecha, no hay una definición uniforme sobre el concepto de «graves violaciones a los derechos humanos» en el derecho internacional. Un estudio realizado por la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra muestra que, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia internacional, no existe un consenso sobre esta controversia y sostiene que los informes en esta materia optan por distintos criterios para describir un acto como grave violación. Tales pautas son, entre otras, las características del derecho afectado, la magnitud de la violación, la situación de vulnerabilidad de la persona afectada y el impacto de la violación sobre la misma (2014, p. 34). Como hemos visto, la jurisprudencia de la Corte IDH también carece de una definición, toda vez que sus pronunciamientos se han limitado únicamente a identificar los actos que califican bajo la referida categoría.

Ante ello, una primera respuesta para brindar mayor seguridad jurídica sería equiparar el concepto de graves violaciones al de crímenes internacionales. Sin embargo, como hemos visto a lo largo del primer acápite, dicha idea resulta demasiado restrictiva y no parece dimensionar completamente la esencia del primer concepto. Los crímenes internacionales representan graves vulneraciones, pero se caracterizan principalmente por la forma o el contexto de conflicto armado en los que son cometidos. Por el contrario, la noción del término que maneja el DIDH apunta a identificar actos que resultan graves en sí mismos por atentar severamente contra la dignidad de las personas, independientemente del modo o el escenario en el que son perpetrados.

Teniendo clara esta distinción, consideramos importante analizar los pronunciamientos de la Corte IDH a fin de identificar elementos comunes que permitan la construcción de un concepto más certero de graves violaciones. Así, a nuestro juicio, existen al menos tres elementos objetivos y comunes en todas las vulneraciones que han recibido tal calificación por dicho tribunal: a) se trata de actos que afectan directamente la vida, integridad o libertad de las víctimas; b) requieren principalmente del uso del derecho penal para lograr su resarcimiento individual y social; y c) su prohibición ha adquirido carácter imperativo de *jus cogens* en el derecho internacional.

Cabe resaltar que, conforme a lo visto en el primer acápite, la sistematicidad o generalidad de la violación no ha sido un elemento claro y consistente en la jurisprudencia del tribunal. Asimismo, más allá de su recurrencia, consideramos que no es un elemento indispensable en el concepto de graves violaciones. A nuestro juicio, los tres elementos identificados permiten explicar con precisión dicho término en aras de garantizar la seguridad jurídica del ordenamiento.

Particularmente, el tercer elemento referido al carácter de *jus cogens* resulta suficiente para fundamentar la gravedad de tales actos y su régimen jurídico diferenciado. Conforme al artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[11], las normas con tal categoría son imperativas y no admiten disposición en contrario en el derecho internacional, lo que justifica con mayor suficiencia la necesidad de limitar otras instituciones en aras de lograr su cabal cumplimiento. Además, dado que la identificación de dichas disposiciones depende de la evolución de los tiempos y el contexto, las actuales obligaciones con naturaleza de *jus cogens* no configuran una lista cerrada, por lo que es posible a futuro el reconocimiento de nuevos delitos bajo la categoría de graves violaciones de derechos humanos sin que ello implique una decisión arbitraria o desproporcionada con respecto al principio de seguridad jurídica.

En consecuencia, consideramos que es posible y necesario el establecimiento de una definición amplia del concepto de graves violaciones a los derechos humanos. Esta visión evita confusiones con los requisitos propios de las categorías del DPI, y contiene un adecuado sustento para explicar la necesidad de un régimen jurídico diferenciado en el ámbito penal.

11 El artículo en cuestión señala: «Artículo 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter».

IV.2. Hacia una limitación garantista: razonamiento y justificación de la restricción de figuras penales

Como se ha expuesto en los primeros acápites, la Corte IDH ha limitado la aplicación de ciertas figuras del derecho penal a los casos de graves violaciones de derechos humanos. Al respecto, encontramos dos desafíos específicos relacionados al referido estándar: a) se manifiesta una tendencia peligrosa en ampliar estas restricciones debido a que la Corte IDH ha dejado abierta la lista de institutos del derecho penal que los Estados deben abstenerse de aplicar[12]; y b) no se diferencian los fundamentos que justifican la limitación en la aplicación de dichas instituciones desde la propia finalidad que cumplen en el sistema penal.

Para explicar el primer punto resulta necesario describir el panorama de los distintos tipos de exclusión vigentes tanto para la atribución de responsabilidad penal como para el cumplimiento de la pena, a efectos de conocer los riesgos de interpretar ampliamente el estándar de la Corte IDH. La tabla N° 3, presentada a continuación, resume la situación.

Tabla N° 3

	Crímenes internacionales		Instituciones de iniciativa política
Durante el proceso	Instituciones de la teoría del delito (causa de atipicidad, causas de justificación, causa de exculpación)	Prescripción, cosa juzgada, *ne bis in idem* y otra garantías ligadas al derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva	Amnistía
Durante la sentencia	Cosa juzgada y valoración probatoria		
Durante la ejecución de la pena	Prescripción		Amnistía e indulto

Fuente: elaboración propia.

La jurisprudencia interamericana ha limitado expresamente la aplicación de las siguientes instituciones en casos de graves vulneraciones: prescripción, cosa juzgada, *ne bis in idem*, amnistía e indulto[13]. Respecto

12 Esto se muestra concretamente en el caso *Molina Theissen vs. Guatemala*, donde se hace una referencia genérica a toda medida que busca impedir la persecución penal: «el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, *así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria*» (2004, p. 83) (énfasis añadido).

13 Véase la Supervisión de los casos *Barrios Altos* y *La Cantuta*.

a las instituciones de la teoría del delito, a la fecha no existe un pronunciamiento específico; no obstante, la Corte IDH ha sido enfática en indicar que los Estados deben abstenerse de utilizar figuras que impidan la persecución penal o supriman los efectos de una sentencia condenatoria. Consideramos que esta interpretación abierta de la Corte IDH no debe ser asumida en relación a las instituciones de la teoría del delito, en tanto contradice los fundamentos que legitiman el derecho penal y generaría la creación de un sistema penal paralelo para la persecución de graves vulneraciones a los derechos humanos.

Debemos tener presente que la existencia del derecho penal radica en su necesidad para asegurar una convivencia pacífica (Wessels *et al.*, 2018, p. 3), para lo cual requiere de un sistema que garantice su aplicación fundamentada. Para ello, no solo se necesita la regulación de los distintos tipos penales, sino de un esquema de principios generales que permita determinar cuándo corresponde atribuirle un delito a una persona (Mir Puig, 2016, p. 146).

Este sistema ordenado de principios crea un régimen de categorías que limitan y regulan la aplicación del derecho penal. Entre estas categorías, aquellas que van dirigidas a excluir la atribución de una conducta penal son las siguientes: las causas de inacción, de atipicidad, de justificación y de exculpación, entre otras categorías implícitas a las antes descritas (García Cavero, 2012, p. 55). Este régimen de categorías tiene una estructura común aplicable a cada ordenamiento, condicionado a las particularidades de los tipos penales que prohíbe cada sociedad. Es decir, si bien son un esquema de axiomas lógicos generales para cualquier ordenamiento, el modo de regulación particular de los tipos penales (delitos) incide directamente en su aplicación. Por ende, la valoración de las conductas que hace cada Estado dentro del ejercicio de su *ius puniendi* se expresa en la aplicación particular que se le da a las instituciones de la teoría del delito.

En razón a ello, consideramos que cualquier limitación general a la aplicación de estas categorías no estaría justificada. La limitación de las mismas por parte de la Corte IDH afectaría los propios fundamentos de los sistemas penales de cada Estado en particular, creando un sistema paralelo para la persecución de graves violaciones a los derechos humanos que no tendría conexión con la justificación de la existencia del derecho penal.

Por ello, pese a que existe una lista abierta para la aplicación de excepciones en la persecución de graves vulneraciones a los derechos humanos, no deberían ser consideradas las categorías creadas por la dogmática penal y la teoría del delito. En ese sentido, las valoraciones del comportamiento en cada caso en particular, mientras sean conformes al derecho, deberán seguir siendo válidas en cualquier contexto.

Ahora bien, pese a que optamos por excluir cualquier tipo de limitación a las categorías antes mencionadas, consideramos que también es necesaria una fundamentación complementaria a la propuesta por la Corte IDH en su línea jurisprudencial para las instituciones de la prescripción, cosa juzgada, *non bis in idem*, amnistía e indulto. A continuación, procederemos a describir el concepto de cada una de ellas, sus implicancias y finalidades, para justificar la excepcionalidad de su no aplicación cuando se trate de graves vulneraciones a los derechos humanos.

IV.2.1. Prescripción de la acción penal y prescripción de la pena

La prescripción está integrada por dos manifestaciones de aplicación temporal diferenciada: prescripción de la acción penal y prescripción de la pena. Mientras la primera se refiere al tiempo que pasa entre la comisión de un delito y su juzgamiento, la segunda hace referencia al tiempo que transcurre desde la imposición de una pena sin que se cumpla de forma efectiva. En términos conceptuales, es reconocida «como un límite a la potestad punitiva que impide [...] que se persiga la responsabilidad derivada de la comisión de un delito o que, una vez establecida esta responsabilidad, pueda ser aplicada una pena» (Zapata Barria, s.f., p. 10).

La regulación de la institución, en sus dos manifestaciones, ha sufrido distintas variaciones con el transcurso del tiempo. El punto importante de sus antecedentes históricos es que no nació como una institución aplicable a todas las infracciones penales[14], sino limitada a ciertos tipos penales en específico. Si bien ha logrado instituirse como un derecho de los ciudadanos frente al poder estatal, su alcance está delimitado por la propia acción política del Estado donde se regule.

En lo que refiere a su naturaleza, existen posiciones disímiles al respecto. Para algunos, la naturaleza de la prescripción tiene un carácter de derecho material, equiparándola a lo que se denomina una «causa de exclusión de la punibilidad»[15]; mientras que para otros tendría una naturaleza procesal, relacionada únicamente a la persecución de la pena (Bustos Ramírez, 1989, p. 413). A efectos del presente trabajo se adoptará la posición mixta, que propone que esta institución está situada en los límites entre el derecho penal material y el derecho procesal penal en tanto su fundamento reside en el derecho material y sus efectos se limitan al proceso (Jescheck & Weigen, 2014, p. 1357).

14 Se conoció desde la Grecia clásica, pero su desarrollo como construcción sistematizada se retrotrae al derecho romano (Morales Nakandakari, 2018, p. 12; Pedreira, 2007, p. 436). En general, el esquema penal de la época contemplaba un menor número de acciones criminales e, incluso, restringía la aplicación de la prescripción a los delitos de persecución pública tales como los de traición y otros (Morales Nakandakari, 2018, p. 13).

15 Esta posición hace referencia a que la prescripción sería un elemento objetivo necesario para la atribución de un delito. Sin embargo, parte de premisas erradas que niegan las características propias de la «punibilidad» como categoría dogmática.

Las consecuencias prácticas de esta postura permiten determinar el fin de la prescripción desde los fundamentos materiales que la justifican y no desde la naturaleza normativa que le brinda la doctrina. En esa línea, la comprensión de la justificación de la prescripción es la esencia que podrá validar su limitación conforme al estándar de la Corte IDH. Para ello, se pueden identificar distintas posiciones sobre el fundamento de la prescripción. La siguiente tabla agrupa las principales teorías:

Tabla N° 4

Clasificación	Nombre de la teoría	Concepto y críticas
Teorías relacionadas a la posición del Estado frente a la persecución del delito	Teoría del debilitamiento probatorio	*El tiempo dificulta la actividad probatoria* **Criticas:** no existe correlación entre tiempo y actividad probatoria; la dificultad probatoria no es un límite a las actividades del Estado (Morales, 2018, pp. 73-80)
	Teoría de la sanción a la ineficiencia del Estado	*Relaciona la prescripción con el derecho a ser juzgado en plazo razonable* **Críticas:** confunde la prescripción con los medios existentes en cada ordenamiento para evitar la dilación
	Teoría del desinterés	*Se justifica en la falta de acción del Estado en el tiempo* **Críticas:** se sostiene en una presunción
	Teoría de la seguridad jurídica	*La prescripción elimina un estado de incertidumbre entre el Estado y el delincuente* **Críticas:** la prescripción no se relacionada con el contenido del principio de seguridad jurídica
Teorías relacionadas a los fines de la pena	Teoría de falta de necesidad de pena	*Las funciones de prevención de la pena pierden su «necesidad»* **Críticas:** las funciones de la pena no inciden en la determinación del merecimiento de pena de la conducta, por lo que solo afectaría la prescripción de la pena; no necesariamente se produce una disminución en la necesidad de la pena con el paso del tiempo
	Teoría del olvido	*El tiempo afecta la utilidad de la pena* **Críticas:** no sucede en el caso de delitos graves

Teorías relacionadas a la posición del delincuente frente a la persecución del delito	Teoría de la enmienda	*Se sustenta en la presunción de que el delincuente que no reincide en el periodo de prescripción se ha reformado por el miedo a sufrir la pena* (Zapata Barria, s.f., pp. 23-24) **Críticas:** no existe evidencia empírica ni sustento axiomático

Fuente: elaboración propia.

Dada la postura asumida en relación a su naturaleza jurídica, nos aunamos a la doctrina mayoritaria que acoge las posturas que se refieren a la falta de necesidad de pena y a la dificultad probatoria como fundamentos de la institución de la prescripción (Mir Puig, 2016, p. 799; Jescheck & Weigen, 2014, p. 1358; Bustos Ramírez, 1989, p. 413). Vale mencionar que esta postura también es asumida como cierta en el panorama anglosajón para la fundamentación del *statute of limitation*, pese a que solo hagan referencia a los fundamentos procesales de esta figura: «Esta limitación está diseñada para proteger a los individuos de tener que defenderse contra cargos cuyos hechos pueden haber sido oscurecidos por el paso del tiempo y para minimizar el daño del castigo oficial por el tiempo pasado» (Doyle, 2017, p. 1)[16].

La elección de esta posición se justifica en la estrecha relación que existe entre el «merecimiento de pena» y la «necesidad de la misma» durante la valoración de una infracción penal (Roxin, 2008, p. 983). Al momento de perseguir una conducta, esta es examinada bajo el esquema lógico de la teoría del delito. La valoración de los tres elementos iniciales (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad)[17] se concretiza durante el transcurso de todo el proceso, lo que incide directamente en si una conducta infractora de la norma penal merece o no ser sancionada dentro del ordenamiento jurídico particular. Sin embargo, esta evaluación va acompañada de un análisis práctico sobre su incidencia y utilidad, lo que nos permite afirmar que la persecución de un delito abarca no solo que la sanción sea «merecida», sino también «necesaria».

Las críticas a esta posición parten de una valoración errada, ya que consideran que la necesidad de la pena (utilidad de sus fines preventivos) es un elemento que se analiza de forma posterior a la valoración del merecimiento de pena de la conducta (estudio de la conducta infractora de la ley penal) (Morales Nakandakari, 2018, pp. 58-62). Muestra de ello es que existen criterios de necesidad de pena normativizados («condiciones objetivas de punibilidad»), los cuales no son valorados

16 «Such a limitation is designed to protect individuals from having to defend themselves against charges when the basic facts may have become obscured by the passage of time and to minimize the danger of official punishment because of acts in the far-distant past». Traducción de los autores.

17 Adoptamos un esquema tripartito de la teoría del delito, ya que consideramos que el elemento tipicidad tiene una naturaleza propia que lo diferencia de la antijuridicidad, más allá de ser un elemento nuclear de esta fase de la teoría del delito.

al final del proceso, sino en el transcurso del mismo, al punto de que condicionan la promoción de la acción penal. Por otro lado, la crítica referida a que no existe una fórmula uniforme para determinar cuándo desaparece la necesidad de la pena se ve claramente superada en la realidad material de la institución. En los ordenamientos jurídicos existen plazos diferenciados para los distintos tipos penales según su gravedad, los cuales manifiestan la existencia de «necesidad de pena» diferenciada según la conducta que es perseguida.

En base a esta perspectiva, el estándar de la Corte IDH puede ser defendido desde los propios principios del derecho penal. Si la necesidad de la pena es el fundamento principal de la prescripción, entonces su aplicación a toda grave violación a los derechos humanos debe estar prohibida en tanto tales vulneraciones nunca pierden el fin preventivo de la sanción. Incluso si el castigo se aplica muchos años después de sucedidos los hechos, siguen siendo requeridos los fines preventivos de tal medida, ya que el daño producido por las conductas reconocidas como graves vulneraciones a los derechos humanos trasciende en el tiempo y a las personas particulares que lo vivieron. Conlleva una exigencia que no se limita a la sociedad particular que sufrió lo sucedido, sino que supera a dicho escenario. En virtud de ello, resulta legítimo y necesario conforme al derecho penal e internacional restringir dicha figura para tales supuestos.

Por último, en relación a la aplicación particular de esta institución en las violaciones aisladas a los derechos humanos, no encontramos que exista una problemática particular frente a esta institución. El problema surgiría en relación a la calificación de las conductas como graves vulneraciones a los derechos humanos, criterio que debe ser analizado cuando profundicemos en las manifestaciones que integran el principio de legalidad.

IV.2.2. Principio de legalidad y la prohibición de la retroactividad de la ley penal

El principio de legalidad es una garantía del derecho penal que limita el poder estatal al impedir que se ejercite de forma arbitraria el *ius puniendi*[18] mediante penas que no han sido aprobadas previamente (Mir Puig, 2016, p. 115; Wessels *et al.*, 2018, p. 23; García Cavero, 2012, p. 138; Bustos Ramírez, 1989, p. 59). El objetivo de esta norma es asegurar la previsibilidad y seguridad jurídica del sistema legal en favor de las personas (Miró Quesada Gayoso, 2019, p. 9).

18 Para Mir Puig, el *ius puniendi* (o derecho a castigar del Estado) puede ser fundado en distintas concepciones políticas. Él propone que se funde en la concepción de un Estado social y democrático de derecho: Estado de derecho, en tanto la potestad punitiva debe estar sometida al derecho; Estado social, ya que debe tener como finalidad la protección de la sociedad; y Estado democrático, ya que debe estar al servicio del ciudadano (2016, p. 114).

Además de principio, también es reconocido como derecho fundamental en ciertos ordenamientos, tales como el peruano (Montoya, 2015, p. 60), y en los principales tratados de derechos humanos[19]. Al respecto, la Corte IDH ha indicado en el caso *Pollo Rivera vs. Perú* lo siguiente en relación al artículo 9 de la CADH:

> […] la elaboración correcta de los tipos penales deberá cuidar siempre definiciones claras de las conductas incriminadas, que fijen sus elementos objetivos y subjetivos de modo que permita deslindarlas de comportamientos no punibles o de otras conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. Es necesario que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara y nítida que sea posible, en forma expresa, precisa, taxativa y previa (2016, p. 219).

A la fecha, la doctrina y la jurisprudencia reconocen que el principio de legalidad tiene cuatro manifestaciones. La primera es la garantía de reserva de ley (*lex scripta*), que regula que solo la ley[20] puede establecer los hechos y las consecuencias de los delitos. Esto no solo se limita al reconocimiento del tipo penal, sino que también abarca el cómo deben ser procesadas las infracciones penales y cómo deben ser impuestas sus consecuencias (la pena) (Montoya, 2015, p. 61; Miró Quesada Gayoso, 2019, p. 31). Sin embargo, tal limitación no significa que otras fuentes del derecho puedan tener incidencia en el sistema punitivo de un Estado (Bustos Ramírez, 1989, p. 61). Existen excepciones a la aplicación de este principio, tanto en tradiciones jurídicas como la anglosajona, en donde existen ofensas construidas en base a las normas creadas en los pronunciamientos jurisdiccionales (Miró Quesada Gayoso, 2019, pp. 32-33), como en modelos de jurisdicción especiales como el reconocido en el artículo 149 de la Constitución Política del Perú para las comunidades campesinas (García Cavero, 2012, p. 145), en el que las conductas prohibidas también son construidas en base a las costumbres de las propias comunidades campesinas.

La segunda manifestación es la garantía de taxatividad (*lex certa*), que obliga al legislador a crear leyes penales con suficiente precisión a efectos de que obtenga legitimidad y validez. Cabe precisar que en tanto no se puede exigir que la exactitud en la ley sea absoluta, se admite la aplicación de cláusulas generales y de conceptos que necesitan una complementación valorativa (Wessels *et al.*, 2018, p. 24). Ejemplo de ello es la existencia de las llamadas leyes penales en blanco, en las que se hace remisiones a normas de otra naturaleza para complementar el contenido de una prohibición penal (García Cavero, 2012, pp. 151-152). Así, el

19 Artículo 9 de la CADH, artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

20 García Cavero hace la precisión de que este término no solo va referido a los actos del Poder Legislativo, sino también a aquellos del Poder Ejecutivo con efectos materiales de ley, como los decretos legislativos (García Cavero, 2012, p. 143).

principal requisito de esta exigencia es que el núcleo de la prohibición del tipo penal sea establecido por el legislador.

La tercera dimensión del principio es la garantía de la prohibición de la analogía (*lex stricta*). Esta norma busca evitar que el juez penal realice una extensión indebida de los supuestos establecidos en la ley penal para sancionar una conducta. De este modo, la garantía brinda certeza jurídica de los actos que están prohibidos en el ordenamiento jurídico al evitar el castigo de hechos no contemplados en la disposición penal.

Finalmente, la cuarta manifestación es la garantía de prohibición de irretroactividad de las leyes penales desfavorables (*lex praevia*). Esta faceta del principio de legalidad establece que solamente se pueden sancionar las conductas que estaban prohibidas de forma previa a su comisión. Por el contrario, cuando la norma resulta favorable a la persona sancionada, corresponde su aplicación. Ello con la finalidad de que la pena que recibe cada conducta sea congruente e igualitaria con la valoración sociojurídica que merece tal comportamiento.

Ahora bien, las regulaciones internas de las graves violaciones de derechos humanos en algunos países presentan desafíos importantes para cumplir el estándar planteado en el SIDH y respetar el contenido de las garantías de taxatividad e irretroactividad de la ley penal. Como muestra la tabla N° 5, se ha podido identificar en los ordenamientos internos cuatro tipologías de calificación de este tipo de vulneraciones con distinto grado de cumplimiento en relación a tales manifestaciones del principio de legalidad.

Tabla N° 5

Regulación de las graves violaciones a los derechos humanos	Conflicto con el principio de legalidad
Tipificadas como delitos comunes	No
Tipificadas como delitos de lesa humanidad	No
Como crímenes de lesa humanidad, sin estar tipificados	Sí, con *lex certa* y *lex praevia*
Como graves vulneraciones a los derechos humanos, sin estar tipificados[20]	Sí, con *lex certa* y *lex praevia*

Fuente: elaboración propia en base a Montoya (2015, pp. 53-59).

21 Hacemos referencia a la tipología desarrollada en los casos *Durand y Ugarte vs. Perú* (caso El Frontón), *Cantoral Benavides vs. Perú*, *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador* y *Bulacio vs. Argentina*.

Como se puede apreciar, existen ordenamientos jurídicos nacionales en los que muchos de los actos reconocidos como crímenes internacionales no cuentan con una regulación específica[22] o tienen una regulación deficiente de estas vulneraciones. A modo de ejemplo, las regulaciones penales de Chile y Ecuador han sido elaboradas conforme a los estándares de la Corte, a fin de investigar adecuadamente los casos de tortura. En el caso de Ecuador, su normativa posee una tipificación particular del ilícito penal. La modalidad reconocida en el artículo 151 de su Código Orgánico Integral Penal reconoce el tipo base[23], aplicable a cualquier persona. Se incluyen agravantes para funcionarios públicos e, incluso, establece una sanción para el agente público que no evita la comisión del delito. Asimismo, el artículo 119 del mismo cuerpo normativo regula la tortura en casos de conflicto armado interno. La regulación de la violencia sexual como medio comisivo no está directamente incluida en el tipo penal de tortura, pero sí se incluye como agravante en los delitos sexuales[24]. Por su parte, Chile regula el tipo base de tortura en el artículo 150-A de su Código Penal[25], en el que se reconoce la violencia sexual

22 Hacemos referencia a aquellos ordenamientos donde no se han reconocido ni siquiera los crímenes internacionales en sus respectivas normas penales, como es el caso de Chile y Argentina.

23 «Artículo 151.- Tortura.- La persona que, inflija u ordene infligir a otra persona, grave dolor o sufrimiento, ya sea de naturaleza física o psíquica o la someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aun cuando no causen dolor o sufrimiento físico o psíquico; con cualquier finalidad en ambos supuestos, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años. La persona que incurra en alguna de las siguientes circunstancias será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años: 1. Aproveche su conocimiento técnico para aumentar el dolor de la víctima. 2. La cometa una persona que es funcionaria o servidora pública u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, por instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. 3. Se cometa con la intención de modificar la identidad de género u orientación sexual. 4. Se cometa en persona con discapacidad, menor de dieciocho años, mayor de sesenta y cinco años o mujer embarazada. La o el servidor público que tenga competencia para evitar la comisión de la infracción de tortura y omita hacerlo, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años» (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

24 «Artículo 48.- Circunstancias agravantes en las infracciones contra la integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal.- Para las infracciones contra la integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal, además de las previstas en el artículo precedente, son circunstancias agravantes específicas las siguientes: […] 7. Si la infracción sexual ha sido cometida como forma de tortura, o con fines de intimidación, explotación, degradación, humillación, discriminación, venganza o castigo […]» (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

25 «Artículo 150-A.- El empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se aplique tortura, será penado con presidio mayor en su grado mínimo. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de tortura, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo. La misma pena se aplicará al particular que, en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de éste, ejecutare los actos a que se refiere este artículo. Se entenderá por tortura todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información, declaración o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o en razón de una discriminación fundada en motivos tales como la ideología, la opinión política, la religión o creencias de la víctima; la nación, la raza, la etnia o el grupo social al que pertenezca; el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la filiación, la apariencia personal, el estado de salud o la situación de discapacidad. Se entenderá también por tortura la aplicación intencional de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión, con alguno de los fines referidos en el inciso precedente. Esta conducta se sancionará con la pena de presidio menor en su grado máximo. No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad» (Código Penal de Chile, 1874).

como un medio comisivo de este delito. En esa línea, en el artículo 150-D[26] del mismo cuerpo normativo se establece la responsabilidad de los funcionarios que no cumplen con prevenir este tipo de conductas.

Sin embargo, en el caso de las regulaciones de Perú[27] y Argentina[28], pese a que permiten que el delito sea consumado tanto por particulares como por funcionarios públicos, ninguno reconoce expresamente la modalidad consumativa mediante violencia sexual. Esto produciría problemas en la subsunción de hechos de tortura mediante violencia sexual, pues si solo se aplicara la tortura, no se estaría reconociendo la dimensión al daño al bien jurídico libertad sexual en su totalidad. Sin perjuicio de ello, ambos países han establecido responsabilidad penal para los funcionarios que no cumplan con sus deberes de prevenir o denunciar este tipo de conductas.

Por último, la regulación que genera más preocupación y está más alejada a los estándares internacionales es la de Bolivia, ya que el artículo 295 de su Código Penal[29] no solo no reconoce la modalidad del delito de tortura cometido por particulares, sino que tampoco regula la modalidad de este ilícito mediante la violencia sexual. Además, no existe una responsabilidad penal particular que castigue al funcionario que no cumple con prevenir esta conducta.

26 «Artículo 150-D.- El empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura, será castigado con las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo.
Si la conducta descrita en el inciso precedente se cometiere en contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público, la pena se aumentará en un grado.
No se considerarán como apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad» (Código Penal de Chile, 1874).

27 «Artículo 321.- Tortura.- El funcionario o servidor público, o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que inflige dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, a otra persona o la somete a cualquier método tendente a menoscabar su personalidad o disminuir su capacidad mental o física, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de catorce años […]» (Decreto Legislativo 635, 1991).

28 «Artículo 144-ter.- 1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho. Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos. 2. Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años. 3. Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente» (Ley 11.179, 1921).

29 «Artículo 295.- (Vejaciones y torturas).- Será sancionado con privación de libertad de seis meses a dos años, el funcionario que vejare, ordenare o permitiere vejar a un detenido. La pena será de privación de libertad de dos a cuatro años. si le infligiere cualquier especie de tormentos o torturas. Si éstas causaren lesiones, la pena será de privación de libertad de dos a seis años; y si causaren la muerte, se aplicará la pena de presidio de diez años» (Ley N° 10426, 1972).

Conforme al análisis realizado, una aplicación estricta del criterio de taxatividad no debería permitir que se presenten las mismas consecuencias a un caso de tortura mediante violencia sexual en cada uno de los ordenamientos reseñados, en tanto no regulan las mismas conductas con claridad. Esto también podría conllevar consecuencias si de manera posterior se complementaran las regulaciones con los criterios establecidos por la Corte, ya que, en virtud del contenido del principio de irretroactividad, no sería posible aplicar las nuevas tipificaciones a violaciones cometidas con anterioridad.

Ante esta situación, un sector de la doctrina ha propuesto flexibilizar la aplicación del principio de la legalidad por medio del uso directo de los tratados de derechos humanos o la costumbre internacional a fin de no dejar en impunidad estos crímenes. No obstante, algunas autoras precisan que la aplicación de las referidas categorías en el derecho interno sigue constituyendo una abierta vulneración de dicho principio. A modo ilustrativo, Chang sostiene que «aplicar retroactivamente normas penales supone una actuación indiscutidamente autoritaria que desnaturaliza los postulados esenciales y la razón de ser de un Estado de Derecho [...]» (2011, p. 330).

A pesar de esta crítica, en el caso de los «crímenes de lesa humanidad» se ha logrado aplicar directamente el derecho internacional sin afectar el núcleo del principio de legalidad. Esta judicialización se logró al interpretar que la categoría de lesa humanidad no constituye una calificación primaria de un hecho no regulado, sino que complementa la tipicidad reconocida por las leyes del propio Estado. Así, dado que tal categoría internacional no busca la aplicación directa de una consecuencia punitiva, necesariamente debe ser complementaria a una regulación normativa previa. Cabe indicar que mediante este mecanismo no se genera ninguna contravención del principio de legalidad, pues el procesamiento de los casos se realizaría en base a regulaciones previas de los propios ordenamientos (Montoya, 2015, pp. 65-66).

Sin embargo, el caso de las graves vulneraciones a los derechos humanos resulta más problemático. Como hemos desarrollado líneas arriba, dichas violaciones no son una calificación complementaria, sino que constituyen delitos concretos que el Estado tiene la obligación de sancionar. En ese sentido, la judicialización de estos crímenes sin una ley específica sí puede generar una vulneración al contenido del principio de legalidad.

A efectos de superar este entramado y evitar que el citado principio se convierta en un instrumento de impunidad, consideramos que el estándar de la Corte IDH debe ser cumplido mediante las herramientas normativas de cada ordenamiento jurídico. Así, en los supuestos en los que el sistema punitivo no contemple normas que tipifiquen

directamente las graves violaciones de derechos humanos o tengan tipificaciones deficientes, se deben subsumir las conductas en normas con objeto de protección similar, pese a que no exista una norma única que manifieste en su totalidad el bien jurídico protegido en los estándares desarrollados por la Corte IDH.

Esto se fundamenta en el contenido axiomático del derecho penal: todo tipo penal requiere un valor de protección constitucional (llamado bien jurídico). Al ser los derechos humanos parte del contenido inamovible de las constituciones de los Estados parte de la CADH, las conductas que protejan de forma aislada los bienes de protección contenidos en las graves vulneraciones a los derechos humanos deben ser valoradas en su conjunto. En otras palabras, la exigencia de la Corte IDH debe ser asumida como un criterio de interpretación obligatorio por los Estados en el que no se contemplen las figuras penales respectivas, a efectos de que figuras como los concursos (aplicación múltiple de tipos penales) sean un requisito necesario de subsunción para el cumplimiento de la garantía de investigación y persecución de las graves vulneraciones a los derechos humanos. Tal es el caso de la tipificación de la tortura, que cuenta con regulación deficiente en algunos ordenamientos, por lo que podría procesarse cualquier tipo de conducta de esta índole en conjunto a un tipo que proteja la libertad sexual de las víctimas.

Al respecto, la organización Due Process of Law Foundation precisa que a pesar de que el derecho internacional no prohíbe esta estrategia de judicialización de graves violaciones, la misma no resulta deseable. Asimismo, considera que «ante la ausencia de algunos elementos específicos que definen el crimen en los tipos penales nacionales, los procesos pueden terminar por desconocer la extraordinaria gravedad de estos crímenes» (2009, p. 179).

A fin de minimizar los efectos negativos que puede generar esta estrategia de judicialización, consideramos imprescindible que las sentencias: a) establezcan penas proporcionales con la gravedad de los hechos cometidos; b) aseguren el derecho a la verdad judicial y constituyan cosa juzgada material al indicar expresamente en su *ratio decidenci* la calificación que poseen tales actos conforme al derecho internacional; y c) señalen que en virtud de los parámetros internacionales, e independientemente de la calificación que reciban a nivel interno, los actos sancionados no pueden estar sujetos a prescripción, *non bis in idem*, cosa juzgada, amnistía y el resto de figuras que forman parte del estándar de la Corte IDH.

La aplicación de tales criterios permitirá que las decisiones sean coherentes con la esencia del estándar a nivel internacional y no violen el principio de legalidad penal. En tal sentido, es posible interpretar que la jurisprudencia de la Corte IDH no necesariamente representa una

excepción al principio de legalidad, sino que establece la obligación estatal de valorar los bienes jurídicos de protección que contemplan las graves violaciones de derechos humanos, incluso cuando las mismas no están reconocidas como objetos de protección en sus propios ordenamientos.

IV.2.3. Cosa juzgada y *non bis in idem*

Hemos optado por agrupar ambas instituciones en el presente apartado, ya que se interrelacionan entre sí en las distintas etapas del proceso y, en específico, en su aplicación en el procesamiento de graves violaciones a los derechos humanos. Asimismo, es menester mencionar que no entendemos la inaplicación de estas garantías como absoluta, sino que solo va dirigida a determinados supuestos específicos en los que no cumplan los fines y requisitos de ambas instituciones.

En lo que respecta a la cosa juzgada, esta es una institución jurídica que otorga principalmente a las sentencias firmes la calidad de inimpugnables e inmutables frente a procesos posteriores, siempre que versen sobre el mismo objeto y la misma causa (Landoni Sosa, 2003, p. 297)[30]. De esta manera, se puede afirmar que su función principal frente al sistema jurídico es garantizar la seguridad jurídica (Ayala Herrera, 2010, p. 118). Cabe destacar que si bien la doctrina divide esta figura jurídica en los conceptos de cosa juzgada formal y material, en este artículo únicamente abordamos la segunda dimensión, pues es la que se relaciona directamente con los pronunciamientos de la Corte IDH.

Por su parte, el principio de *non bis in idem* protege contra la doble persecución por el mismo hecho (Roxin & Schünemann, 2019, p. 628). Su ámbito de aplicación se extiende más allá de la sentencia, ya que abarca tanto la investigación penal, el juzgamiento y la pena sobre el mismo hecho (San Martín, 2015, p. 103); y obliga a examinar que en los procedimientos o procesos en conflicto se verifique si existe una triple identidad en relación a los mismos sujetos (mismas personas), hechos (objeto de la persecución) y fundamentos (identidad de la causa de persecución)[31]. En esa línea, solo en el supuesto de que tales elementos sean diferentes, será posible la concurrencia de más de un sistema de sanción (García Cobián, 2013, pp. 86-87).

Ambas instituciones guardan una estrecha relación. Para algunos autores, como Ayala Herrera, tienen el mismo contenido, pero «[…] la diferencia

30 A decir de Roxin y Schünemann, la cosa juzgada tendría tres efectos: efecto conclusivo, referido a la imposibilidad de recurrir un pronunciamiento; efecto ejecutivo, sobre la ejecutabilidad de una sentencia; y, el efecto impeditivo, que hace referencia a la imposibilidad de que se abra un mismo proceso sobre los mismos hechos (2019, p. 626).

31 El análisis de la identidad de fundamento es precisamente el que mayores problemas ha causado dentro de la doctrina y jurisprudencia. Algunos autores optan por determinar el elemento identidad de fundamento con los presupuestos que utilizan las normas aplicables al caso en concreto (Hernández Mendoza, 2013, p. 57); empero, no todos los sistemas normativos tienen presupuestos claros de aplicación.

radica en el ámbito de ubicación temporal al interior del proceso […] mientras en la etapa de investigación, imputación y acusación, se predica el *ne bis in idem*, en la etapa de juzgamiento y ejecutoriedad, la cosa juzgada» (2010, p. 119). En cambio, otro sector de la doctrina considera que tienen contenidos distintos, en tanto la cosa juzgada requiere siempre la presencia de una resolución judicial firme, mientras que el *non bis in idem* no requiere la culminación del proceso penal o procedimiento cuestionado (Nuñez Pérez, 2012, p. 24).

A nuestro juicio, si bien ambos principios se encuentran relacionados, tienen contenidos distintos. Su principal diferencia no solo radica en la ubicación temporal de su aplicación en el proceso, sino también en el alcance que tienen ambas figuras. En esa línea, pese a presentarse como manifestación de la cosa juzgada material, los efectos del *non bis in idem* también pueden alcanzar escenarios que transciendan los efectos de esta última[32].

Ahora bien, la pregunta de cuál es el fundamento para restringir la aplicación de ambos principios-garantías a las graves vulneraciones de derechos humanos tiene un doble enfoque, dependiendo del estado del proceso bajo cuestionamiento. Respecto a los casos que cuentan con una sentencia firme que no haya sancionado las referidas violaciones, el deber de no aplicar la cosa juzgada se basa en los severos errores materiales que justificaron tal decisión, y ello en tanto una sentencia cuyos argumentos poseen déficits fundamentales no puede adquirir la categoría de cosa juzgada (Roxin & Schünemann, 2019, p. 633).

En este supuesto, la limitación no afecta el aspecto material de la cosa juzgada, pues todo pronunciamiento recién debe adquirir firmeza cuando los fundamentos hayan valorado los hechos y derechos en toda su dimensión. De este modo, la ausencia de valoración del contenido de las graves vulneraciones a los derechos humanos adquiere condición suficiente dentro del sustento de la propia institución para excluir su aplicación.

Por su parte, en los casos donde se alegue una situación de doble procesamiento, la obligación de no aplicar el principio *non bis in idem* se sustenta en la ausencia del requisito de identidad de fundamento. Las leyes penales comunes no se basan en la misma justificación jurídica que las graves violaciones de derechos humanos. En tal sentido, la investigación o juzgamiento mediante tales disposiciones, sin las reservas en la argumentación explicadas en el acápite sobre el principio de legalidad, no cumple con los supuestos de aplicación de dicho principio.

32 Tal es el caso cuando el *non bis in idem* se presenta ante dos investigaciones abiertas por los mismos hechos. En tanto ninguna tiene un pronunciamiento firme, la práctica lleva a archivar la nueva investigación por sobre la más antigua.

En consecuencia, el propio contenido de las instituciones desarrolladas permite un cumplimiento armónico con el estándar del SIDH. Es decir, tanto la cosa juzgada material como el principio *nen bis in idem* no colisionan con la obligación de investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos.

IV.2.4. Amnistía e indulto

Ambas figuras son expresión del llamado «derecho de gracia», que constituye un rezago del poder absoluto de la autoridad en las sociedades predemocráticas, donde las autoridades podían dejar sin efecto las pretensiones punitivas del Estado en aras de ser utilizadas como correctivo, en exclusión del merecimiento y la necesidad de la pena (Bustos Ramírez, 1989, p. 412; Ogas & Soto, 2007, p. 10). Como manifestaciones actuales de este rezago de los Estados absolutistas, los ordenamientos jurídicos modernos reconocen esta expresión del poder tanto al Poder Ejecutivo como al parlamentario, dependiendo de la construcción de cada sistema particular.

La amnistía, por un lado, es un beneficio otorgado por un Gobierno que implica la extinción de la pena y sus consecuencias a través de un instrumento legislativo (Mateus-Rugeles & Martínez-Vargas, 2009, p. 136). Tradicionalmente, tiende a ser una competencia del Poder Legislativo en tanto se fundamenta en el derecho soberano que tienen estos poderes del Estado al momento de determinar qué conductas deben ser penadas, lo que les otorgaría la capacidad de perdonar las conductas que castigan. Así, su principal característica es que se concede mediante un instrumento legislativo, por lo que genera efectos generales, eliminando no solo la pena, sino también todas sus consecuencias, sin necesidad de que exista una condena.

Por su parte, el indulto es una figura que únicamente tiene efectos individuales y sobre una pena ya impuesta (García Cavero, 2012, p. 891). Asimismo, no tiene consecuencias sobre los registros y antecedentes de la conducta infractora y es tradicionalmente aplicado por el Poder Ejecutivo. Como vimos en la primera sección, una de sus vertientes contemporáneas es el indulto por razones humanitarias, que puede tener como fundamento el deber de protección del Estado de cuidar la integridad y salud de las personas privadas de libertad bajo su custodia.

A diferencia de las figuras analizadas previamente, el indulto y la amnistía no son instituciones del derecho material o procesal, sino que se sustentan únicamente en el propio poder político del Estado (ver tabla N° 3). En el panorama actual, tal potestad política no es absoluta. La posibilidad de librar de castigo una grave violación de derechos está restringida por el derecho internacional, específicamente por la obligación de tutelar el derecho de acceso a la justicia. De este modo, el solo empleo de tales instituciones para superar determinados contextos

sociales, sin ponderar los posibles bienes jurídicos que se encuentren en conflicto (como en el caso del indulto por razones humanitarias), no se encuentra amparado por el derecho penal ni el derecho internacional.

V. CONCLUSIONES

Tras lo desarrollado, llegamos a cinco conclusiones, esperando que las mismas puedan aportar al desarrollo jurisprudencial de esta controversia:

1. No existe una definición o conceptualización clara de lo que es una grave vulneración a los derechos humanos. Únicamente se han identificado los delitos que poseen tal categoría. Asimismo, la jurisprudencia no ha sido clara en diferenciar entre tal concepto y el de crímenes internacionales. Pese a que estos últimos son graves vulneraciones a los derechos humanos, no todas las vulneraciones a los derechos humanos son crímenes internacionales.
2. El estándar de la Corte IDH ha formulado excepciones a la aplicación de ciertas instituciones del derecho penal (prescripción, cosa juzgada, *ne bis in idem*, principio de legalidad, amnistía e indulto); no obstante, no ha propuesto una lista cerrada a estas restricciones ni ha fundamentado con suficiencia la limitación de su aplicación. Si bien ha restringido esta excepción a los supuestos de graves vulneraciones a los derechos humanos, la ausencia de un concepto preciso de estas últimas no permite tener un panorama claro al respecto.
3. Siguiendo esa línea, existe un reconocimiento preliminar de que los actos de tortura, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, trata de personas, esclavitud y sus formas contemporáneas son graves vulneraciones a los derechos humanos. Al respecto, opinamos que no era necesario que estas aparezcan en un contexto de violencia generalizado, sino que bastan tres elementos comunes para identificarlos: a) son actos que afectan directamente la vida, integridad o libertad de las víctimas; b) que requieren el uso del derecho penal; y c) su prohibición ha adquirido carácter de *jus cogens*.
4. Por otro lado, sobre la limitación a ciertas instituciones del derecho penal, consideramos que la Corte IDH no puede incluir en estas limitaciones a las instituciones de la teoría del delito porque esto conllevaría una intromisión injustificada en el derecho que tienen los Estados a determinar cómo se aplican sus normas internas.
5. Asimismo, consideramos que la excepción propuesta en el estándar internacional no colisiona con los fines y estructuras de las instituciones implicadas, ya que, dentro de sus propios

fundamentos de existencia, no deberían ser aplicadas a las graves vulneraciones de los derechos humanos. Sin embargo, ha existido una falencia en el análisis de los pronunciamientos de la Corte IDH que, en muchos supuestos, han promovido una interpretación errónea de las instituciones que ha buscado inaplicar.

REFERENCIAS

Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra. (2014). *What amounts to 'a serious violation of international human rights law'? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty*. Ginebra: Academia de Ginebra.

Ambos, K. (2005). *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung.

Ayala Herrera, A. (2010). Cosa juzgada y *Non bis in idem* ¿principios rectores absolutos? Nuevo Derecho, 5(7), 117-124. Recuperado de: http://revistas.iue.edu.co/revistasiue/index.php/nuevoderecho/article/view/275

Bustos Ramírez, J. (1989). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Ariel.

Carrillo Salcedo, J. (1995). *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos.

Chang, R. (2011). Debate en torno a la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad: ¿es posible su aplicación retroactiva? *Ius Et Veritas*, 21(43), 326-343. Recuperado de: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12069

Doyle, C. (2017). Statute of Limitation in Federal Criminal Cases: An Overview. *Congressional Research Service*, 4 de noviembre. Recuperado de: https://fas.org/sgp/crs/misc/RL31253.pdf

Due Process of Law Foundation (DPLF). (2009). *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*. Washington, D. C.: DPLF.

García Cavero, P. (2012). *Derecho Penal: Parte General*. Lima: Juristas Editores.

García Cobián Castro, E. (2013). Control gubernamental del gasto público en el Estado constitucional: reflexiones a propósito de la aprobación de las facultades sancionadoras de la Contraloría General en materia de responsabilidad administrativa funcional. *Revista Derecho PUCP*, (71), 443-475. Recuperado de: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8910

Hernández Mendoza, L. (2013). El "non bis idem". En *El ámbito sancionador: estudio comparado de los sistemas español y mexicano*. [Tesis doctoral]. Universidad Complutense de Madrid. Recuperado de: https://eprints.ucm.es/18106/1/T34239.pdf

Jescheck, H., & Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal parte General*. Lima: Instituto Pacífico.

Landoni Sosa, A. (2003). La cosa juzgada: valor absoluto o relativo. *Revista Derecho Pucp*, (56), 297-360. Recuperado de: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/issue/view/1032

Mateus-Rugeles, A., & Martínez-Vargas, J. (2009). *Aproximación al tratamiento de la amnistía en el derecho internacional. Estudios Socio-Jurídicos, 11*(2), 133-179.

Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: B de F.

Miro Quesada Gayoso, J. (2019). *El principio de legalidad para la persecución de crímenes internacionales en Perú*. [Tesis de licenciatura]. Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/14535

Montoya, Y. (2007). El derecho internacional y los delitos. En Francisco Macedo (coord.), *Caminos de la justicia penal y derechos humanos* (pp. 37-60). Lima: IDEHPUCP.

Montoya, Y. (2015). El principio de legalidad y las diversas calificaciones de un hecho de violación de derechos humanos. En R. Pariona Arana & E. Pérez Alonso (coords.), *Teoría del delito. Problemas fundamentales* (pp. 51-67). Lima: Instituto Pacífico.

Morales Nakandakiri, P. (2018). *El paso del tiempo en el derecho penal: ¿por qué prescriben los delitos?* [Tesis de licenciatura]. Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/12247

Nuñez Pérez, F. (2012). *El contenido esencial del non bis in ídem y de la cosa juzgada en el nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Grijley.

Ogaz Cabrera, C., & Soto Nilo, A. (2007). *Amnistía, Indulto, Prescripción y Delitos Universales*. [Tesis de licenciatura]. Universidad de Chile. Recuperado de: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113096/de-ogas_c.pdf?sequence=1

Parenti, Pablo. (2010). La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y derecho penal internacional* (pp. 211-228). Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung. Recuperado en: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=8d5b99f2-d031-e97a-23a4-8ffeb5d0564c&groupId=252038

Pastor, D. R. (2006). La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. En *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*. Recuperado de: https://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm

Peces-Barba, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III.

Pedreira González, F. (2007). Breve referencia a la historia de la prescripción de las infracciones penales. Especial consideración de la problemática surgida

en el derecho romano a través de dos aportaciones fundamentales. *Revista de Derecho UNED*, (2), 435-444. Recuperado de: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2007-2-30170/Documento.pdf

Roxin, C. (2008). *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas

Roxin, C., & Schünemann, B. (2019). *Derecho Procesal Penal*. Argentina: Ediciones Didot.

San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima: INPECCP-Cenales.

Wessels, J., Beulke, W., & Satzger, H. (2018). *Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura*. Lima: Instituto Pacífico.

Zapata Barría, C. (2018). Concepto y evolución de la prescripción penal. *Revista Nova Criminis*, (16). Recuperado de: https://www.revistanovacriminis.com/index.php/rnc/article/view/21

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2004).

Acosta y otros vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2017).

Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2007).

Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2006).

Anzualdo Castro vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2009).

Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. *Suplemento*, (180), 10 de febrero.

Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Supervisión de cumplimiento de sentencia (Corte IDH, 2010).

Barrios Altos vs. Perú. Fondo (Corte IDH, 2001).

Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia (Corte IDH, 2018).

Blake vs. Guatemala. Fondo (Corte IDH, 1998).

Blanco Romero y otros vs. Venezuela. Fondo reparaciones y costas (Corte IDH, 2005f).

Bueno Alves vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2007).

Bueno Alves vs. Argentina. Supervisión de cumplimiento de sentencia (Corte IDH, 2011).

Bulacio vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2003).

Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Fondo (Corte IDH, 1995).

Caracazo vs. Venezuela. Reparaciones y costas (Corte IDH, 2002).

Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2004).

Código Penal de Bolivia. (1972). Ley N° 10426, promulgada el 23 de agosto.

Código Penal de Chile. (1874). *Diario Oficial de la República de Chile*, 12 de noviembre.

Código Penal de la Nación Argentina. (1984). Ley 11.179 (texto ordenado actualizado). Disponible en: http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm

Comité contra la Tortura. (2008). Observación General N° 2, 24 de enero.

Comunidad Garifuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2015).

Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2005).

Decreto Legislativo N° 635. (1991). *El Peruano*, 8 de abril. Lima, Perú.

Escué Zapata vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2007).

Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2014).

Favela Nova Brasilia vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2017a).

Favela Nova Brasilia vs. Brasil. Interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2017b).

Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2010).

García Ibarra y otros vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2015).

Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2006).

Gómez Palomino vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2005).

Gudiel Álvarez y otros («Diario Militar») vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2012).

Gutiérrez Soler vs. Colombia (Corte IDH, 2005).

Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2008).

Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2005).

Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2004).

Herzog y otros vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2018).

Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2010).

J. vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2013).

Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2002).

La Cantuta vs. Perú, fondo. Reparaciones y costas (Corte IDH, 2006).

Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones y costas (Corte IDH, 1997).

López Soto y otros vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2018).

Masacre de Ituango vs. Colombia (Corte IDH, 2006).

Masacre de la Rochela vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2007).

Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2009).

Masacre de Mapiripán vs. Colombia (Corte IDH, 2005).

Masacre del Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2012).

Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia (Corte IDH, 2006).

Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2012).

Masacre Plan Sánchez vs. Guatemala. Fondo (Corte IDH, 2004).

Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2016).

Molina Theissen vs. Guatemala. Reparaciones y costas (Corte IDH, 2004).

Montero Araguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2006).

Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2018).

Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2003).

"Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo (Corte IDH, 1999).

Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2006).

Pollo Rivera y otros vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2016).

Radilla Pacheco vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2009).

Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2010).

Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2013).

Ticona Estrada y otros vs. Bolivia. Fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2008).

Tiu Tojín vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2008).

Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2016).

Trujillo Oroza vs. Bolivia. Fondo (Corte IDH, 2000).

Trujillo Oroza vs. Bolivia. Reparaciones y costas (Corte IDH, 2002).

Valencia Hinojosa y otra vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2016).

Vera Vera y otra vs. Ecuador. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2011).

Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo (Corte IDH, 1988).

Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas (Corte IDH, 2012).

Vladimir Herzog y otros vs. Brasil. Informe N° 71/15 (informe de fondo) (CIDH, 2015).

Recibido: 15/01/2020
Aprobado: 06/05/2020

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.009
CC BY
DERECHO PUCP
N° 84, 2020
junio-noviembre
pp. 271-414
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

La protección de datos personales y el derecho al olvido en el Perú. A propósito de los estándares internacionales del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos

The protection of personal data and the right to be forgotten in Peru. On the purpose of the international standards of the Inter-American Human Rights system

DEVORA FRANCO GARCIA*
Universidad Católica San Pablo (Perú)

ALEJANDRO QUINTANILLA PEREA**
Universidad Católica San Pablo (Perú)

Resumen: En el año 2014 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoció el derecho al olvido a partir de la interpretación de un marco normativo relativo a la protección de datos personales. Con el paso del tiempo, muchos países de América Latina, incluyendo el Perú, han promulgado leyes que regulan el tratamiento de datos personales. La Dirección de Protección de Datos Personales del Perú, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, ha reconocido el ejercicio del derecho al olvido y ha ordenado la desindexación de contenido de motores de búsqueda. Por otro lado, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, se ha rechazado este derecho. Ello debido a que, tal y como ha sido concebido en el sistema europeo, estaría restringiéndose de manera ilegítima la libertad de expresión. El presente artículo tiene como objetivo analizar el contenido desarrollado del derecho al olvido, así como las limitaciones que deben observarse al momento de su reconocimiento. Asimismo, se evidenciarán los retos a los que se enfrenta este derecho en el sistema normativo peruano, tomando en cuenta los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional, así como los adoptados dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Palabras clave: Derecho al olvido, privacidad, libertad de expresión, datos personales, desindexación

Abstract: In 2014, the Court of Justice of the European Union recognized the right to be forgotten based on the interpretation of a regulatory framework related to the protection of personal data. Over time, many Latin American

* Maestra en Derecho Constitucional, Maestra en Administración de la Educación, miembro honorario de la Alliance Defending Freedom, miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Directora de la Escuela Profesional de Derecho, docente tiempo completo y titular de las materias de Derecho Constitucional, directora del grupo de investigación Francisco de Vitoria, entrenadora en competencias internacionales en derechos humanos de la Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú.
Código ORCID: 0000-0002-2685-1183. Correo electrónico: dfranco@ucsp.edu.pe

** Pasante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asociado a la World Compliance Assocciation. Bachiller de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú.
Código ORCID: 0000-0002-3914-6360. Correo electrónico: alejandro.quintanilla@ucsp.edu.pe

countries, including Peru, have enacted laws regulating the processing of personal data. The Directorate for the Protection of Personal Data of Peru, from the entry into force of Law N° 29733, Protection of Personal Data Law, has recognized the exercise of the right to be forgotten and has ordered the de-indexing from search engine content. On the other hand, in the Inter-American Human Rights System, through the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression, this right has been rejected. This is because, as it has been conceived in the European system, freedom of expression would be illegitimately restricted. This article aims to analyze the content of the right to be forgotten, as well as the limitations that must be observed at the time of recognition. Likewise, the challenges faced by this right in the Peruvian regulatory system will be evidenced, considering the criteria adopted by the Constitutional Court of Peru, as well as those adopted within the Inter-American Human Rights System.

Key words: Right to be forgotten, privacy, freedom of expression, personal data, de-indexation

CONTENIDO: I.– INTRODUCCIÓN.– II. MARCO JURÍDICO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.– II.1. DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.– II.2. DERECHO A LA PRIVACIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.– II.3. ROL DE LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.– III. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.– III.1. SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL MARCO EUROPEO.– III.2. MARCO NORMATIVO PERUANO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.– III.3. PROCEDIMIENTOS TRILATERALES DE TUTELA DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS POR LA LPDP.– IV. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO Y SU ACEPTACIÓN POR PARTE DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.– IV.1. DELIMITACIÓN.– IV.2. POSICIÓN DE LA RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN FRENTE AL DERECHO AL OLVIDO.– V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho al olvido ha ido tomando preponderancia debido a la facilidad con la que se difunde información a través de internet y a su interconexión con el derecho a la protección de la vida privada. Si bien la reducción de la brecha digital es beneficiosa en un contexto de globalización, no menos cierto es que ello también abre la posibilidad de exposición a otros riesgos que pueden incidir en el ejercicio del derecho a la privacidad y a la libertad de expresión.

En la actualidad, la información constituye uno de los activos más importantes de la sociedad (Crovi, 2005, p. 23). Ello hace que los Estados se encuentren en la imperiosa necesidad de tutelar la información

dentro de un marco de protección de datos personales que regule las obligaciones de quienes realizan algún tratamiento sobre estos, como los motores de búsqueda. Sin lugar a dudas, ello ha generado una disyuntiva frente al ejercicio del derecho a la libertad de expresión a través de internet.

En el contexto de la Unión Europea, se ha establecido que los motores de búsqueda, aun cuando no hayan sido quienes han elaborado la información, son responsables de la información que manejan a través de sus plataformas. A partir de ello, en América Latina, los motores de búsqueda se han enfrentado a controversias en las que se ha adoptado este criterio, con lo cual se restringiría el derecho a la libertad de expresión.

Así, en el seno del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha ido estableciendo garantías mínimas que todo Estado parte está obligado a cumplir a efecto de proteger el derecho a la libertad de expresión —así como la prohibición de la censura previa—, limitando cualquier restricción de este derecho a la aplicación de un test tripartito y de proporcionalidad. En tal sentido, se da por sentado que cualquier restricción que se realice a la libertad de expresión bajo el reconocimiento del derecho al olvido debe considerar los estándares establecidos por este tribunal.

Bajo este contexto, esta investigación tiene por objeto, a través de la argumentación jurídica propia del derecho constitucional, escudriñar el contenido del derecho a la libertad de expresión y a la privacidad a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos con la finalidad de identificar el fundamento, contenido y los límites del derecho al olvido, el cual ya ha sido reconocido por parte de la Dirección de Protección de Datos Personales en el Perú a partir de la interpretación realizada de la Ley de Protección de Datos Personales. Asimismo, en el desarrollo de este trabajo se pretende evidenciar los retos existentes para la adecuación del derecho al olvido a los estándares interamericanos de derechos humanos, evitando así una posible vulneración del derecho a la libertad de expresión al tutelar el derecho a la privacidad.

II. MARCO JURÍDICO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

II.1. Derecho a la libertad de expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El derecho a la libertad de expresión ha sido desarrollado progresivamente por la Corte IDH desde una doble dimensión. Por un lado, comporta el

derecho de expresar y difundir —no basta con que un Estado permita únicamente expresar opiniones e ideas, sino que no restrinja su difusión (*Palamara Iribarne vs. Chile*, 2005, §§ 72-73)—; y, de otra arista, involucra el derecho a buscar y recibir información bajo el control del Estado, debiendo observarse los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública a fin de que la colectividad realice un control social (*Claude Reyes y otros vs. Chile*, 2006, § 86). En este sentido, la Corte IDH ha dejado sentado que todo Estado debe regirse por el principio de máxima divulgación (*Gomes Lund y otros vs. Brasil*, 2010, § 199); no obstante, pueden establecerse restricciones al acceso a la información (*Palamara Iribarne vs. Chile*, 2005, § 93), siempre y cuando el Estado acredite haberlo hecho respetando los estándares interamericanos.

En el entendido de que no todo derecho es absoluto, el derecho a la libertad de expresión es pasible de restricciones legítimas. Desde su primer informe anual, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Relatoría)[1] resalta, tal y como ha remarcado la Corte IDH (Opinión Consultiva 05/85, 1985, § 39), que el ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión no puede ser objeto de un control *ex ante*. Por el contrario, ante la detección de su ilegítimo ejercicio, debe aplicarse el sistema de responsabilidades ulteriores (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 1998, p. 21). Con ello, en concordancia con el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), la censura previa queda prohibida en todas sus formas. No obstante, los Estados pueden restringir legítimamente este derecho, siempre que sea sometido al escrutinio del test tripartito (*Kimel vs. Argentina*, 2008, §§ 57-58).

Dicho test exige, en primer lugar, que cualquier «restricción a la libertad de expresión debe establecerse previamente y de manera expresa, precisa, taxativa y clara en una ley» (*Kimel vs. Argentina*, 2008, § 63). Esta exigencia busca evitar restricciones arbitrarias que puedan afectar el derecho a la libertad de expresión. En segundo lugar, instaura como requisito que dichas limitaciones persigan objetivos imperiosos, los cuales se encuentran taxativamente establecidos en la CADH —fines convencionalmente legítimos—. En ese sentido, el artículo 13.2 de este instrumento considera el respeto por los derechos humanos como uno de esos objetivos (*Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, 2011, § 53).

Finalmente, el test requiere que las medidas restrictivas que se adopten sean necesarias para el logro de los fines imperiosos —en una sociedad democrática— que hayan sido detectados en el segundo examen del

1 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó en 1997 una Relatoría Especial para la Libertad de Expresión con el objetivo de promover la defensa del derecho a la libertad de expresión y la privacidad.

test. Para ello, es ineludible aplicar el test de proporcionalidad, en el cual se analiza la idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad de la medida, elementos que ya ha aplicado la Corte IDH ante la aparente tensión entre derechos humanos (*Tristán Donoso vs. Panamá*, 2009, § 56; *Álvarez Ramos vs. Venezuela*, 2019, § 104).

Es interesante observar que, muchas son las medidas que se han adoptado para resarcir los daños ocasionados por el ejercicio de la libertad de expresión. En efecto, distintas teorías han buscado analizar la responsabilidad de quienes lesionan otros derechos, como la vida privada. Por ejemplo, en el año 1999, la Relatoría aceptó la utilización de la doctrina de la «real malicia», la cual se consolidó en Argentina para determinar cuándo debía analizarse si cierta información era contraria al derecho a la privacidad[2]. Esta postura defiende que «quienes se sienten afectados por una información falsa o inexacta deben demostrar que el autor de la noticia procedió con malicia» (Pellet, 1993, p. 189). Si bien la Relatoría ha aceptado la utilización de esta doctrina, no podemos dejar de mencionar que también ha destacado el principio de mayor escrutinio al que se encuentran expuestos los funcionarios y personas públicas (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2000, p. 23); es decir, quienes se han sometido en forma voluntaria al escrutinio público (*Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, 2011, § 60).

Al respecto, consideramos que el problema de esta doctrina es que se centra en la existencia de dolo por parte del autor del contenido. En tal sentido, la tutela del derecho a la privacidad queda supeditada a la comprobación de la malicia con la que haya actuado el autor y no se centra en la inexactitud de la información divulgada.

Asimismo, es importante destacar que, en lo referente a la veracidad de la información, esta no es exigible y, por ende, no es considerada para la determinación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, pues no se ha reconocido, *contrario sensu*, la existencia de un derecho a la información veraz. Es por ello que, para la Relatoría, el contenido del artículo 13 de la CADH abarca inclusive aquella información que denominamos errónea; en consecuencia, exigir una información veraz implicaría aceptar como premisa la existencia de una verdad única e incuestionable (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2000, p. 34), lo cual para la Relatoría no es posible y, por

2 La doctrina de la real malicia se gesta con el caso *Sullivan vs. New York Times de Estados Unidos*, alrededor de la década del sesenta, estableciendo que se está frente a la real malicia cuando se produce un enfrentamiento entre la libertad de expresión y el derecho al honor o a la intimidad producto de la difusión de una noticia falsa o inexacta. Para la aplicación de esta doctrina, no solo se requiere que la noticia sea falsa, sino también debe acreditarse el dolo del periodista (Stassuzzi, 2017, pp. 46-47).

lo tanto, no es exigible para reconocer el ejercicio legítimo de la libertad de expresión[3].

Otra de las doctrinas que han sido analizadas en el Sistema Interamericano es la denominada «reporte fiel», la cual consigna que la reproducción exacta de información no genera necesariamente responsabilidad, pese a que el contenido de dicha información sea incorrecto o pueda dañar la reputación de una persona (Bianchi & Gullco, 1997, p. 97)[4]. Bajo una concepción similar, muchos motores de búsqueda han argumentado su falta de responsabilidad al no ser creadores de contenido (Asunto C-131/12, 2014, FJ 22; Resolución Directoral N° 2377-2018-JUS/DGTAIPD-DPDP, 2018, FJ 16). Al respecto, a nuestro modo de ver, consideramos que la no participación en la elaboración del contenido —sustento de esta doctrina— debe ser considerado como elemento para no declarar la responsabilidad de los intermediarios, tal y como recogen los Principios Manila, que serán analizados posteriormente.

Por otro lado, resulta imperativo destacar que la Corte IDH ha enfatizado que los Estados deben tener mayor cuidado cuando la información divulgada sea de interés público (*Lagos del Campo vs. Perú*, 2017, § 56; *Álvarez Ramos vs. Venezuela*, 2019, § 104). Para determinar si cierta información ostenta el carácter de interés público, debe examinarse si se trata de algún asunto sobre el que la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, si repercute sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales que puedan acarrear a la sociedad consecuencias de particular relevancia (*Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, 2011, § 61; *Tristán Donoso vs. Panamá*, 2009, § 121).

Sea la postura que se adopte, frente a cualquier medida que restrinja la libertad de expresión, la Relatoría ha especificado que debe realizarse en observancia de los aspectos particulares de internet. Ello quiere decir que los estándares interamericanos descritos hasta el momento deben aplicarse tomando en cuenta los fenómenos de la red (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2013, § 53), como por ejemplo el de la indexación.

3 No obstante lo afirmado, es importante señalar que el Tribunal Constitucional peruano distingue entre las opiniones que, por su naturaleza subjetiva, no pueden ser sometidas a un test de veracidad, y aquellos hechos noticiosos que son objetivos y, por lo tanto, pueden ser contrastables. Desde luego que la veracidad de la información no es sinónimo de exactitud en la difusión del hecho noticioso, puesto que «la verdad, en cuanto lugar común de la información, puede entenderse como la adecuación aceptable entre el hecho y el mensaje difundido, la manifestación de lo que las cosas son. Se trata, pues, de la misma sustancia de la noticia, de su constitutivo. Por ello es un deber profesional del informador el respetar y reflejar la verdad substancial de los hechos» (STC N° 0905-2001-AA/TC, 2002, FJ 10).

4 Esta doctrina es importante para aquellos que se limitan a la replicación de contenido no producido por ellos.

II.2. Derecho a la privacidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El reconocimiento del derecho al olvido tiene por objeto tutelar el derecho a la privacidad —artículo 11 de la CADH—. Por ello, resulta imprescindible identificar el contenido desarrollado por la Corte IDH en torno a este derecho para luego determinar el alcance que debe tener el derecho al olvido.

La Corte IDH ha desarrollado, en vasta jurisprudencia, el contenido del derecho a la vida privada consagrado en la CADH y ha dejado establecido que este derecho involucra distintos aspectos como la identidad física, social y emocional, así como la autonomía personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones sociales (*Artavia Murillo vs. Costa Rica*, 2012, § 143). Ello quiere decir que la vida privada comprende un ámbito bastante amplio del desarrollo de la persona humana que incluso se encuentra directamente vinculado con el derecho a la libertad personal (§ 143).

La Relatoría, a partir de un análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH, ha concluido que este derecho consagra la protección de cuatro bienes jurídicos: a) el derecho de toda persona a contar con una esfera protegida frente a injerencias arbitrarias por parte del Estado o de terceras personas; b) el derecho a autogobernarse; c) el derecho al secreto respecto de lo que ocurra en el espacio reservado, lo que implica la prohibición a terceros de divulgar o circular información sin la autorización del titular; y d) el derecho a la imagen (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2013, § 131 y ss.).

Debido al amplio espectro de protección de este derecho, la Corte IDH ha ido analizando aspectos particulares que tendrían la categoría de vida privada. Al respecto, ha precisado que el domicilio (*Masacres de Ituango vs. Colombia*, 2006, § 194; *Fernández Ortega y otros vs. México*, 2010, § 157), las comunicaciones (*Tristán Donoso vs. Panamá*, 2009, § 55) y la vida familiar (*Escué Zapata vs. Colombia*, 2007, § 91) se encuentran protegidos por el artículo 11 de la CADH. Adicionalmente, se encuentran comprendidos: la correspondencia (*Tristán Donoso vs. Panamá*, 2009, § 55)[5], el ejercicio de la vida profesional[6] y los datos relativos a la identificación de la comunicación (*Escher vs. Brasil*, 2009, § 114), de modo que inclusive puede incluirse a los metadatos[7].

5 Este criterio fue adoptado por la Corte IDH en base a jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Klass y otros vs. Alemania*, 1978, § 29; *Copland vs. Reino Unido*, 2007, § 41).

6 Este criterio fue adoptado por la Corte IDH en base a jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Huvig vs. Francia*, 1990, §§ 8 y 25; *Niemietz vs. Alemania*, 1992, §§ 28-29).

7 El metadato «describe los atributos de un recurso, teniendo en cuenta que el mismo puede consistir en un objeto bibliográfico, registros e inventarios archivísticos, objetos geoespaciales, recursos visuales y de museos o implementaciones de software» (Ercegovac, 1999, pp. 1165-1168).

En el año 2002, la Relatoría reconoció el derecho fundamental de toda persona a poder controlar los datos que versen sobre uno mismo, y destacó la necesidad de la existencia de canales específicos de rápido acceso a la información, con el objetivo de que el titular pueda modificar información contenida en bases de datos de carácter electrónico, ya sea por encontrarse desactualizadas o incorrectas (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2002, §§ 28-29). Desde ese momento, dentro del Sistema Interamericano se ha destacado la importancia de establecer garantías para el ejercicio del denominado derecho a la autodeterminación informativa, el cual se encuentra tutelado bajo el amparo del artículo 11 de la CADH. Así, una de las formas mediante las cuales los Estados han buscado garantizar la protección del derecho a la autodeterminación informativa es a través de la regulación de normativas dirigidas a la protección de datos personales, por medio de las cuales se imponen obligaciones a los particulares cuando realizan algún tratamiento sobre información relativa a una persona.

La Relatoría Especial ha reconocido que en internet se almacena gran cantidad de información de personas y que, si bien ello facilita el ejercicio de otros derechos, es también una amenaza a la vigencia del derecho a la vida privada en este ámbito (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2013, § 137). Las redes sociales y los motores de búsqueda facilitan el intercambio de información; por ejemplo, a través de fotografías, la ubicación geográfica, sentimientos, emociones, etcétera. Sin embargo, es importante remarcar que estos aspectos pertenecen a la vida privada (Sánchez, 2016, p. 181), de modo que el uso de aplicaciones de redes sociales, así como la posibilidad de acceder a dicha información a través de los motores de búsqueda, podría generar posibles riesgos de vulneración a la misma (2016, pp. 182-183). En suma, el aumento de difusión de información a través de internet ha generado una exposición que termina produciendo efectos que incluso los titulares de dicha información no pueden prever al momento de subir sus datos personales a la red.

Todo lo esbozado hasta ahora ha generado que la regulación en esta materia se vaya modificando con el objeto de salvaguardar los derechos e intereses de los particulares. En ese sentido, la participación de los intermediarios de internet ha generado que la privacidad se vea mucho más expuesta, imposibilitando en muchos casos que las personas tengan control sobre su información. En esa medida, el derecho al olvido, al ser considerado como el derecho a la vida privada extendido a su uso en la web, constituye un mecanismo real que garantiza el control de la información en internet (Martínez, 2017, pp. 235-236).

II.3. Rol de los intermediarios de internet en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión

Con el desarrollo acelerado de internet, la tensión entre el derecho a la privacidad y a la libertad de expresión se ha acentuado cada vez más —como en la función que realizan los intermediarios de internet—. Por lo tanto, es importante comprender el rol de los intermediarios y entender el alcance de su actividad a fin de determinar las restricciones que resultan legítimamente aplicables.

Los intermediarios de internet son aquellos que ofrecen servicios que median las comunicaciones y que permiten diversas formas de expresión *online* (MacKinnon *et al.*, 2014, p. 21), de modo que facilitan transacciones entre terceros en internet indexando información generada por otros. Google, por ejemplo, es un intermediario de tipo buscador (Perset, 2010, p. 9) y como tal ejerce un control sobre la comunicación de sus usuarios. Ello no hace más que poner en evidencia la importancia de estos intermediarios en la protección de los derechos a la libertad de expresión y a la privacidad (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2017, § 103).

En el seno del Sistema Interamericano se considera que en ningún caso se podrá responsabilizar por contenido de terceros a quienes ofrecen exclusivamente servicios de acceso, búsqueda o conservación, siempre que no hayan intervenido específicamente en la elaboración de dicho contenido o se nieguen a eliminar la información cuando así se ordene judicialmente (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2013, § 94).

En ese sentido, la Relatoría considera que los intermediarios deben evaluar las solicitudes que puedan afectar los derechos a la libertad de expresión o privacidad de los usuarios conforme a los estándares desarrollados por la Corte IDH, de modo que, en caso consideren que se está comprometiendo alguno de estos derechos, deben contemplar la utilización de vías para controvertirlas (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2013, § 114). Esto exige notificar previamente a las personas que se verían afectadas por cualquier medida de restricción o interferencia que pueda ejecutar un intermediario, de modo que tengan la posibilidad de controvertir la medida a través de recursos legales, así como disponer de mecanismos de reparación en caso sus derechos se vean afectados (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2013, § 115). En cualquier caso, la restricción debe estar precedida de una intervención judicial (Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, 2011, § 76).

Así, dentro del contexto interamericano se ha reconocido el rol fundamental que las empresas privadas tienen en la protección de la vida privada, puesto que tienen la potestad de establecer medidas y sistemas internos concretos con cierta injerencia sobre este derecho. La forma adecuada, a criterio de la Relatoría, para realizar dicha tarea es a través del diseño y conformación de lo que podría denominarse como políticas de uso o de privacidad. Sin embargo, en ningún caso las empresas pueden establecer límites desproporcionados a la libertad de expresión (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2013, § 112).

En el año 2000, a través de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión[8], se reconoció el derecho de toda persona de «acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla». De esta manera, se ha dejado sentado que la titularidad de la información recae sobre la persona de la que se trata. No obstante, posteriormente, la Relatoría ha aclarado que cuando dicha rectificación implique la restricción del derecho a la libertad de expresión, es necesario que intervenga un juez u órgano jurisdiccional (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2017, § 127).

En el año 2015, con el objetivo de desarrollar parámetros que sirvan como guía para los desarrolladores de políticas públicas —de intermediarios de internet— que sean respetuosos de los derechos humanos, se gestaron los Principios Manila. Estos principios establecen que la responsabilidad de intermediarios[9] no puede fundamentarse en el alojamiento de contenido ilícito de terceros, ni supone la obligación de monitorear contenido de forma proactiva. El principio II señala que «los intermediarios no deben ser obligados a restringir contenidos a menos que una orden emitida por una autoridad judicial independiente e imparcial haya determinado que el contenido en cuestión es ilícito» (Principios de Manila Sobre Responsabilidad de Intermediarios, 2015). Bajo este modo de ver, únicamente debería hacerse responsable a un intermediario en el supuesto en el que este incumpla con la orden de restricción del contenido de la autoridad judicial.

8 La CIDH, durante su 108° periodo ordinario de sesiones, celebrado del 2 al 20 de octubre del año 2000, decidió aprobar esta declaración al reconocer la necesidad de proteger efectivamente la libertad de expresión en las Américas.

9 Los Principios de Manila sobre Responsabilidad de los Intermediarios conforman un marco de referencia que reúne las garantías mínimas y buenas prácticas que deben tenerse en cuenta al momento de establecer la responsabilidad de intermediarios por la publicación de contenido en internet. Estos principios exigen que, para declarar la responsabilidad de un intermediario, esta debe estar establecida por leyes, las cuales deben ser precisas, claras y accesibles. En esa misma línea, no es posible atribuir responsabilidad a los intermediarios respecto a contenidos de terceros cuando no han estado involucrados en la modificación de dicho contenido. Por otro lado, tampoco pueden ser responsabilizados por no restringir contenido lícito (Principios de Manila Sobre Responsabilidad de Intermediarios, 2015).

Asimismo, el principio VI exige transparencia en la aplicación de la legislación que regula la conducta de los intermediarios de internet, de modo que los marcos normativos sobre dicha responsabilidad deben ser revisados constantemente con el fin de asegurar su actualización y efectividad, evitando que sean excesivos. Esta revisión debe recolectar evidencia acerca de su implementación e impacto, así como de sus costos, beneficios e impacto en los derechos humanos (Principios de Manila Sobre Responsabilidad de Intermediarios, 2015).

Como se puede apreciar, en el ámbito internacional se intenta proteger el derecho a la libertad de expresión que se ejerce a través de los intermediarios de internet, promoviendo su independencia y delimitando su responsabilidad ante la generación de contenido por parte de terceros de modo que esta responsabilidad siempre debe recaer en aquel que realiza la publicación de contenido.

III. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

El problema que se ha ido suscitando en el marco del ejercicio de la libertad de expresión en internet es generado en cierta medida por la posibilidad de afectar derechos de terceros como el derecho a la autodeterminación informativa, el cual, conforme a lo desarrollado, forma parte del derecho a la vida privada. Así, han ido desarrollándose parámetros normativos a nivel internacional que protegen una categoría denominada «datos personales», los cuales buscan el reconocimiento de la titularidad de la información que poseen las personas sobre sus datos partiendo del reconocimiento del derecho de toda persona a controlar la información que existe sobre sí misma.

La protección de los datos personales se ha concebido inicialmente dentro del marco normativo europeo y ha sido replicado por varios países de América Latina, incluyendo el Perú. Es por ello que resulta indispensable analizar el contexto europeo actual en dicha materia y su evolución para identificar el contenido del derecho al olvido.

III.1. Sistema de protección de datos personales en el marco europeo

Desde el año 1995 y a partir de la Directiva 95/46/CE, la Unión Europea cuenta con un marco normativo de protección de datos personales; sin embargo, en el año 2016 se detectaron diferentes niveles de protección debido a la existencia de distintos criterios al momento de ejecutar y aplicar la Directiva 95/46/CE en distintos escenarios. Ello trajo como consecuencia la derogación de la Directiva y la entrada en vigencia del Reglamento (UE) 2016/679.

En lo que respecta a la publicidad de información a través de medios de comunicación, el artículo 14 de este Reglamento regula el deber de informar sobre el tratamiento de datos a su titular siempre que no se hayan obtenido directamente de él. Esta obligación debe ejecutarse al primer momento de la comunicación de los datos (Reglamento (UE) 2016/679, 2016). Resulta importante la precisión que hace esta norma puesto que se centra en la actividad periodística y, más propiamente, en el ejercicio de la libertad de expresión. En esa medida, la norma prevé la actividad periodística como un tratamiento de datos personales y regula de manera clara y precisa cómo es que debe realizarse.

Asimismo, dentro de este marco, se concibe la noción de los derechos ARCO[10], que incluye (Reglamento (UE) 2016/679, 2016):

- *Derecho de acceso*: permite a los titulares de datos personales obtener información sobre los datos tratados, así como la finalidad del tratamiento, el origen de los datos, las comunicaciones realizadas o previstas, así como otros aspectos relacionados al tratamiento de su información.
- *Derecho de rectificación*: posibilita corregir información inexacta, teniendo en cuenta los fines del tratamiento.
- *Derecho de cancelación o supresión*: faculta a solicitar la eliminación de información cuando ya se ha cumplido con la finalidad del tratamiento de los datos o cuando se desea revocar el consentimiento otorgado para el tratamiento de datos.
- *Derecho de oposición*: otorga al titular la facultad de solicitar el cese de ciertos tratamientos de datos personales cuando no se haya otorgado consentimiento o existan motivos fundados y legítimos relativos a una situación personal concreta.

Esta categoría de derechos se ha ido perfilando jurisprudencialmente a partir del año 2014 con el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) sobre el caso *Mario Costeja*[11], donde se reconoció por primera vez en forma expresa el derecho al olvido, dejando sentado que todo titular de datos personales tiene

10 Acrónimo utilizado en la comunidad internacional para hacer referencia a los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

11 En ese caso, el señor Costeja presentó una reclamación contra *La Vanguardia*, Google Spain y Google Inc. El reclamante alegó que, al hacer una búsqueda de su nombre en el motor de búsqueda de Google, se obtenían como resultados enlaces a páginas del diario *La Vanguardia* en donde se anunciaba la subasta de inmuebles debido al embargo para el cobro de ciertas deudas que tenía el señor Costeja. A criterio del reclamante, se generaba un perjuicio a su reputación debido a que la noticia, al ser de 1998, propiciaba que datos del pasado influyeran directamente en su imagen pese a haber transcurrido doce años. En ese sentido, solicitó que se eliminaran dichas páginas o que se protegiera dicha información a través de las herramientas de los motores de búsqueda. La autoridad española desestimó la reclamación, considerando que el editor había publicado legalmente la información; sin embargo, respecto a Google, le exigió al buscador que tomase las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilitar el acceso a los mismos (*Mario Costeja, AEPD vs. Google Spain S.L., Google Inc.*, 2014).

el derecho a que se elimine de la red cualquier información personal antigua que perjudique a un individuo. Al respecto, la Agencia Española de Protección de Datos Personales (en adelante, AEPD) señaló que el derecho al olvido acarrea el derecho a limitar la difusión masiva de datos personales en los motores de búsqueda cuando esta información ya cumplió su finalidad, es obsoleta o ya no reviste el carácter de interés público, aun cuando lo haya tenido al momento de su publicación (2019, p. 22).

Aunado a ello, este tribunal aseveró que Google, como motor de búsqueda, se veía obligado a crear un mecanismo a través del cual se pueda solicitar la desindexación de contenido en internet, el cual consiste actualmente en el envío de un formulario *online*[12]. De esta manera, se derivó a una persona jurídica privada la posibilidad de dirimir y aplicar restricciones directas al ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

Así, a partir de este pronunciamiento, comenzó a desarrollarse el derecho al olvido, el cual posteriormente fue reconocido de forma explícita en el nuevo Reglamento de la Unión Europea como parte del derecho a la supresión de datos personales. A partir de ello, se exigió a los responsables del tratamiento de datos personales la adopción de medidas razonables para la satisfacción de lo solicitado por el titular de los datos en cuestión.

Bajo este escenario, dicho derecho puede ejercerse sobre todo cuando la información ya no sea necesaria para la finalidad para la cual fue recopilada (Borja de Blas, 2017, p. 67). O, conforme a lo que establece el Reglamento, cuando, pese a haber existido una finalidad legítima de tratamiento, esta ya se ha cumplido y, por lo tanto, debe cesarse el tratamiento, debiendo ser desindexado en caso se encuentre disponible en internet, lo que implica aceptar indefectiblemente que la información puede perder su relevancia para la sociedad con el paso del tiempo, pudiendo ser suprimida, más aún cuando es susceptible de afectar la privacidad de una persona.

La entrada en vigencia del Reglamento ha eliminado la carga de la prueba que suponía para el interesado localizar a todos los posibles cesionarios de datos vinculados a su reclamación. De este modo, el responsable del tratamiento que esté obligado a suprimir los datos personales deberá informar a los terceros que estén tratando tal

12 Formulario disponible en: https://www.google.com/webmasters/tools/legal-removal-request?complaint_type=rtbf&visit_id=1-636543031557561118-2447811332&rd=1
Para el año 2015, Google había aceptado el 42 % de solicitudes realizadas a través de este formulario. Un año y medio después de su implementación, Google había recibido 348 508 peticiones (El Comercio, 2015). Luego, el año 2018, Federico Deya, consultor legal de Google, precisó que esta plataforma tiene 2 400 000 pedidos para borrar datos apelando al derecho al olvido, y que, de ese total, el 45% está relacionado a crímenes, malas praxis y antecedentes políticos que se quieren desechar de la memoria colectiva. Asimismo, un 18 % está relacionado a reclamos por contenido periodístico (La República, 2018).

información, producto de su difusión, la supresión de todo enlace a esta (Jiménez-Castellanos, 2019, p. 141). Con ello, se aclara además sobre quién recae la responsabilidad de la cancelación u oposición, debido a que anteriormente esta obligación recaía sobre los motores de búsqueda. No obstante, ahora le corresponde al responsable del tratamiento adoptar las medidas razonables para garantizar el cumplimiento del pedido del interesado (Rebollo, 2018, pp. 122-123).

Asimismo, no podemos dejar de mencionar que este reglamento, en su artículo 17.3, establece al derecho a la libertad de expresión como una excepción al ejercicio del derecho al olvido. Frente a ello, cuando se suscite una tensión entre el derecho al olvido y otros derechos fundamentales, debe realizarse el test de ponderación (Cobacho, 2019, p. 207). Al momento de realizar dicha evaluación, algunos autores consideran que debe tenerse en cuenta el paso del tiempo, pues es clave para entender el derecho al olvido debido a que la relevancia pasada de cierto hecho puede desaparecer y, por consiguiente, la información debe retornar a la esfera privada del individuo (Jiménez-Castellanos, 2019, p. 141); no obstante, esta posición no es unánime a nivel mundial, aspecto que destacaremos posteriormente.

III.2. Marco normativo peruano en materia de protección de datos personales

La regulación analizada en materia de protección de datos personales de la Unión Europea ha ejercido una gran influencia para diversos países de América Latina, lo cual se evidencia en las normas que se han promulgado en la región. Es así que el Perú, en el año 2011, a través de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales (en adelante, LPDP), recoge conceptos jurídicos que el marco europeo contemplaba desde la Directiva 95/46/CE.

Antes de pasar a analizar ciertos aspectos relevantes de esta ley, es necesario precisar que esta tiene por objeto garantizar el derecho a la autodeterminación informativa reconocido en el artículo 2.6 de la Constitución Política del Perú, que contempla el derecho de toda persona «a que los servicios informáticos computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal o familiar».

El Tribunal Constitucional peruano (en adelante, el TC) ha determinado en reiterada jurisprudencia que este derecho entraña la facultad de ejercer control sobre la información propia con el objeto de protegerla frente a su uso extralimitado. En esa medida, protege a la persona en sí misma, de modo que no incluye solamente la protección del derecho a la intimidad personal o familiar, sino que abarca también la potestad de toda persona de ejercer un control en el registro, uso y revelación

de los datos personales de los cuales es titular. Es decir, el derecho a la autodeterminación informativa protege al titular frente a posibles abusos o riesgos derivados de la utilización de su información, brindándole además la facultad de excluir los datos considerados sensibles, buscando que no sean difundidos o registrados (STC N° 04739-2007-PHD/TC, 2007, FJ 4)[13].

Asimismo, el TC —tal como ha sido reconocido dentro del Sistema Interamericano— ha aseverado que este derecho es de carácter relacional debido a que su tutela se encuentra vinculada con la protección y garantía de otros derechos constitucionales (STC N° 1797-2002-HD, 2003, FJ 5).

En esa misma línea argumentativa, el máximo intérprete de la Constitución ha destacado que el contenido constitucionalmente protegido de este derecho permite la posibilidad de exigir jurisdiccionalmente el acceso a registros de información computarizados o no, y conocer para qué y para quién se realizó dicho registro, así como las personas que la recabaron. Asimismo, en el año 2007 el TC enfatizó que el recurso de *habeas data* era el idóneo para solicitar la inclusión de datos al registro que se tenga, para actualizarlos o corregirlos, impedir que se difundan o cancelarlos (STC N° 03052-2007-PHD/TC, 2007, FJ 3).

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la LPDP se instauró una vía idónea e igualmente satisfactoria para atender a dichos pedidos, y se creó un marco normativo para concretizar el ejercicio de este derecho constitucional. Además de ello, con el objetivo de salvaguardar los derechos de los titulares de datos personales, se creó la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (en adelante, DGPDP), cuya misión es velar por el cumplimiento de esta normativa, gozando de la facultad para imponer sanciones y dictar medidas correctivas.

Ahora bien, parece oportuno considerar, en lo que respecta a la LPDP, que en ella se recogen principios rectores dentro de los que se pueden resaltar: a) el de consentimiento, bajo el cual el titular de datos personales debe prestar su consentimiento expreso para que se puedan tratar sus datos personales; y b) el de finalidad, el cual exige que todo tratamiento de datos deba realizarse para el cumplimiento de una finalidad legítima, debiendo cesar cuando dicha finalidad se haya cumplido.

Tanto la LPDP como su Reglamento han reconocido a los denominados derechos ARCO bajo el contenido desarrollado por el sistema europeo;

13 En ese sentido, dentro del contexto de la internet, el TC ordenó al Servicio de Administración Tributaria de la Municipalidad Metropolitana de Lima que elimine del sitio web www.riesgosat.com.pe la imagen del Sr. Arnaldo Ramón Moulet Guerra. Adicionalmente, prohibió a la autoridad la utilización de símbolos que equiparen la calidad de deudor a la de un delincuente (STC N° 1970-2008-PA/TC, 2008).

no obstante, no comprenden en forma expresa al denominado derecho al olvido. En ese sentido, en el Perú, los titulares de datos personales, ante la negativa de la solicitud de supresión o cancelación de datos, pueden iniciar un procedimiento trilateral de tutela para que se garantice su derecho al olvido. Precisamente, en este contexto, la autoridad administrativa en materia de protección de datos personales se ha pronunciado sobre el derecho al olvido en el Perú.

III.3. Procedimientos trilaterales de tutela de los derechos reconocidos por la LPDP

La autoridad peruana en materia de protección de datos personales se pronunció por primera vez en torno al derecho al olvido al declarar fundada una reclamación realizada por un profesor de universidad, quien solicitó a Google Inc. la cancelación de sus datos personales, en específico sus nombres y apellidos, de toda información vinculada que apareciera en los resultados del motor de búsqueda. El profesor había sido procesado por la presunta comisión de un delito; sin embargo, el juez que conoció la causa declaró el sobreseimiento y ordenó la anulación de los antecedentes penales y judiciales. No obstante, en internet se podía encontrar a través del buscador de Google información relativa a dicho proceso a pesar de ya contar con un pronunciamiento firme.

Ante la inefectividad de su pedido a Google, el afectado presentó un recurso de reclamación ante la Dirección de Protección de Datos Personales (en adelante, DPDP), autoridad que consideró que la actividad del motor de búsqueda Google Search constituye un tratamiento de datos personales[14], por lo cual se sancionó a Google y se le ordenó bloquear los nombres y apellidos del reclamante de toda noticia vinculada al proceso penal a la cual se pudiera acceder mediante dicho motor de búsqueda (Resolución Directoral N° 045-2015-JUS/DGPDP, 2015, p. 24).

En suma, la autoridad consideró que un motor de búsqueda es un sistema informático que busca e indexa información almacenada en servidores de páginas web mediante robots llamados «arañas», los cuales están programados para recopilar información contenida en páginas web. Adicionalmente, a criterio de la autoridad, los motores de búsqueda, al catalogar la información de acuerdo a cierto orden de preferencia con el

14 A criterio de la autoridad, la actividad de los motores de búsqueda constituye tratamiento de datos personales debido a la utilización de una operación técnica automatizada para la recopilación, almacenamiento y difusión de información en servidores, y por facilitar búsquedas a través de internet. Esta operación técnica consiste, en primer lugar, en explorar y rastrear información para luego recopilarla y extraerla. Posteriormente, esta información es registrada y organizada para, finalmente, ser indexada y conservada. Este servicio de búsqueda que genera Google puede ser utilizado a través de criterios de búsqueda como, por ejemplo, la utilización de palabras clave. Con ello, la autoridad concluye que Google realiza tratamiento de datos personales al brindar el servicio de búsquedas en internet por medio del uso de criterios de búsqueda como los nombres y apellidos de una persona, lo que estaría generando una injerencia en la vida privada de las personas.

objeto de facilitarla a los usuarios de internet, están decidiendo sobre la finalidad y los medios de dicha actividad; por lo tanto, están realizando tratamiento de datos personales.

En el caso concreto, la autoridad concluyó que, para ofrecer sus servicios, el motor de búsqueda rastrea servidores de páginas web sin importar su ubicación geográfica, de modo que registra e indexa la información y, con ello, realiza el tratamiento de datos personales (Resolución Directoral N° 045-2015-JUS/DGPDP, 2015, p. 12).

En ese sentido, es verdad que actualmente ciertos editores de sitios web —personas que, en primer término, publican contenido que afecta directamente a terceros— no cuentan con canales para que los titulares de datos personales puedan ejercer su derecho de cancelación. No obstante, la DPDP considera que ello no exime a los intermediarios de internet de su responsabilidad en el tratamiento de datos, al haberse determinado que indexar contenido es en sí mismo un tratamiento de datos personales (Resolución Directoral N° 045-2015-JUS/DGPDP, 2015, pp. 18-19).

Cabe añadir que la DPDP también se ha pronunciado sobre su competencia en materia de privacidad. Cuando Google LLC afirmó que la vía adecuada para resolver el caso debía ser la constitucional, la DPDP señaló que si bien una de las pretensiones del reclamante se sustentaba en su derecho a la privacidad, ello no es óbice para que la DPDP no se pronuncie sobre lo sustentado en los derechos ARCO siempre que se cumpla con las formalidades exigidas por la norma, ya que lo que se está protegiendo es su derecho a la cancelación (Resolución Directoral N° 2377-2018-JUS/DGTAIPD-DPDP, 2018, FJ 21).

Asimismo, Google LLC afirmó que la DPDP no tiene dentro de sus facultades hacer un análisis de ponderación de derechos, dado que esta facultad se encuentra reservada exclusivamente a los órganos jurisdiccionales. Al respecto, la DPDP consideró que, de conformidad a lo establecido por el TC (STC N° 0010-2000-AI/TC, 2003, FJ 195), la satisfacción del test de proporcionalidad ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho y, por tanto, es aplicable en el marco de la actividad administrativa (Resolución Directoral N° 2377-2018-JUS/DGTAIPD-DPDP, 2018, FJ 41). Si bien la DPDP acepta que en el caso analizado se encuentra frente a un conflicto entre dos derechos constitucionales, ello no puede ser motivo para que se deje de pronunciar respecto a una controversia, atendiendo al principio de razonabilidad contenido en el artículo IV del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Con todo ello, la autoridad concluyó que el derecho al olvido tiene como criterio decisivo el paso del tiempo. En ese sentido, resulta necesario

analizar si la noticia materia de controversia mantiene o no un interés periodístico, o si los hechos se encuentran relacionados a figuras públicas (Resolución Directoral N° 2377-2018-JUS/DGTAIPD-DPDP, 2018, FJ 76).

IV. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO Y SU ACEPTACIÓN POR PARTE DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

IV.1. Delimitación

Como se ha evidenciado, ya existen pronunciamientos en el Perú que reconocen el derecho al olvido e incluso la autoridad administrativa ha considerado que existen ciertas excepciones para su aplicación como, por ejemplo, el ostentar un cargo público. Lo cierto es que a partir de la sentencia sobre el caso *Mario Costeja*, la conceptualización de este derecho realizada por el TJUE dejó muchos cuestionamientos sobre el contenido del mismo, como los presupuestos para su ejercicio, excepciones a su aplicación, entre otros.

En sus inicios, el derecho al olvido encontró su legitimación a través de diversos fundamentos, por ejemplo, el de ciertas figuras como la anulación de los antecedentes penales, en la que el olvido es considerado como el pilar para volver a empezar sin estar condicionado por los errores del pasado[15].

En la actualidad, existen ciertas aproximaciones en torno a este derecho que lo perfilan como: «i) un término ficticio cuyo núcleo es el derecho a acceder, rectificar y cancelar nuestros datos personales que estén en bases ajenas; ii) obligaciones especiales de eliminación de datos financieros y penales después de cierto tiempo; iii) la desindexación de información en buscadores, es decir, que no se elimine la información, sino que simplemente deje de aparecer en el buscador» (Pérez de Acha, 2015, § 3). Estas aproximaciones, lejos de ser excluyentes, permiten ir delimitando el contenido esencial de este derecho que ha venido desarrollándose casuísticamente.

Como se ha señalado *supra*, el Reglamento (UE) 2016/679 de la Unión Europea ya reconoce expresamente el derecho al olvido y regula su ejercicio, de modo que el titular de dichos datos puede invocarlo cuando: «i) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos; ii) el interesado retire el consentimiento;

15 El derecho al olvido aparece como una restricción a la publicación sobre eventos pasados que, por lo general, solo era aplicable a contextos muy específicos, restringiéndose respecto de personas que han sido condenadas y cumplido su sentencia en razón a que el interés de la reintegración supera el interés de la sociedad en estar informada sobre la historia de individuos específicos (Van Hoboken, 2013, p. 3).

iii) se oponga al tratamiento; iv) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente; v) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal; vi) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información» (Reglamento (UE) 2016/679, 2016).

No obstante, como se ha analizado, este Reglamento ha delimitado la concepción de este derecho, especificando que no podrá ser ejercido cuando el tratamiento de datos personales sea necesario para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información; por exigencia de una ley; por razones de interés público vinculado a la salud pública; con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica, histórica o fines estadísticos; y para el ejercicio o la defensa de reclamaciones (Reglamento (UE) 2016/679, 2016). Con ello, ha logrado establecer excepciones al ejercicio del derecho al olvido de manera taxativa, delimitando su ejercicio.

Al establecer límites para el ejercicio de este derecho a través de una norma, se permite que los órganos jurisdiccionales puedan, ante una solicitud concreta, tutelar el derecho a la libertad de expresión. En el año 2020 el Estado español, a través de un pronunciamiento de su Sala de lo Contencioso Administrativo, rechazó que un motor de búsqueda desindexe cierta información, optando por la ubicación prioritaria de ciertos resultados. Ello porque consideró, en ese caso, que el derecho a la libertad de expresión debía primar debido a que las noticias que pretendían desindexarse se encontraban vinculadas a la presunta comisión de un delito de abuso sexual. Sin embargo, debido a que el imputado fue absuelto, se consideró que la información sobre su absolución debía encontrarse como primer resultado sin la necesidad de desindexar las noticias pasadas que informaban a la sociedad sobre los presuntos abusos sexuales (SAN 4714/2019, 2019, pp. 4-10).

Por otro lado, en la doctrina también se han desarrollado ciertos elementos para el ejercicio legítimo de este derecho, los cuales son: a) la voluntad por parte del titular de los datos de que desaparezcan de la vida pública; b) la caducidad de los datos, para lo cual el requisito es que el plazo de conservación autorizado haya expirado y no exista ningún otro legítimo sustento para mantener el tratamiento de los mismos; y c) que los datos recabados ya no sean de interés público o hayan cumplido su finalidad (Terwangne, 2012, p. 60).

Bajo este enfoque, el derecho en comento representa la concreción del derecho a la cancelación u oposición aplicado a los buscadores de internet con el que se busca impedir la difusión de información personal a través de la red. Sin embargo, para que el Perú pueda reconocer este derecho, de acuerdo a la perspectiva desarrollada, es necesario tomar en cuenta lo establecido por la CADH y los estándares de la Corte IDH

analizados previamente de modo que, al encontrarnos ante el ejercicio de derechos, debemos tomar en cuenta lo que se ha establecido en el artículo 32.2 de la CADH al fijarse que «los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática». En esa misma línea, el TC ha aceptado también dicha concepción de los derechos fundamentales (STC N° 03167-2014-PHC/TC, 2014, FJ 7). Por ello, el derecho al olvido no puede generar la supresión de datos ante intereses constitucionalmente relevantes, pues uno de los límites al ejercicio de este derecho radica en el ejercicio de derechos vinculados a intereses colectivos (Gomes de Andrade, 2012, p. 76).

De acuerdo a esta perspectiva podríamos fijar como un límite a este derecho la información con fines de investigación científica, estadística, histórica o de transparencia en la administración pública. Luego, ante un aparente conflicto de pretensiones que comprometa el derecho al olvido con el derecho a la libertad de expresión, se recurrirá necesariamente a un test tripartito y de estricta proporcionalidad, atendiendo a las circunstancias que se presenten en cada caso y conforme a los estándares interamericanos de derechos humanos.

IV.2. Posición de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión frente al derecho al olvido

Frente al contexto descrito, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión tiene una posición respecto al reconocimiento del derecho al olvido. En ese sentido, ha aclarado que las restricciones al derecho a la libertad de expresión deben ser establecidas de «forma clara y precisa por la ley, ser proporcionales a los objetivos legítimos buscados y estar basadas en una determinación judicial de procedimientos contradictorios» (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2019, § 72). De modo que, a criterio de la Relatoría, «la aplicación de un sistema de remoción y desindexación privada de contenidos en línea con límites tan vagos y ambiguos resulta particularmente problemática a la luz del amplio margen normativo de protección de la libertad de expresión bajo el artículo 13 de la CADH» (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2017, § 132). Por ello, el formulario que Google ha puesto a disposición de sus usuarios —habilitado también para Latinoamérica— reviste una particular preocupación para el Sistema Interamericano, pues darle competencia a un privado como Google sería, *a priori*, un acto que vulnera de manera directa el contenido del derecho a la libertad de expresión.

Bajo esta lógica, las medidas que se adopten no pueden imponer obligaciones *ex ante* impidiendo la circulación de cualquier tipo de contenido que tenga presunción de ser tutelado por la CADH. Es decir

que, si el Estado o terceros que provean servicios comerciales filtran contenido, imposibilitando que el usuario de internet pueda tener control sobre el mismo, nos encontraremos ante una forma de censura previa (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2013, § 88). Ya desde el año 2010, a través de la Declaración Conjunta sobre Wikileaks, se expresó la gran preocupación sobre los filtros gestionados por empresas o por el Estado que impedían que cierto contenido sea conocido por los usuarios de internet (Declaración Conjunta sobre Wikileaks, 2010).

En suma, el rol del Estado en la limitación de la libertad de expresión y el respeto de la privacidad radica en establecer garantías para la protección de la libertad de expresión y el debido proceso de los usuarios (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2013, § 106); *contrario sensu*, no se pueden imponer obligaciones desproporcionadas a los intermediarios de internet.

Por lo tanto, a criterio de la Relatoría, el formulario bajo comentario supondría atentar contra el libre ejercicio de libertad de expresión puesto que se otorgaría a un privado la facultad de dirimir respecto a la aparente tensión entre dos derechos y, consecuentemente, de poder desindexar información sin un control estatal cuando dichas limitaciones, a criterio de la Relatoría, siempre deben realizarse a través de autoridades jurisdiccionales. Sobre el particular, la ONU exhorta a los Estados a crear mecanismos estatales de reclamación para que puedan ser administrados por ellos y no por los particulares; o, en todo caso, por una entidad independiente en virtud de una disposición legal o constitucional (Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, 2011).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al analizar el asunto *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, concluyó que la orden judicial de retirar el enlace existente en la versión digital de un diario constituye una censura previa, pues se impedía acceder a los artículos escritos por el señor Herrera Ulloa al buscar el apellido Przedborski en el sitio web (Demanda del *Caso La Nación Mauricio Herrera Ulloa y Fernán Vargas Rohrmoser*, 2002, §§ 96-97). Sin embargo, la Corte IDH, al analizar el caso, analiza únicamente el proceso penal que tiene como consecuencia la desindexación de contenido; no obstante, no hace un análisis sobre dicha medida ni la considera como un mecanismo *per se* de censura previa (*Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2004, §§ 132-133).

A partir de dicho caso, la Relatoría, al analizar el tratamiento que realizan las plataformas digitales de los medios informativos —versión web de diarios—, concluyó que estos no controlan datos personales debido a que únicamente tienen por objeto ser fuentes públicas de información y se presentan como plataformas de intercambio de opiniones sobre

asuntos de relevancia pública; por lo tanto, no es legítimo ordenar la supresión o desindexación de contenido al revestir el carácter de interés público (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2017, § 138).

Conviene resaltar que la Relatoría no ha afirmado hasta el momento que el mecanismo de desindexación sea *per se* contrario al DIDH; sin embargo, ha analizado varios aspectos relacionados a esta medida y su fundamentación en el derecho al olvido, de modo que insta a los Estados a proteger la libertad de expresión frente a esta nueva realidad.

De lo desarrollado hasta el momento, queda sentado que cualquier medida que restrinja el derecho a la libertad de expresión deberá encontrarse legislada conforme a los elementos desarrollados *supra*. Estas leyes deben además tener por objeto, a criterio de la Relatoría, proteger los derechos a la privacidad y dignidad de las personas, distinguiendo entre información y datos personales (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2017, § 137).

Por otro lado, en cuanto a la información que debe recibir la sociedad, la Relatoría siempre ha destacado la importancia de los años de conflictos y regímenes autoritarios en la región. En esa línea, la ciudadanía y las organizaciones de derechos humanos tienen un legítimo interés en contar con mayor acceso a información del pasado relacionada a la actividad del Gobierno y del cuerpo militar, así como a las graves violaciones de derechos humanos (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2017, § 134). Esto responde al interés existente en la población por recordar y no olvidar; es decir, al derecho a la verdad y la memoria[16]. Por lo mencionado, es necesario establecer límites claros al ejercicio del derecho al olvido, como el garantizar el respeto a la memoria de una nación.

Lo cierto es que la desindexación no es la única propuesta que se ha dado para la ejecución del reconocimiento del derecho al olvido, y algunos doctrinarios han planteado otras alternativas de solución que tutelarían efectivamente este derecho. Por ejemplo, se podría establecer un plazo razonable para el acceso libre a información, de forma tal que, al cumplirse dicho tiempo, los contenidos publicados pasen a un fondo de hemeroteca que no sea accesible de manera directa a través de los motores de búsqueda (Azurmendi, 2014, pp. 7-8). En ese mismo sentido, otros autores consideran que no solo debe hacerse imposible la ubicación de la noticia en los motores de búsqueda, sino también a través de los propios mecanismos de búsqueda de la hemeroteca (Sánchez, 2018,

16 Al respecto, la Corte IDH ha establecido que el conocimiento de la verdad de lo ocurrido en violaciones de derechos humanos es un derecho inalienable y un medio importante de reparación para la víctima y sus familiares. Es, además, una forma de esclarecimiento fundamental que evitaría que violaciones de ese tipo se repitan en el futuro (*Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, 2006, § 245).

p. 131). A nuestro parecer, esta medida generaría una dificultad en el acceso a la información que se encuentra en internet, impidiendo en la realidad que los usuarios puedan acceder a información a través de los intermediarios o los buscadores de las hemerotecas, e imposibilitando así que el mensaje llegue adecuadamente a la sociedad. Así las cosas, deben explorarse alternativas como la anonimización de la información, puesto que tutelaría adecuadamente el derecho a la privacidad sin impedir que la sociedad pueda acceder al contenido de la noticia de manera directa.

La propuesta de desindexación de contenido de las hemerotecas tiene otro problema para su desarrollo y es que dependerá mucho de la sociedad o cultura en la que se pretenda implementar. Por ejemplo, en Estados Unidos se considera que una vez que cierta información ha alcanzado relevancia pública, jamás puede perder dicha calidad; o que una persona que se ha convertido en un personaje público nunca más puede solicitar protección como persona privada (Moreno, 2019, p. 267). En España, por el contrario, una noticia puede perder parte de su interés público para adquirir otro tipo de interés —histórico, estadístico o científico— que no guardaría relación con la formación de una opinión pública, lo cual opera a otro nivel y exige otra protección (Sánchez, 2018, p. 128).

Sobre el particular, consideramos que efectivamente dependerá de la realidad en la que se aplique la medida; no obstante, ante cualquier aparente tensión entre derechos, debe aplicarse el test tripartito y el test de proporcionalidad desarrollados *supra* a fin de tomar una decisión en un caso en concreto.

Otra de las soluciones planteadas se desarrolla a partir del proyecto denominado *vanish*, el cual se refiere a un sistema de encriptación con la función de autodestruir toda la información tras el paso de un periodo de tiempo establecido (Azurmendi, 2014, p. 8). Dicha autodestrucción se generaría simultáneamente en todos los almacenadores de información, se encuentren estos en línea o no, a través de la creación de un sistema que pueda eliminar dicha información —incluso si es que ha sido robada por algún *hacker*— sin la necesidad de activar manualmente el mecanismo de destrucción ni de utilizar mecanismos de seguridad de *hardware* (Geambasu *et al.*, s.f., p. 2). Al respecto, somos de la opinión de que dicho sistema únicamente garantizaría la protección de la persona que crea el contenido y que mantiene control sobre el mismo. Frente a ello, las medidas de desindexación se presentan como una alternativa para materializar el derecho al olvido y proteger los derechos de los titulares de datos personales.

V. CONCLUSIONES

1. El derecho al olvido, bajo la óptica de la Unión Europea, se ha ido concibiendo como el derecho de eliminar cierta información de internet cuando esta ya cumplió su finalidad o no reviste un interés para la colectividad. En ese sentido, este derecho se ha ido efectivizando a través de medidas de desindexación de motores de búsqueda, desvinculando así contenido en la red de datos personales como los nombres y apellidos de una persona.

2. Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se han establecido estándares para el ejercicio de la libertad de expresión, así como para limitar o restringir este derecho. Es así como se ha gestado la figura del test tripartito, con el objetivo de limitar únicamente aquellas difusiones de contenido que comprometan otros derechos de la CADH como el derecho a la privacidad. Este test exige la existencia de una ley previa, perseguir una necesidad socialmente imperiosa y la evaluación estricta de proporcionalidad de la medida.

3. El tratamiento de información ha empezado a regularse en la región debido a que se ha identificado una vulnerabilidad en la privacidad de las personas; privacidad que, conforme a los estándares interamericanos, abarca una categoría amplia de información. En ese sentido, se ha reconocido que las personas gozan del derecho de controlar el tratamiento de esta información; sin embargo, se han establecido límites en aras de defender el interés público.

4. El reconocimiento del derecho al olvido en el Perú enfrenta grandes retos como el cumplimiento del test tripartito y el respeto del ejercicio legítimo de la libertad de expresión. En la actualidad, la Ley de Protección de Datos Personales del Perú no ha reconocido la existencia de este derecho ni los supuestos para su aplicación; no obstante, la DPDP ya ha reconocido este derecho y ha ordenado medidas de desindexación de información con el propósito de tutelarlo. Por otro lado, de acuerdo a los estándares analizados, la DPDP, al ser una autoridad administrativa, no se encontraría facultada para ordenar medidas de desindexación, pues estaría restringiendo la libertad de expresión, asunto que correspondería a una autoridad judicial. Finalmente, deben explorarse todas las alternativas disponibles en internet a fin de garantizar la tutela del derecho al olvido sin afectar de manera desproporcionada el derecho a la libertad de expresión. De ese modo, se ha identificado la necesidad de establecer un mecanismo para la revisión de información publicada en línea sin la utilización de un medio de censura indirecta, como lo es

actualmente el formulario de Google que se encuentra disponible en la web.

REFERENCIAS

Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). (2018). *Protección de Datos: Guía para el ciudadano*. Agencia Española de Protección de Datos. Recuperado de: https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/guia-ciudadano.pdf

Azurmendi, A. (2014). Derecho de autodeterminación informativa y el Derecho al Olvido: la Generación "Google" del derecho a la vida privada. En *Internet, Derecho y Política. Una década de transformaciones*. España: Hyugens. Recuperado de: https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/36435/1/AZURMENDI%20Autodeterminaci%C3%B3n%20Informativa%20y%20DOlvido%20Generaci%C3%B3nGoogle%20DVidaPrivada.pdf

Bianchi, E., & Gullco, H. (1997). *El Derecho a la Libre Expresión*. La Plata: Editorial Platense.

Borja de Blas, D. (2017). *El Derecho al olvido. Estudio de la Sentencia del TJUE Google Spain y consecuencias en el ordenamiento comunitario*. [Tesis inédita de Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado]. Universidad de Alcalá.

Cobacho, A. (2019). Reflexiones en torno a la última actualización del derecho al olvido digital. *Revista de Derecho Político*, *104*, 197-227. doi: https://doi.org/10.5944/rdp.104.2019.24313

Crovi, D. (2005). La sociedad de la información: una mirada desde la comunicación. *Revista Ciencia*, *56*(oct-nov.), 23-37.

El Comercio. (2015). Google aprobó menos del 50% de pedidos de "derecho al olvido". *El Comercio*, 26 de noviembre. Recuperado de: https://elcomercio.pe/tecnologia/empresas/google-aprobo-50-pedidos-derecho-olvido-246804-noticia/

Ercegovac, Z. (1999). Introduction. *Journal of the American Society for Information Science*, *50*(13), 1165-1168. doi: https://doi.org/10.1002/(sici)1097-4571(1999)50:13%3C1165::aid-asi2%3E3.0.co;2-i

Geambasu, R., Kohno, T., Levy, A., & Levy, H. (s.f.). *Vanish: Increasing Data Privacy with Self-Destructing Data*. Recuperado de: https://vanish.cs.washington.edu/pubs/usenixsec09-geambasu.pdf

Gomes de Andrade, N. (2012). El olvido: el derecho a ser diferente de uno mismo. Una reconsideración del derecho a ser olvidado. *IDP*, (13), 67-83. Recuperado de: https://www.researchgate.net/deref/http%3A%2F%2Fdx.doi.org%2F10.7238%2Fidp.v0i13.1375

Jiménez-Castellanos, I. (2019). El conflicto entre el derecho al olvido digital del pasado penal y las libertades informativas: las hemerotecas digitales. *Revista de Derecho Político, 106*, 137-166. doi: https://doi.org/10.5944/rdp.106.2019.26152

La República. (2018). Derecho al olvido afecta el acceso a la información y limita el control social. *La República*, 6 de marzo. Recuperado de: https://larepublica.pe/politica/1207110-derecho-al-olvido-afecta-el-acceso-a-la-informacion-y-limita-el-control-social

MacKinnon, R., Hickok, E., Bar, A., & Lim. H. (2014). *Fostering Freedom Online. The Role of Internet Intermediaries*. Francia: Unesco.

Martínez, M. (2017). Nuevos perfiles del derecho al olvido en Europa y España. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, X, 231-266. doi: https://doi.org/10.2307/j.ctvq4bzjd.10

Moreno, A. (2019). El derecho al olvido digital: una brecha entre Europa y Estados Unidos. *Revista de Comunicación*, *18*(1), 259-276. https://doi.org/10.26441/rc18.1-2019-a13

Pellet, A. (1993). *La libertad de expresión*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Pérez de Acha, G. (2015). *Una panorámica sobre el derecho al olvido en la región*. Chile. Recuperado de: https://derechosdigitales.org/9324/una-panoramica-sobre-la-discusion-en-torno-al-derecho-al-olvido-enla-region/

Perset, K. (2010). *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*. OECD. doi: https://doi.org/10.1787/5kmh79zzs8vb-en

Rebollo, L. (2018). *Protección de datos en Europa. Origen, evolución y regulación actual*. Madrid: Dykinson.

Sánchez, A. (2016). *La protección de la intimidad y vida privada en internet: la integridad contextual y los flujos de información en las redes sociales*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Sánchez, R. (2018). El Derecho al Olvido y las hemerotecas digitales. La sentencia del Tribunal Constitucional 58/2018, de 4 de junio. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 50*, 124-131.

Stassuzzi, V. (2017). *Doctrina de la real malicia: análisis crítico de su adopción en la legislación Argentina*. [Tesis de pregrado]. Universidad Empresarial Siglo 21.

Terwangne, C. (2012). Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. IDP: *Revista de Internet, derecho y política*, (13), 53-66. doi: https://doi.org/10.7238/idp.v0i13.1400

Van Hoboken, J. (2013). *The Proposed Right to be Forgotten Seen from the Perspective of Our Right to Remember. Freedom of Expression Safeguards in a Converging Information Environment*. Ispra, Italia: Joint Research Centre. doi: 10.2788/51998

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Álvarez Ramos vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Serie C N° 380 (Corte IDH, 30 de agosto de 2019).

Artavia Murillo vs. Costa Rica (Fecundación In Vitro). Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C N° 257 (Corte IDH, 28 de noviembre de 2012).

Asunto C131/12 (*Caso Mario Costeja*). Sentencia (TJUE, 13 de mayo de 2014).

Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Serie C N° 148 (Corte IDH, 1 de julio de 2006).

Caso La Nación Mauricio Herrera Ulloa y Fernán Vargas Rohrmoser. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República de Costa Rica N° 12.367 (CIDH, 28 de enero de 2002).

Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Serie C N° 151 (Corte IDH, 19 de setiembre de 2006).

Copland vs. Reino Unido (TEDH, 13 de marzo de 2007).

Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (CIDH, 2000).

Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Parlamento Europeo y del Consejo UE, 24 de octubre de 1995).

Escher vs. Brasil. Fondo, reparaciones y costas. Serie C N° 200 (Corte IDH, 6 de julio de 2009).

Escué Zapata vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Serie C N° 165 (Corte IDH, 4 de julio de 2007).

Fernández Ortega y otros vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C N° 215 (Corte IDH, 30 de agosto de 2010).

Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 238 (Corte IDH, 29 de noviembre de 2011).

Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C N° 219 (Corte IDH, 24 de noviembre de 2010).

Huvig vs. Francia (TEDH, 24 de abril de 1990).

Informe Anual 1998. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 6 rev. Capítulo II: La Libertad de Expresión en el Contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (CIDH, 16 de abril de 1999).

Informe Anual 1999. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 3 (CIDH, 13 de abril de 2000).

Informe Anual 2001. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. OEA/Ser./L/V/II.114. Doc. 5 rev. Capítulo III: Informe sobre la acción de hábeas data y el derecho de acceso a la información en el hemisferio (CIDH, 16 de abril de 2002).

Informe Anual 2013. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II.149. Doc. 50. Capítulo IV: Libertad de Expresión e Internet (CIDH, 31 de diciembre de 2013).

Informe Anual 2016. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 22/17. Capítulo III: Estándares para una internet libre, abierta e incluyente (CIDH, 15 de marzo 2017).

Informe Anual 2018. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 30. Capítulo II: Situación de la libertad de expresión en el hemisferio (CIDH, 17 de marzo 2019).

Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, emitido por la Asamblea General mediante A/HRC/17/27 (ONU, 16 de mayo de 2011).

Kimel vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Serie C N° 177 (Corte IDH, 2 de mayo de 2008).

Klass y otros vs. Alemania (TEDH, 6 de setiembre de 1978).

La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 19 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85. Serie A N° 5 (Corte IDH, 13 de noviembre de 1985).

Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C N° 340 (Corte IDH, 31 de agosto de 2017).

Ley de Protección de Datos Personales, Congreso de la República del Perú, Ley N° 29733, Diario Oficial El Peruano (3 de julio de 2011).

Niemietz vs. Alemania (TEDH, 16 de diciembre de 1992).

Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Serie C N° 135 (Corte IDH, 22 de noviembre de 2005).

Principios de Manila Sobre Responsabilidad de Los Intermediarios, Versión 1.0 (2015).

Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar", adoptados por el Consejo de Derechos Humanos mediante Resolución 17/4 (ONU, de 16 de junio de 2011).

Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (Parlamento Europeo y del Consejo UE, 27 de abril del 2016).

Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión y Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración Conjunta sobre Wikileaks, 21 de diciembre de 2010.

Resolución Directoral N° 045-2015-JUS/DGPDP (DGPDP [Perú], 30 de diciembre de 2015).

Resolución Directoral N° 2377-2018-JUS/DGTAIPD-DPDP (DPDP [Perú], 20 de setiembre de 2018).

Sentencia 0905-2001-AA/TC (TC [Perú], 14 de agosto de 2002).

Sentencia 0010-2000-AI/TC (TC [Perú], 3 de enero de 2003).

Sentencia 1797-2002-HD (TC [Perú], 29 de enero de 2003).

Sentencia 04739-2007-PHD/TC (TC [Perú], 15 de octubre de 2007).

Sentencia 03052-2007-PHD/TC (TC [Perú], 16 de noviembre de 2007).

Sentencia 1970-2008-PA/TC (TC [Perú], 30 de mayo de 2011).

Sentencia 03167-2014-PHC/TC (TC [Perú], 9 de noviembre de 2016).

Sentencia SAN 4714/2019 (Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso [España], 22 de noviembre del 2019).

Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Serie C N°193 (Corte IDH, 27 de enero de 2009).

Ximenes Lopes vs. Brasil. Serie C N° 149 (Corte IDH, 4 de julio de 2006).

Recibido: 15/01/2020
Aprobado: 13/05/2020

MISCELÁNEA

DERECHO PUCP
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.010
CC BY
DERECHO PUCP
N° 84, 2020
junio-noviembre
pp. 303-131
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

¿Violan los precedentes la IJI? Desencuentros desde la incomprensión

Do precedents violate judicial independence? Misunderstandings from the incompression

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO*
Universidad Austral de Chile (Chile)

Resumen: Este trabajo pretende aclarar, desde el punto de vista de la teoría analítica del derecho, si la existencia de precedentes judiciales en un ordenamiento jurídico implica necesariamente una violación de la independencia judicial interna (IJI). Para responder a la pregunta, se tratará de esclarecer la manera en la que se está entendiendo la IJI para afirmar que esta se vería afectada por la presencia de un sistema de precedentes (SP). Se procederá del siguiente modo: en primer lugar, se partirá haciendo explícitas las razones por las que resulta necesario ocuparse de este problema. En segundo lugar, se precisará qué quiere decir que haya un SP vinculantes. En tercer lugar, se explicará en qué consiste la independencia judicial, presentándose las razones que justifican la IJI: respeto a la voluntad del legislador e igualdad en la aplicación de la ley. A continuación, presentaré tres aspectos de la IJI que podrían chocar con la presencia de un SP. En el cuarto apartado, se descartará la idea de que los precedentes judiciales son más lesivos —de las razones que justifican la IJI— que atribuir a cada uno de los jueces una competencia no revisable para establecer cómo se debe interpretar y aplicar el derecho. En las conclusiones, se señala que aunque puede haber razones en contra de tener un sistema de precedentes, la IJI no es una de ellas.

Palabras clave: precedentes, IJI, separación de poderes, igualdad en la aplicación de la ley, normas individuales, sanciones

Abstract: This work aims to clarify, from the point of view of the analytical theory of law, the question of whether the existence of judicial precedents in a legal system necessarily implies a violation of the internal judicial independence (IJI). To answer the question, we will try to clarify the way in which the IJI is being understood to affirm that it would be affected by the presence of a system of precedents (SP's). It will proceed as follows: First, it will start by making explicit the reasons why it is necessary to deal with this problem. Secondly, it will be specified what it means that there is a binding SP's. Third, it will explain what judicial independence consists of, presenting the reasons that justify the IJI: respect for the will of the legislator and equality in the application of law. Next, I will present three aspects of the IJI that could clash with the presence of an SP's. In the fourth section, it will be argued that an SP's is less injurious to the IJI than attributing to each of the judges

* Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Austral de Chile (Valdivia). El presente trabajo se enmarca en el Proyecto Fondecyt Regular (1180494) de Chile, titulado «Hacia una teoría del stare decisis». Debo agradecer a Josep Aguiló, Andrés Bordalí y Patricio Rondini por sus valiosos comentarios a una versión previa de este trabajo.
Código ORCID: 0000-0001-8665-2381. Correo electrónico: alvaro.nunez.vaquero@gmail.com / alvaro.nunez@uach.cl

a non-revisable competence to establish how the law should be interpreted and applied. In the conclusions, it is pointed out that although there may be reasons against having a precedent system, the IJI is not one of them.

Key words: Precedents, internal judicial independency, separation of powers, equality in the application of law, individual norms, sanction

CONTENIDOS: I. INTRODUCCIÓN.– II. PRECEDENTES.– II.1. LOS PRECEDENTES Y LA REGLA (DE RECONOCIMIENTO) DEL PRECEDENTE (O REGLA DEL STARE DECISIS).– II.1.1. LOS PRECEDENTES.– II.1.2. LA REGLA DEL (RECONOCIMIENTO DE LOS) PRECEDENTE(S).– II. 2. LA OBLIGACIÓN DE SEGUIR LOS PRECEDENTES.– II.2.1. LA PERSUASIVIDAD.– II.2.2. LA REGLA DEL PRECEDENTE COMO NORMA CONSTITUTIVA.– III. INDEPENDENCIA JUDICIAL INTERNA.– III.1. ¿POR QUÉ LA INDEPENDENCIA JUDICIAL INTERNA?.– III.1.1. SEPARACIÓN DE PODERES.– III.1.2. IGUALDAD FORMAL (EN LA APLICACIÓN DE LA LEY).– III.1.3. (¿)EL JUEZ BOCA DE LA LEY(?).– III.2. ¿QUÉ INDEPENDENCIA JUDICIAL?.– III.2.1. INCENTIVOS, PREMIOS, AMENAZAS Y SANCIONES.– III.2.2. ÓRDENES PROVENIENTES DE ÓRGANOS «SUPERIORES».– III.2.3. EMANACIÓN DE NORMAS GENERALES VINCULANTES (SOBRE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN) PARA LA DECISIÓN DE CASOS POSTERIORES.– IV. LA IJI COMO POTESTAD INTERPRETATIVA NO REVISABLE.– IV.1. COMPETENCIA DE CADA JUEZ PARA DECIDIR CÓMO INTERPRETAR (EN SENTIDO ESTRICTO) EN ABSTRACTO.– IV.2. COMPETENCIA DE CADA JUEZ PARA ESTABLECER CONSTRUCCIONES EN ABSTRACTO.– IV.3. COMPETENCIA DE CADA JUEZ PARA INTERPRETAR (EN SENTIDO ESTRICTO) EN CONCRETO.– IV.4. COMPETENCIA DEL JUEZ PARA CONSTRUIR NORMAS IMPLÍCITAS EN CONCRETO.– V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha producido un nuevo florecimiento en la literatura que emprende un análisis teórico sobre los precedentes, especialmente en los ordenamientos del *civil law*. Aunque no cabe menospreciar la importancia de las modas académicas, lo cierto es que se trata de un problema relevante, no solo por razones estrictamente teóricas, sino también prácticas. En efecto, varios ordenamientos del *civil law*, especialmente latinoamericanos, han incluido mecanismos que, incluso si alguien no quisiera calificarlos como sistemas de precedentes, se asemejan mucho a aquellos. En Argentina se habla de un sistema criollo de *stare decisis* (Legarre, 2016; Garay, 2013); en Colombia, la Corte Constitucional, la cual ha aseverado que sus interpretaciones de la Constitución son vinculantes para los casos similares posteriores, ha llegado incluso a dictar normas generales en los dispositivos de sus sentencias (Pulido Ortiz, 2019; Bernal Pulido, 2008); Perú directamente ha positivizado una norma que establece la obligatoriedad de las decisiones que su Tribunal Constitucional considere como precedentes (Rodríguez Santander, 2007; Grández, 2007); en Brasil, las súmulas

de la Suprema Corte de Justicia tienen una importancia tan innegable como cada vez mayor (Marinoni, 2013; Mitidiero, 2018; Zanetti, 2015); en Chile, se pone como una de las cuestiones fundamentales a afrontar en la múltiples veces anunciada reforma procesal civil, si bien ya hay algunos elementos en el ordenamiento que cumplen funciones similares (Accatino, 2002; Romero Seguel, 2004; Romero Seguel *et al.*, Arancibia & Martínez Estay, 2013); en México, ya nadie duda de que hay SP obligatorios (Carmona, 1995; Fernández, 2016; Gómora, 2019); y, finalmente, algo parecido se podría decir sobre las interpretaciones que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos del Pacto de San José[1].

La explicación del cambio sufrido en estos ordenamientos no puede ser objeto del presente trabajo porque, en cada uno de ellos, los procesos de instauración de precedentes han tenido algunas singularidades difícilmente reconducibles a una explicación unitaria. La que, no obstante, sí ha sido bastante generalizada es una reacción contraria a la instauración de sistemas de precedentes —o algunos de sus equivalentes funcionales— por violar la IJI (Andrés Ibáñez, 2019; Bordalí, 2003; Ferrajoli, 2018; Igartua, 2006; Taruffo, 2007)[2]. Tales voces han sostenido que los precedentes violan la IJI porque los jueces deben juzgar solo de conformidad a derecho y no pueden recibir órdenes de —supuestos— superiores jerárquicos[3].

El objetivo del presente trabajo es analizar dicha tesis. En lugar de intentar responder directamente a la pregunta sobre si la presencia de un SP vinculantes violaría la IJI, se precisará el sentido de la pregunta y explorará diferentes aspectos de la IJI. Para ello, previamente será necesario (II) establecer qué significa que un ordenamiento contenga un SP vinculantes.

A continuación, se aclarará (III) cómo se entiende la IJI para analizar cómo puede verse afectada por un SP. Sin embargo, para comprender

1 La Corte Interamericana, en el caso *Atala*, extendió el control de convencionalidad y estableció una suerte de precedente. En su considerando 284 afirma que, «con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso». No obstante, sobre las inseguridades y cambios de opinión de la CIDH, véase Karlos Castilla (2014).

2 Según un estudio realizado en 2018 por la asociación brasileña de magistrados, la mayoría de los jueces brasileños considera que las súmulas —uno de los equivalentes funcionales de los precedentes— violan la independencia judicial. Véase De Carvalho y Burgos (2018, p. 133).

3 En sentido estricto, no existe jerarquía entre los jueces dado que, como se verá enseguida, aquellos no reciben (deben recibir) órdenes (normas individuales) sobre cómo decidir los casos. Donde sí se dan relaciones jerárquicas materiales es entre las normas dictadas por los tribunales; es decir, normas entre las que, si se produce conflicto, una de ellas resulta anulada (o al menos inaplicada) porque existe otra norma jurídica que resuelve tal tipo de antinomia. Es preciso matizar, en este sentido, aproximaciones como las de Frederick Schauer, quien considera que hay SP toda vez que existen relaciones jerárquicas entre los jueces (2013, p. 52). De manera similar a Schauer se expresan Laporta (1997, p. 273) y Marinoni (2013, p. 245). Para la tesis opuesta, véase Aguiló (1997, 2002) y Montero (1999).

del mejor modo posible la IJI, será preciso, por un lado, (III.1) entender qué es lo que justifica la IJI para, por el otro, (III.2) detallar tres posibles formas en las que la IJI y un SP podrían chocar: como prohibición de recibir sanciones por el contenido de sus fallos, como prohibición de recibir órdenes directas de superiores y como competencia para interpretar autónomamente (y de manera última) el derecho. Debido a que la última de estas formas es aquella que reviste mayores dificultades, pudiendo ser entendida de muy diferentes maneras, dedicaré el siguiente apartado (IV) a establecer si bien la presencia de precedentes, bien la concesión de una competencia a todos y cada uno de los jueces para interpretar de manera última (no revisable) el derecho, favorece en mayor medida las razones que justifican la IJI: separación de poderes e igualdad formal. Se finalizará con unas sumarísimas (V) conclusiones.

Antes de comenzar, es necesario señalar que no me ocuparé específicamente de la cuestión sobre si los precedentes son o no fuente del derecho en algún concreto ordenamiento por dos razones. La primera es que la teoría normativista de las fuentes del derecho[4] suele estar comprometida con algún tipo de formalismo interpretativo[5], el cual sostiene (implícitamente) que la interpretación correcta de las disposiciones que enumeran las fuentes del derecho —normalmente situadas en los respectivos códigos civiles[6]— consiste en que aquellas expresan un conjunto exhaustivo de los hechos y acciones que pueden producir derecho. Sin embargo, estas tesis, lejos de ser descriptivas, son prescripciones, frecuentemente encubiertas, acerca de qué debe ser considerado como derecho, al preferir considerar la lista de fuentes como un *numerus clausus*[7]. Dado que cualquier tesis formulada desde el ámbito de la teoría normativa de las fuentes del derecho incurriría en el mismo problema, evitaré tal aproximación.

La segunda es que el objetivo de este trabajo es responder a la pregunta sobre si la decisión de considerar a los precedentes como fuente del derecho violaría la IJI. Constituye, en este sentido, un paso previo para suscribir cualquier ideología de las fuentes del derecho.

4 La teoría de las fuentes del derecho puede ser abordada desde dos perspectivas. La primera (normativa) pretende establecer qué hechos o acciones deben ser considerados como productores de normas. La segunda (empírica) pretende dar cuenta de cuáles hechos o acciones, de hecho, son considerados como productores de reglas. Al respecto, véase Ross (2018).

5 Por «formalismo interpretativo» estoy entendiendo la tesis según la cual es posible descubrir cuál es la interpretación verdadera o correcta de un enunciado o conjunto de enunciados jurídicos.

6 Karlos Castilla (2016) sostiene que las interpretaciones realizadas por la CIDH respecto del Pacto de San José no pueden ser vinculantes porque, precisamente, aquella competencia no aparece expresamente mencionada en la lista de competencias de la CIDH. Lo que resulta sorprendente es que parece que el autor no cae en la cuenta de que su interpretación del Pacto de San José es solo una de las posibles. Para una opinión diferente, véase Humberto Nogueira (2017).

7 Es interesante señalar que, pese a las muchas reformas —especialmente de carácter procesal— que se han realizado con posterioridad a la emanación de códigos civiles, es muy frecuente la consideración de que las listas de fuentes del derecho no se han visto modificadas, o completamente derogadas, por dichas reformas, pese a tener el mismo rango jerárquico. Aquí estamos frente a la construcción de jerarquías axiológicas en las que se coloca a los códigos civiles como derecho común.

II. PRECEDENTES

Establecer cuándo un ordenamiento jurídico contiene un SP vinculantes no resulta en absoluto sencillo, puesto que implica afrontar algunas controvertidas cuestiones como —solo para comenzar— qué son los precedentes. Si, además, se considera que existen equivalentes funcionales a los precedentes[8] que pueden ser igualmente lesivos de la IJI, la cuestión se vuelve más complicada aun.

Por dicha razón, la tarea aquí debe ser necesariamente modesta. En tal sentido, me ocuparé únicamente de aquellos aspectos acerca de qué son los precedentes, relevantes para afrontar el problema de su compatibilidad con la IJI. Comenzaré (II.1) distinguiendo entre los precedentes y la regla del precedente para, a continuación, elucidar (II.2) en qué sentido las decisiones judiciales pasadas serían obligatorias para la resolución de casos posteriores similares.

II.1. Los precedentes y la regla (de reconocimiento) del precedente (o regla del *stare decisis*)

Lo primero que resulta necesario es distinguir claramente entre los concretos precedentes —cada una de las decisiones pasadas relevantes— y la regla del precedente o regla del *stare decisis*[9]. Para ello, me ocuparé separadamente de cada punto.

II.1.1. Los precedentes

La literatura acerca de qué son los precedentes resulta difícil de abarcar, y los conceptos de precedente disponibles son de lo más variados (Chiassoni, 2012; Iturralde, 2013; Núñez Vaquero, 2016). Aquí, debido a que lo que nos interesa es establecer cómo los precedentes podrían violar la IJI, optaré por definirlos como decisiones jurisdiccionales pasadas que emplean normas de carácter general, formuladas por el propio órgano, cuyo uso resultaría obligatorio para la decisión de casos posteriores.

8 Estoy pensando, sobre todo, en los sistemas de casación. No estoy, de ningún modo, pensando en que precedentes judiciales y casación sean exactamente lo mismo. Sin embargo, aquellos guardan un importante parecido, al menos en el caso de una de las versiones de la casación: fijan la interpretación que es considerada válida de un texto normativo. Sobre la relación entre precedente y casación, véase Mitidiero (2016), Nieva Fenoll (2016) y Taruffo (2016).
No se trata, con todo, del único equivalente funcional de los precedentes. Por poner solo otro ejemplo: la Contraloría General de la República de Chile tiene competencia para emitir dictámenes que interpretan de manera auténtica —en el sentido kelseniano— normas de índole administrativa.
Saco, no obstante, de la extensión de los equivalentes funcionales de los precedentes aquellas decisiones tomadas por órganos jurisdiccionales que, más allá de la decisión de cualquier caso concreto (genérico, como en el caso del control abstracto de constitucionalidad; o individual, como un asesinato), dictan normas de carácter general. En esta última categoría podrían ser incluidos, entre otros, los acuerdos no jurisdiccionales del Pleno del Tribunal Supremo español, o los autos acordados de la Corte Suprema chilena.

9 Emplearé ambas expresiones como sinónimas, si bien aquella del *stare decisis* es solo una de los posibles contenidos de la regla del precedente.

Antes de analizar qué es la regla del precedente, es necesario detenernos en un aspecto fundamental de la definición apenas ofrecida: los precedentes son decisiones que emplean normas formuladas por el propio órgano para decidir el caso. En efecto, dentro de la teoría del precedente, es un lugar común que, para que una sentencia constituya un precedente, tiene que aplicar una norma que ha sido formulada durante el proceso judicial para colmar una laguna[10]; por el contrario, si una sentencia constituye únicamente la aplicación de normas previas, no será considerada como un precedente judicial.

Más allá de que esto pueda afectar el principio de legalidad, puede ser discutible que los tribunales formulen normas de carácter general para resolver los casos. Se trata, evidentemente de una cuestión demasiado amplia, y demasiado complicada, para ser abordada en este trabajo. Por la razón anterior, me limitaré a decir que se ha «formulado una norma general nueva» —si se quiere, en un sentido débil[11]— toda vez que el tribunal emplea, para justificar su decisión, una norma que no es producto de la interpretación[12] de una disposición normativa formulada por el legislador.

La anterior acotación, introduciendo esta noción débil de formulación de normas, implica ya una importante restricción, aunque, al mismo tiempo, denota un amplio conjunto de normas. Serían, en este sentido débil, normas «formuladas» por el tribunal que decide el caso: las reglas que concretan el contenido de principios jurídicos, las normas producto de la ponderación, la revelación de principios implícitos, aquellas que fijan una jerarquía u ordenan la aplicabilidad de otras normas, aquellas que definen (sin mención legislativa previa) cómo ha de entenderse un determinado término, aquellas que fijan la (o una) interpretación válida de un enunciado normativo, etcétera. En términos generales, serían todas aquellas que son producto de la construcción jurídica (Guastini, 2016, p. 333) y no de la atribución de sentido lingüístico a disposiciones normativas.

Se trata, eso sí, siempre de normas generales. Aunque existan muchas discusiones y profundos desacuerdos acerca de qué es exactamente

10 Qué tipo de laguna sea, es una cuestión diferente que no podemos abordar aquí. No obstante, pareciera que se trata tanto de lagunas normativas, así como de lagunas técnicas y axiológicas.

11 Sería un «sentido débil» porque no pretendo afirmar, con carácter general, en el ámbito teórico-jurídico, que en todos estos casos hay creación de normas. En tal sentido, no pretendo establecer, como decía, en esta sede una tesis acerca de tan controvertida cuestión como si los jueces crean derecho. Tampoco pretendo sostener que cuando existe creación de normas aquella sea *ex nihilo*. Al respecto, véase Barberis (2015).

12 Entendida en sentido estricto, es decir, como aplicación de las reglas lingüísticas, tanto del lenguaje natural como del jurídico, a disposiciones jurisdiccionales previas. Sin embargo, es preciso señalar que —toda vez que a la disposición se le puedan atribuir diferentes significados— elegir una interpretación como la única válida, o descartar alguna como inválida, constituye un acto de interpretación en sentido estricto, pero también un acto de creación judicial de derecho en la medida en que se establece una norma sobre la interpretación, producto que se debe (o no se debe) alcanzar al atribuir sentido a una disposición normativa.

aquello vinculante de los precedentes, la literatura es unánime al considerar que la *ratio decidendi* no es una norma de carácter individual, sino general. Si, por el contrario, se tratase de normas individuales que son aplicadas en casos posteriores, nos referiríamos a su empleo en la justificación de decisiones posteriores como extensión de la cosa juzgada.

Para que una decisión judicial (o cualquier decisión práctica) esté racionalmente justificada, aquella debe ser reducible a un silogismo práctico: un razonamiento deductivo que tiene como premisa mayor una norma, como premisa menor una descripción de un hecho, y como conclusión una norma individual. Dicho de otro modo: cuando estamos hablando de precedente, la norma que puede ser obligatoria para la resolución de casos posteriores (*ratio decidendi*) es siempre una norma de carácter general[13], no una norma de carácter individual (como aquella que constituye el *decisum* de la sentencia).

En definitiva, los precedentes —al menos en lo relevante para determinar si afectan a la IJI— son decisiones judiciales que contienen una norma general nueva (por lo menos en el sentido de que no son el producto de la atribución de sentido lingüístico a disposiciones jurídicas previas) cuya (II.2) aplicación resulta (como veremos enseguida, o puede resultar) «obligatoria» para la decisión de casos posteriores similares.

II.1.2. La regla del (reconocimiento de los) precedente(s)

Los concretos precedentes, tales decisiones pasadas, no deben ser confundidos con la regla del precedente o regla del *stare decisis*. Con dichas expresiones se hace referencia a aquella metanorma que fija la obligatoridad de seguir los precedentes.

No obstante, sería mejor, en concordancia con la tradición analítica en teoría del derecho, llamarla regla de reconocimiento de los precedentes. Ello debido a que no se trata de una norma que solo fije la obligatoriedad de seguir los precedentes, sino que es un conjunto de normas que, entre otras cosas, identifica qué sentencias pasadas cuentan como precedentes, regula sus conflictos y establece la competencia para crearlos, pero también para derogarlos, etcétera[14].

Pero, además, ello nos coloca en la senda correcta para entender dos aspectos centrales del funcionamiento de los precedentes en todos los ordenamientos jurídicos: en primer lugar, que puede tratarse de una norma implícita, no expresamente formulada por el legislador; y, en

13 Que sea una norma general no implica necesariamente que sea la premisa mayor del silogismo judicial, aunque nada lo impide. Antes bien, puede ser también una premisa normativa que justifica bien la premisa mayor, bien la premisa menor. Véase Guastini (2018b) y Núñez Vaquero (2016, 2018).

14 Es preciso señalar, no obstante, que algunos autores, como Ruiz Manero (1991), consideran que la regla de reconocimiento es, en primer lugar, una norma que establece para los jueces la obligación de aplicar el derecho válido.

segundo lugar, como veremos en el siguiente apartado (II.2), que no se trata, en realidad, de una norma de obligación.

Analicemos el primero de los dos aspectos centrales de la práctica del precedente. Desde luego, la regla de reconocimiento hartiana y la regla del precedente guardan algunas importantes diferencias. La regla de reconocimiento hartiana identifica las normas (o textos normativos) válidas de todo el ordenamiento y es necesariamente producto de la práctica consuetudinaria (y convergente) de los jueces. Aquello que he llamado regla de reconocimiento de los precedentes se refiere solo a decisiones judiciales pasadas, y no hay razón para considerar que necesariamente deba ser producto de la práctica judicial convergente, aunque nada lo impediría.

En efecto, es perfectamente posible, en primer lugar, como sucede en muchos ordenamientos, que esta regla de reconocimiento de los precedentes sea una norma explícita, positivizada por el legislador como, por ejemplo, en Perú. En segundo lugar, también se ha dado el caso en el que es el propio órgano de cierre del ordenamiento quien declara que sus decisiones son vinculantes, sin tener base textual expresa para afirmar tal cosa, recurriendo a construcciones jurídicas. Pero, en tercer lugar, resulta importante no perder de vista que pueden existir normas que estructuran la práctica del derecho no expresamente emanadas por el legislador, ni ordinario ni constitucional. Es incluso posible que no haya sido formalmente declarado de este modo ni siquiera por ningún órgano supremo del ordenamiento, tratándose de una práctica convergente cuyo no seguimiento genera rechazo[15]. Del mismo modo que la regla de reconocimiento es producto de la práctica judicial convergente, es perfectamente posible que la regla del precedente sea una norma implícita, no expresamente formulada por el legislador ni por los órganos de cierre del ordenamiento.

Es importante subrayar este último aspecto para establecer si la práctica del precedente viola o no la IJI. La razón es que si el legislador no ha positivizado una regla del precedente pero, en los hechos, los tribunales actúan como si aquella existiese, ello afectaría igualmente la IJI de los jueces. Por tanto, al menos para quienes piensan que la existencia de un SP vinculantes puede afectar la IJI de los jueces, debería ser irrelevante que aquella norma haya sido expresamente formulada por el legislador, o que sea la práctica convergente de los tribunales la que considera que los casos posteriores deben ser obligatoriamente decididos de conformidad a cómo se decidieron los casos pasados similares.

15 «Rechazo» aquí no debe ser entendido como sanción jurídica, pero sí como sanción social, aunque sea solo propia de la comunidad jurídica. Ello se debe a que en muchos ordenamientos del *civil law*, el no seguimiento de precedentes no tiene consecuencia jurídica alguna. No obstante, en el ámbito de la cultura jurídica, muy frecuentemente se considera que el juez que decide casos similares de distinta manera injustificadamente está llevando a cabo su trabajo.

No conviene, por tanto, aferrarse demasiado, al menos en este contexto, a la distinción entre precedentes formalmente vinculantes y precedentes no formalmente vinculantes. La razón no es que la distinción no sea relevante: lo es, desde luego, si pretendemos reconstruir cómo ha surgido la práctica del precedente en un ordenamiento jurídico, pero no para determinar si aquellos son obligatorios.

Además de que un sistema no declarado de precedentes puede ser igual (o más) atentatorio contra la IJI que uno con norma expresa, existe otra razón para mantener la distinción anterior dentro de sus márgenes: la asociación de aquella con la distinción entre precedentes obligatorios y precedentes persuasivos. En efecto, frecuentemente se piensa que, por el hecho de que la regla de reconocimiento del precedente ha sido positivizada por el legislador, ello convierte en más obligatorio al seguimiento de precedentes. Pero vale también al contrario: se asocia que tal norma no haya sido positivizada por el legislador con que el seguimiento de decisiones previas sea algo voluntario o dependiente de que el juez posterior sea persuadido (sobre esta última cuestión volveré inmediatamente en el punto II.2).

Ambas afirmaciones deben ser descartadas. Las razones para ello son dos. La primera es que nada impide que el legislador, al fijar la regla de reconocimiento de los precedentes, imponga una obligación diferente al seguimiento como, por ejemplo, su mera mención, la justificación de su apartamiento, o considere su uso únicamente como una posibilidad. La segunda razón es que nada impide que la práctica judicial de algún ordenamiento considere, por ejemplo, en ausencia de disposición normativa expresa, que su tribunal constitucional es quien decide cómo ha de ser interpretada la constitución, debiendo el resto de órganos judiciales ajustar sus interpretaciones del texto constitucional a lo señalado, mediante sus sentencias, por tal tribunal constitucional.

La regla de reconocimiento de los precedentes es así la norma que indica cuáles son las decisiones judiciales pasadas, quién las puede dictar y su grado de obligatoriedad, entre otras cosas. Esta puede ser tanto una norma expresa formulada por el legislador, así como una norma implícita, generada por la práctica convergente de los tribunales o, como ha sucedido en varios ordenamientos (por ejemplo, en España o Colombia), dictada por algún tribunal. No obstante, no podemos derivar su obligatoriedad (o su falta) por razón de su origen. Se trata de dos cuestiones diferentes.

II.2. La obligación de seguir los precedentes

Pero, bien vistas las cosas, y recuperando el parangón realizado con la regla de reconocimiento, es discutible que la regla que obliga a seguir los precedentes sea una que impone una obligación, o al menos que lo sea

necesariamente. Para entender la razón, en primer lugar, me ocuparé brevemente de qué quiere decir que los precedentes sean persuasivos para, en segundo lugar, descartar la idea según la cual la existencia de un SP implica que aquellos son necesariamente obligatorios.

II.2.1. La persuasividad

Para entender la razón por la que los precedentes no son obligatorios, es preciso volver, en primer lugar, sobre la persuasividad de los precedentes. En efecto, para dar cuenta de las diferentes formas en las que los precedentes son obligatorios, se ha hablado de diferentes grados de obligatoriedad en su seguimiento. En tal sentido, es lugar común en la literatura la creencia de que, si el legislador no ha impuesto específicamente su obligatoriedad, los precedentes serían meramente persuasivos (Summers & MacCormick, 1997; Moral Soriano, 2002, pp. 69 y ss.). Así las cosas, situados en una línea continua, habría un máximo y un mínimo de obligatoriedad de seguimiento de los precedentes: su aplicación inexcusable y la obligatoriedad meramente persuasiva.

No obstante, la expresión «obligatoriedad persuasiva» parece resultar antitética, una contradicción en sus propios términos: si un precedente es persuasivo, entonces no es obligatorio. Sin embargo, no se trata exactamente de dos propiedades incompatibles debido a que una norma —más allá de que tenga origen legislativo o haya sido formulada en una decisión judicial previa— puede ser, al mismo tiempo, persuasiva y obligatoria. Tal sería el caso en el que, por ejemplo, una norma emanada por el legislador me pareciese justa (persuasiva) y, simultáneamente, tuviese la obligación de obedecerla.

La persuasividad parece, antes que una propiedad que gradúa la obligatoriedad, la razón por la que se considera que algo es obligatorio: porque el contenido resulta convincente. De este modo, antes que contraponerse o modular la obligatoriedad, se opondría a que aquella sea considerada una norma a incorporar en el razonamiento por razón de su origen[16]. La persuasividad es así una propiedad que hace referencia a las razones por las que un agente considera incorporar una norma a su razonamiento, no a su grado de obligatoriedad.

La gradualidad, entonces, parece hacer referencia más bien a los diferentes comportamientos que pueden ser considerados obligatorios[17], pero no a que una obligación sea más fuerte o más débil. En tal sentido,

16 No debe excluirse la posibilidad de que el razonamiento para considerar si una norma ha de entrar a formar parte del razonamiento jurídico combine ambos aspectos: el origen y el contenido.

17 De hecho, carece de sentido graduar la obligatoriedad si aquello implica que un comportamiento es calificado deónticamente, lo que no admite grados. Se trata, cuando hablamos de normas, de una forma metonímica de expresarse pues no se está diciendo nada del operador deóntico, sino del comportamiento regulado.

podría hablarse de diferentes reglas del precedente que regulan comportamientos diferentes como, por ejemplo, decidir los casos exactamente de la misma manera sin excusa alguna, tenerla en cuenta, citarla cuando resulte aplicable, ser condición suficiente para habilitar algún tipo de recurso, aplicarla a menos que se produzca una antinomia con normas de rango jerárquico superior, etcétera (Summers & MacCormick, 1997; Chiassoni, 2012, p. 235).

Así las cosas, la regla del precedente podría regular diferentes comportamientos, y de hecho la regulación de aquel en diferentes ordenamientos así lo muestra; pero resulta extraño hablar de diferentes grados de obligatoriedad, al no ser los operadores deónticos predicables gradualmente. La gradualidad en la obligatoriedad de los precedentes no corresponde entonces a una modulación de la intensidad de la obligación, sino a diferentes comportamientos calificados jurídicamente

II.2.2. La regla del precedente como norma constitutiva

Una vez establecido que no se trata de que la regla del precedente pueda establecer como obligatorio el seguimiento de precedentes de manera gradual —habiendo concluido que, antes que frente a una gradualidad de la obligación, estaríamos ante una diversidad de comportamientos regulados—, corresponde ahora preguntarnos si, en realidad, se trata de una norma de obligación.

Existen buenas razones para dudar de que la norma que establece la obligatoriedad de seguir los precedentes sea una norma de obligación. La principal razón es que raramente los jueces son sancionados cuando no siguen los precedentes «obligatorios»[18]. Si bien puede ser que un ordenamiento jurídico considere posible[19] citar decisiones judiciales pasadas para justificar la decisión de casos posteriores similares, pero no le atribuya ninguna consecuencia jurídica al alejamiento del precedente, cuando se prevé alguna consecuencia, aquella consiste en la anulación de la sentencia, no en la sanción de los jueces.

No se trata únicamente de que la consecuencia más frecuente —cuando se contempla alguna consecuencia jurídica por el no seguimiento— sea la nulidad de la sentencia. Aunque existe algún ordenamiento, como el colombiano, que considera que el juez que no sigue el precedente incurre en delito de prevaricación, sería extremadamente raro que se sancionase al juez, pero no se anulase la sentencia. Basta imaginar el

18 Los casos son rarísimos. El más significativo es el caso colombiano, donde los jueces pueden ser objeto de procedimientos disciplinarios por su no seguimiento y, además, acusados de prevaricación. Véase, por ejemplo, la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Colombia (Sala Penal), 10 de abril de 2013, 39456, Acta Nº 106.

19 Pero de aquí no se puede seguir que sean permisos. La única función que podría cumplir una norma que considerase como permitido citar precedentes es que el sujeto que lo hace no sea sancionado. Pero ello no nos dice nada sobre la validez de la decisión así producida.

caso en el que el juez, movido por consideraciones estratégicas, decida no seguir el precedente, pese a la sanción, porque por alguna razón le resulta conveniente no hacerlo. En tal caso, sería extraño decir que existe un SP y no simplemente un ordenamiento que sanciona a sus jueces por el contenido de sus decisiones.

Pero, si este es el caso, y la consecuencia más frecuente y normal del no seguimiento de precedentes es la nulidad, y no la sanción al juez, ello quiere decir que la «obligación» de seguir el precedente no es en verdad una obligación. No es, dicho de otro modo, una norma prescriptiva imperativa que obligue al juez, so pena de sanción, a decidir los casos del mismo modo que fueron decididos en el pasado[20].

Por el contrario, si la consecuencia es la nulidad de la sentencia, entonces se trata de una norma que define o delimita la competencia del juez para dictar sentencias válidas. Dicho en términos más generales: no sería una norma prescriptiva, sino una norma constitutiva[21] que define las reglas para que una decisión cuente como sentencia válida.

La regla del precedente no es una norma que califique el seguimiento de precedentes como obligatorio en diferentes grados, siendo el menor la mera persuasividad. Ello se debe a que no se trata de una obligación gradual (lo que no parece ser una expresión muy feliz), a que los precedentes no pueden ser obligatorios persuasivamente, y a que ni siquiera es una obligación. Por el contrario, dado que la consecuencia asociada al no seguimiento de los precedentes es la nulidad de la sentencia, entonces es posible sostener que la regla (de reconocimiento) del precedente es una norma que viene a delimitar la competencia de los jueces para dictar sentencias, de modo tal que una sentencia puede llegar a ser inválida si —dependiendo de cada ordenamiento— no sigue, no menciona, no tiene en cuenta, etcétera, cómo se han decidido los casos similares en el pasado.

III. INDEPENDENCIA JUDICIAL INTERNA

Para comenzar, resulta necesario establecer una primera caracterización general de la independencia judicial. Pues bien, aquella sería el conjunto

20 Son necesarias dos aclaraciones. Primera: estoy entendiendo que existe una obligación cuando hay una norma que califica como obligatorio un comportamiento. Segunda: es posible que además de norma constitutiva haya también norma prescriptiva que considere como obligatorio, aun sin sanción, seguir los precedentes. Lo que afirmo es que mientras que puede haber SP sin normas prescriptivas, pero no puede existir sin norma constitutiva.

21 Estoy concibiendo la distinción entre normas constitutivas y normas prescriptivas como una división exhaustiva y excluyente desde el punto de vista estructural. De este modo, una norma prescriptiva es aquella que asocia un caso genérico con un operador deóntico; una norma constitutiva es aquella que asocia un caso genérico con otro caso genérico. Ejemplo de norma constitutiva es «La araucaria es el árbol nacional de Chile»"; ejemplo de norma prescriptiva sería «Prohibido talar el árbol nacional». Estos ejemplos me parece que permiten dar cuenta de que una norma prescriptiva puede calificar deónticamente un supuesto de hecho establecido por una norma constitutiva.

de garantías —en este sentido, normas jurídicas— destinadas a que ningún juez se vea sometido a presiones extrañas al derecho a la hora de juzgar. Cuando hablamos de independencia externa, tales presiones pueden venir del legislativo o del ejecutivo, mientras que en el caso de la IJI, aquellas provendrían de los órganos superiores del propio poder judicial.

Qué es aquello que protege la IJI parecería claro: que los jueces puedan cumplir su deber de fallar de manera imparcial, esto es, no movidos por razones extrañas al propio derecho[22]. Sin embargo, cuáles sean estas garantías y por qué se ha de proteger la imparcialidad judicial no es tan claro.

Corresponde ahora detenernos a analizar con más detalle qué es la IJI con el objetivo de establecer cómo o en qué sentido aquella podría verse dañada por la presencia de un SP vinculantes. Para ello partiré analizando (III.1) qué justifica la institución de la IJI para, a continuación, (III.2) presentar tres formas en las que puede ser entendida la IJI que podrían chocar con un SP vinculantes.

III.1. ¿Por qué la independencia judicial interna?

Según Perfecto Andrés Ibáñez (2019, pp. 166 y ss.), las preocupaciones sobre una posible falta de independencia de los jueces por verse sometidos a presiones —ya no desde fuera, sino precisamente— desde dentro del propio poder judicial tienen fecha y origen más o menos claros: la Italia inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial. No obstante, su justificación sería muy anterior, remontándose, al menos, hasta el Montesquieu que aboga por la separación de poderes, pero también en la mucho más antigua igualdad formal ante la ley. En efecto, la IJI de los jueces respecto de la totalidad del poder judicial tendría así una doble fundamentación: en primer lugar, a través de la idea de (III.1.1) separación de poderes; en segundo lugar, a través de la idea de (III.1.2) igualdad formal ante la ley (o en la aplicación de la ley)[23].

Con el objetivo de proceder de la mejor manera posible, a los fines de determinar si la IJI choca con la idea de precedentes, analizaré ambas fundamentaciones por separado. Finalizaré analizando cómo, pese a estar conectadas, ambas justificaciones mantienen un postulado que las

22 Aquí estoy optando por reconstruir la IJI como una de las garantías de la imparcialidad, entendida como la obligación de los jueces de decidir exclusivamente con base en razones jurídicas. Otros, como Aguiló o Rondini, prefieren reconstruir la independencia e imparcialidad, respectivamente, como la obligación del juez de decidir más allá de influencias externas al proceso e internas al proceso. *Cfr.* Aguiló (1997, p. 771; 2003, pp. 50, 52) y Rondini (2019, p. 3).

23 Nótese que la IJI no es un fin en sí mismo, sino un medio para otros fines: hay IJI para que haya separación de poderes y para que haya igualdad formal ante la ley. Ello es relevante porque en algunas ocasiones pareciera que aquella es una norma de corrección, intrínsecamente valiosa. Sin embargo, si de un valor instrumental se trata, parecería que tendríamos que estar dispuestos a renunciar a ella si no consigue alcanzar los fines predispuestos, o si tales fines fueran alcanzable por otros medios.

hace, en alguna medida, colisionar: (III.1.3) la figura del juez como boca de la ley.

III.1.1. Separación de poderes

Como es bien sabido, la idea de separación de poderes le suele ser atribuida al Montesquieu de *El espíritu de las leyes* (1748/2002, pp. 245 y ss.)[24]. Dado que no es el objeto principal de este trabajo perfilar en qué consiste la independencia judicial externa (esto es, la no injerencia en la función jurisdiccional por el resto de poderes del Estado), me concentraré en los aspectos más relevantes de la separación de poderes en relación a la IJI. No obstante, es preciso señalar que ambos tipos de independencia son funcionales a la imparcialidad, esto es, a que los jueces emitan sus decisiones solo conforme a derecho.

La separación de poderes, en relación al poder judicial, adquiriría una particular forma. En efecto, según Montesquieu, el poder judicial sería (debería ser) un poder nulo y, en cuanto tal, difuso, no jerarquizado ni de competencias concentradas (aunque fuesen ulteriormente delegadas), sino un poder que reside en todos y cada uno de los jueces (Aguiló, 1997, p. 74). Ello se debería a que el judicial es un poder que no corresponde (debe corresponder), a diferencia de los otros dos poderes, a un concreto órgano, sino a todos y cada uno de los jueces por igual. Así se afirma —una de las vistosas afirmaciones que aparecen cuando de independencia judicial se habla (para defenderla)— que todos los jueces encarnan el poder judicial (Bordalí, 2003, p. 159), no existiendo relaciones jerárquicas ni de subordinación entre los jueces, aunque ellos estén situados en diferentes sedes judiciales (o unos tengan la competencia para revisar las sentencias de los otros)[25].

Más allá de la abundantísima literatura secundaria sobre la obra de Montesquieu, aquí me interesa la razón por la que los jueces deben ser independientes. En efecto, según Montesquieu, un poder concentrado sería un poder fuerte, y un poder judicial fuerte (jerarquizado y de competencias concentradas en un único órgano, y posteriormente delegadas a los jueces) puede constituir —o directamente constituye— un poder peligroso para los otros dos poderes. Más en concreto: un poder judicial concentrado puede resultar peligroso para el poder democrático pues, como ya ha sucedido anteriormente en el pasado, aquel podría sentir la tentación —o algo más que la tentación— de, mediante la interpretación, doblegar la voluntad del legislador democrático. Dicho

24 No obstante, es preciso señalar que es posible encontrar no una, sino tres formas de entender la separación de poderes, todas ellas atribuibles a Montesquieu. Al respecto, véase Barberis (2008, p. 141).

25 Si de jerarquía se quiere hablar, la única que se podría establecer es entre las normas individuales dictadas por aquellos. En tal sentido, se podría decir que un tribunal es superior a otro si, toda vez que se dé incompatibilidad entre dos normas individuales de origen judicial, una de las dos queda anulada (en virtud de una tercera norma, esta general, que señala cuál debe prevalecer).

de otro modo: la IJI es un mecanismo que sirve para el control del propio poder judicial considerado globalmente; y ello, a su vez, sirve como una garantía para el respeto a la voluntad legislativa. Es decir, hay IJI para que el poder judicial, considerado globalmente, no constituya un poder —no nulo, sino— capaz de torcer la voluntad de los otros dos poderes y, siendo el caso, la voluntad democrática[26].

La conexión con la famosa tesis del juez como mera boca de la ley es del todo evidente: por la misma razón que se desea que los jueces sean individualmente (internamente) independientes, se quiere que sean únicamente correas de transmisión (aplicación) del legislativo. De este modo, no deben verse sometidos al poder de un órgano jerarquizado, para poder solo cumplir su deber de ser, precisamente, boca de la ley. Volveré enseguida (*infra* III.1.3) sobre este punto.

Así las cosas, esta primera justificación de la IJI de los jueces no es más que una garantía de la primacía del legislador democrático(s): jueces interna o individualmente independientes para evitar que, en la aplicación del derecho, se doblegue la voluntad legislativa. Para que esta última no corra peligro, es preciso que el judicial sea un poder nulo; y, para ello, es preciso que sea un poder difuso[27]. De aquí la necesidad de la IJI: ningún juez tiene que estar a lo dispuesto por otros miembros del poder judicial.

III.1.2. Igualdad formal (en la aplicación de la ley)

El segundo fundamento que se puede reconstruir, para justificar la IJI, es el igual tratamiento de los justiciados. Se trata, ni más ni menos, de que nadie sea juzgado mediante criterios diferentes (o ulteriores) a aquellos previstos por el propio derecho, estableciendo una diferencia de trato injustificada[28]. Aquello que se pretende impedir es que los jueces, a la hora de resolver las causas sometidas a su competencia, reciban presiones para introducir en su razonamiento consideraciones ajenas al derecho.

De este modo, ningún justiciado recibirá trato de favor ni perjuicio porque él mismo o un tercero (aquí, órganos superiores del poder judicial) interceda de manera irregular en el proceso, intentando que el

26 Afirma Igartua, en relación al artículo 117.1 de la Constitución española, el cual dice que «La justicia emana del pueblo», que debe entenderse que la función primordial de la jurisdicción es aplicar la voluntad de la soberanía, estando sometida la primera a la segunda (2006, p. 68).

27 De manera similar se expresan Díez-Picazo (2004, pp. 407-408) y Montero Aroca (1999, p. 103).

28 Como es evidente, esta justificación no aparece completamente desconectada de la anterior debido a que la separación de poderes también está llamada aquí a jugar un papel determinante: un poder judicial concentrado y jerarquizado es mucho más susceptible de ser influido por los otros dos poderes, siendo más probable que así se desvirtúe el mandato de juzgar solo de conformidad a la ley; es decir, en igualdad. Pero, nótese, parece presuponerse aquí que un mayor número de jueces haría más difíciles posibles interferencias de los otros dos poderes, porque resulta mucho más difícil influir sobre todos y cada uno de los jueces de un ordenamiento jurídico que sobre el reducido grupo de jueces que forman parte de los órganos de la cúspide judicial y que podrían transmitir, verticalmente, órdenes provenientes de otros poderes del Estado.

juez decida por alguna otra razón diferente a la expresamente prevista por el derecho; en el caso de la independencia judicial interna, ningún órgano superior que no sea el competente para juzgar la controversia. Lo único relevante para el juez es (debe ser), por tanto, el derecho, excluyendo cualquier tipo de razón no jurídica que alguien intente introducir en el proceso.

Para entender en qué sentido la igualdad formal justifica la IJI es, no obstante, necesario señalar que dichas interferencias pueden tener, en relación a la IJI, dos orígenes muy diferentes, ambos relevantes si lo que nos preocupa es cómo puede afectar la existencia de un SP a la IJI.

i. Un primer conjunto de interferencias provendrían de elementos ajenos al juez que puedan condicionar directamente su decisión. Es decir, la llamada o la orden directa de tribunales superiores para que decida de una determinada manera.

ii. El segundo conjunto de factores puede ser mucho más peligroso, por no ser perceptible a simple vista ya, que forma parte de la forma de organización judicial. En particular, pueden resultar atentatorios a la IJI todos aquellos premios, incentivos y castigos que puede recibir un juez para decidir de una determinada manera porque el modo en que resuelva le puede reportar beneficios o penurias dentro de la administración u organización del poder judicial. Aquí no nos estamos refiriendo a la prevaricación judicial[29], sino que, dentro de las posibilidades que permiten los textos normativos, el juez opte por alguna que le permita evitar alguna sanción u obtener algún premio en términos de prestigio, ascenso, o remuneraciones[30], produciéndose un mandato implícito de adaptación (Andrés Ibáñez, 2019).

La igualdad formal no consiste, sin embargo, únicamente en que los jueces utilicen los mismos textos legales para decidir las mismas controversias. Imagínese, en este sentido, un mismo juez que, frente a dos situaciones similares, utilizase los mismos textos legales, pero les diera una interpretación completamente diversa. La igualdad formal ante la ley que justifica la independencia judicial no consiste —no puede consistir porque carecería de significado relevante— únicamente en el uso de los mismos textos, precisamente porque un mismo juez podría emplear

29 No se puede dejar de llamar la atención sobre lo que señala Víctor Ferreres (2010, pp. 60-61), según el cual los jueces del *common law* no ven ningún problema de IJI en que el uso del precedente sea obligatorio, pero sí en que exista el delito de prevaricación judicial. De manera similar, no surgen problemas sobre cuestión prejudicial, donde los jueces detienen sus procesos toda vez que surge una duda acerca de la validez y/o aplicabilidad de normas.

30 El límite a esta idea sería la prevaricación. En tal sentido, se podría afirmar que, desde este punto de vista, la única razón de tipo prudencial que, desde esta perspectiva, debería formar parte del razonamiento judicial a la hora de decidir un caso es evitar incurrir en prevaricación. El resto de razones no deben ser prudenciales en el sentido de evitar algún castigo o recibir algún premio.

un mismo texto legal para decidir dos controversias pero, movido por presiones de sus superiores, dar una interpretación completamente diferente de aquel en uno y otro caso. La igualdad formal aquí no es únicamente aplicación del mismo texto legal, sino aplicación del mismo texto legal por razones jurídicas, no ajenas al derecho.

Ello, desde luego, no implica que los jueces deban interpretar el derecho siempre del mismo modo, pero todo cambio en la aplicación del derecho debe estar justificado en razones internas al propio derecho. Parece entonces estar presuponiéndose que, siempre dentro de las razones del derecho, la tarea del juez supone algún grado de ajuste desde el texto legal a la resolución del procedimiento objeto de su jurisdicción: el conjunto de razones jurídicas permiten adaptar la decisión.

Nótese, entonces, que aquello que protege la IJI no es la igualdad ante la ley, entendida como aplicación de la ley exactamente del mismo modo en todos los casos. Lo que se protege son las razones para aplicar el derecho de una u otra manera: que no sean razones extrañas al propio derecho las que justifiquen y lleven al juez a decidir de uno u otro modo[31]. Ahora bien, si así están las cosas, esta tesis está presuponiendo que, frente a un caso, hay varias formas posibles o aceptables, basadas en el propio ordenamiento, de aplicar el derecho (Aguiló, 2003). En efecto, si solo hubiese una forma de aplicarlo, la llamada del superior o los posibles beneficios por decidir de una determinada manera simplemente serían irrelevantes: si solo hay una forma de decidir, ¿qué más da que te llamen o que haya incentivos indirectos? Cualquier otra decisión, sabiendo que hay una que es correcta y el resto no, implicaría incurrir en prevaricación.

III.1.3. (¿)El juez boca de la ley(?)

Ambas justificaciones parecen colisionar entonces en un aspecto importante. Según la justificación de la separación de poderes, los jueces deben ser meras correas de transmisión de la voluntad democrática, no introduciendo ningún criterio diverso a la ley a la hora de tomar sus decisiones. Pero, según la igualdad en la aplicación de la ley, aunque los jueces no tengan que decidir siempre del mismo modo, deben tener margen para elegir cuál es —a partir, claro está, de los textos legales y de las razones jurídicas— la mejor forma en la que se ha de resolver la controversia. Estamos, parece, frente a un dilema: bien los jueces deben ser independientes para ser boca de la ley (no introduciendo cuestión alguna diferente al dictado de la propia ley), bien deben ser

31 En este contexto, resulta completamente razonable pensar que el contexto de descubrimiento de las decisiones judirisdiccionales es relevante. En efecto, si bien frecuentemente no se puede descubrir sin más tal contexto, lo cierto es que sí puede serlo en algunas ocasiones, o al menos tenemos importantes razones para atribuir cierto contexto de descubrimiento a determinadas decisiones judiciales. Los últimos escándalos que se han producido en el Perú a raíz de diversas interceptaciones telefónicas a jueces son buen ejemplo.

independientes para interpretar de la manera que consideren más adecuada según las razones jurídicas en juego.

La anterior disyunción constituye, no obstante, un falso dilema: nadie puede ser boca de la ley[32], o al menos no en el sentido que frecuentemente se le atribuye normalmente a la expresión. La interpretación y aplicación del derecho está —como diría Guastini (2018b, p. 54)—, si no siempre, casi siempre, mediada por una serie de elecciones. Ello no implica que los jueces decidan (siempre) con base en sus gustos personales, o razones puramente políticas (entendiendo por esta última una determinada concepción de lo bueno o de lo justo). Por el contrario, los jueces interpretan y aplican el derecho: en algunas ocasiones, con base en razones políticas; en otras, con base en razones prudenciales (evitar el castigo, conseguir el premio); pero en otras todavía, la mayoría, con base en razones jurídicas.

Las razones jurídicas son el conjunto de creencias, descriptivas y normativas, acerca de cómo es (o cómo debería) ser el derecho, cómo debe ser interpretado, teorías generales de una parte del ordenamiento (del delito, del tributo, del contrato, etcétera), cuál debe ser el método jurídico, etcétera. (Núñez Vaquero, 2012), que, de hecho, son consideradas como admisibles dentro de una comunidad jurídica para justificar una decisión o para esgrimir frente a un tribunal (Núñez Vaquero, 2011). Sin embargo, todo jurista avezado sabe que las razones jurídicas no constituyen un conjunto perfectamente coherente, sino que están plagadas de desacuerdos e incoherencias.

Afirmar entonces que los jueces deben ser independientes implica afirmar que deben decidir las controversias conforme a derecho, basándose en los textos jurídicos, no dando entrada en su razonamiento a nada más que razones jurídicas (Aguiló, 2003, p. 51). Pero, aunque se rechace una teoría escéptica en materia de interpretación, son muy pocos quienes sostienen que la interpretación y aplicación del derecho sea siempre una actividad de carácter cognitivo. Y ello se debe, justamente, a esta falta de coherencia de las razones jurídicas.

Si los jueces no pueden ser estrictamente boca de la ley, y tienen que (no pueden no) realizar elecciones a la hora de interpretar y aplicar el derecho, ello reconfigura los términos en los que debe ser entendida la IJI. Ya no se trata, por tanto, de que los jueces deban ser independientes para estar sujetos solo a ley, sino que han de ser internamente independientes para elegir la interpretación de los textos jurídicos que consideren mejor, movidos solo por el conjunto de razones jurídicas.

32 Esto es admitido incluso por quienes consideran que la IJI choca con el precedente. Al respecto, ver Taruffo (2009, p. 88) e Igartua (2006, p. 74).

III.2. ¿Qué independencia judicial?

En este apartado pretendo analizar, a la luz de lo dicho anteriormente, cuáles serían los aspectos de la IJI que podrían colisionar con la existencia de un SP vinculantes. Para ello, con el objetivo de mostrar en qué modo puede ser lesivo para la IJI un SP vinculantes, presupondré uno en el que el no seguimiento de la decisión pasada (en sentido estricto, de la que es considerada su *ratio decidendi*) sea razón suficiente para la anulación de la sentencia posterior que decide diversamente respecto del precedente.

De este modo, voy a distinguir tres aspectos en los que un SP puede colisionar con la IJI: (III.2.1) la presencia de incentivos, premios, amenazas o sanciones por el hecho de seguir o no el precedente; (III.2.2) la posibilidad de recibir órdenes por parte de los supuestos superiores jerárquicos acerca de cómo se deben decidir los casos sometidos a la jurisdicción de cada juez; y, finalmente, (III.2.3) la posibilidad de que los órganos superiores dicten normas que vengan a colmar lagunas en el ordenamiento.

Concluiré que la relación de las dos primeras formas de entender la independencia judicial es meramente contingente —o, dicho de otro modo, que los precedentes no implican sanciones ni son normas individuales— y que, si el precedente puede generar problemas de IJI, es cuando los órganos superiores vienen a decirle a los inferiores cómo deben interpretar o aplicar el derecho, imponiendo las que consideran sus razones jurídicas.

III.2.1. Incentivos, premios, amenazas y sanciones

El primer aspecto de un SP que podría chocar la IJI es cuando los jueces tienen razones de índole personal —posibilidades de ascenso, no verse afectados negativamente por decisiones que puedan tomar, etcétera— para seguir (o no) el precedente. En este punto, no caben muchas dudas: si la decisión del juez se ve condicionada por el hecho de verse beneficiado o perjudicado por el contenido de su decisión, esto constituye una flagrante e inaceptable intromisión en su independencia, que puede violar tanto la supremacía de las normas legislativas así como la igualdad ante la ley de los justiciados.

Teniendo claro lo anterior, la pregunta que surge, no obstante, es qué tiene que ver esto con un SP, incluso aunque su seguimiento condicione totalmente la validez de la decisión posterior. Ciertamente, si algún efecto tiene el no seguimiento de precedentes, aquel es la nulidad de la sentencia, no la sanción al titular del órgano, como tampoco recibir incentivos o premios.

Desde luego, puede darse el caso, y de hecho se da, de que el no seguimiento del precedente acarree sanciones, directas o indirectas, para el titular del órgano jurisdiccional, como en el caso de Colombia, donde la

Corte Suprema lo ha considerado como parte del tipo de prevaricación[33]. Y también, claro está, se produce cuando, más sutilmente, se condiciona la promoción de los jueces al seguimiento de precedentes.

Ahora bien, que los jueces reciban premios o incentivos por el contenido de sus sentencias, es algo independiente de cualquier SP. De hecho, es perfectamente posible un SP —cuyo no seguimiento acarree la nulidad automática del órgano que se separa— sin que haya ni una sola sanción. Pero también lo contrario: que haya sanciones para los jueces por sus decisiones por razones diferentes del seguimiento de precedentes. Lo que resulta lesivo no es tal SP, sino la presencia de cualquier tipo de mecanismo que permita sancionar (premiar, incentivar) a los jueces por el contenido de sus decisiones.

Un claro ejemplo de lo anterior se da en Chile, donde hay problemas de IJI en este sentido —pues los ascensos pueden verse condicionados por el contenido de los fallos—, pero no teniendo formalmente SP, al menos no en todos los ámbitos[34]. Ahora bien, un SP no implica de por sí ningún tipo de sanciones, sino que los problemas con la IJI vienen de la potestad para sancionar (o premiar) a los jueces. Por esta razón es plausible afirmar que la presencia de un SP no choca, al menos en este aspecto, con la IJI.

III.2.2. Órdenes provenientes de órganos «superiores»

El segundo aspecto en que la IJI podría verse afectada, en el caso de que existiese un SP fuertemente vinculantes, es si entendemos aquella como la prohibición de recibir órdenes por parte de los órganos (supuestamente) superiores jerárquicamente. Desde luego, se trata de una de las formas más burdas de violación de la IJI[35]: cuando es un juez de una instancia superior quien se comunica directamente con el titular de un órgano inferior para darle órdenes o instrucciones acerca de cómo debe decidir un determinado caso. Tan burda y brutal es esta violación de la IJI, que es relativamente raro que se dé y, cuando sucede, el escándalo suele ser —cuando sale a la luz— enorme.

Ahora bien, existen formas más sutiles de que los órganos superiores den órdenes a jueces de instancias judiciales inferiores; precisamente, a través de algunos mecanismos procesales recursivos que consisten, justamente, en que el órgano superior le dice al inferior cómo ha de

33 No hay que olvidar, sin embargo, que la prevaricación no constituye un tipo objetivo, sino que es necesaria la intención del juez de decidir alejándose del derecho, y no simplemente la disidencia basada en que la creencia de que el derecho, sencillamente, dice otra cosa.

34 En particular, recientes estudios han mostrado cómo la jurisprudencia de las altas cortes resulta zigzagueante, por lo que su seguimiento resulta muy complicado, no pudiendo ser evaluados los jueces por su separación o alejamiento respecto de las decisiones de los casos anteriores similares (Vergara Blanco, 2019).

35 Un ejemplo excelente se encuentra en el artículo 226 del Código Penal chileno, que sanciona penalmente a los jueces que «no cumplan las órdenes que legalmente se les comuniquen por las autoridades superiores competentes».

fallarse un determinado caso: la casación con reenvío (Bordalí, 2003, p. 160). En efecto, en estos casos la sentencia casatoria no se dedica únicamente a anular el fallo y a dictar la sentencia de sustitución. Por el contrario, mediante este instrumento procesal, el órgano superior le dice al inferior, en algunas ocasiones, que no puede decidir un determinado caso de una determinada manera y, en otras, directamente cómo ha de decidirlo.

Las relaciones entre casación y precedentes no son sencillas (Nieva Fenol, 2019; Mitidiero, 2019; Romero Seguel, 2004; Taruffo, 2019). Aunque no es exactamente el tema de este trabajo, casación y precedente son, al menos, equivalentes funcionales, lo que quiere decir que algunas de las funciones que cumplen son las mismas (Romero Seguel *et al.*, Arancibia & Martínez Estay, 2013). Pero, evidentemente, equivalencia funcional no es lo mismo que identidad y, pese a sus parecidos, diferencias las hay. En particular, algo que no tiene el precedente, y sí en cambio la casación (al menos algunas versiones de la misma), es la posibilidad de dar órdenes directas a órganos acerca de cómo decidir concretos casos.

Como se ha visto, aquello que caracteriza un SP es que un órgano jurisdiccional emplea una norma, por él creada, para resolver el caso objeto de su decisión, y que aquella puede ser relevante para la decisión de casos posteriores (o incluso que su no seguimiento implique la nulidad de las decisiones posteriores sobre casos similares). Ahora bien, aquello que resulta vinculante para casos posteriores es una norma general, no una norma individual ni orden dirigida a ningún juez individual. En caso contrario, si se tratase de una norma individual, o fuese dirigida a un singular juez o grupo de jueces, aquello no sería un precedente, sino una extensión de la cosa juzgada o una casación —como hemos visto— con reenvío.

No se trata, en el caso de los precedentes, de que los órganos superiores den órdenes a los jueces inferiores, sino de la vinculatoriedad para jueces posteriores que se encuentren con casos similares de una norma de carácter general que regula —no un concreto comportamiento ni dirigida a un singular sujeto, sino— un supuesto de hecho y dirigida a la totalidad de los jueces[36].

III.2.3. Emanación de normas generales vinculantes (sobre interpretación y aplicación) para la decisión de casos posteriores

El tercer aspecto de la IJI que podría chocar con un sistema de precedentes consiste en que los jueces inferiores reciban, de parte de órganos superiores, normas generales, de carácter no legal, que colman

36 Podría, no obstante, producirse una situación similar a la casación con reenvío allá donde los precedentes tuviesen eficacia retroactiva. Pero, además de tratarse de una forma de precedentes no precisamente frecuente, lo cierto es que tampoco constituye orden ni prescripción individual alguna.

lagunas en el ordenamiento y condicionan la validez de la sentencia posterior.

Para no complicar en demasía el análisis, y dado que es el tipo más frecuente de precedentes, me concentraré en analizar únicamente cómo puede afectar a la IJI la presencia de normas sobre la interpretación y aplicación del derecho, empleadas en la justificación de decisiones previas, dictadas por los órganos de vértice del ordenamiento: es decir, precedentes interpretativos (en sentido amplio). A tal fin, para especificar en qué modo dotar de vinculatoriedad a normas interpretativas empleadas por órganos superiores, es preciso distinguir: en primer lugar, a) entre interpretación en sentido estricto y construcción jurídica; y b) entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto.

1. I*nterpretación en sentido estricto y construcción jurídica*. En qué consiste la interpretación del derecho es en realidad una cuestión debatida en el ámbito teórico jurídico, distinguiendo autores como Lifante, Gianformaggio o Wrobleski (por todos, Lifante, 2018) entre diferentes conceptos de interpretación. Aquí, no obstante, utilizaré un (a.1) concepto mínimo de interpretación como atribución de sentido a un texto normativo, mediante los criterios y técnicas interpretativas —reglas del lenguaje natural y del lenguaje jurídico— vigentes en una determinada comunidad jurídica. Desde este punto de vista, será interpretación jurídica aquel acto que deriva, aplicando las reglas interpretativas vigentes en una comunidad jurídica, una norma a partir de un enunciado normativo (Guastini, 2016, p. 327). Por el contrario, serán acto de (a.2) construcción jurídica todas aquellas normas que son derivadas de cualquier otro modo diferente a este (Guastini, 2016, p. 355): desde la ponderación y concreción de principios hasta la ordenación de normas jurídicas, pasando por resolución de antinomias en concreto.

2. I*nterpretación en abstracto e interpretación en concreto*. Si bien esta segunda distinción está formulada en relación a la interpretación, y no a la construcción, se puede extender la diferencia en abstracto/en concreto también a la segunda (Guastini, 2018, p. 17). En efecto, hablamos de (b.1) interpretación en abstracto cuando la atribución de sentido al texto normativo (o construcción de norma implícita) se realiza más allá de la resolución de cualquier caso individual, estableciendo el (o uno de los) significado(s) del texto normativo. Por su parte, hablamos de (b.2) interpretación en concreto toda vez que el acto interpretativo viene a ajustar el contenido normativo expresado en la disposición para hacerla aplicable o inaplicable a algún concreto caso. De este modo, la interpretación en abstracto viene a fijar el sentido de

la disposición (resolviendo posibles problemas de ambigüedad), mientras que aquella en concreto viene a precisar el contenido normativo (resolviendo problemas de vaguedad).

Con estas distinciones en mano, es posible analizar ahora en qué sentido la existencia de un SP puede violar la IJI, entendida como el sometimiento a normas que vienen a regular la actividad interpretativa y aplicativa.

No obstante, antes de pasar a analizar cada una de las posibilidades, queda un último punto por aclarar. A saber: si la existencia de un sistema vinculante de precedentes ataca la IJI, no se debe a la mera existencia de normas sobre cómo deben ser interpretadas, sino —habiéndose descartado la presencia de sanciones o premios, que nada tienen que ver con un SP— a que las decisiones judiciales de órganos inferiores sean anuladas por no seguir los precedentes de los órganos superiores. De este modo, lo que se está afirmando implícitamente es que la única forma en que la IJI sería respetada es si la competencia para decidir el caso de manera definitiva queda en manos del órgano inferior (salvo, tal vez, en el caso de error de derecho y prevaricación). Si así están las cosas, entonces lo único que respeta la independencia judicial es que corresponda a cada juez la competencia para establecer cómo se ha de interpretar y aplicar el derecho.

Pues bien, la primera posibilidad es que a) la IJI se vea afectada por el hecho de que los tribunales superiores emanen normas acerca de cómo deben ser interpretados en sentido estricto y en abstracto los enunciados normativos. Y, desde el punto de vista complementario, que debe ser cada órgano judicial quien determine cómo han de ser interpretadas, en abstracto, las disposiciones jurídicas.

La segunda posibilidad es que b) la IJI se vea atacada por la presencia de normas producto de la construcción jurídica en abstracto: aquellas normas que no son producto de la interpretación judicial, sino ponderaciones y concreciones de principios, ordenaciones de normas, etcétera. Y, complementariamente, no se vería afectada si corresponde a los jueces inferiores la competencia para construir las normas jurídicas necesarias para la resolución de los procesos que están llamados a decidir, sin posibilidad de revisión —salvo casos de error de derecho y prevaricación— por parte de los órganos jurisdiccionales de vértice de cada ordenamiento.

La tercera posibilidad es que c) la independencia judicial se vea atacada por la presencia de normas acerca de la interpretación en sentido estricto y en concreto. De este modo, podría darse que, el hecho de que los tribunales precisen el sentido de disposiciones normativas, resolviendo problemas de vaguedad, pueda suponer la violación de la IJI. Sin embargo,

es importante señalar que cuando una interpretación aclara la extensión de una norma, el resultado es similar a una reinterpretación en abstracto de la disposición, partiendo de otra interpretación ya establecida, para ampliar o reducir la extensión o ámbito de aplicación de una norma[37]. Desde este punto de vista, por tanto, lo que podría violar la IJI es que estas precisiones, formuladas para resolver problemas de vaguedad, sean vinculantes para los jueces inferiores. Dicho de otro modo: para no violar la IJI debe corresponder a los órganos inferiores la competencia para resolver los casos de vaguedad, aunque aquellos hayan sido resueltos previamente por órganos superiores, debiendo prevalecer su propia decisión.

La cuarta posibilidad es que d) la independencia judicial se vea atacada por la presencia de normas producto de construcciones jurídicas en concreto. En esta última posibilidad, lo que afectaría a la IJI es que los órganos de vértice del ordenamiento formulasen normas que, no siendo producto de la interpretación, vienen a resolver problemas de aplicación en concreto, por ejemplo, desaplicando normas (no invalidándolas, lo que constituiría un ejercicio de construcción, pero en abstracto), estableciendo jerarquías móviles, o abduciendo principios generales solo para el caso. Así las cosas, la IJI consistiría en que los jueces inferiores tuvieran la competencia, sin necesidad de ajustarse a cuanto ha sido decidido por órganos superiores, para establecer sus propias construcciones en concreto, sin que se puedan anular sus decisiones por el hecho de haber creado otras construcciones jurídicas.

IV. LA IJI COMO POTESTAD INTERPRETATIVA NO REVISABLE

A la luz de lo dicho en el anterior apartado, podemos descartar que la presencia de un SP vinculantes, donde el hecho de no seguir un precedente constituiría una razón suficiente para anular la sentencia del órgano inferior disidente, choque con la IJI si aquella es entendida como un mecanismo para que los jueces no sean sancionados por el contenido de sus sentencias (salvo, tal vez, para el caso de prevaricación). Tales sanciones constituyen una violación inaceptable de la independencia judicial, pero poco tienen que ver con un SP. Ello es debido a que la consecuencia propia de un SP, cuando la hay, es la nulidad de sentencias, no la sanción del titular del órgano judicial.

Me parece que también podemos descartar que la IJI se vea afectada por la presencia de un SP, incluso aunque el no seguimiento del precedente

37 Por ejemplo: si tenemos la norma según la cual los estudiantes de las universidades prestigiosas tienen preferencia para algún tipo de beca, y solucionamos el problema de vaguedad estableciendo que son prestigiosas las universidades que aparecen en algún *ranking* internacional, lo que estamos haciendo es reinterpretar en abstracto la disposición que expresa tal norma.

sea condición suficiente para la nulidad de la sentencia disidente, si por aquella entendemos que los órganos superiores no den órdenes a jueces singulares ni sobre un determinado asunto objeto de decisión jurisdiccional. Nuevamente: desde luego, se trata de comportamientos inaceptables, pero que poco o nada tienen que ver con un SP. Ello se debe a que los precedentes —mejor dicho, lo que resulta vinculante de aquellos: su *ratio decidendi*— expresan normas de carácter general.

Lo que sí, al menos a primera vista, puede resultar atentatorio de la IJI es que los órganos superiores formulen normas sobre cómo interpretar o aplicar el derecho, y cuyo no seguimiento —en nuestra hipótesis— implique la nulidad de la sentencia. Además, he sostenido que, si ello atentase contra la IJI, y quisiéramos proteger aquella, entonces la consecuencia que se seguiría es que todos los jueces tendrían competencia no revisable para decidir cómo interpretar y aplicar el derecho en sus casos. Ahora bien, debido a que «interpretar» puede querer decir cosas muy diferentes[38], ha sido necesario, con el fin de evaluar la lesividad de los precedentes para la IJI, distinguir cuatro tipos de operaciones interpretativas. A continuación, me detendré en determinar si la reivindicación de tales competencias para todos y cada uno de los jueces viola los principios que están detrás de la IJI: el respeto de la voluntad del legislador y la igualdad en la aplicación de la ley.

IV.1. Competencia de cada juez para decidir cómo interpretar (en sentido estricto) en abstracto

La primera posibilidad es que la independencia judicial implique que todos y cada uno de los jueces deben tener la competencia para elegir la interpretación que resulte mejor en abstracto. Ahora bien, si aquello que justifica la IJI es la separación de poderes y la igualdad ante la ley, su conexión con la necesidad de que los jueces tengan esta competencia resulta, al menos, débil.

No parece que la separación de poderes e, indirectamente, la voluntad del legislador, se vean mayormente protegidas porque sean todos y cada uno de los jueces los que tengan tal competencia, no siendo revisables sus elecciones sobre este punto (salvo error y prevaricación), para realizar interpretaciones en abstracto. Es más, pareciera que si los órganos de cierre dictan normas sobre interpretación y aplicación del derecho vinculantes para el resto de órganos jurisdiccionales, podría

38 Han sido varios los autores que han afirmado que la independencia judicial no implica una competencia para todos y cada uno de los jueces de decidir autónomamente cuál es la mejor interpretación del derecho. Marinoni sostiene que de ningún modo la IJI choca con un SP porque los jueces no tienen derecho a decidir autónomamente qué significado atribuirle a los textos jurídicos (2013, p. 245). Del mismo modo se pronunció el presidente del Tribunal Supremo español, F. J. Hernando, en el acto inaugural del año judicial español en 2005. José Luis Castillo Alva, siguiendo a Montero Aroca (1999, p. 76), ha sostenido que ni siquiera la tarea de uniformización de los más altos tribunales supone violación alguna de la independencia judicial. Al respecto, véase Castillo Alva (2008, p. 157).

ser más sencillo para el legislador comprobar cuándo su voluntad ha sido torcida y, de este modo, tomar medidas legislativas. Si son todos los jueces quienes tienen la competencia para decidir cómo han de ser interpretados (en sentido estricto) los textos normativos, entonces ni siquiera se puede comprobar —o requiere un trabajo epistémico inmenso— si los jueces están torciendo la voluntad legislativa.

Tampoco corre mejor suerte la igualdad si cada juez tiene la competencia para interpretar de la manera que estime mejor el derecho en abstracto. En efecto, si aquello que protege la IJI es que no se juzgue a los sujetos mediante diferentes criterios, entonces un sistema fuerte de precedentes, antes que dañar la igualdad formal, lo que parece es reforzarla. Ello se debe a que si todos los jueces deben adoptar las mismas interpretaciones en abstracto, entonces la aplicación del derecho será, al menos en este aspecto, igual para todo los justiciados.

Hemos dicho, no obstante, que no es el igual tratamiento lo protegido, sino el igual tratamiento siempre que no concurran razones jurídicas en favor de un tratamiento diferente. Ahora bien, es preciso tener en cuenta que las razones en favor del seguimiento de precedentes son también razones jurídicas que justifican, precisamente, el tratamiento idéntico. Lo que hace, en este sentido, un SP como el que aquí estoy presuponiendo es vedar que los jueces empleen interpretaciones en abstracto diferentes, incluso aunque haya razones jurídicas para hacerlo.

Por supuesto, razones jurídicas pueden justificar interpretar una disposición normativa de manera diferente a como se ha hecho en un precedente. Sin embargo, nada garantiza que otorgar la competencia a cada juez para elegir sus propias interpretaciones en abstracto favorezca la igualdad en este sentido. Antes bien, parece que otorgar tal competencia al órgano de cierre asegura al menos que siempre se interpretará de igual modo.

IV.2. Competencia de cada juez para establecer construcciones en abstracto

Veamos ahora si el hecho de que sean cada uno de los jueces competentes para emplear normas producto de la construcción jurídica hace que separación de poderes e igualdad estén más o mejor protegidas. En relación a la separación poderes, lo cierto es que la producción de normas mediante construcción jurídica —la creación intersticial del derecho por parte de jueces— no resulta muy respetuosa de la voluntad del legislador. Ahora bien, tan irrespetuoso resulta que lo realicen las altas cortes como que lo haga cada uno de los jueces. No obstante, y como se dijo en el anterior apartado, si aquello que se pretende proteger es la voluntad del legislador, parece más sencillo que el legislador

reaccione ante una invasión de sus competencias por parte del órgano de cierre del ordenamiento que frente a todos y cada uno de los jueces. Por dicha razón, pareciera que es algo menos lesivo del respeto a la voluntad del legislador que sea solo un órgano el que dicte normas —si es que no queda más remedio— sobre cómo ha de ser interpretado y aplicado el derecho.

En lo que se refiere a la igualdad, parece que el hecho de que todos y cada uno de los jueces sean competentes para dictar, mediante construcción jurídica, normas para sus casos, no viéndose sometidos a las normas formuladas de este modo por instancias superiores, no favorece precisamente la igualdad formal, sino todo lo contrario. Desde luego, la introducción de normas producto de la construcción jurídica puede suponer una violación del principio de igualdad formal en relación a quienes fueron juzgados con anterioridad a su formulación. Ahora bien, una vez que la norma intersticial ha sido creada, lo que favorece la igualdad jurídica es que se aplique dicha norma a todos los casos previstos por aquella. De este modo, parece que sería más respetuoso de la igualdad un SP, que atribuir la competencia a cada juez para crear normas mediante operaciones de construcción jurídica.

IV.3. Competencia de cada juez para interpretar (en sentido estricto) en concreto

En tercer lugar, corresponde preguntarse si la solución de problemas de vaguedad debe ser atribuida en exclusiva a todos y cada uno de los jueces. Sin embargo, es necesario recordar que la solución de problemas de vaguedad de la interpretación en concreto produce el mismo resultado que una reinterpretación en abstracto; es decir, la derivación de una norma más amplia (o más restringida) a partir de los métodos y técnicas interpretativas, y textos normativos. Ello, no obstante, no implica que la cuestión de la competencia para interpretar en concreto sea reducible a la cuestión sobre la interpretación en abstracto.

La razón es que difícilmente puede recaer la competencia para resolver los problemas de vaguedad en las altas cortes. En efecto, los problemas de vaguedad que resuelve la interpretación en concreto surgen a la luz de los casos concretos en los que existen dudas acerca de si aquel forma o no parte del ámbito de aplicación de una norma. Ahora bien, precisamente por esta razón, difícilmente los jueces de las instancias inferiores podrían no tener la competencia para resolver los problemas de interpretación en concreto.

Las preguntas, entonces, son dos: por un lado, si debe corresponder a cada uno de los jueces la competencia en exclusiva para resolver los problemas de vaguedad, o si los órganos superiores han de tener la competencia para

revisar tales decisiones, ya que en caso contrario se violaría la separación de poderes y la igualdad; por el otro, si las concretas reinterpretaciones —para solucionar problemas de vaguedad— adoptadas por cada juez deben prevalecer frente a reinterpretaciones previas realizadas por los órganos de cierre del ordenamiento, ya que, en caso contrario, se violaría la separación de poderes e igualdad.

En relación a la primera cuestión, lo que hay que señalar inicialmente es que no tiene nada que ver con los precedentes, sino con la competencia para revisar las decisiones dictadas por otros órganos. En efecto, si lo que viene a revisar el órgano de cierre es la solución de un problema de vaguedad realizado por un órgano inferior sobre el que el superior no se había pronunciado, no estamos frente a un problema de precedentes, sencillamente porque no hay decisión previa.

Sobre la segunda cuestión —los jueces inferiores deben adoptar las soluciones a los problemas de vaguedad resueltos por el órgano superior—, es necesario distinguir nuevamente entre separación de poderes e igualdad. En primer lugar, en relación a la separación de poderes, corresponde decir algo similar a la creación intersticial del derecho: precisamente porque son casos dudosos, se produce creación del derecho, para la que los jueces, ni de vértice ni de instancias inferiores, aparentemente tendrían competencia. Ahora bien, no se ve por qué una resolución de carácter general por parte de los órganos de vértice sería más atentatoria de la separación de poderes que la competencia de cada juez para resolver como considere mejor la resolución de los problemas de vaguedad.

En segundo lugar, respecto de la igualdad, nuevamente parece que la generalización de las respuestas de las cortes de cierre, y no que sea cada juez individualmente quien resuelva los problemas de vaguedad, es más respetuosa de la igualdad. Más allá de cuál sea el contenido de la decisión, parecería que, si la respuesta de un órgano es generalizada, ello garantiza mejor la igualdad en la aplicación de la ley que la resolución de cada problema de vaguedad de manera individual por parte de cada juez.

IV.4. Competencia del juez para construir normas implícitas en concreto

El último punto es, sin duda, el más complicado. Recordemos: aquí nos estamos refiriendo a todas aquellas operaciones que no pueden ser reconducidas bajo la interpretación en sentido estricto entendida como atribución de sentido a textos normativos, como la ponderación, concreción de principios o inaplicación de normas jurídicas. Se trata, además, de operaciones no solo relevantes únicamente para el caso concreto —es decir, que no pretenden ser generalizadas—, sino, además, de normas formuladas debido a las particularidades del caso concreto.

Desde este punto de vista, la formulación mediante construcción de normas implícitas en concreto guarda un significativo parecido con la interpretación en sentido estricto y en concreto. En efecto, son necesariamente los jueces de las instancias inferiores quienes plantean normas de este tipo, puesto que las cortes de vértice solo excepcionalmente conocen casos individuales directamente. Por el contrario, las cortes de vértice suelen revisar el contenido de las decisiones de los órganos de primera o segunda instancia. Pero, precisamente por ello, preguntarse aquí por la IJI quiere decir preguntarse si debe corresponder a cada uno de los jueces la competencia para dictar normas mediante construcción jurídica, construidas más allá de los márgenes de la interpretación. O, dicho más específicamente: la competencia de cada uno de los jueces para ponderar principios, especificarlos o rechazar la aplicación de una norma, siempre por los efectos que tendría en el caso concreto.

La primera pregunta a responder, entonces, es la siguiente: ¿resulta más respetuoso de la voluntad del legislador que la introducción de normas mediante construcción por las particularidades del caso sea dejada a cada uno de los jueces (conocedores de dichas particularidades), o bien que sean los órganos de cierre los que creen normas (mediante construcción) posteriormente generalizadas y vinculantes para todos los jueces? Aquí es necesario señalar, del mismo modo que con la construcción en abstracto, que ninguna de las dos opciones resulta muy deferente con el legislador. Ahora bien, no parece que el hecho de que las especificaciones, ponderaciones o inaplicaciones de normas sean generalizadas por los órganos de cierre, vinculando a los jueces inferiores para la decisión de casos posteriores, resulte más lesiva de la voluntad del legislador, que dejarle tal tarea a cada uno de los jueces, sin posibilidad de anular sus decisiones por el hecho de diferir con la solución del órgano de cierre.

El caso de la igualdad es, si se quiere, más claro: la construcción de normas por las particularidades del caso es mucho más peligrosa para la igualdad formal que su formulación, generalización y vinculación para casos posteriores decididos por órganos inferiores. Ello se debe a que por el mayor número de órganos inferiores que superiores o de vértice, las probabilidades de que casos similares sean resueltos de manera diferente son mucho más altas.

En definitiva, no parece que los valores que fundamentan la IJI —separación de poderes (y así, respeto de la voluntad del legislador) e igualdad— justifiquen una comprensión de la independencia judicial como competencia de cada uno de los jueces para decidir cómo ha de ser interpretado y aplicado el derecho. Si existen razones en favor de que les sea atribuida a aquellos tal competencia, aquella no es la IJI, al menos si son la separación de poderes e igualdad lo que justifican la IJI.

V. CONCLUSIONES

La cuestión acerca de si debe haber un SP y qué comportamiento debe regular, es una cuestión de política jurídica o del derecho en la que entran en juego múltiples razones y consideraciones: seguridad jurídica, economía en la toma de decisiones, flexibilidad y, por supuesto, el reparto de poder. No se puede, de este modo, resolver la cuestión de su conveniencia mediante argumentos de carácter conceptual.

No obstante, lo que sí se puede hacer, y aquí se ha intentado, es analizar qué están entendiendo por IJI quienes sostienen que aquella se vería afectada por la presencia de un SP. En tal sentido, se ha concluido que los precedentes judiciales no son órdenes o normas individuales dirigidas a jueces en particular ni sobre alguna concreta controversia jurídica, por lo que no parece que un SP afecte, en este sentido, a la IJI.

La IJI sí podría verse afectada si concebimos aquella como la potestad, no revisable, de cada uno de los jueces para decidir cómo ha de ser interpretado el derecho. Ahora bien, si se analiza tal forma de entender la IJI en relación a las razones que la justifican, se evidencia que el respeto a la voluntad del legislador e igualdad se protegen en la misma o mayor medida que si se atribuyese dicha competencia a los tribunales de cierre del ordenamiento.

Con todo, la combinación de un SP con un sistema de organización en el que los jueces reciban premios o castigos por el contenido de sus decisiones, puede empeorar la situación de IJI de los jueces. Pero conviene no tirar al niño con el agua sucia: del hecho de que un SP, combinado con un gobierno judicial con escaso respeto por la IJI, agrave esta situación, no podemos concluir que hay que prescindir de un SP. Hay que prescindir de formas de organización judicial que emitan órdenes individuales a los jueces, los sancionen o creen oscuros incentivos para plegarse a extrañas voluntades.

REFERENCIAS

Accatino, D. (2002). El precedente judicial en la cultura jurídica chilena. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, (20), 559-582.

Andrés Ibáñez, P. (2019). La independencia judicial y los altos tribunales. En J. Nieva Fenoll & E. Oteiza (dirs.), *La independencia judicial: un constante asedio* (pp. 165-184). Madrid: Marcial Pons.

Aguiló Regla, J. (1997). Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (6), 71-79.

Aguiló Regla, J. (2003). De nuevo sobre "independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica". *Jueces para la democracia*, (46), 47-55.

Aguiló Regla, J. (2012). Los deberes internos a la práctica de la jurisdicción: aplicación del derecho, independencia e imparcialidad. *Revista Jurídica de les Illes Balears*, (10), 4-32.

Aarnio, A., Alexy, R., Bankowski, Z., Barceló, J. J., Bergholtz, G., Dreier, R., Eng, S., Grzegorczyk, C., Laporta, F. J., La Torre, M., MacCormick, N., Mashall, G., Ruiz Miguel, A., Morawski, L., Peczenik, A., Summers, R. S., Taruffo, M., Troper. M., & Zirk-Sadowski, M. (1997). Appendix: Final Version of the Common Questions. En R. Summers & N. MacCormick (eds.), *Interpreting Precedents: A comparative study* (pp. 551-562). Aldershot: Ashgate Publishing.

Barberis, M. (2008). *Ética para juristas*. Madrid: Trotta.

Barberis, M. (2015). Contro il creazionismo giuridico. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, *44*(1), 67-101.

Bernal Pulido, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista de Derecho del Estado*, *21*(1), 81-94.

Bordalí Salamanca, A. (2003). Independencia y responsabilidad de los jueces. *Revista de Derecho (Valdivia)*, *XIV*(2), 159-174.

Carmona Tinoco, J. U. (1995). La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (83), 523-562.

Castilla, K. (2016). La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano. *Estudios constitucionales*, *14*(2), 53-100. doi: https://doi.org/10.4067/s0718-52002016000200003

Chiassoni, P. (2012). ¿Los precedentes civiles son vinculantes? Consideraciones sobre el artículo 360-bis c.p.c. En *Desencantos para abogados realistas* (pp. 211-266). Bogotá: Universidad del Externado.

Díez Picazo, L. M. (2004). Reflexiones sobre el concepto y el valor de la jurisprudencia en el derecho español. En R. Trillo, E. Bacigalupo & P. Lucas (eds.), *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional* (pp. 393-408). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Fernández Fernández, V. (2016). La justicia de los precedentes. ¿Invasión a la independencia y autonomía del juzgador? *Revista de Derecho (Valdivia)*, *29*(2), 9-33. doi: https://doi.org/10.4067/s0718-09502016000200001

Ferrajoli, L. (2018). *Contro il creazionismo giudiziario*. Roma: Mucchi.

Ferreres, V. (2010). Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia. En Víctor Ferreres & Juan Antonio Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia* (pp. 43-80). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Garay, A. F. (2013). *La doctrina del precedente en la Suprema Corte*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Gómora Juárez, S. (2019). *Un análisis conceptual del precedente judicial*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Grandez, P. (2007). Las "peculiaridades" del precedente en el Perú. En P. Grandez & E. Carpio (eds.), *Estudios al Precedente Constitucional* (pp. 79-106). Lima: Palestra.

Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara.

Guastini, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Guastini, R. (2018a). *Interpretar y argumentar*. Lima: Ediciones Legales.

Guastini, R. (2018b). Interpretaciones precedentes. En *Ensayos escépticos sobre la interpretación*. Lima: Zela.

Igartua, J. (2006). El sometimiento del juez a la ley, la certeza y la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (40), 59-78.

Iturralde, V. (2013). Precedente Judicial. Eunomía. *Revista en Cultura de la Legalidad*, (4), 194-201.

Laporta, F. (1997). Vindicación del precedente judicial en España. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (1), 267-278.

Legarre, S. (2016). *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma.

Lifante, I. (2018). *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Marinoni, L. G. (2013). *Precedentes obligatorios*. Lima: Palestra.

Mitidiero, D. (2016). Dos modelos de cortes de vértice-cortes superiores y cortes supremas. En M. Taruffo, L. G. Marinoni & D. Mitidiero (eds.), *La misión de los tribunales supremos* (pp. 77-121). Madrid: Marcial Pons.

Mitidiero, D. (2018). *Precedentes da persuasão à vinculação. Da Persuasão à Vinculação*. Tercera edición. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Montero Aroca, J. (1999). *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Montesquieu (1748/2002). *El espíritu de las leyes* (Demetrio Castro, trad.). Madrid: Istmo.

Nieva Fenoll, J. (2016). ¿Un juez supremo o un "legislador supremo"? En M. Taruffo, L. G. Marinoni & D. Mitidiero (eds.), *La misión de los tribunales supremos* (pp. 157-174). Madrid: Marcial Pons.

Nogueira Alcalá, H. (2017). La fuerza vinculante de las sentencias de la Corte IDH, su valor de precedente y la obligatoriedad de su consideración por los Estados parte de la CADH. En H. Nogueira Alcalá & G. Aguilar Caballo (eds.), *El parámetro del control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (pp. 207-293). Santiago: Triángulo, Universidad de Talca.

Núñez Vaquero, A. (2011). El realismo jurídico de Brian Leiter. *Diritto e questini pubbliche*, (10), 339-456.

Núñez Vaquero, A. (2012). ¿Deciden los jueces por razones políticas? *Revista Jurídicas, Manizales (Colombia)*, 9(2), 13-31.

Núñez Vaquero, A. (2016). Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del *stare decisis*. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (39), 127-156. doi: https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.08

Núñez Vaquero, A. (2018). Precedente en materia de hechos. *Revista de Derecho* (Valdivia), 31(1), 51-78. doi: https://doi.org/10.4067/s0718-09502018000100051

Pulido Ortiz, F. (2019). *Jueces y reglas*. Bogotá: Universidad de La Sabana.

Rodríguez Santander, R. (2007). El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos. En P. Grandez & E. Carpio (eds.), *Estudios al precedente constitucional* (pp. 15-78). Lima: Palestra.

Romero Seguel, A. (2004). *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho. Una perspectiva procesal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Romero Seguel, A., Arancibia, J. T., & Martínez Estay, J. I. (2013). *Precedente, cosa juzgada y equivalentes funcionales*. Santiago de Chile: Thompson Reuters.

Rondini, P. (2019). *Anagnórisis al diseño institucional del Poder Judicial chileno: jueces imparciales hasta que comienzan a serlo*. Manuscrito en evaluación.

Ross, A. (2018). *Teoría de las fuentes del derecho*. Tercera edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ruiz Manero, J. (1991). *Jurisdicción y norma*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Schauer, F. (2013). *Pensar como un abogado*. Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2007). Precedente y jurisprudencia. *Precedente. Revista Jurídica*, 86-99. doi: https://doi.org/10.18046/prec.v0.1434

Taruffo, M. (2014). La jurisprudencia entre casuística y uniformidad. *Revista de Derecho (Valdivia)*, *27*(2), 9-19. doi: https://doi.org/10.4067/s0718-09502014000200001

Taruffo, M. (2016). Las funciones de las cortes supremas. Aspectos generales. En M. Taruffo, L. G. Marinoni & D. Mitidiero (eds.), *La misión de los tribunales supremos* (pp. 231-252). Madrid: Marcial Pons.

Vergara Blanco, A. (2019). El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: líneas y vacilaciones. Veinte temas, diez años (2008-2018). *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (28), 5-175. doi: https://doi.org/10.7764/redae.28.1

Vianna, L. W., De Carvalho, M. A. R., & Burgos, M. B. (2018). *Quem somos. A magistratura que queremos*. Río de Janeiro: Associaçao Magistrados Brasileiros.

Zanetti, H. (2015). *El valor vinculante de los precedentes*. Lima: Raguel.

Recibido: 25/11/2019
Aprobado: 22/01/2020

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.011
CC BY
DERECHO PUCP
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

El caso fortuito: fundamentos culturales y religiosos de una categoría jurídica y de una cosmovisión*

The Fortuitous Case: Cultural and Religious Fundamentals of a Juridical Category and a Cosmovision

LORIS DE NARDI**
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

Resumen: Este artículo propone una reflexión respecto de los fundamentos culturales y religiosos del caso fortuito, la categoría jurídica llamada a disciplinar, desde el derecho romano, las consecuencias (patrimoniales, contractuales y penales) de los hechos ajenos a la negligencia, culpa o dolo del agente, como son, por ejemplo, todos los acontecimientos relacionados con amenazas de origen natural (terremotos, inundaciones, etcétera).

En el texto propuesto se demostrará que el caso fortuito se plasmó a partir de las creencias divinas y sobrenaturales de los antiguos griegos y romanos; que este rasgo, codificado durante la época romana pagana por el jurista romano Gayo (siglo II d. C.), se conservó durante el primer periodo cristiano, como demuestra el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano (siglo VI d. C.), porque la cosmovisión pagana relativa a los desastres se plasmó en las Sagradas Escrituras; y que, por su conformidad con el dictado bíblico (y consecuente cosmología), esta categoría jurídica, llamada a disciplinar las consecuencias de los desastres relacionados con amenazas de origen natural, fue adoptada por la sociedad medieval en general, y por la hispánica en particular, como demuestran algunas normas del *Espéculo* y de las *Siete Partidas*.

Palabras clave: Caso fortuito, historia del derecho, historia de los desastres, cosmovisión pagana, cosmovisión cristiana

Abstract: This article proposes a reflection on the cultural and religious fundamentals of the fortuitous case: The legal category called to discipline, from the Roman Law, the consequences (patrimonial, contractual and criminal) of the facts unrelated to the negligence, fault or deceit of the agent, as they are, for example, all events related to threats of natural origin (earthquakes, floods, etc.).

In the proposed text it will be shown that the fortuitous case was shaped by the divine and supernatural beliefs of the ancient Greeks and Romans; that this trait, codified during Roman pagan times by the Roman jurist Gayo (II century A.D.), was conserved during the first Christian period, as shown by the *Corpus Iuris Civilis* of Justinian (VI century A.D.), because the pagan cosmovision related to disasters was received by the Holy Scriptures; and that

* Este artículo es parte de una investigación financiada mediante el proyecto Conicyt, Fondecyt Postdoctorado (N° 3170402), cuyo apoyo agradezco.

** Investigador de la Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Doctor en Historia.
Código ORCID: 0000-0003-3862-3193. Correo electrónico: lorisdenardi@gmail.com

for its conformity with the biblical dictation (and consistent cosmology), this legal category, called to discipline the consequences of disasters related to threats of natural origin, was adopted by the medieval society in general, and by Hispanics in particular, as some norms of the *Espéculo* and the *Siete Partidas* demonstrate.

Key words: Fortuitous case, history of law, history of disasters, pagan cosmovision, Christian cosmovision

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL CASO FORTUITO POR EL DERECHO ROMANO.– III. FUNDAMENTOS CULTURALES Y RELIGIOSOS DE UNA CATEGORÍA JURÍDICA Y DE UNA COSMOVISIÓN.– IV. LA SACRALIZACIÓN JURÍDICA DEL CASO FORTUITO EN EL DERECHO.– CASTELLANO MEDIEVAL.– CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Para los romanos, el jurisconsulto —para poder llevar a cabo correctamente su elevada misión— debía conocer detenidamente los interrogativos filosóficos. De hecho, la tarea principal de la filosofía era la profundización de las cosas divinas y humanas para la producción del conocimiento preliminar y necesario para el manejo correcto de lo justo y de lo injusto, cristalizado en la filosofía del derecho. Parece claro, entonces, que para el legislador romano la jurisprudencia se consideraba una ciencia propiamente especulativa que, gracias al conocimiento filosófico, podía establecer lo que tenía que considerarse correcto y aceptable (Digesto, 1. 1. 10.2).

El derecho, en cambio, era una ciencia práctica: un conjunto de reglas y principios cuyo fin era el cumplimiento concreto de lo que se había establecido a nivel filosófico. En otras palabras, su función principal era la creación de las condiciones necesarias para la aplicación concreta de los principios abstractos elaborados por la filosofía del derecho, muchos de los cuales se fundaban en creencias religiosas y sobrenaturales, tanto que el derecho romano público incluía también el sagrado, a pesar de que ambos nunca llegaron a identificarse o a fundirse entre ellos, como sí se registró en otros derechos antiguos (Domingo, 2006, p. 3).

Lo que se está diciendo es muy evidente al momento de examinar el caso fortuito, la categoría jurídica que está llamada a disciplinar los efectos de los desastres relacionados con amenazas de origen natural y biológico. De hecho, como se demostrará en las próximas páginas, el caso fortuito se plasmó a partir de las creencias divinas y sobrenaturales de los antiguos griegos y romanos. Este rasgo, codificado durante la época romana pagana por el jurista romano Gayo (siglo II d. C.), fue conservado durante el primer periodo cristiano, como demuestran

algunos pasajes del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano (siglo VI d. C.), por el simple hecho de que la cosmovisión pagana relativa a los desastres fue recibida por las Sagradas Escrituras. El caso fortuito, en definitiva, fue adoptado integralmente por la sociedad medieval en general, e hispánica en particular, por su conformidad con el dictado bíblico (y consecuente cosmología), como lo demuestran algunas normas del *Espéculo* y de las *Siete Partidas*.

La profundización de los paradigmas culturales cristalizados en esta categoría jurídica puede considerarse, por lo tanto, un excelente enfoque, pues hasta ahora no ha sido debidamente ponderada por los estudiosos[1]. En consecuencia, es necesario subrayar una vez más la influencia que tuvo la cosmología cristiana, así como la idea de que los desastres relacionados con amenazas de origen natural y biológico eran una manifestación de la ira divina, en el desarrollo de la sociedad europea y de sus más diversos ámbitos, incluido el jurídico.

II. EL CASO FORTUITO POR EL DERECHO ROMANO

Las primeras definiciones del caso fortuito se encuentran en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. En el *Código* se afirma que los acontecimientos incluidos en esta categoría jurídica no pueden preverse (Código, 4. 24. 6) ni resistirse (Código, 4. 45. 28). En el *Digesto*, en cambio, se confirma que los mismos, para considerarse fortuitos, no pueden resistirse por la fuerza del hombre, y se añade que no deben ser causados por obra humana. En particular, y siempre en el *Digesto*, el jurista romano Gayo expresa esta regla general en dos pronunciamientos: el primero relativo al comodato y el segundo al préstamo (Digesto, 13. 6. 18, 44. 7. 1.4).

En el mismo cuerpo de leyes, tratando «la causa legítima» que permite a un hombre no presentarse frente al juez, Ulpiano (jurista romano del siglo III d. C.) confirma las características constitutivas del caso fortuito enunciadas por Gayo un siglo antes. Afirma que «si alguno hubiere prometido presentarse a juicio, y no pudiera comparecer, impedido por enfermedad, o tempestad, o crecida de río, se le auxilia con excepción, y no sin razón» (Digesto, 2. 11. 2.3), siempre y cuando eso «sea impedimento para caminar o navegar» (Digesto, 2. 11. 2.6); y lo mismo se subraya también en otro pasaje, en el cual se relata: «no sufre la pena del contumaz aquel a quien lo excusa su mala salud, o una ocupación de mayor importancia» (Digesto, 42. 1. 53.2), es decir, aquel impedido por un caso fortuito[2]. De nuevo, entonces, encontramos el caso fortuito

1 A la fecha, la única investigación centrada en el estudio histórico del caso fortuito es la de Maffei (1957).

2 En la traducción del *Digesto* llevada a cabo por Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, en correspondencia de 42. 1. 53.2, entre las causas que permiten no presentarse frente al juez se contempla expresamente el caso fortuito. Esta es la traducción del pasaje: «no se castiga como contumaz el que dice que no se ha podido presentar por haber estado enfermo, o impedido por caso fortuito» (Rodríguez de Fonseca, 1776-1791, XV, p. 208).

presentado como un hecho que no pudo resistirse por el hombre y en el cual él no tuvo ninguna responsabilidad. Esto se demuestra incluso en la definición que Ulpiano ofrece de la avenida de río, uno de los acontecimientos clásicos citados por las fuentes romanas al momento de proporcionar un ejemplo de caso fortuito: «avenida de río se ha de entender también aun sin tempestad; entendemos que hay avenida de río, también si la magnitud de este sirva de impedimento, ya se haya desbaratado el puente, ya no haya barca» (Digesto, 2. 11. 2.7). Así, si un hombre hubiese podido prever lo que pasaría antes de empezar su viaje, o si hubiese cambiado de itinerario y cumplido con su obligación, su justificación deja de ser legítima y, por tanto, su conducta sufrirá consecuencias jurídicas, como bien demuestra el pasaje del *Digesto*, atribuido a Ulpiano, que se pone en nota[3].

Parece claro que el caso fortuito se define por la disciplina romana como el hecho irresistible, impredecible y en el cual el agente no tuvo ninguna culpa. Su existencia se puede determinar, entonces, evaluando en qué medida el agente actuó diligente y cuidadosamente para prevenir o resistir al evento de cara a cumplir con su obligación. De hecho, como subraya Mauricio Tapia Rodríguez, «el estándar más elevado de cuidado es el que corresponde al patrón de "culpa levísima", definida como aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes». El mediano concierne a la «culpa leve», «que es la falta de diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios». El menos exigente atañe a la «culpa lata», «propia de quien no maneja los negocios ajenos con el cuidado que incluso las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios» (2013, p. 21).

La ponderación de la menor o mayor diligencia puesta por el agente en el cumplimiento de la obligación determina, por lo tanto, la existencia/ausencia/gravedad de la culpa; y solo cuando su conducta haya sido la de un buen padre de familia, de acuerdo con el derecho romano, podrá declararse el acontecimiento fortuito, y, por ser ajeno a la negligencia, culpa y dolo, llevará consigo la exención de cualquier responsabilidad

3 «Pero si alguno, pudiéndose librar de la tempestad, o de la crecida del río, con que hubiese partido antes, o navegado en tiempo oportuno, se hubiese ceñido al tiempo preciso, ¿le aprovechará por ventura en algo esta excepción? Esto, en verdad, deberá resolverse con conocimiento de causa; porque ni se le ha de estrechar de modo, que se le pueda decir por qué no marchó mucho antes que llegase el día de la promesa; ni tampoco, si hubiese algo que le sea imputable, se le ha de permitir que le sirva de excusa la tempestad, o la crecida del río. ¿Qué se dirá, pues, si hallan alguno en Roma al mismo tiempo de la promesa de presentarse, sin necesidad urgente y sólo por gusto se hubiere marchado a su municipio? ¿No es caso indigno de que le favorezca esta excepción? ¿O qué diremos, si verdaderamente la tempestad fue en el mar, pero pudo ir por tierra, o evitar con rodeos el río? Igualmente se ha de decir, que no siempre le aprovecha la excepción, salvo si la premura del tiempo no le permitiera hacer el camino por tierra o rodear. Mas cuando o el río hubiese crecido tanto, que hubiese inundado todo el lugar en que debió presentarse, o alguna fortuita calamidad asoló el mismo lugar, o hizo peligrosa la presencia para el que llegara, también en este caso se le debe conceder excepción, por razón de lo bueno y equitativo» (Digesto, 2. 11. 2.8).

jurídica. Además, es muy importante subrayar que todos los negocios jurídicos y las principales instituciones de derecho privado están sujetas al caso fortuito, siempre y cuando en el contrato no se haya establecido lo contrario. De este modo, la importancia atribuida por los juristas de la época a esta categoría resulta muy relevante ya que influye, entre otros, en el contrato de comodato/usufructo, prenda/hipoteca, depósito, compraventa, arriendo/locación y enfiteusis.

III. FUNDAMENTOS CULTURALES Y RELIGIOSOS DE UNA CATEGORÍA JURÍDICA Y DE UNA COSMOVISIÓN

En esta categoría jurídica el legislador romano incluía todos los fenómenos que no podía explicar por falta de conocimiento científico y que, por lo tanto, no podía prever y resistir. Así, se calificaban como casos fortuitos acontecimientos relacionados con la acción de los animales (estorninos, grajos, langostas); con los principales elementos naturales —viento (violencia del viento, viento cálido), agua (lluvia, nieve, granizo, tempestad, avenida/crecida/ímpetu de ríos, avenida/crecida/ímpetu del mar, inundación/aluvión, naufragio, sequías), fuego (incendio), tierra (terremotos, abertura de la tierra)—; y con la biología (enfermedad)[4].

El origen desconocido convertía estos acontecimientos en casos fortuitos, ya que, por ignorar las causas, la cosmovisión antigua los atribuía a la ira divina[5]. Por esto los antiguos no solo consideraban que estos hechos no se podían prever, sino que era su firme opinión que el hombre no podía resistirse a ellos. Esto pudo pasar porque, por un lado, al momento de reglamentar un determinado aspecto de la vida social, política e institucional de una sociedad, el derecho aplica parámetros culturales compartidos por los miembros de la misma; y, por otro, como afirma Alfredo Pérez Guerrero, porque «el Derecho, fundamentalmente, es una creación social», ya que «dada la sociedad se da la moral, el lenguaje, la religión, todos los productos de la cultura; pero con menos imperiosidad, con menos ineludible necesidad que el Derecho» (1984, p. 2). Asimismo, como fue subrayado por un célebre brocardo romano, «el Derecho es constitutivo de la sociedad al punto que llega a identificarse con ella: *ubi societas, ibi jus*; o mejor *ubi jus,*

4 Entre paréntesis se listaron varios ejemplos (claramente traducidos al castellano) proporcionados por el legislador romano, en los textos justinianeos, al momento de disciplinar el caso fortuito. Por obvias razones de espacio, no se indicarán las referencias específicas de cada uno de los ejemplos citados.

5 Hacía excepción el incendio, ya que los antiguos sabían que podía causarse por dolo, culpa o negligencia, y, por lo tanto, no siempre se calificaba como fortuito. Por ejemplo, para el derecho romano, caso fortuito era «tutto ciò che accade indipendentemente dalla volontà umana o dell'obbligato». Así que, «tra culpa e casus vi ha separazione netta; questo comincia là dove quella finisce». El incendio, en cambio, se configuraba como un caso fortuito menor porque su ocurrencia determinaba que «il campo del caso [fortuito] si ricongiunge con quello della colpa di cui viene ad invadere una parte» (De Medio, 1908, pp. 157-158, 160).

ibi societas» (Di Donato, 2010, p. 39). Por estas razones, un pasaje del *Digesto*, atribuido a Gayo, subraya cómo la «fuerza mayor», otro nombre que identifica los casos fortuitos en el derecho romano, era conocida por los griegos como «fuerza de Dios» (Digesto, 19. 2. 25.6)[6]. Gayo, indirectamente, nos confirma entonces que, tanto para la cultura romana como para la griega, estos acontecimientos eran un producto de la voluntad divina y que por esta razón se decidió convertirlos en una excusa contractual[7]. Al mismo tiempo, es interesante mencionar también que la referencia que se acaba de citar, remontante a la época pagana, se incorporó integralmente al *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, una de las obras más emblemáticas de la época cristiana romana. Y no habría podido ser distinto, dado que la «paternidad» divina de los desastres había sido reconocida también por el cristianismo, al mismo modo que todas las religiones de aquellos tiempos, pues sus fieles pretendían hallar en el plano espiritual respuestas que la ciencia de entonces no podía aún encontrar en el plano empírico.

Las religiones fueron así llamadas a explicar acontecimientos de otra manera inexplicables, y claramente lo hicieron atribuyendo a las divinidades el control de los elementos naturales. De hecho, no pudiéndose explicar de otra manera, faltando los conocimientos científicos necesarios, las manifestaciones más aterradoras de la naturaleza (los casos fortuitos) se volvieron, en consecuencia, prerrogativa específica de las divinidades, que solían, a través de ellos, manifestarse a los hombres. Pero es necesario especificar que los griegos y los romanos no fueron los únicos en interpretar de esta manera determinados hechos relacionados con la naturaleza o el clima, porque «atribuir a un origen sobrehumano, supranatural o divino la presencia de fenómenos naturales, de amenazas biológicas o, incluso, de desastres asociados con ellas, ha constituido una constante a lo largo de la historia de la humanidad» (García Acosta, 2017, p. 47). Como subraya María Eugenia Petit-Breuilh Sepúlveda,

> [...] el sobrenatural no se inventa de pronto y […], dentro de lo hermético que pueda parecer a nuestro entendimiento actual una historia que incluya elementos con esas características, es verosímil pensar que podría tratarse de hechos reales que han sido exagerados;

6 Considérese que Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca utilizó para traducir este pasaje la fórmula de la «ira divina» en lugar de la mucho más neutra «fuerza de Dios». Es importante subrayar esto porque permite entender que conforme retrocedemos más en el tiempo, los actos divinos se hacen más perentorios e irresistibles (Rodríguez de Fonseca, 1776-1791, VII, p. 157).

7 De hecho, es muy patente que la mitología griega y romana imputaran el control de los elementos naturales a las divinidades, como demuestran varios relatos y poemas. Entre otros, Zeus-Júpiter se consideraba capaz de generar tempestades, lanzar rayos y amontonar nubes, mientras a Poseidón-Neptuno se le atribuían los terremotos y maremotos, ya que tenía firme control sobre todo lo que estuviese compuesto de agua (mares, lagos, ríos, etcétera). Al respecto, véase Guidoboni (2014, pp. 241-243); el párrafo «Poseidón, el señor de los mares y los terremotos», incluido en Hard (2008, pp. 148-150); y el relato «Dionisio en el mar», incluido en Kerényi (1951/1997, pp. 262-264).

> sin duda, como una manera de suplir el desconocimiento de la causa que los produjo (2006, p. 15)[8].

Todas las creencias en manifestaciones sobrenaturales, creadas para explicar los desastres —es decir, los casos fortuitos—, eran verdades incontrovertibles por parte de las poblaciones que las elaboraron. Como lo expresan Peter Berger y Thomas Luckmann,

> [...] el orden social no forma parte de la "naturaleza de las cosas" y no puede derivar de las "leyes de la naturaleza". Existe solamente como producto de la actividad humana. No se puede atribuir ningún otro *status* ontológico sin confundir irremediablemente sus manifestaciones empíricas. Tanto por su génesis (el orden social es resultado de la actividad humana pasada), como por su existencia en cualquier momento del tiempo (el orden social solo existe en tanto que la actividad humana siga produciéndolo), es un producto humano (2001, p. 73).

En otras palabras, la realidad es una construcción social y no una decodificación exacta de la realidad empírica que nos rodea. Las creencias mismas son construcciones sociales y, como tales, son consideradas verdades incontrovertibles mientras no muten los paradigmas sociales (y culturales) que contribuyeron a su afirmación. No ha de extrañar, entonces, que —como subraya Everardo Minardi— con la llegada de la escritura, los mitos, que por siglos fueron utilizados por las poblaciones para descifrar el mundo, se incorporaran en los textos verdaderos por excelencia; es decir, los textos sacros. Y, naturalmente, la Biblia no fue una excepción (2012, p. 20). Lo demuestran por lo menos dos elementos. Por una parte, el cuento bíblico de Noé presenta muchas analogías con la épica babilónica de Gilgamesh. En este relato un hombre de nombre Utnapishtim, que existió realmente durante el reino del décimo rey de Babilonia, construye una gran arca para poner a salvo a muchas especies de animales (Minardi, 2012, p. 20). Por otra, el Dios del Antiguo y del Nuevo Testamento detenta muchas de las prerrogativas que, desde tiempos muy remotos, e incluso durante el Imperio romano, se reconocían a divinidades paganas, entre ellas, utilizar acontecimientos naturales y climáticos extremos para intervenir en la historia de la humanidad y manifestar todo su poderío. Además, como lo subraya Juan Manuel Blanch Nougués, la Iglesia católica y, con ella, el cristianismo y sus textos sagrados,

8 Demuestra lo que se está diciendo el hecho de que las civilizaciones del continente americano generaron paralelamente cosmovisiones con similares miradas para explicar los principales fenomenos naturales por medio de la intervención divina (García Acosta, 2017, p. 52; Amory, 2013, p. 37; Petit-Breuilh Sepúlveda, 2006, pp. 51-52, 69). Lo mismo se registra también en otras culturas, más allá de lo que hoy entendemos por Occidente, como por ejemplo la de los aborígenes australianos, los pueblos de la Melanesia en el sur del Pacífico, los indígenas del círculo polar ártico o los nativos del Extremo Oriente (Ugalde, 2009, pp. 29-30; Lo Russo, 2002, pp. 13-17).

> […] fue históricamente la institución que asumió el acervo cultural de la tradición pagana, plasmada básicamente en el pensamiento filosófico y jurídico, y que se impregnó de ella hasta tal punto que, si se puede hablar de un paganismo cristianizado en las últimas etapas de historia de Roma, también se puede decir a la inversa que el cristianismo sufrió una cierta paganización (2011, p. 110).

Y el examen de la *Vulgata* demuestra esta conmistión con mucha claridad, ya que en ella es fácilmente averiguable que al Dios cristiano se le asignó el control de los elementos naturales y, por lo tanto, la capacidad de originar los desastres: un atributo de las antiguas deidades paganas[9]. Es decir, los que redactaron las Sagradas Escrituras incorporaron entonces en estos textos la cosmovisión propia del mundo antiguo. Los acontecimientos climáticos y naturales, en aquel tiempo inexplicables, se atribuyeron a la voluntad del Dios que estos textos se proponían celebrar y glorificar[10]. Por otro lado, no habría podido ser diferente pues en la cosmología cristiana todo pasa por voluntad de Dios, que actúa a través de la Divina Providencia, así que nada puede considerarse casual. Esta visión providencialista de la historia condicionó desde el principio la visión cristiana, en tanto San Agustín fue su principal teórico[11].

---

9 En el Antiguo Testamento, el Libro del Génesis atribuye a Dios la capacidad de inundar la tierra por medio de un diluvio y de destruir las ciudades de Sodoma y de Gomorra, azotándolas con una lluvia de azufre y fuego (elementos que harían pensar a una erupción volcánica o en una lluvia de meteoritos). El Éxodo lista las plagas de Egipto, enviadas por Dios para castigar al faraón y sus súbditos infieles, que incluyen, entre otras cosas, muerte masiva de ganado, granizadas, rayos y langostas. El Libro de Josué afirma que Israel derrotó a Gabaón porque Dios diezmó a su ejército con un fuerte granizo. El Libro de Job, por su lado, atribuye a Dios la capacidad de provocar terremotos. Los Salmos declaran que Dios se manifiesta a los hombres y demuestra su poderío a través de tempestades, granizos, nevadas, heladas, rayos y fuego. El Libro de la Sabiduría relata que el Creador azotará a los impíos con tornados, granizos, inundaciones y rayos. En la profecía de Isaías se dice que por voluntad de Dios se enviará granizo e inundaciones contra los profetas, sacerdotes y jefes del reino de Judá, una tempestad (de fuego) para liberar Jerusalén y tornados para castigar Asiria. La profecía de Jeremías afirma que Dios castigará a los falsos profetas con tornados y tempestades, y le atribuye el poder de controlar las manifestaciones climáticas (en particular, tormentas). La profecía de Ezequiel indica que los falsos profetas serán sacudidos con vientos, tempestades, inundaciones y granizos, y relata que Dios enviará contra Gog de Magog (el diablo) terremotos, pestilencias, lluvias torrenciales, granizos y lluvia de azufre y fuego. En la profecía de Jonás se revela que el profeta, por no cumplir el mandato de Dios, se encontrará con una tempestad marítima. En el Nuevo Testamento, el Evangelio de Mateo afirma que hubo un terremoto cuando Jesús murió y lo mismo pasó cuando resucitó, y que el juicio final será anunciado por pestilencias, hambrunas y temblores de tierra. Respecto a este último punto, resultan conformes también los Evangelios de Marcos y Lucas. En los Hechos de los Apóstoles se lee que Pablo y Silas fueron librados de las cárceles por Dios con un terremoto. Por último, muchas referencias a la capacidad de Dios de manifestar su poderío a través de manifestaciones climáticas y naturales extremas se encuentran en el Apocalipsis de San Juan.

10 Claramente, no se trató de una incorporación estéril, sino de una verdadera reelaboración. En la tradición judía (y después cristiana) estos eventos dejaron de ser una simple manifestación del poderío de la divinidad y acabaron por convertirse en un castigo. De hecho, así lo sostiene Virginia García Acosta: «El castigo, manifiesta en el desastre, como producto de la ira divina, es característico de la tradición judeocristiana. No se perciben como castigos, aunque sí provenientes de manifestaciónes divinas, en otras tradiciones e interpretaciones que hemos identificado» (2017, p. 52).

11 En *De Civitate Dei* afirma que el mundo es una creación de Dios, y que el acontecer del mundo está regido por la Divina Providencia que planifica, conduce y gobierna el devenir de la humanidad. Es decir, todos los sucesos tienen que considerarse obra de Dios y deben reputarse finalizados únicamente al cumplimento del Plan Divino (Roldán, 1997, p. 39). Y lo que se está diciendo vale también para la naturaleza, ya que según San Agustín existe la naturaleza ordenada (visible al hombre), que corre en el tiempo hacia su perfección —ordenándose progresivamente a la unidad

IV. LA SACRALIZACIÓN JURÍDICA DEL CASO FORTUITO EN EL DERECHO CASTELLANO MEDIEVAL

Parece claro entonces que hasta sus primeros momentos el cristianismo fue muy receptivo a considerar la ocurrencia de los desastres como una manifestación concreta de la voluntad divina. Y esto permite entender por qué los paradigmas culturales elaborados en la Edad Antigua, cristalizados en la nueva religión cristiana y «sacralizados» jurídicamente por el derecho justinianeo, pudieron confluir integralmente en el derecho medieval occidental.

Cuando la cristiandad volvió al derecho romano, durante la Edad Media, no tuvo ninguna dificultad en aceptar la disciplina del caso fortuito propuesta por Gayo y Ulpiano, entre otros, ya que en ella los juristas (y la sociedad) encontraron una clara confirmación de lo que aseveraba la Biblia: los desastres ocurren por voluntad de Dios.

El caso castellano a este respecto es muy emblemático. Como ha afirmado Mario Góngora, en la Castilla medieval, «de la convicción del pueblo brota[ba] el Derecho Consuetudinario, que se expresa en las asambleas populares». La primera responsabilidad del rey era la salvaguardia del derecho, ya que la costumbre «era más fuerte que la legislación: las leyes escritas eran más bien fijación de los antiguos privilegios, declaración o purificación de la costumbre, que creación o dictación de nuevo Derecho» (p. 25). Es decir, la sociedad medieval en general, como lo será también la del Antiguo Régimen —y la Castilla en esto no representaba una excepción—, encontraba sus fundamentos en una idea muy precisa: los valores y, por lo tanto, el derecho, son inmutables y eternos, siempre y cuando resulten conforme a la enseñanza de la Iglesia y de las Sagradas Escrituras. Como subraya Francesco Di Donato, el derecho se convirtió de esta manera en la quintaesencia de la estabilidad, como muy bien expresa una máxima que tuvo gran éxito en toda la cristiandad: «Quod semper, quod ubique, quod ab omnibus creditum est, hoc teneatur» (2010, p. 40).

Por lo tanto, el soberano en la Edad Media no podía crear derecho y estaba legitimado únicamente a proporcionar fundamento legislativo a prácticas, costumbres y creencias ya aceptadas. Es decir, debía tratarse de creencias que se reputaran conformes a la tradición, ya que esta última se consideraba la manifestación terrenal del Verbo Divino, «cristalizado en la uniformidad de la obediencia pasiva y permanentemente renovada en formas tipificadas a las palabras del Creador» (Di Donato, 2010,

del orden (invisible)— y depende de la naturaleza ordenadora (invisible al hombre), la cual, a su vez, depende directamente de Dios. Así que la naturaleza visible se ordena a una perfección creada no divina. Es decir, tomando en préstamo los términos tomistas, «la unidad de orden sería el *actus essendi*, y la *natura ordinata* sería la *essentia*» (Moreno, 1999, pp. 261-262).

p. 41). Sin embargo, una novedad en línea con la tradición (es decir, con lo que siempre y por todos se había considerado lo correcto) era una falsa novedad. Queda claro entonces que el soberano no solo no podía innovar a su complacencia el orden jurídico, sino que con intentarlo incurría en el delito de tiranía (p. 41). Así que, durante la Edad Media, a la costumbre se le reservó siempre un lugar central en el orden jurídico y social, ya que fue «invocada instintivamente antes que pensada y articulada» (Tau Anzoátegui, 2000, p. 23).

A lo largo de la Baja Edad Media, para eludir el obstáculo, los gobernantes europeos empezaron a recurrir al derecho romano: el recurso al *Corpus Iuris Civilis* les permitió innovar el derecho, pero sin salir de la tradición y de la legitimación que esta atribuía a sus decisiones. Así, gracias al redescubrimiento del derecho romano operado por los glosadores en muchas realidades, la autoridad estatal logró aumentar sus prerrogativas y fortalecer su posición respecto a los estamentos tradicionales. El control de la justicia, en particular, permitió al Estado aumentar sus ámbitos de intervención, y gracias al derecho romano se proporcionaron a la sociedad nuevas y más avanzadas herramientas jurídicas —como, por ejemplo, el contrato— que se revelaron determinantes para soportar el desarrollo económico y social. El proceso jurídico que se acababa de reasumir no se registró con relación a la definición y disciplina del caso fortuito, porque en este campo la sociedad romana no tenía mayores conocimientos científicos de la sociedad europea medieval. En consecuencia, el derecho castellano medieval se limitó a ratificar la impotencia del hombre para lidiar con los elementos naturales, muy bien cristalizada en la disciplina jurídica del caso fortuito. Y lo hizo porque los paradigmas culturales en la base de esta categoría jurídica eran perfectamente conformes a la cosmovisión católica y, durante el Medioevo, «el Derecho estaba llamado conseguir la armonización de lo espiritual y lo temporal en la actividad humana» (Salinas Araneda, 2004, p. 494).

Por lo tanto, no debe extrañar que la ley XVI del Título V (Del tiempo porque se ganan…) del Libro V del *Espéculo*, una de las principales obras jurídicas de Alfonso X, al momento de tratar la usucapión, con particular referencia a lo que puede interrumpir el tiempo de la posesión y, por lo tanto, impedir la adquisición, afirma que son dos las «cosas que [pueden] enbargar a los omes para no poder ganar las cosas por tiempo»: la intervención de la naturaleza y la del hombre. Y, al momento de explicar en qué puede consistir la primera, subraya: los acontecimientos que interrumpen la ocupación, relacionados con la naturaleza, acaecen «por voluntad e por poder de Dios». Igualmente, la ley XXI, del Título XI (De los Juras), siempre del Libro V del *Espéculo*, reafirma la paternidad divina de los desastres relacionados con causas de origen natural y biológico al momento de reglamentar una de las

prácticas más importantes de la cristiandad (tanto medieval como moderna): el juramento. El antiguo acto sagrado, que consistía —como recuerda el *Diccionario de Autoridades de la Real Academia de la Lengua*— en «la afirmación, o negación que se hacía llamando a Dios por testigo de su verdad, o explícitamente nombrándole, o implícitamente en las criaturas, en quien resplandecía su bondad, poder y sabiduría» (1734, IV). Durante el Imperio romano el recurso a esta práctica ya está comprobado: «al testimonio acompaña en la generalidad de los casos, como garantía de veracidad, un juramento», y declararlo en falso se considera una ofensa a los dioses paganos (Alejandre García, 1976, p. 17). Sin embargo, su legitimación en la Europa medieval y moderna se derivó de la Biblia, que, refiriéndose a esta práctica en varios versículos, de *facto*, la reglamenta, estableciendo el imperativo de respetar lo que se jura porque el mismo Dios decidió hacerlo cuando juró a Abraham entregarle la Tierra Prometida, e igual hicieron varios patriarcas y rey(es) de Israel. Así, afirma que cuando se jura se hace en nombre de Dios, que no respetar lo jurado es pecado y, como tal, será castigado.

Por estas razones, el juramento constituyó uno de los pilares jurídicos europeos, por lo menos hasta el fin del Antiguo Régimen. Estando muy relacionado al discurso y a la gestualidad, y expresándose a través de una formula a menudo concebida como automaldición, destinada a concretizarse en caso de ruptura del juramento, reunía la esfera jurídica y la religiosa. Además, al juramento se atribuían poderes sobrenaturales. Si bien existieron dos tipologías, el asertorio (relativo a la veracidad de una afirmación) y el promisorio (relacionado con una promesa o un voto), en la praxis no se hizo ninguna distinción entre las dos —es decir, entre falso testimonio y ruptura del juramento— hasta el siglo XVII; por el contrario, ambas acciones se consideraban perjurio y eran castigadas por las autoridades eclesiásticas y seculares (Luminati, 1998-2018). Por ser una ofensa a Dios, el perjurio se reputaba crimen y pecado al mismo tiempo, como prescrito por las Sacras Escrituras, que insistían «en que tanto el testigo falso como el falso acusador no podían quedar impunes, mereciendo sanciones espirituales y físicas» (Alejandre García, 1976, p. 17). Por otro lado, es significativo que en el derecho romano clásico no parece «que hubiera sido exigible el juramento» y que fue más bien la Iglesia la que impuso «el juramento del testigo, como garantía de verdad», siendo por la patrística que el respeto del juramento se convirtió en una obligación moral y, por lo tanto, civil de todos los cristianos (1976, p. 17). Al respecto, es muy elocuente lo que escribe Juan Antonio Alejandre García:

> […] estas ideas sobre el fundamento de la sanción penal del falso testimonio se desarrollan especialmente por la patrística. Se atribuye a San Agustín la siguiente afirmación: «*Falsidicus testis tribus personis est obnoxius, primum Deo, cuius praesentiam contemuit; deinde iudici,*

quem mentiendo fallit: postremo innocenti, quem falso testimonio laedit» (Decretales 5, 20 De crimini falsi, 1). Está formulación es repetida por San Isidoro (1976, p. 18).

En la época medieval, por lo tanto, el juramento obligaba al individuo a decir la verdad o cumplir con lo prometido. De no acaecer esto, se condenaría por perjurio, y su castigo habría podido consistir en la requisición de todos sus bienes. Sin embargo, el *Espéculo* reconoce una excepción, estableciendo que se excusará (y no se inculpará de perjurio) al que no pudo respetar el juramento por casos fortuitos (Espéculo, 5, 11, 31). Para el legislador medieval y la sociedad entera, entonces, los casos fortuitos, al estar relacionados con manifestaciones extremas de la naturaleza, tenían que atribuirse a la voluntad divina. Así que cuando el juramento no se podía cumplir por una avenida de río, nieves abundantes u otros acontecimientos similares, para los contemporáneos era evidente que el mismo Dios había querido que esto pasara y, por lo tanto, no se había cometido ninguna ofensa hacia él. Todo lo contrario: se había cumplido con su voluntad.

La connotación cristiana del caso fortuito es también muy evidente en las *Siete Partidas* (Iglesia Ferreirós, 1980, pp. 531 y ss.; García Gallo, 1976, pp. 509 y ss.; Martínez Marcos, 1963, pp. 897 y ss.; Giménez y Martínez de Carvajal, 1954, pp. 239 y ss.; Giménez y Martínez de Carvajal, 1955, pp. 201 y ss.; Bidagor, 1935, pp. 297 y ss.): la «obra legislativa de mayor relieve en la historia jurídica bajomedieval española y de mayor altura científica en la Europa del siglo XIII, en la que debió colaborar el maestro Jacobo de las Leyes, probablemente educado en Italia o en alguna de las Universidades del sur de Francia» (Torrent Ruiz, 2013, p. 47). Así, conforme a lo que han demostrado varías investigaciones, para la elaboración de las *Siete Partidas* se utilizaron muchas obras de los glosadores, numerosos extractos del *Corpus Iuris Civilis*, textos canónicos, y también se hizo amplia referencia a las obras de filósofos como Aristóteles, Séneca, Boecio, y de teólogos (Torrent Ruiz, 2013, p. 49; Pérez Martín, 1992, pp. 215-246; Bellomo 1988, p. 106). Por lo tanto, la obra resulta fuertemente influenciada por el derecho romano por la interpretación de este operada por los glosadores y la filosofía escolástica medieval. Está demostrado que «el autor de esta obra alfonsina interpreta y traduce las fuentes romanas y canónicas, maneja el *Corpus Iuris Civilis* y el *Corpus Iuris Canonici*, así como la doctrina de autores como Azón, Acursio o Godofredo de Trano» (Ortuno Sánchez Pedreno, 2001, p. 369). Además, como subrayó Isaac Vázquez Janeiro, «tratándose en las *Siete Partidas* de un cuerpo de leyes destinadas a regir una sociedad esencialmente cristiana, era obvio que el autor procurase establecer esas normas a base de las fuentes de la fe cristina, Sagrada Escritura y tradición» (1992, p. 91). Así que el cuerpo legal puede considerarse una «suma» de teología medieval, ya que «muchas

de las cuestiones tratadas en él nos llevan al mundo de la primera Escolástica y a sus obras representativas» (p. 91); y, paralelamente, «un texto representativo del Derecho Romano bajo la forma que éste había adquirido en manos de los juristas italianos hacia la época de su composición, es decir, fundamentalmente en manos de los glosadores» (Guzmán Brito, 1992, p. 84).

No ha de extrañar entonces que en las *Siete Partidas* el caso fortuito encuentre su máxima y más detenida disciplina, y que, como se demuestra por el recurso que el legislador hace a las teorías naturalísticas de Aristóteles[12], la misma resulte conforme no solo a la visión romana sino también a la cristiana, dictada por la Biblia, la Iglesia y la patrística. De hecho, si bien lo que se está diciendo puede sembrar una paradoja, las *Siete Partidas* consideran los casos fortuitos como una excusa contractual por ser el resultado de acontecimientos naturales atribuidos a la voluntad divina, ya que, por la cosmovisión cristiana y el providencialismo que le era propio, nada podía pasar sin que la Providencia Divina lo permitiera. Además de esto, el control de Dios sobre la naturaleza encuentra una ulterior demostración en las inmutables leyes físicas y naturales puestas en evidencia por Aristóteles, que se consideraban un claro ejemplo de la perfección del orden divino.

De otro modo, no se explicaría el prólogo de las *Siete Partidas*, en el cual el legislador reconoce que «Dios es comience, e medio, e acabamiento de todas las cosas, e sin él ninguna cosa puede ser: ca por el su poder son fechas, e por el su saber son gobernadas, e por su bondad son mantenidas». Ni tampoco la ley 47 del Título IV de la Primera Partida, en la cual el legislador recurre a Aristóteles para convalidar aún más la idea de un orden natural gobernado por la voluntad divina. De hecho, el texto explica que

> […] la natura non puede dexar, nin desuiarse de obrar segund la orden cierta que uso Dios porque obrase, assi como fazer noche, e dia e frio e calentura: e otrosi que los tiempos non recudan a sus sazones segud el mouimiento cierto del cielo, e de las estrellas, en quien puso Dios virtud e poder de ordenar la natura. Ni puede fazer otrosi, que lo pesado non descienda, e que lo liuiano non suba […] e por esto dixo Aristotele que la natura non se faze a obrar en contrario, e esto quiere tanto dezir como que siempre guarda una manera, e orden cierta, porque obra (Siete Partidas, 1. 4. 47).

Por las líneas que se acaban de citar, parece claro que las dinámicas naturales descubiertas por Aristóteles se consideran una ulterior

12 Si bien es incomprobable que Alfonso X conociera directamente la obra de Aristóteles, como fue afirmado por Ferreiro Alemparte (1988, pp. 97-133) y Martín (2000, pp. 323-348), es muy probable que llegara a leer «las líneas básicas de su filosofía moral expuesta ya por Gundisalvo un siglo atrás» (Herrero de Jáuregui, 2008, p. 212). Sobre el tema, véase también Bizzarri (2002, pp. 132-133).

demostración de la dependencia del orden natural con respecto a la voluntad divina. De otro modo, no se podría explicar la necesidad de relacionar el reconocimiento de la autoridad divina sobre la naturaleza con su orden inmutable y con las conclusiones del filósofo griego. Y lo que se está diciendo se confirma también por el hecho de que, en la parte final de la misma norma, el legislador se enfoca en demostrar que, como todo el orden natural está sujeto a la voluntad divina, también los eventuales accidentes o variaciones (casos fortuitos) deben imputarse solo a Dios, por ser «algo exclusivo suyo» (Siete Partidas, 1. 4. 47).

La atribución a Dios del orden natural, como también de sus eventuales anomalías, explica por qué en la mentalidad y cultura de la época todo lo relacionado con la naturaleza, incluidos los desastres, se consideraba ajeno a la voluntad humana y se reputaba imposible de prevenir o resistir. Lo que se acaba de señalar es demostrado también por la definición del caso fortuito contenida en la Séptima Partida, que, retomando la clasificación de la culpa proporcionada por los glosadores, especifica que los casos fortuitos son lo que ocurren en ausencia de dolo, culpa y negligencia (Siete partidas, 7. 33. 11). Es claro, entonces, que para el legislador estos sucesos no se podían prever, resistir o imputar a la acción o responsabilidad directa o indirecta del hombre, por lo que debe entenderse que su origen tiene que encontrarse en otro plano: el divino. Y el mismo sentido se registra en la Tercera Partida, donde en el Título XXXII (De las labores nuevas, como se pueden embargar que se non faga, e de las viejas que se quebren caen, como se han de fazer, e de todas otras labores), la Ley 14 reconoce que si una heredad recibe daños de otra, su dueño no se resarcirá si esto pasara por causa natural, es decir, sin que nada «sea fecho maliciosamente por mano de omes», como en el caso de que «corra el agua de la heredad que está más alta en la que está más baxa, o desciendan piedras, o tierra, por movimiento de las aguas» (Siete Partidas, 3. 31. 14). Parece claro que el legislador atribuye el caso fortuito a una voluntad superior, no humana. En otras palabras, el acontecimiento extraordinario e inexplicable se interpreta como un acto de Dios, que como tal no se puede prever ni tampoco resistir.

V. CONCLUSIONES

La larga vigencia de las obras alfonsinas, que perduró por lo menos hasta las primeras décadas del siglo XIX, y la disciplina del caso fortuito en ellas registradas, demuestran la gran influencia que la interpretación de los desastres profesada por la Iglesia tuvo durante toda la época medieval y moderna en el desarrollo de los ámbitos más importantes de la sociedad occidental, entre los cuales figura sin duda el jurídico. Piénsese que, por ejemplo, aún en *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias*, obra jurídica que tuvo un gran éxito y que fue publicada por primera vez

en Guatemala, entre 1818 y 1820, por José María Álvarez, los casos fortuitos se atribuyen a la voluntad divina, y al momento de disciplinarlos el autor recurre a las *Siete Partidas*. En el Libro III, en el Título XIV (De las obligaciones), punto 16, el autor analiza el daño, el dolo, las culpas y el caso fortuito. Por daño —escribe— se entiende «todo aquello que disminuye nuestro patrimonio» (1854, p. 48). Es decir, con daño el autor se refiere al «empeoramiento, o menoscabo, o destruimiento que ome recibe en si mesmo o en sus cosas por culpa de otro» (Siete Partidas, 7. 15. 1), que puede suceder —añade— por dolo, culpa o caso fortuito. El autor pasa entonces a definir el dolo y explica que esto se verifica cada vez que alguien daña algo con propósito o intención (Siete Partidas, 7. 16. 1, 7. 33. 11), y luego precisa que se habla en cambio de culpa cuando la falta se registra por negligencia o descuido (Siete Partidas, 7. 33. 11; Álvarez, 1854, p. 48). Finalmente, define el caso fortuito como el daño que «viene de la Providencia Divina, que así lo dispone, y a la que no se puede resistir» (Álvarez, 1854, p. 48). Por esto, el autor explica, respecto al punto 18 del mismo título, que «al caso fortuito, hablando en general, ninguno está obligado» (Siete Partidas, 5. 2. 3), ya que «a ninguno se puede imputar lo que no puede impedir, sino que depende de la Providencia Divina que gobierna todas las cosas» (Álvarez, 1854, p. 50).

Además, por el discurso llevado a cabo en estas páginas, ha sido posible demostrar que:

1. El paradigma cultural que atribuía un origen divino a las manifestaciones más aterradoras de la naturaleza, muy bien cristalizado en la categoría jurídica del caso fortuito proporcionado por el derecho romano, puede remontarse a la Antigüedad clásica.
2. La interpretación de los desastres de origen natural y biológico formulada por los griegos y los romanos fue adoptada integralmente por los textos sagrados del cristianismo, y, a través de estos, por la sociedad occidental europea.
3. Los desastres relacionados con amenazas de origen natural, como los demás casos fortuitos, se reputaban un acto de Dios porque, dada la visión providencialista propia del cristianismo, todos los acontecimientos se debían a la Divina Providencia en tanto nada en este mundo podía considerarse casual. Una verdad muy importante al momento de entender las categorías culturales en la base del caso fortuito es que, ya que el hecho dependía de la voluntad divina —por la mentalidad de la época—, se convertía automáticamente en un acontecimiento imposible de prevenir y resistir. Esto se debía a una cultura teocéntrica en la que nadie

puede saber con adelanto lo que Dios tiene reservado para la humanidad y nadie puede oponerse a sus diseños.

REFERENCIAS

Alejandre García, J. A. (1976). El delito de falsedad testimonial en el Derecho histórico español. *Historia, Instituciones, Documentos*, *3*, 9-139.

Álvarez, J. M. (1854). *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias* (III). Segunda edición. Guatemala: Imprenta La Luna.

Amory, D. (2013). *Las Principales Leyendas, Mitos, Historias y Cuentos de Chile*. Bélgica: Edgar Adriaens.

Bellomo, M. (1988). *L'Europa del diritto comune*. Roma: Il Cigno Galileo Galilei.

Berger, P. L., & Luckmann, T. (2001). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu Editores.

Bidagor, R. (1935). El derecho de las Decretales y las Partidas de Alfonso el Sabio de España. *En Congressus iuridicus Internationalis VII saeculo a Decretalibus Gregorii IX, et XIV a codice iustiniano promulgatis* (pp. 297-313). Roma: Libraria Instituti Utriusque Iuris.

Bizzarri, H. O. (2002). El surgimiento de un pensamiento económico en Castilla (Historia de una idea desde Pedro Alfonso hasta Fray Juan García de Castrojeriz). *España Medieval*, *25*, 113-133.

Blanch Nougués, J. M. (2009). Cristianismo y Derecho Romano: una relación controvertida. En F. J. López Atanes & M. A. Rodríguez de la Peña (eds.), *Traditio Catholica. En torno a las raíces cristianas de Europa* (pp. 103-120). Madrid: CEU Ediciones, & Editorial Scire.

De Medio, A. (1908). Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano. *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, *20*(4-6), 157-209.

Di Donato, F. (2010). La manutenzione delle norme nell'Antico Regime. *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, *43*(170), 35-60.

Domingo, R. (2006). La Jurisprudencia Romana, cuna del Derecho. *Revista Jurídica*, *5*(3), 1-27.

Ferreiro Alemparte, J. (1998). Recepción de las éticas y de la política de Aristóteles en las Siete Partidas del Rey Sabio. *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, *1*, 97-133.

García Acosta, V. (2017). Divinidad y desastres. Interpretaciones, manifestaciones y respuestas. *Revista de Historia Moderna*, *35*, 46-82. doi: https://doi.org/10.14198/rhm2017.35.02

García del Corral, I. L. (1889-1898). *Cuerpo del derecho civil romano* (I-VI). Barcelona: Jaime Molinas.

García Gallo, A. (1976). Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso el Sabio. *Anuario de Historia del Derecho Español*, *46*, 609-670.

Giménez y Martínez de Carvajal, J. (1954). El Decreto y las Decretales, fuentes de la Primera Partida de Alfonso X el Sabio. *Anthologica Annua*, *2*, 239-348.

Giménez y Martínez de Carvajal, J. (1955). *San Raimundo de Peñafort y las Partidas de Alfonso el Sabio*. Roma: Iglesia Nacional Española.

Góngora, M. (1951). *El estado en el Derecho Indiano. Época de fundación 1492-1570*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.

Guidoboni, E. (2014). I maremoti antichi e medievali: una riflessione su sottovalutazioni e perdita di informazioni. *Mem. Descr. Carta Geol. d'It, XCVI*, 239-250.

Guzmán Brito, A. (1992). El Código Civil de Chile y sus primeros intérpretes. *Revista Chilena de Derecho*, *19*(1), 81-88.

Hard, R. (2008). *El gran libro de la mitología griega*. Madrid: La Esfera de los Libros.

Herrero de Jáuregui, M. (2008). La recepción de la Política de Aristóteles en la España del Renacimiento. En F. J. Aranda Pérez & J. D. Rodríguez (eds.), *De Re Publica Hispaniae. Una vindicación de la cultura política en los reinos ibéricos en la primera modernidad* (pp. 211-226). Madrid: Sílex.

Iglesia Ferreirós, A. (1980). Alfonso X el Sabio y su obra legislativa. *Anuario de historia del derecho español, 50*, 531-561.

Kerényi, K. (1951/1997). *Los dioses de los griegos* (J. López-Sanz, trad.). Caracas: Monte Ávila Editores.

Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio: cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia. (2008). Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Recuperado de: http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcf1903

Lo Russo, M. (2002). *L'avventura del rischio*. Soveria Mannelli, Calabria: Rubettino.

Luminati, M. (1998-2018). Giuramento. En *Dizionario Storico della Svizzera*. Berna: Accademia Svizzera di Scienze Umane e Sociali (ASSU).

Maffei, D. (1957). *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*. Milán: Giuffrè.

Martín, G. (2000). Alphonse X de Castilla, roi et empereur. Commentaire du premier titre de la Deuxième Partie. *Cahiers de Linguistique Hispanique Médiévale*, *23*, 323-348. doi: https://doi.org/10.3406/cehm.2000.925

Minardi, E. (2012). *Codici e paradigmi per rileggere lo sviluppo locale*. Téramo, Abruzo: Collana ebook di ricerca dell'Università di Teramo.

Moreno, J. A. (1999). San Agustín: el orden en Dios y en la naturaleza. *Espíritu: cuadernos del Instituto Filosófico de Balmesiana*, *48*(120), 252-262.

Opúsculos del Rey Sabio: el Espéculo. Edición de la Real Academia de la Historia (1836). (2018). Madrid. Agencia Estatal Boletín del Estado. Recuperado de: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-LH-2018-92

Ortuno Sanchez-Pedreno, J. M. (2001). Las fuentes del régimen de la donación en las Partidas. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, *23*. doi: http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552001002300007

Pérez Guerrero, A. (1984). *Fundamentos del derecho civil ecuatoriano*. Quito: Editorial Universitaria, Universidad Central del Ecuador.

Pérez Martín, A. (1992). Fuentes Romanas en las Partidas. *Glossae. Revista De Historia Del Derecho Europeo*, *4*, 215-246.

Petit-Breuilh Sepúlveda, M. E. (2006). *Naturaleza y desastres en Hispanoamérica: la visión de los indígenas*. Madrid: Sílex Ediciones.

Real Academia Española. (1734). *Diccionario de Autoridades de la Real Academia de la Lengua* (IV). Madrid: Real Academia Española.

Rodríguez de Fonseca, B. A. (1776-1791). *Digesto teórico-práctico, o recopilación de los Derechos Común, Real y Canónico, por los libros y títulos del Digesto…* (I-XV). Madrid: Imprenta Real.

Roldán, C. (1997). *Entre Casandra y Clío. Una Historia de la Filosofía de la historia*. Madrid: Akal.

Salinas Araneda, C. (2004). Del influjo canónico en las partidas al influjo canónico en el Código Civil de Chile. *Revista de estudios Históricos-Jurídicos*, *26*, 491-528. doi: https://doi.org/10.4067/s0716-54552004002600016

Tapia Rodríguez, M. (2013). *Caso fortuito en el derecho civil chileno*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Tau Anzoátegui, V. (2005). *El poder de la costumbre. Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la emancipación*. Madrid: Fundación MAPFRE.

Torrent Ruiz, A. J. (2013). La recepción del derecho justinianeo en España en la Baja Edad Media (siglos XII-XV). Un capítulo en la historia del derecho europeo. *Revista Internacional de Derecho Romano (RIDROM)*, *10*, 26-119.

Ugalde, A. (ed.). (2009). *Terremotos. Cuando la tierra tiembla*. Madrid: CSIC y Catarata.

Vázquez Janeiro, I. (1992). Las "auctoritates" escolásticas en las Siete Partidas. Glossae. *Revista de Historia del Derecho Europeo*, *3*, 65-92.

Recibido: 31/01/2020
Aprobado: 10/03/2020

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.012
CC BY
DERECHO PUCP
N° 84, 2020
junio-noviembre
pp. 355-304
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

La armonización del acceso a la apelación en Europa: modelos comparados y borrador del proyecto ELI/Unidroit

Harmonization of access to appeal in Europe: Comparative models and draft of the ELI/Unidroit project

ÁLVARO PÉREZ RAGONE*
Universidad Católica del Norte (Chile)
Universidad de San Pablo (Argentina)

Resumen: El acceso a la apelación en modelos comparados con método dogmático y comparado en Alemania, Reino Unido, Francia e Italia es importante ya que miembros de esos sistemas redactaron el borrador del proyecto ELI/Unidroit. El objetivo de este trabajo es sentar las bases de la armonización del proceso civil para Europa. Así, se pretende describir cada modelo nacional, analizarlo y, luego, al final del texto, compararlo con el proyecto mencionado y las principales tendencias en la materia. Este aporte se nutre principalmente de fuentes de derecho comparado relacionadas con el acceso y los filtros de la apelación, como la fundamentación de la misma como centro, y no pretende abarcar otros aspectos del trabajo en curso. Veremos que muchos aspectos que ya rigen en procesos civiles como el alemán e italiano están incorporados como propuestas. La idea es, entonces, realizar un balance de las críticas a partir de los modelos nacionales y examinar cuánto se reflejan en este borrador sobre la apelación.

Palabras clave: apelación, acceso, filtros, armonización, sistemas comparados

Abstract: Access to appeal in models compared with a dogmatic method and a compared one in Germany, United Kingdom, France and Italy is important since members of these systems wrote the draft of the ELI/Unidroit project. The objective of this project is to lay the foundations for the harmonization of the civil process for Europe. This way, it aims to describe each national model, analyze it and, then, at the end of the text, compare it with the mentioned project and the main trends in the matter. This contribution is mainly nourished by comparative legal contributions related to access and the filters of appeal, such as the casting of it as a center, and it's not intended to cover other aspects of the work in progress. We will see that many aspects that already govern civil processes such as German and Italian are incorporated as proposals. Therefore, the idea is to take stock of the criticisms from the national models and examine how much they are reflected in this draft on appeal.

Key words: First appeal, access, filters, harmonization, comparative systems

* LL.M. y Doktor Iuris (Universidad de Colonia [Alemania]), profesor de Derecho Procesal Civil Externo (Universidad Católica del Norte [Chile]), profesor titular de Derecho Procesal Civil (Instituto de Estudios Sociales, Políticos y Culturales de la Universidad de San Pablo [Tucumán, Argentina]). Esta investigación se llevó adelante en una estancia en la Universidad de Konstanz (2019-2020) como becario de la Fundación Alexander von Humboldt.
Código ORCID: 0000-0002-6069-4564. Correo electrónico: alvaro.perez01@ucn.cl

CONTENIDOS: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL RECURSO DE APELACIÓN EN ALEMANIA: LOS FILTROS DE ACCESO Y EL FORTALECIMIENTO DE LA PRIMERA INSTANCIA.– II.1. LA APELACIÓN LIMITADA Y CERRADA.– II.2. EL SISTEMA DE FILTROS EN EL *A QUO* Y *AD QUEM*.– II.3. RIBETES CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE LOS FILTROS.– III. EL MECANISMO DE FILTRADO DE ACCESO A LA APELACIÓN (PERMISO PARA APELAR) EN EL SISTEMA INGLÉS DE REGLAS DE PROCEDIMIENTOS CIVILES (CPR) Y EL RECHAZO DEL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN.– III.1. PARTICULARIDAD ESTRUCTURAL DEL SISTEMA INGLÉS.– III.2. EL PERMISO PARA APELAR (*LEAVE TO APPEAL*) Y LA APELACIÓN RESTRINGIDA.– III. 3. LA GESTIÓN DE FILTROS.– IV. LA REFORMA ITALIANA: LA INCLUSIÓN (CRÍTICA) DEL MODELO ALEMÁN.– IV.1. LAS PARTICULARIDADES DE LA REFORMA Y LA INFLUENCIA DE MODELOS COMPARADOS.– IV.2. FILTROS DE ACCESO.– V. LA AUSENCIA DE «FILTROS» EN LA APELACIÓN EN EL SISTEMA FRANCÉS DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL: LA TRADICIÓN DEL PRINCIPIO DE DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN.– V.1. EL MECANISMO DISCRECIONAL DE LA IMPOSICIÓN DE EJECUCIÓN PROVISIONAL.– V.2. VISIÓN JURISPRUDENCIAL.– VI. DISCUSIÓN Y PROPUESTA DE TRABAJO CON INFORME PRELIMINAR DEL GRUPO SOBRE APELACIÓN ELI/UNIDROIT.– VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Luego de la publicación de los Principios Transnacionales ALI/Unidroit del Procedimiento Civil, aprobados en 2004, el Instituto UNIDROIT, en colaboración con el nuevo European Law Institute (ELI), se propuso la generación de estándares mínimos comunes en el proceso civil para la versión europea[1]. En esta ocasión, se proyectaron a Europa con el objetivo de elaborar unas reglas para el proceso civil transnacional adaptadas a las particularidades europeas. En los últimos años asistimos en Europa a una fuerte corriente armonizadora/unificadora en materia de derecho procesal civil internacional (Szabados, 2016, pp. 1237-1243; Gascón Inchausti, 2018, pp. 99-102). Los promotores del comentado proyecto aspiran a coadyuvar en esta tarea, ofreciendo un modelo de unificación que sirva a los Estados europeos y evite el desarrollo fragmentario y desordenado del derecho (Gascón Inchausti & Hess, 2020, pp. 10-20). En esa línea, Unidroit y el ELI vienen trabajando juntos para desarrollar las Reglas Europeas de Procedimiento Civil. Asimismo, los principales académicos, abogados en ejercicio, jueces y miembros de instituciones europeas están representados en los diversos comités del proyecto. Se entiende, pues, que el proyecto ELI/Unidroit podría servir como una herramienta útil para evitar un crecimiento fragmentario y fortuito del derecho procesal civil europeo (Stürner, 2014, pp. 322-328; Hazard, 2014, pp. 176-178; Uzelac, 2017, pp. 3-5). En el presente trabajo, el

1 Al respecto, ver Información y documentación - Derecho Internacional Privado (2015).

recurso de apelación ha merecido mucha atención y discusión, y en especial el acceso al mismo.

A partir de las discusiones generadas y el borrador en curso, se pretende acá concentrar el análisis en cómo se regula el acceso a la apelación ordinaria. Ello en el contexto de la regulación actual existente en Alemania, Italia, Francia, Austria e Inglaterra, que es la que mayor influencia tuvo en el borrador (que se analizará en el presente aporte). Se escogieron esos ordenamientos para analizar problemas y soluciones comunes propuestas para los filtros a la apelación, extrayendo de los modelos analizados su funcionamiento. Así, se pretende compararlos con el borrador analizado y extraer las principales tendencias en la materia, más no abarcar otros aspectos, tales como el funcionamiento, la extensión del conocimiento de la apelación o la misma ejecución provisional de sentencias (que procura este aporte). Veremos que muchos aspectos que ya rigen en procesos civiles como el alemán e italiano están incorporados como propuestas. La idea, entonces, es realizar un balance de las críticas a partir de los modelos nacionales y examinar cuánto se reflejan en este borrador sobre el acceso a la apelación (Kramer, 2016, pp. 5-10).

Este es un aporte descriptivo-exploratorio que pretende identificar los principios de la apelación y sus filtros de acceso en modelos comparados y cómo se reflejaron finalmente en el borrador de trabajo ELI/Unidroit (metodología empleada en este artículo).

II. EL RECURSO DE APELACIÓN EN ALEMANIA: LOS FILTROS DE ACCESO Y EL FORTALECIMIENTO DE LA PRIMERA INSTANCIA

En Alemania, con respecto a la duración de las apelaciones dada la legislación vigente antes de la reforma de 2001, hubo dos situaciones que dicha reforma pretendía eliminar de cuajo. Por un lado, la nueva instrucción completa de la causa, garantizando en segundo grado un nuevo juicio completo (antiguo § 525 ZPO). Por otro lado, la obligación del juez de tramitar toda apelación oralmente sin contar con ninguna disposición que permita otro modo más expedito para resolver la instancia (Gottwald, 1996, p. 52).

El legislador de 2001 consideró necesario intervenir en ambos puntos. Con respecto al primero, se consideró que una segunda instancia plena y abierta sobre los hechos y el derecho era ahora insostenible, pues no integraba una de las garantías procesales esenciales en un Estado de derecho. Por el contrario, terminó degradando la primera instancia, permitiendo a las partes «escapar de la apelación» con fines puramente dilatorios, como si el primer grado de juicio nunca se hubiera llevado a

cabo y, de hecho, a pesar de que esto hubiera dado lugar a una sentencia «convincente». En cuanto al segundo problema, se encontró que, estadísticamente, solo el 20 % de las apelaciones propuestas condujo a una revocación o modificación de la sentencia de primera instancia, con inevitable perjuicio económico para las partes, especialmente donde se trataba de pequeñas y medianas empresas (Althammer, 2014, pp. 87-92).

En marcado contraste con el pasado, el legislador alemán enunció la necesidad de abandonar una apelación como un *novum judicium* integral para adoptar la idea de un modelo relativamente cerrado a nuevos hechos, defensas y alegaciones, dirigido a un juicio de (mero) control y eliminación de errores del juicio de primer grado. Así, el antiguo § 525 ZPO se reemplazó por el nuevo § 529 ZPO, que, junto con el § 531, requiere que el juez de apelaciones mantenga la reconstrucción de los hechos determinados por el tribunal de primera instancia, excepto en hipótesis especificadas. Esto ocurriría cuando el recurrente indique elementos concretos que ponen en duda la exactitud e integridad de las conclusiones de hecho contenidas en la sentencia recurrida, como por ejemplo errores cometidos por el tribunal de primera instancia al no pronunciarse sobre una cuestión fáctica o legal, por haberlo considerado irrelevante, o por haber violado una norma procesal (ver § 531, párr. II, nros. 1-2). Solo en estas circunstancias específicas puede el juez de apelaciones abrir el segundo grado y rever lo decidido en primera instancia (Althammer, 2018, pp. 522-531).

Se puede decir que lo comentado ha representado una reforma estructural del proceso recursivo civil alemán (Piekenbrock, 2013, p. 685). La elección de este tipo de intervención fue deseada y determinada por la insatisfacción con las reformas anteriores, «sectoriales» y dirigidas a la mera simplificación del procedimiento civil. Estas demostraron ser inútiles para resolver la ineficiencia y la falta de inteligibilidad de la justicia, por esta razón cada vez más lejana del ciudadano y de las necesidades de la economía (Hess, 2010, p. 103). A pesar de las repetidas intervenciones, el juicio civil siguió siendo lento, en particular en su segunda instancia, y no muy transparente (Baumgärtel & Hohmann, 1972, pp. 25-30).

Así, se renovaron profundamente los perfiles estructurales de la apelación alemana con la gran reforma del 2001 (curiosamente, algunos aspectos fueron tomados por el legislador italiano de 2012). En particular, la atención se centrará —en el contexto más general de esa reforma—, por un lado, en el § 520 ZPO sobre el contenido, bajo pena de inadmisibilidad del recurso de apelación de su debida fundamentación (*Berufungsbegründung*). Por otro lado, se pone especial cuidado en el § 522, párr. II ZPO, que contempla la

posibilidad de que el juez de segunda instancia rechace la apelación sobre el fondo sin discusión oral porque carece de posibilidad de éxito, con una resolución que originalmente (2001-2011) no podía ser impugnada (*Zurückweisungsbeschluss*), lo que se modificó en el 2011 (Althammer, 2014, pp. 92-95).

En particular, en la medida en que es de interés aquí, se sostuvo la necesidad de atribuir una nueva función a la apelación, que: a) debía, por el contrario, cerrarse a un tratamiento *ex novo* de la causa y bajo ningún aspecto renovar el proceso de primera instancia; y b) por otro lado, obtener la celeridad deseada cuando se permita inadmitir una apelación sobre la base de actos introductorios débiles, caprichosos o abusivos (Lucertini, 2006, p. 915; Bianchi, 2014, p. 1436).

II.1. La apelación limitada y cerrada

El cierre de la apelación con a) el abandono de un segundo grado como *novum judicium*, y b) la posibilidad de su definición rápida a este respecto, en caso de una apelación sin perspectivas de éxito, de hecho, solo podrían ir acompañados de un refuerzo estructural del juicio de primera instancia para garantizar la mejor reconstrucción posible de los hechos del caso. Por un lado, las partes, conscientes de la eficacia y la exhaustividad de la discusión llevada a cabo en primera instancia, habrían sido más propensas a aceptar la decisión final. Por otro lado, el juez de apelaciones podría basar debidamente su decisión en la reconstrucción de los hechos realizada en la instancia anterior (Roth, 2006, pp. 9-18).

El filtro en primera instancia está dado por la suma de 600 euros, salvo que la cuestión debatida contribuya al desarrollo del derecho y la unificación de la jurisprudencia (Stürner, 2002, p. 269). Pero, además, existe un filtro en segunda instancia, un examen *ex ante* que combina admisibilidad con prognosis de éxito del recurso: la importancia de la cuestión debatida, ya que coadyuva al desenvolvimiento y la unidad del derecho (§ 522 ZPO) (Schafft, 2005, pp. 20-55). Ello es el perfeccionamiento y desarrollo del derecho mediante el proceso civil ya sostenido por Bülow (1885, pp. 76-80), para lo cual es necesario que exista una necesidad de claridad en la interpretación y/o aplicación de una norma, que esté claro el ámbito jurídico donde ello se da y que resulten precisos los supuestos fácticos a los que se aplica (Lames, 1993, pp. 26-27; Maultzsch, 2010, pp. 30-50).

A la luz de la revisión funcional general de la apelación, desde el *novum judicium* hasta la apelación (relativamente) cerrada, el legislador alemán cree que debe intervenir (también) con otros dos cambios significativos: a) la introducción de una nueva disposición que corrige los motivos o causales de la apelación (§ 513 ZPO: *Berufungsgründe*); y b) la nueva redacción de la indicación de estos motivos, requerida al

apelante en el escrito de fundamentación de la apelación (§ 520 ZPO: *Berufungsbegründung*) (Rimmelspacher, 2018, p. 1025).

Lo primero de todo es resaltar cómo, en las intenciones del legislador alemán y en la interpretación doctrinal y jurisprudencial unánime, los § 513 y § 520 ZPO están estrechamente relacionados entre sí y deben verse como un corolario inmediato del abandono de la apelación como un segundo juicio completo, reeditando la primera instancia (Althammer, 2018, pp. 522-535; Rimmelspacher, 2018, pp. 1025 y ss.). Así, a diferencia del antiguo § 519, párr. III ZPO, que se limitaba a requerir solo la mención de las partes de la sentencia impugnada, ahora se deben explicitar analíticamente los motivos específicos de apelación identificados (Rimmelspacher, 2018, p. 1026). Frente a la necesidad de indicar *Berufungsanträge* (agravios y peticiones de la apelación), es decir, solicitudes de enmiendas a las partes impugnadas de la oración (§ 520, párr. III, nro. 1 ZPO), el nuevo § 520, párr. III ZPO requiere que la parte recurrente indique una o más de las siguientes razones en la apelación, bajo pena de inadmisibilidad: a) las circunstancias de las cuales surge la violación de la ley y su relevancia para la decisión impugnada (§ 520, párr. III, nro. 2); b) los elementos concretos que ponen en duda la exactitud e integridad de las conclusiones de hecho de la sentencia impugnada, por lo que necesitan renovación (§ 520, párr. III, nro. 3); y c) las (nuevas) excepciones y (nuevos) hechos en los que se basa el recurrente para que sea admitido el recurso de conformidad con § 531 ZPO (§ 520, párr. III, nro. 4) (Umberath, 2007, pp. 323-346).

Como antes de la reforma, la ZPO de 2001 también requería que el juez de alzada pudiera pronunciarse sobre la inadmisibilidad (*Unzulässigkeit*) de la apelación. Sobre este punto, se tiene hoy el § 522, párr. I ZPO para indicar que el juez debe examinar de oficio si la apelación se ha presentado contra una sentencia que puede ser apelada, y si se ha presentado y motivado en los términos y formas previstos por la ley. Si faltan estos requisitos, la apelación debe ser rechazada (*verwerfen*) como inadmisible (*unzulässig*). La decisión se puede tomar por providencia simple, y eso se puede impugnar con una queja (*Rechtsbeschwerde*) (Umberath, 2007, pp. 323-346). Es dentro del escrutinio del cumplimiento de la formulación legalmente prevista para la apelación que el juez debe examinar la conformidad de la apelación (también) con las disposiciones sobre la fundamentación de la apelación mencionada anteriormente; es decir, sobre la indicación de los motivos de apelación a que se refiere el § 520, párr. III, nros. 1-4 ZPO. Si falta dicho requisito, la apelación será rechazada como inadmisible, con una sentencia o providencia simple, dependiendo de si ha habido o no una audiencia oral (Doukoff, 2013, p. 242; Eichele *et al.*, 2014, p. 245).

En primer lugar, es de primordial importancia la clara distinción entre las hipótesis de la apelación que proporciona el mencionado § 522, párr. I ZPO. Lo mencionado, de hecho, es, como se ve, hipótesis de rechazo en el rito de la apelación por inadmisible. La hipótesis contemplada en el párrafo es expresamente diferente por la naturaleza del § 522 II ZPO, que, como ya se mencionó, prevé el rechazo de la apelación cuando concurren conjuntamente tres requisitos: la ausencia de cualquier posibilidad de éxito de la apelación, la falta de importancia fundamental de la causa, y la falta de necesidad de una decisión de apelación en beneficio del desarrollo del derecho o la uniformidad de la jurisprudencia (Althammer, 2014, pp. 86-90).

La aplicación jurisprudencial de las disposiciones combinadas del § 522, párr. I y § 520, párr. III, nros. 1-4 ZPO, y por lo tanto de la inadmisibilidad de la apelación debido a la falta (o naturaleza genérica) de la indicación de las razones en la apelación, confirma la tesis sostenida anteriormente; de hecho, de la masa de quejas a este respecto surge, en términos generales, lo que sigue. Así, a) la introducción de la debida fundamentación de la apelación mencionada en el § 520, párr. III, nros. 1-4 ZPO responde esencialmente a la necesidad de garantizar la aplicación efectiva de la apelación (relativamente) cerrada respecto a la antigua apelación. También, b) la indicación de las razones, según lo reformulado por § 520, párr. III, nros. 1-4 ZPO, no es vista por la jurisprudencia como un instrumento de transformación de la apelación en un medio de apelación por motivos fiscales; por el contrario, la apelación tiende con la reforma al (mero) examen y la eliminación de los errores de la sentencia de primera instancia. Asimismo, c) la «seriedad» requerida del escrito que formula los motivos en los que se basa la apelación no es un requisito de meros formalismos; y d) queda claro así el *petitum* de la apelación, las quejas de hecho y de derecho dirigidas a la decisión impugnada, en cumplimiento de la prohibición de un nuevo y completo juicio en la segunda instancia (Gilles, 1977, pp. 189-237; Grunsky, 1971, pp. 129-147; 1975, pp. 49-60).

II.2. El sistema de filtros en el *a quo* y *ad quem*

Como se destacó al principio, la reforma estructural de la apelación alemana del 2001 acompañó el cierre (relativo) de la apelación amplia y, con eso, la revisión de los motivos de apelación (*Berufungsgründe*) y su fundamentación. A ello se suma otra innovación importante: la posibilidad de rechazo de la apelación, sin discusión oral mediante una resolución inapelable, siempre que sea evidente que hay un recurso: a) sin ninguna posibilidad de éxito, y b) que no sea sobre una causa de importancia fundamental, o c) de interés para el desarrollo y la uniformidad del derecho (§ 522, párr. II ZPO) (Piekenbrock, 2002, pp. 540-541). Lejos de constituir una novedad absoluta, el § 522 ZPO

fue de hecho el fruto, por un lado, de un largo e intenso debate político sobre el acceso a la apelación y sobre las formas de definirlo; y, por otro lado, de un replanteamiento orgánico del sistema de apelaciones, en el que se incluye la revisión ante el Tribunal Federal Supremo (BGH). Los dos hallazgos no son triviales (Althammer, 2014, pp. 92-98).

En cuanto a lo primero, vale la pena destacar el hecho de que la definición sobre los fundamentos de la apelación sin discusión oral por simple resolución resulta ser «inconsistente» sin un umbral mínimo cuantificable de acceso. Esto ya se había adelantado, aunque en términos diferentes, en la mitad de la década de 1990, en un proyecto de ley para simplificar el proceso civil y los procedimientos de jurisdicción voluntaria (Hirtz, 2001, p. 1265). Es a partir de estas evaluaciones que, por un lado, surgió que el supuesto agravio debe ser superior a 600 euros. En caso de ser inferior, el juez de primera instancia lo puede admitir si la disputa es de fundamental importancia o la decisión de apelar es necesaria para el desarrollo del derecho o para garantizar la uniformidad de la jurisprudencia (§ 511, párr. II ZPO). Por otro lado, eso dio lugar a rever totalmente el recurso de revisión, que se convirtió, con la reforma, en una revisión por admisibilidad (*Zulassung*) generalizada (§ 543 ZPO); es decir, solo en los casos y por los motivos legalmente establecidos.

Los pros y contras en favor del filtro de acceso a la apelación sobre sus objetivos y sistemática funcional generaron una importante discusión en torno a la reforma. La discusión a la que dio lugar fue un poco acalorada y arrojó luz sobre muchas de las preguntas que plantea la norma: a) sobre las aplicaciones que dio la jurisprudencia, y b) sobre los motivos que llevaron a sus importantes novedades luego con otra reforma en el 2011. Las posiciones contrastantes sobre la introducción del § 522, párr. II ZPO surgieron con más claridad de los trabajos preparatorios sobre la redacción de la norma, que dejan en claro el contraste entre la opinión del Gobierno Federal (en apoyo) y del Consejo Federal (en contra).

El tribunal de apelación debe rechazar de inmediato la apelación sobre el fondo por resolución si por unanimidad está convencido de que conjuntamente: a) la apelación no tiene perspectivas de éxito; b) la causa no es de importancia fundamental; y c) la decisión de apelación no es necesaria para la evolución del derecho o para garantizar la uniformidad de la jurisprudencia. El juez de apelación o el presidente primero debe comunicar sin demora al apelante su intención de rechazar debido a la falta de fundamento de la apelación y las razones relacionadas, dándole la posibilidad de tomar una posición sobre el punto dentro de un plazo fatal. La orden de rechazo debe ser motivada cuando sus razones no están incluidas en el aviso previo de intención de rechazo dado a la parte. El tercer párrafo del § 522 ZPO establecía la imposibilidad de impugnar la orden de rechazo antes mencionada sobre el fondo de la apelación,

emitida debido a la inexistencia de las condiciones mencionadas en el segundo párrafo. Ello fue objeto de una reforma posterior en el año 2012, lo que se verá más adelante (Althammer, 2018, p. 522).

En primer lugar, es necesaria la existencia acumulativa necesaria de los tres supuestos para el rechazo sin audiencia oral en la apelación. En segundo lugar, se debe subrayar cómo las tres suposiciones mencionadas afectan intereses diferentes: la primera, la falta de una perspectiva de éxito de la apelación, quiere afectar a la justicia (por así decirlo, en privado) del caso individual. Las otras dos: la falta de importancia fundamental de la causa y la falta de necesidad de una decisión en su apelación para el desarrollo del derecho o la uniformidad de la jurisprudencia, se relacionan con la implementación de un interés público (Kehrberger, 2019, pp. 90-99). Estas dos suposiciones, de hecho, son los mismos parámetros en los que, después de la reforma de 2001, el tribunal de apelaciones debe basar la admisión o no en la apelación del recurso de revisión de la sentencia dictada por él (véase § 543, párr. II ZPO). Por lo tanto, un filtro de apelación se caracteriza en el sistema legal alemán por un equilibrio entre los dos intereses en juego mencionados anteriormente y actúa como una herramienta de «selección» para la apelación (Rimmelspacher, 2018, p. 1025; Möller, 2009, pp. 160-188).

Se enfatiza el fundamento y la funcionalidad de la comunicación previa a las partes de la intención de rechazar la apelación sin discusión oral. Esta comunicación, por un lado, garantizaría la transparencia en el procedimiento, evitando el peligro de decisiones sorpresivas, teniendo el apelante la capacidad de demostrar las razones (adicionales) —dentro de los límites de la apelación propuesta— por las cuales la apelación debería continuar con la discusión oral. Por otro lado, la falta de tales razones permitiría al recurrente revocar la apelación, con la consiguiente ventaja en términos de costos judiciales. Un recurso *ex ante* destinado probablemente a no tener éxito es rechazado en este momento como parte del examen de admisibilidad. La Constitución alemana no garantiza el derecho a apelar (Stürner, 2002, p. 79; Elliot & Thomas, 2012, p. 297). Es más, el modelo alemán, que siguió lo regulado en el cantón de Zúrich y el sistema austríaco, recibe luego —como veremos— el respaldo del Tribunal Federal Constitucional (Rimmelspacher, 2018, p. 1027; Saueressig, 2008, pp. 10-33; Brugger, 2015, pp. 10-50).

II.3. Ribetes constitucional y convencional de los filtros

La (pronta) intervención del Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) en este punto fue facilitada por la no objeción explícita de la (nueva) resolución de rechazo sobre el fondo de la apelación (ver § 522, párr. III ZPO). Impulsado por varios recursos constitucionales individuales contra la resolución que rechaza por inadmisible el recurso,

emitidos de conformidad con el § 522, párr. II ZPO, el Tribunal Federal Constitucional ha examinado el nuevo filtro alemán de «apelación» para verificar el cumplimiento de la Ley Fundamental, decretando su constitucionalidad con respecto a los numerosos principios. Se decidió que el filtro en la apelación «no afecta» el derecho a una protección judicial efectiva, corolario del principio del Estado de derecho (art. 2, párr. 1; art. 19, párr. 4; y art. 20, párr. 3 GG). Si es cierto que el principio del Estado de derecho no obliga al legislador a establecer un sistema de recursos civiles, es igualmente cierto que estos, si se resuelven, a su discreción y para su introducción, deben respetar el principio de determinación legal (legalidad) para proteger la seguridad jurídica[2].

A la luz de estos principios constitucionales, el Tribunal Federal Constitucional considera que el § 522, párrs. II y III, cumple con la Ley Fundamental[3]. Llamado a examinar en particular la especificidad de la «falta de cualquier posibilidad de éxito» de la apelación como condición de decisión sobre el fondo de la apelación por orden (ver § 522, párr. II, nro. 1 ZPO), se consideró que el contenido de la disposición está suficientemente identificado y acorde a la Constitución[4]. De hecho, se entiende cómo la fórmula reguladora adoptada en este documento tiene la intención deliberada de adaptarse a las particularidades del caso específico y a lo indicado por el recurrente en la apelación (Krüger, 2008, p. 945). Así, según lo establecido por la norma, la condición de ausencia de cualquier posibilidad de éxito de la apelación con el propósito de rechazar los méritos por orden (ver § 522, párr. II, nro. 1 ZPO) autoriza el rechazo por inadmisibilidad de la apelación. Sobre este punto, la jurisprudencia constitucional ha mostrado con el tiempo variaciones significativas (Zuck, 2010, p. 1860)[5]. Dicha disposición debe considerarse justificada y, por lo tanto, respetuosa del principio de igualdad (Zuck, 2006, p. 1703).

No obstante las decisiones del Tribunal Federal Constitucional alemán, aún faltaba la seguridad, al menos en comparación con las garantías establecidas por la Convención Europea de Derechos Humanos. De hecho, parecía necesario preguntar si el § 522, párr. II ZPO cumplía con el art. 6, nro. 1 del CEDH. Específicamente, si respeta el derecho establecido en el mismo a un proceso en el que la causa conocida vulneraba o no el principio de publicidad, lo que ya había sido descartado por el Tribunal Federal Constitucional alemán (Trocker, 2011, p. 180). Así, es necesario referirse brevemente al caso *Rippe vs. Alemania* de 2006 ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En él se comunica al recurrente la intención de rechazar el fondo sin discusión oral, ya que

2 Ver las decisiones del Tribunal Constitucional Federal BVerfG, (ord.), 5/8/2002, p. 281; y 4/11/2008, p. 573

3 BVerfG, (ord.), 5/8/2002 cit., p. 281.

4 BVerfG, (ord.), 1/10/2004 cit., p. 660.

5 BVerfG, 18/6/2008, 1 BvR 1336/08, en *MDR*, 2008, pp. 991-992; V. BVerfG, (ord.), 1/10/2004, p. 660; y ver Zuck (2010, p. 1860).

carece de cualquier posibilidad de éxito y se fundaba en jurisprudencia contraria al BGH. En esto, el Sr. Rippe alegó la inaplicabilidad al caso del § 522, párr. II ZPO, ya que esta disposición debe aplicarse solo a casos de apelación manifiestamente infundados. En este caso, el tribunal de primera instancia habría evaluado incorrectamente la evidencia; y el juez de apelaciones habría basado su decisión en evaluaciones judiciales diferentes de las del tribunal de primera instancia. Además, alegó una violación del art. 6, nro. 1 CEDH. A pesar de la posición del apelante, el Tribunal de Apelación adoptó por unanimidad la orden de rechazo sobre el fondo de la apelación, negando una violación del art. 6, nro. 1 CEDH. Tampoco tuvo éxito su recurso ante el Tribunal Constitucional Alemán y así llega el caso al TEDH (*Rippe vs. Germany*, 2006). Con todo, faltaba resolver el problema de la falta de recursos contra la resolución que rechazaba el recurso de apelación en estos casos (Althammer, 2014, pp. 92-97). Cuestiones de derecho político separadas —a las que volveremos más tarde—, la elección legislativa se consideró inaceptable por la doctrina a tal punto que luego se tuvo que comenzar a trabajar en la reforma el 2011, que se efectivizó brindando un recurso contra la resolución y, así, el acceso directo al recurso de revisión[6].

III. EL MECANISMO DE FILTRADO DE ACCESO A LA APELACIÓN (PERMISO PARA APELAR) EN EL SISTEMA INGLÉS DE REGLAS DE PROCEDIMIENTOS CIVILES (CPR) Y EL RECHAZO DEL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN

La indicación de los motivos de apelación y el «filtro» de acceso al segundo grado de juicio, como peculiar, es el sistema de apelaciones inglés. De hecho, a continuación puede verificarse la «distancia» mencionada anteriormente entre el modelo inglés y el modelo alemán (e italiano).

A este respecto, la primera observación importante es el hallazgo de la diversidad estructural del sistema de recursos civiles del sistema jurídico inglés frente al eurocontinental, alemán e italiano, en particular. Por un lado, de hecho, se observa que el orden inglés, a diferencia del modelo italiano, siempre ha previsto una pluralidad de recursos civiles: primera y segunda apelación, además de la Corte Suprema del Reino Unido (Zuckerman, 2014, p. 24.1; Andrews, 2013, p. 15.1; Caponi, 2009, p. 631; Consolo, 2009, p. 61; De Saulles, 2019, p. 150). Por otro lado, observamos que tiende a rechazar la idea de acceso a la apelación (entendiéndola como un derecho fundamental y legal) y, por lo tanto, la idea de apelaciones no sujetas a ningún «filtro selectivo» específico

6 Ley de 21 de octubre de 2011, publicada en el BGBl., I, p. 2082, con entrada en vigencia el 27 de octubre 2011.

para su tratamiento en cuanto al fondo, por el juez *a quo* y/o *ad quem*. La sentencia de primera instancia tiene un peso y acatamiento específico. De hecho, el sistema legal inglés condiciona el aumento de los grados de juicio superiores a los primeros, previa solicitud del apelante de una autorización para apelar: el permiso (*leave to appeal*) para apelar (Zuckerman, 2013, p. 24.75). Esta autorización debe solicitarse al juez que emitió la resolución y se otorga sobre la base de criterios «selectivos». El acceso a las instancias superiores (Hight Court, Court of Appeal y Supreme Court UK) quizás también se debe a que estas crean los precedentes y tienen la particularidad de tener jueces con mucha experiencia, competencia y acceso a reportes jurisprudenciales fiables, y también jueces inferiores que siguen disciplinadamente y en forma coherente la jurisprudencia que estos fijan (Andrews, 2017, pp. 3-28).

III.1. Particularidad estructural del sistema inglés

La disposición tradicional en el sistema inglés del filtro de acceso a la apelación encuentra, en primer lugar, la razón en la primacía siempre otorgada en este orden al principio de definitividad tendencial, en el sentido de incontrovertibilidad, de la sentencia de primera instancia[7]. Ello, a su vez, se deriva de la centralidad tributada en el proceso al juicio de primer grado (Sharpe, 1998, pp. 4-8), la cual deriva, por un lado, de la estructura de la primera instancia de juicio y, por otro lado, por su tiempo y costos.

En cuanto a la estructura, el primer grado de juicio se concibe de hecho en el sistema inglés como un juicio ante el juez con producción detallada de pruebas. Debido a su estructura, se percibe como el verdadero (y único) lugar de tratamiento real de la causa, nunca reproducible y/o sustituible con un grado posterior y/o superior, en sí mismo sin suposición directa y contacto por parte del juez *ad quem* con la prueba. Con respecto al tiempo y los costos, precisamente porque está tan estructurado, el juicio del primer grado inglés es largo y costoso hasta el punto de representar un lujo. Si es así, *a fortiori* se convierte la apelación en una excepción a los ojos de los juristas ingleses. Y un segundo recurso, ya extraordinario, frente al fracaso de la apelación es visto como muy fuerte y percibido como una rareza absoluta. Así se nutre la convicción de que la institucionalización de un doble grado incondicional de jurisdicción representaría un anatema para la justicia civil inglesa, pero también un enfoque minimalista en la concepción y disciplina de los diferentes recursos (De Saulles, 2019, p. 150). En esta perspectiva, propensa a una mínima «interferencia de la jurisdicción de apelación» sobre la de la primera instancia, se deben marcar los filtros

7 Así Court of Appeal – Civil Division, 15/11/2001, caso *Cordle vs. Cordle*, en *WLR*, 2001, vol. 1, p. 1441, 27-32; y High Court, 14/12/2011, caso *R. (on the application of Capewell) vs. Stoke-on-Trent County Court*, en *EWHC*, 2011, p. 3851.

de acceso antes mencionados al grado superior (Woolf, 1996; Bowman, 1997, pp. 25-50)[8].

III.2. El permiso para apelar (*leave to appeal*) y la apelación restringida

Con respecto al objeto y la naturaleza, la apelación inglesa siempre se ha concebido no como un *novum judicium* (una segunda ronda del proceso) en el que las partes presentan su caso una vez más ante el tribunal superior[9]. El juez de apelación debe tener un respeto considerable, siempre que no se evidencie que el juez *a quo* ha cometido errores obvios de hecho o de derecho, o ha incurrido en errores de procedimiento graves (Zuckerman, 2013, p. 24.6; De Saulles, 2019, p. 150). Por los motivos antes mencionados, de hecho, la responsabilidad principal en la gestión y decisión de la disputa se atribuye, en el sistema inglés, al tribunal de primera instancia.

Con respecto a las causales, razones o motivos, la apelación contra la sentencia solo se admite cuando es injusta (incorrecta) o defectuosa debido a un defecto procesal grave u otras irregularidades cometidas en el grado anterior[10]. Sin embargo, en ambos casos, en deferencia a la primacía —antes mencionada del tribunal de primera instancia— en la inmediación del comportamiento procesal de las partes y de la producción de la prueba, se otorga un «margen de error dentro de los límites de la razonabilidad»[11]. De ello se deduce que, si la apelación se basa en un error de hecho, la apelación será aceptada solo cuando el tribunal de apelación defiende una solución a la pregunta que difiere de la del tribunal de primera instancia (desacuerdo razonable) (Noble & Schiff, 2002, p. 676)[12]. En cambio, si la apelación se basa en un defecto de procedimiento, se aceptará solo si el defecto es grave[13].

La deferencia hacia el primer grado de juicio surge también con respecto al cierre a un nuevo proceso. La apelación inglesa, de hecho, tiende a cerrarse tanto a nuevas preguntas, defensas y excepciones (nuevos argumentos) como a nuevas pruebas (nueva evidencia). La primera prohibición, una piedra angular en la tradición inglesa[14], admite la derogación solo con el permiso explícito (licencia) del tribunal de

8 Ver Court of Appeal – Civil Division, 18/6/2002, caso *Iftakar Ahmed vs. Stanley A Coleman and Hill*, en *EWCA Civ*, 2002, p. 935, punto 2.

9 V. CPR 52.11(1) y CPR 52.11(1)(b). Ver caso Court of Appeal – Civil Division, 23/1/2002, caso *Audergon vs. La Baguette Ltd & Ors*, en *EWCA Civ*, 2002, p. 10, punto 83.

10 V. CPR 52.11(3)(a) y (b).

11 Así fue decidido en House of Lords, 24/6/1999, caso *Piglowska vs. Piglowski*, en *WLR*, 1999, vol. 1, p. 1360.

12 Además, lo decidido en *House of Lords*, 25/4/1985, caso *G vs. G*, en *WLR*, 1985, vol. 1, p. 647.

13 V. Court of Appeal – Civil Division, 12/5/2000, caso *Tanfern Ltd vs. Cameron-MacDonald*, en *EWCA Civ*, 2000, p. 3023, punto 33.

14 30/6/2000, Court of Appeal – Civil Division, caso *Jones vs. MNBA International Bank*, en *EWCA Civ*, 2000, p. 514, punto 52.

apelaciones, siempre que esto no perjudique a la otra parte y no implique la suposición de nuevas pruebas[15]. La segunda prohibición impide que el juez de apelaciones tome pruebas orales o reciba pruebas escritas no presentadas ante el juez inferior, a menos que se considere lo contrario[16]. Excepción de esta última es que la jurisprudencia consolidada se limita solo a los medios probatorios que (y los requisitos son copulativos) la parte demuestre que no fue capaz de deducir en primera instancia por una causa no atribuible a ella y que sean influyentes en el resultado de la disputa, siendo presumiblemente creíbles[17].

De hecho, es consistente con la primacía reconocida en el juicio de primera instancia que el sistema inglés tradicionalmente presenta la propuesta de la primera y segunda apelación para acceder a filtros de fuerza creciente, cuya disciplina está en la Parte 52 del CPR. A este respecto, es bueno distinguir entre filtro de la primera y segunda apelación (extraordinaria), respectivamente.

En cuanto a la primera apelación, el CPR 52.3 establece que, para obtener acceso al más alto grado de juicio, el apelante debe obtener el «Permiso para apelar del juez de primera instancia». Esto se dará a conocer: a) si el tribunal considera que la apelación tiene una posibilidad real de éxito; o b) si hay otras razones convincentes por las cuales se debe decidir la apelación[18].

Cabe indicar que la negativa de admisión por parte del tribunal de primera instancia no impide que el recurrente ingrese al tribunal de apelación. En este caso, es evaluada sin contradictorio. Si es rechazada, el apelante puede solicitar que esto se discuta oralmente con la intervención de un magistrado que no sea el que decidió el rechazo[19]. Los largos retrasos causados por tales solicitudes de discusión oral han llevado a prever, con la reciente Reforma de Jackson de 2013[20], que el tribunal de apelaciones puede rechazar esta discusión si la apelación parece ser absolutamente infundada[21].

Si tiene lugar la audiencia para la discusión oral sobre la solicitud de acceso a la apelación, también se notificará a la contraparte[22]. Su participación, aunque sea posible, no es obligatoria y, si ocurre, debe

15 30/6/2000, caso *Jones vs. MNBA International Bank*, cit., punto 38. CPR 52.10(1): «In relation to an appeal the appeal court has all the powers of the lower court».
16 V. CPR 52.11(2).
17 Leading case: Court of Appeal – Civil Division, 29/11/1954, caso *Ladd vs. Marshall*, en *EWCA Civ*, 1954, p. 1.
18 Court of Appeal – Civil Division, 17 /7/ 2001, caso *Colley vs. Council for Licensed Conveyancers*, en *EWCA Civ*, 2001, p. 1137.
19 Court of Appeal – Civil Division, 31/7/2002, caso *Sengupta & Anor vs. Holmes & Ors*, en *EWCA Civ*, 2002, p. 1104.
20 Court of Appeal – Civil Division, 19/12/2012, caso *Royds LLP vs. Pine*, en *WLR*, 2013, vol. 1, p. 717, punto 19.
21 V. CPR 52.3(4A): «the application is totally without merit».
22 V. CPR 52.4(3).

limitarse a resaltar defectos de procedimiento relacionados con la presentación de la solicitud de permiso o el incumplimiento por parte del apelante de los requisitos para la autorización: la audiencia no tiene como objetivo tratar el caso en apelación, sino solo persuadir al tribunal de la necesidad de admisibilidad del recurso[23].

III.3. La gestión de filtros

En cualquier caso, la decisión sobre el permiso de apelación no es discutible[24] y el rechazo no requiere una motivación extensa y detallada[25]. Estos perfiles destacan cómo la aplicación de los criterios «selectivos» de filtro de acceso a la apelación se deja intencionalmente a la mayor discreción del juez. Aquello se confirma por la jurisprudencia formada en torno a los conceptos antes mencionados (indeterminados) de «perspectiva real de éxito de la apelación» y «otras razones convincentes», en presencia de las cuales la (primera) apelación debe decidirse sobre el fondo. Con respecto a la «posibilidad real de éxito de la apelación», en la jurisprudencia se confrontan las primeras decisiones que favorecen una aplicación más blanda del criterio «selectivo», lo que debería afectar solo a las apelaciones engañosas o propuestas por el mero capricho de la parte[26].

La naturaleza genérica del requisito y la falta de deber de motivación detallada sobre su aplicación, sin embargo, siempre dejan al juez —más allá de las orientaciones expresadas hasta ahora— una concretización diferente del filtro, centrada en el caso concreto[27]. En este sentido, en un clímax ascendente de rigurosidad, la segunda apelación —hoy la única jurisdicción de la Corte de Apelación de Londres (Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales)—, independientemente de la decisión apelada, solo puede proponerse cuando, de conformidad con la CPR 52.13: a) plantea una importante cuestión de principio o práctica (plantearía un importante punto de principio o práctica); o b) hay otras razones convincentes en las que se debe decidir la apelación (hay otra razón convincente para el tribunal de apelación). El permiso

23 Court of Appeal – Civil Division, 7/3/2002, caso *Jolly vs. Jay & Anor*, en *EWCA Civ*, 2002, p. 277, puntos 35, 46-47; y, del mismo tribunal, el caso *Mason vs. Walton-on-Thames*, del 2011, p. 1098, punto 4.

24 Court of Appeal – Civil Division, 15/9/2004, caso *Moyse vs. Regal Partnership Ltd*, en *EWCA Civ*, 2004, p. 1269.

25 Court of Appeal – Civil Division, 14/3/2002, caso *North Range Shipping Ltd vs. Seatrans Shipping Corporation*, en *WLR*, 2002, vol. 1, p. 2397, puntos 21-22,

26 V. Court of Appeal – Civil Division, 21/10/1999, caso *Swain vs. Hillman*, en *All ER*, 2001, vol. 1, p. 91, punto 7: «The word 'real' [...] direct[s] the court to the need to see whether there is a 'realistic' as opposed to a 'fanciful' prospect of success»; High Court – Family Division, 13/1/2012, caso *N.L.W. vs. A.R.C*, en *EWCH*, 2012, p. 55, punto 8: «the concept of a real prospect of success must mean, generally speaking, that it is incumbent on an appellant to demonstrate that is more likely than not that the appeal will be allowed at the substantive hearing».

27 High Court – Family Division, 13/6/2013, caso *H vs. G*, en *EWHC*, 2013, p. 2136, punto 32: «to allow permission to appeal in any case where the application is not capricious, whimsical or absurd is to set the threshold too low. It does not [...] give effect to the rule that simply requires a real prospect of success to be shown».

para (la segunda) apelación puede ser solicitado y emitido solo por el tribunal de apelación como juez *ad quem*. Incluso si se ha otorgado el permiso para apelar de hecho, la posibilidad siempre permanece abierta para el tribunal de apelación, ya sea para revocar este permiso, retirar total o parcialmente la apelación o, finalmente, imponer condiciones a su propuesta o continuación (Bowman, 1997, pp. 30-50).

El poder de revocar el permiso para apelar es una herramienta correctiva excepcional para defectos o injusticias derivadas de supuestos de litispendencia o de la intención maliciosa de dilatar el proceso[28]. Es una facultad inherente a la jurisdicción del tribunal y este puede ejercerla cuando la apelación es frívola, vejatoria, una expresión de abuso del proceso y, sin embargo, el recurrente se niega a retirarla[29]. De hecho, esto se refiere esencialmente a la imposición de seguridad (garantías o cauciones), normalmente vinculada a la concesión de una medida cautelar que asegure la ejecución de la decisión impugnada, normalmente ejecutable inmediatamente[30]. Si el depósito no se paga de hecho, el permiso para apelar es denegado o revocado, evitando la decisión sobre el fondo de la apelación[31], más allá de los criterios «selectivos» antes mencionados.

IV. LA REFORMA ITALIANA: LA INCLUSIÓN (CRÍTICA) DEL MODELO ALEMÁN

En el movimiento de intervenciones modificatorias al Código Procesal Civil italiano, la atención del legislador se ha centrado recientemente en la apelación —revisada incisivamente en 2011 y 2012—, área que se había mantenido casi sin cambios después de la importante reforma de los años noventa (Consolo, 2012a, p. 1133; Balena, 2013, pp. 335-337)[32].

Es bien sabido que, ante la duración cada vez más irrazonable del proceso (incluso, si no sobre todo, en su segundo grado), el legislador —con el Decreto Ley N° 83/2012, convertido con modificaciones en Ley 134/2012— decidió la reforma de la apelación. Con ella se introduce un «filtro» de acceso a la apelación con la esperanza de que esto reduzca inevitablemente el tiempo de la justicia en la segunda instancia (Constantino, 2013, p. 21; Rota, 2014, p. 80; Motto, 2012, p. 575; Punzi, 2015, pp. 100-120). Esta fue la razón de la mencionada

28 V. CPR 52.9-10.

29 *Obsession Hair, Day Spa Ltd vs. Hi-Lite Electrical Ltd*, 13/10/2011, en *EWCA Civ*, 2011, p. 1148, puntos 27-29; Court of Appeal – Civil Division, 21/6/2001, caso *Hertsmere BC vs. Harty* (application for permission to appeal), en *EWCA Civ*, 2001, p. 1238.

30 V. Court of Appeal – Civil Division, 23/2/2001, caso *Turner vs. Haworth Associates*, en *EWCA Civ*, 2001, p. 370, punto 28.

31 Court of Appeal – Civil Division, 23/11/2007, caso *Peer International Corporation vs. Termidor Music Publishers*, en *EWCA Civ*, 2007, p. 1308; Court of Appeal – Civil Division, 23/5/2012, caso *Société Générale S.A. vs. Saad Trading, Contracting and Financial Services Co.*, 2012, p. 695, punto 32.

32 12 noviembre 2011, N°. 183 (ley del 2012), especialmente el art. 27.

«reforma» de 2012, que introdujo, por un lado, una nueva formulación de la motivación o fundamentación de la apelación (véase el art. 342 del CPC); y, por otro lado, la posibilidad de declarar por resolución la «inadmisibilidad» de la apelación, si el juez de segundo grado lo considera sin una «probabilidad razonable» de ser acogida (véase el art. 348-bis del CPC). Esta declaración de inadmisibilidad puede ir seguida de una casación de la sentencia de primera instancia; sin embargo, solo para algunas de las quejas, de conformidad con el art. 360 CPC (véase el artículo 348-ter CPC) (Fabiani *et al.*, 2012, p. 282).

IV.1. Las particularidades de la reforma y la influencia de modelos comparados

En primer lugar, las reformas alemanas de 2001 y 2012 integran una reforma integral a la ZPO y no simplemente una mera medida de emergencia en materia de justicia civil. La apelación abierta con conocimiento nuevo sobre lo decidido en primera instancia se reforma (*ius novarum*) hacia un control de error en la decisión y no a un nuevo juicio mediante la apelación. De allí la importancia de la reformulación en Alemania de la indicación de los motivos de apelación, requeridos bajo pena de inadmisibilidad (ver § 520 ZPO). El punto de partida italiano es muy diferente en 2012: una apelación ya tendencialmente cerrada que no constituye un nuevo juicio de lo decidido en primera instancia, más sí una reforma apenas parcial y no sistemática en la materia. Pero hay más. La distancia entre los sistemas jurídicos alemán e italiano en materia de recurso también surgirá desde el punto de vista del orden de su rechazo debido a la ausencia de cualquier posibilidad de éxito o probabilidad razonable de que la apelación sea acogida (ver, respectivamente, § 522, párr. II ZPO; y art. 348-bis, párr. 1 CPC). Además de las diferencias literales en el modelo adoptado por Italia, el examen del sistema alemán se destaca por las diferentes condiciones de adopción, naturaleza, efectos y recursos frente a la resolución que rechaza la apelación por esta causa (arts. 348-bis y ter CPC). Aquí es suficiente recordar, a modo de primera anticipación, que, a diferencia del modelo adoptado por Italia, el rechazo de la apelación alemana, de conformidad con el § 522, párr. II ZPO, es una resolución sin discusión oral, pero con contradictorio escrito. También puede decidirse que su rechazo en el sistema alemán suma los requisitos a la falta de perspectivas de éxito, que no se trata de una causa de importancia fundamental o, si es necesario, por razones de aplicación uniforme de la jurisprudencia y la evolución del derecho.

Tanto en Alemania como en Italia se generó un intenso debate doctrinal, así como las aplicaciones jurisprudenciales desiguales que ha tenido con las firmes posiciones a su favor acogidas por el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) alemán y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Finalmente, la opción legislativa, en 2011, de mejorar

significativamente la disposición mencionada con la incorporación de un recurso específico contra la resolución que rechaza la apelación, reduciendo su alcance de aplicación. Dicho esto como una anticipación introductoria, se pretende, por lo tanto, que la investigación propuesta aquí sobre el orden alemán se convierta en una pieza que se suma a estudios mucho más detallados y profundos sobre la apelación antes de la reforma, los cuales deben ser mencionados (Cerino, 1973, pp. 10-25; Sassani, 1999, p. 178).

IV.2. Filtros de acceso

La primera interrogante es: si en Italia el segundo grado está garantizado a nivel constitucional y también en una dimensión supranacional —en este caso, por el Convenio Europeo de Derechos Humanos—, ¿cuál es la relación entre la primera y segunda instancia? A ello se suma la pregunta por cuál debería ser el objeto de la apelación, y cómo proporcionar mecanismos de filtrado de acceso y/o definición rápida de la segunda instancia en el caso de apelaciones «débiles»; es decir, manifiestamente infundadas. Adicionalmente, estas preguntas comprometen cada vez más a los legisladores de hoy, impulsados por la urgencia de respetar esa duración razonable del proceso no solo para una justicia civil efectiva, sino también para una economía en crecimiento (Verde, 2014, p. 993).

Ya que hubo una incorporación parcializada del modelo alemán, se verá cómo ha respondido el legislador alemán, desde la reforma de 2001 hasta el presente, a las preguntas antes mencionadas, a saber: a) cerrar (aunque relativamente) el juicio de segunda instancia a un nuevo juicio (*ius novorum*); b) reclamar, bajo pena de inadmisibilidad, la indicación detallada de los motivos de apelación en el procedimiento de apelación; y c) finalmente, introducir por primera vez un modo rápido de definición de la apelación en su admisibilidad, pero relacionada con el mérito en los hechos o bien con el derecho, sin tratamiento oral, donde la apelación es «débil» (Didone, 2013, pp. 1136-1137; Russo, 2013, pp. 232-233; Poli, 2013, pp. 120-133).

Igualmente, una mayor atención habrían merecido para la reforma italiana aquellas soluciones aplicadas en los Alpes y, más concretamente, en Austria. Se trata de soluciones que se basan, antes que en la provisión de mecanismos de admisión y aceptación de la apelación, en una identificación rigurosa del objeto del segundo grado de juicio en relación con la sentencia de primer grado. También de una definición detallada de los motivos de apelación, aunque no son obligatorios. Por último, pero no menos importante, un juicio de primera instancia que funcione de manera efectiva, no solo por el excelente empaque de su disciplina positiva, sino también por la organización eficiente del sistema judicial

al que se confía (Proto, 2011, p. 149; Tedoldi, 2013, pp. 687- 697; Monteleone, 2011, p. 863; Cea, 2010, p. 169).

El «artilugio» del «filtro» de acceso a la apelación, como se definió efectivamente, ha vuelto a poner en primer plano el debate sobre el juicio de segunda instancia, volviendo a la superficie de las conciencias un problema que una vez tuvo la doctrina italiana con intensidad animada (Ricci, 1980, pp. 166-169). La referencia es a ese debate científico aprendido, desencadenado a fines de la década de 1960, por las flechas provocativas lanzadas al «ícono» de la apelación de Mauro Cappelletti, a raíz de las reflexiones de Mortara, quien en su imponente monografía sobre la apelación había mostrado sus ventajas y desventajas con claridad para concluir a favor, pero con precaución, defendiendo un segundo grado cerrado (Cappelletti, 1969, p. 81; 1978, p. 1; Mortara, 1890, pp. 380-469)[33]. En medio de ese debate, que ya denunciaba la «desintegración de la justicia italiana», donde «los proyectos gubernamentales de reforma continúan [yendo] a perder el tiempo con recursos marginales», el tema central era si y cómo «prever y construir» la apelación, en una realidad judicial marcada por una duración tan creciente del proceso que «los pocos datos estadísticos [...] no hace[n] más que traducir a términos aritméticos una conciencia generalizada» (Denti, 1982, p. 228). Incluso entonces, el tema parecía estar cargado de implicancias y consideraciones del sistema, así como del orden constitucional, especialmente con respecto a la necesidad real de prever el doble grado de jurisdicción (Cerino, 1978, p. 92; Allorio, 1979, p. 1784; Liebman, 1980, p. 401; Balena, 2008, p. 256; Nicotra, 2000, p. 127; Van Compernolle & Saletti, 2010).

Como se dijo, el debate de esa época encuentra razones para revivirse hoy, no solo frente a las reformas citadas de 2011 y, en particular, de 2012, que han afectado en gran medida los métodos de «introducción, acceso y decisión» de la apelación (Tedoldi, 2013, p. 145), sino también a la luz de las repetidas declaraciones para eliminar el «filtro» en apelación; es decir, la posibilidad antes mencionada para que el juez de segunda instancia rechace como «inadmisible» la apelación porque no tiene una probabilidad razonable de éxito (Tedoldi, 2015, p. 751; Saletti, 2016, pp. 57-72; Di Marzio, 2013, p. 4; Pacilli, 2015). Por otro lado, hay que considerar el hecho de que los datos comparativos revelen que el acceso a la apelación y los métodos de su definición son siempre un tema oportuno y espinoso. Esto se ilustra en el mismo informe explicativo del mencionado decreto ley de 2012, que introdujo el «filtro

33 Según el cual «l'appello [...] è una aranzia di giustizia, in quanto soddisfa il bisogno reale del reclamo giudiziario; ma [...] rappresenta solo una forma contingente e mutabile dell'appagamento di questo bisogno, cosicché soggiace alla legge del processo civile, inesorabile quanto benéfica» (Mortara, 1890, p. 455). Y: «il sistema di un giudizio solo sul merito, posto sotto l'egida del ricorso in cassazione pel caso di violazione di legge» appare «destinato a rappresentare il maggior progresso possibile negli ordini giudiziari» (pp. 454, 469).

de acceso» a la apelación y que, al justificar dicha reforma, se refiere a los sistemas legales inglés y alemán, indicándolos como un modelo de referencia (Caponi, 2012, p. 1153; De Cristofaro, 2012, pp. 1-10; Verde, 2014, p. 971; Briguglio, 2013, p. 573; Bianchi, 2014, p. 1436; Ansanelli, 2014, p. 121).

Por lo tanto, es posible argumentar que el legislador de 2012, al concebir los nuevos arts. 342, por un lado, y 348-bis y ter CPC, por otro, examinó el sistema legal alemán, inspirándose en esas innovaciones al ser introducido allí por la reforma estructural de la ZPO de 2001, que revisó profundamente el segundo grado de juicio, tal cual se vio en este artículo (*supra* II). Nos referimos aquí, por un lado, a la remodulación en el § 520 ZPO y a lo dispuesto en el § 522, párr. II ZPO. De hecho, sobra literatura y jurisprudencia con respecto a la legislación italiana sobre «filtros» de acceso a la apelación, principalmente debido a la necesidad de encontrar coherencia en una disciplina que fue improvisada de inmediato y es, por lo tanto, un presagio de problemas en lugar de soluciones (a la duración del juicio civil de segundo grado, en primer lugar) (Impagnatiello, 2012, pp. 735-758). La atención del legislador italiano a los sistemas jurídicos extranjeros, y en particular al alemán, podría (re)mediarse con la oportunidad real de transponer al sistema italiano la solución (procesal) de otros sistemas jurídicos, con sus respectivas adaptaciones (Panzarola, 2013, pp. 89-124).

La visión general que se ofrece sobre los filtros de la apelación en el modelo inglés también fue considerada en el informe del Decreto Legislativo N° 83/2012, a lo que hay que sumar la «referencia comparativa» al modelo de alemán: dos modelos estructural y funcionalmente diferentes entre sí, y ajenos a la realidad italiana para algunos (Cartuso, 2013, pp. 10-25). Dadas las destacadas diferencias estructurales del proceso civil y judicial inglés con respecto a las italianas, parece correcto mantener que esta referencia se incluyó en el informe solo para reforzar la justificación de la urgencia legislativa advertida de restringir el acceso a la apelación. Por lo tanto, la cita no parece proporcionar una indicación aclaratoria real de las innovaciones introducidas por la reforma de 2012, ni constituye un punto de partida para una encuesta sobre su bondad o la necesidad de la enmienda (Mocci, 2012, p. 1243; Dalla, 2015, pp. 23-33).

Para esto, el legislador ha tenido en cuenta al redactar los nuevos arts. 342 (motivación de la apelación) y 348-bis y ter CPC (filtro a la apelación). Por lo tanto, es necesario examinarlo para comprender si la introducción de este último tiene utilidades y cuáles. La esperanza es que todas estas dudas que genera la reforma e incorporación de modelos comparados puedan responderse para evaluar si realmente funcionan (Ferrari, 2014, pp. 25-50; Caponi, 2012, pp. 1153-1178).

V. LA AUSENCIA DE «FILTROS» EN LA APELACIÓN EN EL SISTEMA FRANCÉS DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL: LA TRADICIÓN DEL PRINCIPIO DE DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN

El sistema legal francés, similar al italiano previo a la reforma de 2012 antes mencionada, no incluye ningún «filtro» de acceso al recurso civil (apelación) y tampoco subordina la decisión sobre el fondo del recurso de segundo nivel a ninguna condición «selectiva» evaluada por el juez *a quo* y/o *ad quem*. De hecho, no se puede encontrar ningún «filtro» de naturaleza similar al acceso a la apelación del modelo inglés (Couchez & La-Garde, 2011, p. 466; Cadiet & Loriferne, 2011, p. 15; Perrot, 2010, p. 277; Guinchard, 2012, p. 541). La razón última radica en la tradición procesal civil francesa de la apelación, que, a diferencia de la anglosajona, no está inclinada a ver el punto de apoyo del juicio en el juicio de primera instancia y, por lo tanto, una decisión destinada a la definitividad en la sentencia de primera instancia (Gerbay & Gerbay, 2013, pp. 15-25). La apelación, de hecho, sentida en la tradición francesa como un medio ordinario de impugnación por excelencia, es vista históricamente como un instrumento otorgado a las partes con miras a «perfeccionar la verdad judicial», así como la expresión, con su efecto sustitutivo y anulación (*voie de réformation et d'annulation*), y su carácter abierto y de nuevo juicio pleno, para garantizar el principio del doble grado de jurisdicción (*principe du double degré de juridiction*) (Ferrand, 2009, p. 43). Este principio de hecho, aunque no está sancionado a nivel constitucional, es inmanente al sistema —por decirlo de alguna manera—, ya que existe una jurisprudencia particularmente clara en la materia. Ello, aun cuando el Consejo Constitucional no lo han reconocido ni como un principio fundamental de las leyes de la república, ni como principio general del sistema legal francés (Molfessis, 1996, p. 17)[34]. Efectivamente, el doble grado jurisdiccional o doble instancia plena es visto como un derecho amparado por el art. 6 de la CEDH y 61 de la Constitución francesa, siendo la apelación una vía de *réformation* como de *annulation* en los hechos y en el derecho, pudiéndose plantear nuevas pretensiones y defensas como la producción amplia de pruebas (Bierschenk, 2015, pp. 121-122).

34 V. Cass. Com., 26/6/2001, *RTDCom*. 2001.778, con comentario de J. L. Vallens. Se construye el principio a partir del art. 221-4 del *Code de l'organisation judiciaire* (COJ), para las decisiones del *tribunal d'instance*, y del 211-3 COJ para el *tribunal de grande instance*, para discriminar las cuestiones de bagatela con valor inferior a 4000 euros que no son apelables. Para la negativa del valor constitucional del *principe du double degré de juridiction* por parte del Conseil Constitutionnel, ver C. const., 19 e 20/1/1981, decisione N°. 80-127. El Conseil d'État, por el contrario, ha revisado lo dicho con anterioridad en tanto se trataría de un principio general del derecho que solo el legislador puede derogar (v. Cons. État, 21/2/1968, en *Rec. Lebon*, p. 123; y Cons. État, 30/10/1980, en *Rec. Lebon*, p. 1129), y más recientemente niega que constituya un principio general procesal (v. Cons. État, 17/12/2003, en *AJDA*, 2004, p. 712, con nota de J. P. Markus).

V.1. El mecanismo discrecional de la imposición de ejecución provisional

Dicho esto en general, no obstante, se observa que incluso el sistema francés conoce desde el 2005 un instituto discrecional del tribunal de apelación similar al inglés para condicionar la apelación. Por lo tanto, termina enervando e invalidando el principio del doble grado de jurisdicción en beneficio de una deflación de la disputa de segundo grado, como veremos. Este es un poder cuya introducción se insertó en ese movimiento abrumador de reformas que, a partir de la década de 1980, implicó la disciplina de la apelación francesa; reformas motivadas por el simple propósito de disminuir la litigación en segunda instancia como «sitio de construcción permanente» (Amrani-Mekki *et al.*, 2006, p. 1159; Wiederkehr, 2005, p. 787).

La institución a la que acá se refiere es el poder del juez de apelación, previsto por el art. 526 CPC, introducido por el *Décret* N° 2005-1678 del 28 de diciembre de 2005, en vigencia desde el 1 de marzo de 2006, que interviene en el efecto suspensivo de la apelación y de hecho termina afectando el doble grado de jurisdicción (Hoonakker, 2006, p. 754; Hugon, 2006, p. 1670; Norguin, 2006, p. 256; 2008, p. 204; Moreau, 2006, p. 524). Dicho artículo establece que, si la ejecución provisional de la sentencia impugnada está prevista *ope legis* u ordenada por el juez de primer grado (Gallet, 2018, p. 89), previa solicitud de apelación y en contradictorio con el recurrente, el primer presidente del tribunal de apelación —o, cuando se designe, el juez de instrucción— puede ordenar la cancelación del caso en apelación. Y puede hacerlo cuando el recurrente no prueba que ha ejecutado la sentencia en disputa o ha depositado la cosa que es su objeto, y no parece que la ejecución implique consecuencias manifiestamente excesivas o sea imposible para el apelante (Le Bars, 2002, p. 1897; Guinchard, 2002, p. 4; Cadiet, 2002; Magendie, 2002, p. 2411). La nueva aceptación e incorporación para el conocimiento de la apelación (*réinscription de l'affaire au rôle*) solo puede llevarse a cabo tras la confirmación de la ejecución, excepto en el caso de que no se haya reembolsado mientras tanto y, por lo tanto, la sentencia de primera instancia se haya convertido en definitiva. La disposición de cancelación del caso de apelación es una medida de conformidad con el art. 383 CPC calificable de mera administración de justicia y, por ende, no impugnable (Gerbay, 2006, pp. 3-4).

V.2. Visión jurisprudencial

De lo descrito se deduce la incidencia indirecta del poder de cancelación de la apelación, atribuido al primer presidente del tribunal de apelación (o al juez de instrucción), sobre el acceso a la sentencia de segundo grado. Esto, de hecho, fue la consecuencia inmediata destacada por los comentaristas franceses, quienes vieron de inmediato en la introducción

del art. 526 CPC —como fue el caso con su precursor, el art. 1009-1 CPC dentro de la casación— el propósito mal disimulado de desalentar las apelaciones que no son serias y la deflación de la carga judicial. Si se deja sin remedio, de hecho, se convierte en un instrumento capaz de reducir los efectos sobre el acceso al recurso (y el recurso de casación) con daños decisivos para el recurrente (y, por lo tanto, para la imparcialidad del proceso), según un punto de vista[35]. Este efecto se reproduce, con el art. 526 CPC, sobre la ejecución o incumplimiento de la sentencia impugnada y sobre el equilibrio judicial de los parámetros establecidos en el temperamento de la obligación de ejecutar que tiene el apelante. Aunque, a diferencia del permiso de apelación inglés, también surge en la disposición del art. 526 CPC la discreción atribuida al juez de «bloquear» o no el enjuiciamiento de la apelación. Esta discreción se relaciona en particular con la realización de los dos parámetros antes mencionados, cuya evaluación se deja a la sensibilidad de cada tribunal de apelaciones y cada juez examinador.

En un intento de evitar tal peligro, y tal vez la misma queja de no conformidad del art. 526 CPC al art. 6, nro. 1 de la CEDH, el Ministerio de Justicia francés especificó de inmediato en una circular especial que la cancelación de la apelación de conformidad con el art. 526 CPC «no debe obstaculizar el acceso efectivo del apelante a la segunda instancia y su derecho a un juicio justo». En particular, se dijo, su aplicación debería haber seguido solo un examen cuidadoso de las circunstancias del caso específico y, por lo tanto, una verificación de la proporcionalidad de la cancelación de la apelación con los objetivos perseguidos por la norma[36]. Por lo tanto, se esperaba un uso supervisado; y esto debiera negarse si el apelante demuestra su insolvencia real contra una apelación relevante, por ejemplo[37]. Solo una aplicación de este tipo podría haber protegido el art. 526 CPC por la presunta violación del art. 6, nro. 1 CEDH, sobre cuyos méritos fluctuaron los tribunales de apelación franceses.

Para algunos, de hecho, el contraste del art. 526 CPC con el art. 6, nro. 1 CEDH era innegable, por un lado, porque la cancelación de la apelación efectivamente impide el acceso al doble grado de jurisdicción; y, por el otro, puesto que viola el principio de proporcionalidad entre fines y medios de la norma[38]. Por el contrario, para otros tribunales, el

35 V. Cour de cassation, 2e civ., 18/6/2009, pourvoi n. 08-15.424, en Bull. civ., N° 167, en D., 2009, p. 2532, con nota de Vanessa Norguin; en *RTD civ*., con comentario de R. Perrot.

36 V. Circulaire d'application N° CIV/04/06, según la cual «La radiation du rôle de l'appel ne doit pas entraver l'accès effectif de l'intéressé à la cour d'appel et affecter ainsi le droit à un procès équitable. Il conviendra par conséquent de se livrer à un examen systématique des circonstances propres à l'espèce er d'apprécier, dans chaque affaire, si la radiation ne constitue pas une mesure disproportionnée eu égard aux buts poursuivis».

37 V. Cour d'Appel Paris, ord. CME, 25ème chambre B, 6/7/2006, en *Bull. Avoués*, núm. especial N° 175, p. 9.

38 Cour d'Appel Limoges, 1ére ch., 31/8/2006, en *Rev. huissier*, 2007, p. 73, con comentario de Vanessa Norguin, según el cual «l'article 526 du nouveau code de procédure civile (NCPC) est incompatible avec l'article 6 de la CEDH, car il prive de fait le justiciable de l'accès au double degré de juridiction».

mecanismo introducido por el art. 526 CPC no era incompatible con el art. 6, nro. 1 del CEDH, ya que la aplicación de la cancelación de la apelación en el mismo no es automática, sino que siempre es el resultado de un poder discrecional del juez, ejercido con contradictorio de las partes. Además, seguiría una evaluación que no solo tiene en cuenta la existencia de los requisitos establecidos explícitamente en el artículo 526 CPC (consecuencias manifiestamente excesivas; imposibilidad de ejecución), sino también de requisitos de «buena administración de justicia» (*bonne administración de la justice*)[39].

Esta posición es seguida también por el Tribunal de Casación, que negó, aunque superficialmente, el contraste entre la disposición en cuestión y el art. 6, nro. 1 CEDH[40]. La cuestión ha sido resuelta incluso por el propio Tribunal de Estrasburgo, que decidió sobre el cumplimiento con el CEDH del art. 1009-1 CPC[41]; y se hizo la misma solicitud con respecto al art. 526 CPC en el caso *Affaire Chatellier vs. Francia* en 2011[42]. Aunque reitera la naturaleza no absoluta del derecho de acceso a la apelación y la imposibilidad de que el tribunal reemplace al Estado contratante en la modulación del sistema de apelación civil, el juez de Estrasburgo condenó a Francia por violar el art. 6, nro. 1 del CEDH en razón de una solicitud «desproporcionada», en el presente caso, por el alcance de la cancelación de la apelación. Dado que, de hecho, el sistema legal francés conoce y prevé el segundo grado de jurisdicción, «medida» debería ser la aplicación de mecanismos —como el que ofrece el art. 526 CPC— que impiden el acceso a la apelación, ya que son graves las consecuencias que se derivan de ella. En este caso, no habría habido una adecuada «medida».

Por lo tanto, por cierto, la invitación de la Corte es a utilizar la cancelación de la apelación con prudencia y como se desprende para la casación por el art. 1009-1 CPC. Dicha invitación a la doctrina francesa más atenta espera ser aceptada no solo por los tribunales en la aplicación del art. 526 CPC, sino también por el propio legislador, quien debería encontrar en esto una razón para revisar la disposición.

39 Cour d'Appel Paris, ord. Premier President, 1/3/2007; Id., ord. Premier Président, 27/9/2006, en *Bull. avoués* núm. especial N° 175, 2007, p. 8.

40 Cour de cassation, 2e civ., 18/6/2009, pourvoi N° 08-15.424: «la demande de radiation présentée sur le fondement de l'article 526 du code de procédure civile donnait lieu au pro- noncé d'une mesure d'administration judiciaire, la cour d'appel en a exactement déduit, sans violer les dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qu'elle n'était pas susceptible de recours et ne pouvait être déférée à la cour d'appel».

41 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (sent.), 14/11/2000, caso *Annoni di Gussola and others vs. France*, en particular el punto 50, sobre la conformidad con el art. 6, nro. 1 CEDH del art. 1009-1 CPC.

42 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (sent.), 31/3/2011, caso *Affaire Chatellier vs. France* (N° 34658/07).

VI. DISCUSIÓN Y PROPUESTA DE TRABAJO CON INFORME PRELIMINAR DEL GRUPO SOBRE APELACIÓN ELI/UNIDROIT[43]

Se deben considerar, según el informe, dos niveles de apelación contra la sentencia definitiva (sentencias tanto por mérito como por motivos procesales). Así, se planteó si era necesario regular apelaciones ordinarias como medios impugnativos extraordinarios[44]. En el borrador en trabajo se contempla tanto la primera como la segunda apelación, pero acá nos concentraremos en la primera, dejando de lado recursos extraordinarios.

En cuanto a la restricción de la admisibilidad, el grupo optó por un criterio basado en el valor/monto en juego y consideró tres posibilidades para determinarlo: el valor en disputa en primera instancia, la suma perdida en primera instancia o el valor de la reparación solicitado en apelación (agravio). En el caso de reclamaciones no monetarias, se planteó la interrogante sobre si la definición de un umbral debería quedar a discreción del tribunal de primera instancia, pero el grupo de trabajo no apoyó esta idea[45]. El monto del umbral no debe ser fijado por un número, sino por un porcentaje del salario mínimo en el país respectivo. Pero, de forma similar al modelo alemán, y no obstante ese filtro —por debajo de la cuantía—, si la causa tiene significado fundamental, coadyuva al desarrollo del derecho o a la unificación de la jurisprudencia, debe admitirse. Acá se ve la influencia del modelo alemán para sentar criterios objetivos de admisibilidad de la apelación ya en el monto, ya en causales de interés general (Gascón Inchausti & Hess, 2020, pp. 40-50; Gascón Inchausti, 2018, pp. 80-102).

Otra parte de los principios se refería al alcance de la revisión por apelación, en la cual siempre deben admitirse nuevos argumentos legales. En cuanto a los hechos, se pensó que una nueva etapa probatoria plena no sería apropiada, pero que se deberían tomar nuevas pruebas si los errores de procedimiento hubieran afectado los procedimientos en primera instancia. Además, deben admitirse nuevos hechos si no pudieron alegarse en primera instancia. Así, se trata de una apelación cerrada siguiendo los modelos inglés, italiano y alemán que se trataron en los acápites anteriores; es decir, una apelación cerrada que no constituye un nuevo juicio completo de la primera instancia[46].

En el debate que siguió, se dudaba sobre si la restricción de la admisibilidad debía basarse en un valor o cuantía, argumentando que

43 Al respecto, ver: https://www.unidroit.org/english/documents/2018/study76a/s-76a-08-e.pdf; referente a Unidroit 2018 - Estudio LXXVIA - SC VI - Doc. 89.

44 Al respecto, revisar: http://www.unidroit.org/work-in-progress-studies/current-studies/transnational-civil-procedure (consultado el 23 de enero de 2019).

45 Ídem.

46 Al respecto, ver: http://www.unidroit.org/work-in-progress-studies/current-studies/transnational-civil-procedure (consultado el 23 de enero de 2019).

en las jurisdicciones de derecho consuetudinario el acceso a la apelación se basaba en la posibilidad de éxito en la apelación, lo que requería una evaluación del fondo. También se observó que en los sistemas de *common law* el desarrollo del derecho sustantivo se basaba en la jurisprudencia y en la capacidad del tribunal superior para examinar lo que se dictaba en los tribunales inferiores (Hazard, 2014, pp. 176-178). En este sentido, se descartó la introducción de un filtro similar en la formulación al existente en Alemania, Italia e Inglaterra en tanto «probabilidad de éxito de la apelación». Es decir, las causales de significado fundamental de la causa o la posibilidad de colaborar con el desarrollo del derecho y la unificación de la jurisprudencia servían para admitir la apelación por debajo del umbral de la cuantía, y eran suficientes para un examen de apertura y no de cierre del recurso. A la fecha, no hay aún un borrador sobre la ejecución ELI/Unidroit; por ende, la posibilidad de morigerar la apelación mediante condiciones de ejecución provisional de la sentencia no quedó incluida, de forma que se descarta por el momento el mecanismo de uso en el Reino Unido y en Francia (Gascón Inchausti & Hess, 2020, pp. 45-50; Kramer, 2014, pp. 220-230).

En cuanto a los motivos de la apelación, se cuestionó si el «error de procedimiento» se refería al error del tribunal o de las partes. Se concluyó que el tema no había sido objeto de discusión, pero que tendencialmente refería a errores del tribunal (Uzelac, 2017, p. 15; Szabados, 2016, pp. 1237-1240). Finalmente, se discutió la cuestión de si las sentencias interlocutorias podrían ser objeto de una apelación y los participantes generalmente acordaron que no todos los juicios interlocutorios deberían ser cuestionados.

VII. CONCLUSIONES

Como se ha podido apreciar, el borrador de ELI/Unidroit adopta elementos comunes sobre los alcances de la apelación: no se trata de reeditar un juicio ya cerrado en primera instancia, sino de ser más bien una instancia de control de errores de la misma. Es decir, sigue lo que se desarrolló en relación a los modelos de Alemania, Reino Unido e Italia.

Al mismo tiempo, puede desprenderse de los filtros pensados que la apelación no solo asume un rol de control de errores, sino también de mecanismo para el desarrollo del derecho y la unificación de la jurisprudencia; en ello se nota la influencia del derecho alemán en el filtro de acceso por la cuantía. Así, no obstante no satisfacer el monto mínimo (criterio objetivo que se adopta en el borrador), el tribunal puede admitir el recurso si se verifica la relevancia del caso para perfeccionar al derecho y/o unificar la jurisprudencia.

El borrador no contiene, para la apelación, filtros (como el alemán, inglés o el italiano) de proyección de falta de éxito del recurso como causal para declararlo inadmisible. De esa forma, se verifica en el borrador las distintas influencias de los ordenamientos jurídicos examinados y la tendencia a fortalecer la primera instancia como elemento común a todos los modelos fuente examinados.

REFERENCIAS

Allorio, E. (1979). Sul doppio grado del processo civile. En *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman* (III, pp. 1784-1815). Milán: Giuffrè.

Althammer, C. (2014). *Die Zukunft des Rechtsmittelsystems*. En Alexander Bruns, Joachim Münch & Astrid Stadler (eds.), *Die Zukunft des Zivilprozesse* (pp. 86-107). Freiburger symposion am 27. April 2013 anlässlich des 70. Geburtstages von Rolf Stürner. Tubinga.

Althammer, C. (2018). Kommentar § 522, 531. En F. Stein & M. Jonas (eds.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung VI*. Vigesimosegunda edición. Tubinga: Mohr Siebeck.

Amrani-Mekki, S., Jeuland, E., Serinet, Y., & Cadiet, L. (2006). Le procès civil à son point de déséquilibre? A propos du décret «procédure». *JCP*, *1* (146), 1159.

Andrews, N. (2013). *Andrews on Civil Processes. Court Proceedings* (I). Londres: Intersentia. doi: https://doi.org/10.1017/9781780685090

Andrews, N. (2017). Precedents and Common Law Rule-Making. *Zeitschrift für Zivilprozess*, *22* (1), 3-28. doi: https://doi.org/10.1515/zzp-2017-220102

Ansanelli, V. (2014). Qualche aggiunta sulla «via italiana» alla selezione delle impugnazioni in appello. *Politica del diritto*, 121 y ss.

Balena, G. (2008). La garanzia del doppio grado di giurisdizione. En F. Cipriano (ed.), *Stato di diritto e garanzie processuali* (pp. 256-270). Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.

Balena, G. (2013). Le novità relative all'appello nel d.l. n. 83/2012. *Il giusto processo civile*, 335-337.

Baumgärtel, G., & Hohmann, G. (1972). *Rechtstatsachen zur Dauer des Zivilprozesses (zweite Instanz)*. Colonia: Heymanns.

Bianchi, L. (2014). Giudicato interno e motivi d'appello. Un confronto tra il sistema italiano e quello tedesco (art. 342 c.p.c. e §§ 520 e 529 ZPO). *Rivista di diritto processuale*, (6), 1436.

Bierschenk, L. (2015). *Die zweite Instanz im deutschen und französichen Zivilverfahren*. Tubinga: Mohr Siebeck. doi: https://doi.org/10.1628/978-3-16-154034-9

Bowman, J. (1997). *Bowman Report. Report to the Lord Chancellor by the Review of the Court of Appeal (Civil Division)*. Londres: Lord Chancellor's Department.

Briguglio, A. (2013). Un approccio minimalista alle nuove disposizioni sull'ammissibilità dell'appello. *Rivista di diritto processuale*, (3), 573-588.

Brugger, W. (2015). *Die Erfolgreiche Berufung im Zivilprozess*. Viena: Manz.

Bülow, O. (1885). *Gesetz und Richteramt*. Leipzig: Duncker & Humblot.

Cadiet, L. (2002). Feu l'exécution immédiate des jugements? Regrets de la France du milieu. *JCP Actualité*, 1489-1491.

Cadiet, L., & Loriferne, D. (eds.). (2011). *Le réforme de la procédure d'appel et autres questions d'actualité*. París: IRJS Editions.

Caponi, R. (2009). L'appello nel sistema delle impugnazioni civili (note di comparazione anglo-tedesca). *Rivista di diritto processuale, 63*(3), 631-646.

Caponi, R. (2012). La riforma dei mezzi di impugnazione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile,* 66(4), 1153-1178.

Cappelletti, M. (1969). Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano. *Giur. it., IV*, 81-95.

Cappelletti, M. (1978). Doppio grado di giurisdizione: parere iconoclastico n. 2 e razionalizzazione dell'iconoclastia. *Giur. it., IV*, 1-25.

Cartuso, S. (2013). Il nuovo «filtro» di ammissibilità dell'appello. *La Nuova Procedura Civile. Rivista scientifica bimestrale di Diritto Processuale Civile*, 4-25.

Cea, C. (2010). L'organizzazione dell'ufficio del giudice civile di appello. *Foro it., V*, 169-180.

Cerino, A. (1973). *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*. Padua: CEDAM.

Cerino, A. (1978). Sul principio del doppio grado di giurisdizione. Realtà e prospettive dell'appello civile. *Rivista di diritto processuale*, 92-112.

Consolo, C. (2009). Il processo civile alla High Court di Londra, un intarsio tra medioevo e globalizzazione economica. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 63*(4), 61-82.

Consolo, C. (2012a). *Lusso o necessità nelle impugnazioni delle sentenze?* Recuperado de: http://www.judicium.it/lusso-o-necessita-nelle-impugnazioni-delle-sentenze/

Consolo, C. (2012b). Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio "svaporamento". *Il Corriere Giuridico*, (10), 1133-1146.

Costantino, G. (2013). La riforma dell'appello. *Il giusto processo civile*, 21-35.

Couchez, G., & Lagarde, X. (2011). *Procédure civile*. Decimosexta edición. París: Sirey.

Dalla, S. (2015). Contributo allo studio dei filtro in apello. *Colletanea de la Facultá de Giurisprudenza Trento*, (7), 23-33.

De Cristofaro, M. (2012). *Appello e cassazione alla prova dell'ennesima "riforma urgente": quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l. n. 83/2012)*. Recuperado de: http://www.judicium.it/appello-e-cassazione-alla-prova-dellennesima-riforma-urgente-quando-i-rimedi-peggiorano-il-male-considerazioni-di-prima-lettura-del-d-l-n-832012/

De Saulles, D. (2019). *Reforming Civil Procedure: The Hardest Path*. Londres: Hart Publishing.

Denti, V. (1982). Riforma e controriforma del processo civile? En *Un progetto per la giustizia civile* (pp. 288-302). Bolonia: Il Mulino.

Di Marzio, M. (2013). *L'appello civile dopo la riforma*. Milán: Giuffrè.

Didone, A. (2013). Appunti sull'inammissibilità dell'appello ex art. 348-bis c.p.c. *Il Corriere Giuridico*, *30*(8/9), 1136-1149.

Doukoff, N. (2013). *Zivilrechtliche Berufung*. Múnich: C.H. Beck.

Eichele, K., Hirtz, B., & Oberheim, R. (2014). *Berufung im Zivilprozess*. Colonia: Wolters Kluwer.

Elliot, M., & Thomas, R. (2002). Tribunal Justice and Proportionate Dispute Resolution. *Cambridge Law Journal*, *71*(2), 297-324. doi: https://doi.org/10.1017/s0008197312000505

Fabiani, M., Dalfino, D., Scarselli, G., Caponi, R., Impagnatiello, G., & Pagni, I. (2012). L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012 (d.l. 83/12, convertito, con modificazioni, in l. 134/12). *Il Foro Italiano*, *135*(10), 281/282-305/306.

Ferrand, F. (2009). L'évolution récente de l'appel civil en droit français. *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 43-82.

Ferrari, F. (2014). The Recent amendments to the Italian Appeal System. En A. Uzelac & R. Van Rhee (eds.), *Nobody's Perfect: Comparative Essays on Appeals and Other Means of Recourse* (pp. 1-15). Cambridge: Intersentia.

Gallet, J. L. (2018). *La procédure civile devant la cour d'appel*. París: LexisNexis.

Gascón Inchausti, F. (2018). *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*. Barcelona: Marcial Pons.

Gascón Inchausti, F., & Hess, B. (2020). *The Future of the European Law of Civil Procedure*. Cambridge: Intersentia.

Gerbay, P., & Gerbay, N. (2013). *Guide du procès civil en appel*. París: LexisNexis.

Gerbay, P. (2006). L'article 526 du NCPC: premières approaches. *Gazz du Palais*, 3-4.

Gilles, P. (1977). Rechtsmitteleinlegung, Rechtsmittelbegründung und nachträgliche Parteidispositionen über Rechtsmittel. *Archiv für die civilistische Praxis*, 189-237.

Gottwald, P. (1996). Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts? Verhandlungen des 61. *Deutschen Juristentages*, *1*, 52-65.

Grunsky, W. (1971). Beschränkungen bei der Einlegung eines Rechtsmittels und bei der Aufhebung des angefochtenen Urteils. *Zeitschrift für Zivilprozess*, 129-147.

Grunsky, W. (1975). Zum Umfang der Dispositionsbefugnis des Rechtsmittel Klägers bei der Bestimmung des Verfahrensgegenstandes. *Zeitschrift für Zivilprozess*, 49-60.

Guinchard, S. (2002). Un bon exemple de France d'en haut contre la France d'en bas: le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel. *Petit Affiches*, (112), 4.

Guinchard, S. (2012). *Droit et pratique de la procédure civile*. París: Dalloz.

Hazard, G. C., Jr. (2014). Some preliminary observations on the proposed ELI/Unidroit civil procedure project in the light of the experience of the ALI/Unidroit project. *Uniform Law Review*, *19*(2), 176-178. doi: https://doi.org/10.1093/ulr/unu010

Hess, B. (2010). L'appel en droit allemand. En J. Van Compernolle & A. Saletti (eds.), *Le double degré de juridiction. Étude de droit comparé* (pp. 103-120). Bruselas: Bruylant.

Hirtz, B. (2001). Reform des Zivilprozesses – Einführung der Beschlussverwerfung. *Monatsschrift für Deutsches Recht*, (22), 1265-1268.

Hoonakker, P. (2006). Dernières réformes l'exécution provisoire: raison et déraison. *Recueil Dalloz*, 754-760.

Hugon, C. (2006). La radiation du rôle sanctionnant l'inexécution d'une décision judiciaire: un nouveau miroir aux alouettes? *Recueil Dalloz*, 1640-1642.

Impagnatiello, G. (2012). Pessime nuove in tema di appello e ricorso in cassazione, *Il giusto proceso civile*, 735-758.

Información y documentación - Derecho Internacional Privado. (2015). *Revista Española de Derecho Internacional*, *67*(2), 279 y ss.

Kehrberger, R. (2019). *Die Materialisierung des Zivilprozessrechts*. Tubinga: Mohr Siebeck. doi: https://doi.org/10.1628/978-3-16-158277-6

Kramer, X. (2014). The structure of civil proceedings and why it matters: exploratory observations on future ELI-Unidroit European rules of civil procedure. *Uniform Law Review*, *19*(2), 218-238. doi: https://doi.org/10.1093/ulr/unu012

Kramer, X. (2016). *Towards ELI-Unidroit Model Rules of Civil Procedure: Basic Premises and Challenges*. doi: https://doi.org/10.2139/ssrn.2828148

Krüger, W. (2008). Unanfechtbarkeit des Beschlusses nach § 522 II ZPO – Ein Zwischenruf. *Neue Juristische Wochenschrift*, 945-948.

James, P. (1993). *Rechtsfortbildung als Prozesszweck*. Tubinga: Mohr Siebeck.

Le Bars, T. (2002). La charrue avant les bœufs: le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel en matière civile. *Recueil Dalloz*, 1897-1907.

Liebman, E. (1980). Il giudizio d'appello e la Costituzione. *Rivista di diritto processuale*, 401-425.

Lucertini, E. (2006). La riforma dell'appello civile in Germania: il declino del giudizio de novo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 60(3), 915-942.

Magendie, J. (2002). L'exécution immédiate des décisions de justice: l'injuste critique d'une réforme nécessaire. *Recueil Dalloz*, 2411-2414.

Maultzsch, F. (2010). *Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht*. Tubinga: Mohr Siebeck. doi: https://doi.org/10.1628/978-3-16-151232-2

Mocci, M. (2012). Il giudice alle prese col filtro in appello. *Il giusto processo civile*, 1243-1255.

Molfessis, N. (1996). La protection constitutionnelle du double degré de jurisdiction. *Justices*, (4), 17-25.

Möller, J. (2009). *Kritische Gedanken zur Beschlusszurückweisung in der Berufung nach § 522 II ZPO*. [Tesis PhD] Universidad de Colonia.

Monteleone, G. (2011). La crisi dell'appello civile ed il dissesto delle Corti di appello: cause e rimedi. *Il giusto processo civile*, 863-868.

Moreau, A. (2006). L'exécution provisoire, un avantage dangereux pour le créancier poursuivant. *Recueil Dalloz*, 524-525.

Mortara, L. (1890). Voz Appello – Appello civile. En *Digesto italiano* (III, vol. 2). Torino: Unione Tipografigo-Editrice.

Motto, A. (2012). Gli interventi legislativi sulla giustizia civile del 2011 e 2012. *Le nuove leggi civili commentate*, (3), 575-609.

Nicotra, I. (2000). Doppio grado di giurisdizione, diritto di difesa e principio di certeza. *Rivista di diritto processuale*, 127-40.

Noble, R., & Schiff, D. (2002). The Right to Appeal and Workable Systems of Justice. *The Modern Law Review*, (65), 676. doi: https://doi.org/10.1111/1468-2230.00403 (consultado en diciembre de 2019).

Norguin, V. (2006). Le nouveau régime de l'exécution provisoire depuis le décret n° 2005-1678 du 28 déc. 2005. *Revue. huissier*, 256-260.

Norguin, V. (2008). Radiation du rôle et procès équitable. *Recueil Dalloz*, 204-207.

Pacilli, M. (2015). *L'abuso dell'appello*. Bolonia: Bononia University Press.

Panzarola, A. (2013). Tra "filtro" in appello e "doppia conforme": alcune considerazioni a margine della legge n. 134 del 2012. *Il giusto processo civile*, 89-124.

Perrot, R. (2010). Les effets de l'appel en droit français. En J. Van Compernolle & Saletti, A. (eds.), *Le double degré de juridiction. Étude de droit comparé* (pp. 273-285). París: Bruylant.

Piekenbrock, A. (2002). Nichtannahme der Berufung? – Kritische Gedanken zu § 522 ZPO. *JZ*, 238-248.

Piekenbrock, A. (2013). Il processo civile tedesco dal modello di Stoccarda in poi: passi avanti e indietro. *Il giusto processo civile*, 685-723.

Poli, R. (2013). Il nuovo giudizio di appello. *Rivista di diritto processuale*, 120-133.

Proto, A. (2011). Giustizia civile: è davvero impossibile la soluzione della crisi? *Foro italiano*, (V), 149-162.

Punzi, C. (2015). *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*. Torino: Giappichelli.

Ricci E. (1980). Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile: un principio in crisi. En *Atti del XII Convegno nazionale – Venezia, 14-15 ottobre 1977* (pp. 166-169). Milán.

Rimmelspacher, B. (2018). § 522. En W. Krüger & T. Rauscher (eds.), *Münchener Kommentar Zivilprozzesordnung*. Múnich: Beck.

Rota, F. (2014). Appello (riforma dell') (diritto processuale civile). *Enciclopedia del diritto* (ap. VII, p. 80). Milán: Giuffrè.

Roth, H. (2006). Zivilprozessuales rechtmittelrecht und funktionale zweigliedrigkeit. *JuristenZeitung*, *61*(1), 9-18. doi: https://doi.org/10.1628/002268806775351857

Russo, M. (2013). Le novità in tema di appello dopo la L. 7 agosto 2012, n. 134. *Giurisprudenza Italiana*, 232-233.

Saletti, A. (2016). Les nova dans la procédure d'appel: L'évolution du procès civil italien. *Zeitschrift für Zivilprozessrecht International*, 21, 57-72.

Sassani, B. (1999). Voce Appello (diritto processuale civile). En *Enciclopedia del diritto* (III, pp. 178-183). Milán: Giuffrè.

Saueressig, C. (2008). *Das System der Rechtsmittel nach dem Zivilprozessreformgesetz*. Colonia: Heymman.

Schafft, T. (2005). *Selektion von Rechtsmittelverfahren durch gesetzliche Zugangsbeschränkungen*. Tubinga: Mohr Siebeck.

Sharpe, R. (1998). Judicial Discretion. *The Advocate Society Journal*, (4), 8-25.

Storme, M. (1994). *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne*. Dordrecht, Países Bajos: Nijhoff.

Stürner, M. (2002). *Die Anfechtung von Zivilurteilen: eine funktionale Untersuchung der Rechtsmittel im deutschen und englischen Recht*. Múnich: Beck.

Stürner, R. (2014). Principles of European civil procedure or a European model code? Some considerations on the joint ELI–Unidroit project. *Uniform Law Review*, *19*(2), 322-328. doi: https://doi.org/10.1093/ulr/unu015

Szabados, T. (2016). New Hungarian Civil Procedure Act and the Development of European Rules of Civil Procedure. *European Review of Private Law*, 24(6), 1237-1243.

Tedoldi, A. (2012). I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella "iconoclasta" del 2012. *Rivista di diritto processuale*, *68*(1), 145-164.

Tedoldi, A. (2013). Commento sub art. 348-bis. En C. Consolo (ed.), *Codice di procedura civile commentato* (pp. 687-697). Segunda edición. Milán: UTET Giuridica.

Tedoldi, A. (2015). Il maleficio del filtro in appello. *Rivista di diritto processuale*, *70*(3), 751-778.

Trocker, N. (2011). *La formazione del diritto processuale europeo*. Torino: Giappichelli.

Umberath, H. (2007). Der Zweck der rechtsmittel nach der ZPO-reform-theorie und praxis. *Zeitschrift für Zivilprozess*, *120*(3), 323-346.

Uzelac, A. (2017). Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations. *Hungarian Journal of Legal Studies*, *58*(1), 3-18. doi: https://doi.org/10.1556/2052.2017.58.1.1

Van Compernolle, J., & Saletti, A. (2010). *Le double degré de juridiction. Étude de droit comparé*. Bruselas: Bruylant.

Verde, G. (2014). La riforma dell'appello civile: due anni dopo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, *68*(3), 971-995.

Wiederkehr, G. (2005). Le Nouveau Code de Procédure civile: la réforme permanente. En *Droit et actualité: Études offertes à Jacques Béguin* (pp. 787-802). París: Litec, LexisNexis.

Woolf, H. (1996). *Access to Justice: Final Report*. Londres: Lord Chancellor's Division.

Zuck, R. (2006). Die Berufungszurückweisung durch Beschluss und rechtliches Gehör. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1703-1706.

Zuck, R. (2010). Die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss. Was geht beim BVerfG? (Teil 1). *Neue Juristische Wochenschrift*, 1860.

Zuckerman, A. (2013). *Zuckerman on Civil Procedure. Principles and Practice*. Londres: Sweet & Maxwell. doi: https://doi.org/10.1002/9781118392058

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Audergon vs. La Baguette Ltd & Ors Court of Appeal – Civil Division, 23 de enero de 2002, caso, en *EWCA Civ*, 2002, p. 10.

BVerfG, (ord.), 5 de agosto de 2002, p. 281.

BVerfG, 18 de junio de 2008, 1 BvR 1336/08, en *MDR*, 2008, pp. 991-992.

BVerfG, (ord.), 4 de noviembre de 2008, p. 573.

BVerfG, (ord.), 1 de octubre de 2004, p. 660.

Cass. Com., 26 de junio de 2001, *RTDCom.* 2001.778.

Civil Procedure Rules (CPR) [Reino Unido].

Code de l'organisation judiciaire (COJ) [Francia].

Colley vs. Council for Licensed Conveyancers, Court of Appeal – Civil Division, 17 de julio de 2001, en *EWCA Civ*, 2001, p. 1137.

Convención Europea de Derechos Humanos.

Cordle vs. Cordle, Court of Appeal – Civil Division, 15 de noviembre de 2001, en *WLR*, 2001, vol. 1, p. 1441.

Cour d'Appel Limoges, 1ére ch., 31 de agosto de 2006, en *Rev. huissier*, 2007, p. 73.

Cour d'Appel Paris, ord. CME, 25ème chambre B, 6 de julio de 2006, en *Bull.* Avoués, núm. especial N° 175, p. 9.

Cour d'Appel Paris, ord. Premier President, 1 de marzo de 2007

Cour de cassation, 2e civ., 18 de junio de 2009, pourvoi n. 08-15.424, en *Bull. civ.*, N° 167, en D., 2009, p. 2532.

Court of Appeal – Civil Division, 30 de junio de 2000, caso *Jones vs. MNBA International Bank*, en *EWCA Civ*, 2000, p. 514.

Decreto Ley 83/2012 [Italia].

G *v.* G, House of Lords, 25 de abril de 1985, caso, en *WLR*, 1985, vol. 1, p. 647.

H vs. G, High Court – Family Division, 13 de junio de 2013, en *EWHC*, 2013, p. 2136.

Hertsmere BC vs. Harty (application for permission to appeal), Court of Appeal – Civil Division, 21 de junio de 2001, caso, en *EWCA Civ*, 2001, p. 1238.

Id., ord. Premier Président, 27 de setiembre de 2006, en *Bull. Avoués*, núm. especial N° 175, 2007, p. 8.

Iftakar Ahmed vs. Stanley A Coleman and Hill, Court of Appeal – Civil Division, 18 de junio de 2002, en *EWCA Civ*, 2002, p. 935.

Jolly vs. Jay & Anor, Court of Appeal – Civil Division, 7 de marzo de 2002, caso, en *EWCA Civ*, 2002, p. 277.

Jones vs. MNBA International Bank, 30 de junio de 2000, cit., punto 38. CPR 52.10(1): «In relation to an appeal the appeal court has all the powers of the lower court».

Ladd vs. Marshall, Court of Appeal – Civil Division, 29 de noviembre de 1954, en *EWCA Civ*, 1954, p. 1.

Ley 134/2012 [Italia].

Ley del 21 de octubre 2011 [Alemania], publicada en el BGBl. (I, p. 2082), con entrada en vigencia el 27.10.2011.

Mason vs. Walton-on-Thames, Court of Appeal – Civil Division, del 2011, p. 1098.

Moyse vs. Regal Partnership Ltd, Court of Appeal – Civil Division, 15 de setiembre de 2004, en *EWCA Civ*, 2004, p. 1269.

N.L.W. vs. A.R.C, High Court – Family Division, 13 de enero de 2012, en *EWCH*, 2012, p. 55.

North Range Shipping Ltd vs. Seatrans Shipping Corporation, Court of Appeal – Civil Division, 14 de marzo de 2002, en *WLR*, 2002, vol. 1, p. 2397.

Nouveau Code de procédure civile (CPC) [Francia].

Obsession Hair, Day Spa Ltd vs. Hi-Lite Electrical Ltd, en *EWCA Civ*, 2011, 13 de octubre de 2011, p. 1148.

Peer International Corporation vs. Termidor Music Publishers, Court of Appeal – Civil Division, 23 de noviembre de 2007, en *EWCA Civ*, 2007, p. 1308.

Piglowska vs. Piglowski, House of Lords, 24 de junio de 1999, en *WLR*, 1999, vol. 1, p. 1360.

R. (on the application of Capewell) vs. Stoke-on-Trent County Court, High Court, 14 de diciembre de 2011, *EWHC*, 2011, p. 3851.

Royds LLP vs. Pine, Court of Appeal – Civil Division, 19 de diciembre de 2012, en *WLR*, 2013, vol. 1, p. 717.

Sengugta & Anor vs. Holmes & Ors, Court of Appeal – Civil Division, 31 de julio de 2002, en *EWCA* Civ, 2002, p. 1104.

Société Générale S.A. vs. Saad Trading, Contracting and Financial Services Co., Court of Appeal – Civil Division, 23 de mayo de 2012, p. 695.

Swain vs. Hillman, Court of Appeal – Civil Division, 21 de octubre de 1999, en *All ER*, 2001, vol. 1, p. 91.

Tanfern Ltd vs. Cameron-MacDonald, Court of Appeal – Civil Division, 12 de mayo de 2000, en *EWCA Civ*, 2000, p. 3023, punto 33.

Turner vs. Haworth Associates, Court of Appeal – Civil Division, 23 de febrero de 2001, en *EWCA Civ*, 2001, p. 370.

Zivilprozessordnung (ZPO) [Alemania].

Recibido: 20/01/2020
Aprobado: 08/04/2020

INTERDISCIPLINARIA

DERECHO PUCP
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.013
CC BY
DERECHO PUCP
N° 84, 2020
junio-noviembre
pp. 393-327
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

La enseñanza del derecho frente al pasado de sus estudiantes

Law students' past and its relevance for legal education

FERNANDO DEL MASTRO PUCCIO*
Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

A mis colegas de Derecho PUCP,
por lo hecho y por hacer

No es posible respetar a los educandos, su dignidad, su ser en formación, su identidad en construcción, si no se toman en cuenta las condiciones en que ellos vienen existiendo, si no se reconoce la importancia de los «conocimientos hechos de experiencia» con que llegan a la escuela

PAULO FREIRE, *PEDAGOGÍA DE LA AUTONOMÍA*

Resumen: En la presente investigación presentamos un análisis cualitativo de un conjunto de vivencias de estudiantes de derecho con figuras de autoridad durante su época escolar. Desde un marco centralmente psicoanalítico, buscamos comprender las dinámicas relacionales que subyacen a dichas vivencias y su posible impacto en el «ser regulatorio» de los estudiantes, es decir, en su modo particular de vivir dentro de sistemas regulatorios. En ese contexto, exploramos diferentes maneras en que dicho pasado puede estar presente en los modos en que los estudiantes viven la carrera y luego su profesión. A partir de estas reflexiones, planteamos un conjunto de actitudes que pueden seguir estudiantes, autoridades y docentes de derecho para salir de dinámicas relacionales autoritarias y construir un «*ethos* regulatorio» que pueda ser vehículo para la maduración del ser regulatorio de los estudiantes.

Palabras clave: Enseñanza del derecho, educación legal, ser regulatorio, *ethos* regulatorio, dinámica relacional, regulación, formación por competencias, psicoanálisis, ética, currículo oculto

Abstract: In this paper we conduct a qualitative analysis of law students' experiences with authorities when they were high school students. Through a psychoanalytical framework, we seek to understand the relational dynamics underlying those experiences and their possible impact in the construction of the law students' «regulatory self», that is, in the way they live within

* Profesor asociado e investigador en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), donde ocupa el cargo de coordinador del Área de Ética y Responsabilidad Profesional y del curso Derecho y Psicología. También es responsable de la Oficina de Ética y Bienestar de la Facultad de Derecho de la PUCP. Máster en Derecho por la Universidad de Duke como becario Fulbright y máster en Estudios Teóricos en Psicoanálisis en la PUCP. Actualmente, es estudiante del Doctorado en Estudios Psicoanalíticos por la PUCP con un proyecto de tesis que explora cómo, a través relación docente-estudiante, los estudiantes de derecho construyen saberes acerca de la regulación. Certificado por la American Management Association para aplicar el Myers & Briggs Type Indicator. Abogado por la PUCP.
Código ORCID: 0000-0003-1599-7598. Correo electrónico: fdelmastro@pucp.pe

regulatory systems. Then we explore the different manners in which that past could be present in the way law students live legal education and then their profession. Finally, we suggest diverse attitudes that law schools' authorities, professors and students can develop in order to avoid authoritarian relational dynamics and to construct a «regulatory *ethos*» which can contribute to the growth of students' «regulatory self».

Key words: Legal education, regulatory self, regulatory *ethos*, relational dinamics, regulation, psychoanalysis, ethics, hidden curriculum, competencies, skills

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. DINÁMICAS RELACIONALES EN LA REGULACIÓN DESDE EL PSICOANÁLISIS.– II.1. LA FAMILIA.– II.2. ANÁLISIS DE LA CULTURA.– II.3. EL ÁMBITO EDUCATIVO.– II.4. LAS PRESENCIAS DEL PASADO EN EL PRESENTE.– III. VIVENCIAS DE ESTUDIANTES DE DERECHO CON LA AUTORIDAD EN SU ETAPA ESCOLAR.– III.1. FALTA DE JUSTIFICACIÓN E INCONGRUENCIA.– III.2. VIOLENCIA Y HUMILLACIÓN COMO SANCIÓN.– III.3. LEJANÍA E INTERPRETACIÓN AGRESIVA DEL OTRO.– III.4. EL SENTIR, PENSAR Y HACER DE LOS ESTUDIANTES FRENTE A LA AUTORIDAD.– IV. DINÁMICAS RELACIONALES SUBYACENTES A LAS VIVENCIAS.– V. PROBLEMÁTICAS PARA LA ENSEÑANZA DEL DERECHO.– VI. CAMINOS PARA LA MADURACIÓN DEL SER REGULATORIO DE ESTUDIANTES Y DOCENTES DE DERECHO.– VII. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

Los estudiantes de derecho inician la carrera con una historia de vida dentro de sistemas regulatorios, que se teje en ámbitos como los de la familia y la escuela. A lo largo de dicha historia, se va construyendo lo que podríamos llamar el ser regulatorio del sujeto, es decir, su modo particular de concebir y vivir en dichos sistemas.

En este trabajo, exploramos vivencias de veinte estudiantes de derecho con figuras de autoridad en su etapa escolar[1]. Bajo un marco psicoanalítico, centrado en aproximaciones a la regulación en la familia, la cultura y el ámbito educativo, buscamos comprender las dinámicas relacionales que subyacen a dichas vivencias. Nuestra indagación nos lleva a postular la presencia de dinámicas con un tipo de autoridad que:

1. Afirma su propio deseo y actúa como poseedora de la verdad, de la cual es fuente unilateral, sin abrirse a comprender la subjetividad del otro.

1 Se trata de veinte estudiantes matriculados y matriculadas en el curso de Derecho y Psicología, dictado en el segundo ciclo como curso optativo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La técnica de recolección de información se explica en la segunda parte de este trabajo, dedicada a la presentación de resultados.

2. Genera una separación marcada, en la que se sitúa en una posición superior desde la que domina como propietaria de la regulación, sin justificar sus normas y decisiones, sin autocrítica y sin cumplir con aquello que exige al otro.
3. Mantiene su posición de dominación a través de su capacidad para desvalorizar al otro por medio de la humillación, amenaza o agresión directa.

Frente a estas figuras de autoridad, advertimos prácticas estudiantiles de «no decir», de renunciar a la propia expresión y acción, desde posiciones de sometimiento y pasividad. Las concepciones implícitas ligadas a estas prácticas serían las de una regulación ajena y distante que depende enteramente de las figuras de autoridad, así como la de uno mismo como un ser en el que el sentir y el pensar (muchas veces contrario a la autoridad) se desligan del hacer y el decir (por lo general, sometido a la autoridad).

A partir de este análisis, nos preguntamos por la relevancia de estas vivencias previas para la enseñanza del derecho. Si los estudiantes llegan a formarse como abogados habiendo pasado, entre otras, por este tipo de vivencias y dinámicas relacionales, ¿estas impactarán en su modo de aprender y ejercer el derecho? ¿Impactarán en su modo de actuar frente a las figuras de autoridad durante la carrera y, luego, en el ejercicio del derecho? ¿Impactarán en su modo de ejercer el rol de autoridad? ¿Las facultades de derecho son ambientes que propician este tipo de dinámicas o se constituyen como experiencias correctivas? ¿Podrían y deberían trabajar en su propio *ethos* regulatorio para fomentar la maduración del ser regulatorio[2] de sus estudiantes a través de sus vivencias con docentes, compañeros y autoridades?

La indagación que presentamos tiene como propósito llamar la atención respecto a la relevancia de la historia con la que llegan nuestros y nuestras estudiantes a formarse como profesionales del derecho. Asimismo, buscamos plantear algunas vías para que las facultades de derecho se constituyan como experiencias correctivas, lo que supone tomar consciencia del *ethos* regulatorio que opera en las facultades y seguir acciones decididas para mejorarlo. Para ello, presentaremos algunas actitudes que podemos desarrollar docentes, estudiantes y autoridades de las facultades de derecho para salir de estos esquemas autoritarios e

2 La definición de *ethos* y ser regulatorios hace parte de un proyecto de investigación en curso. Sin perjuicio de ello, preliminarmente, para efectos de este trabajo, entendemos como *ethos* regulatorio al conjunto de dinámicas relacionales (afectos, defensas, pulsiones, concepciones y prácticas) que ligan a los sujetos que integran un grupo o una institución en el quehacer relativo a las normas que fijan las pautas de la convivencia. Este quehacer incluye la creación, comunicación, modificación, cumplimiento, aplicación, entre otras tareas, de las normas en cuestión. De otro lado, entendemos el ser regulatorio como las dinámicas relacionales relativas a un sujeto en concreto; esto es, a su modo particular de vivir (de sentir, pensar y actuar) dentro de un sistema regulatorio determinado. Estas dinámicas incluyen la dimensión consciente e inconsciente del sujeto y se gestan, construyen y modifican a lo largo su historia a través de las vivencias en sistemas regulatorios.

inconscientes, y concentrarnos en la maduración del ser regulatorio a través de las vivencias dentro de la comunidad académica.

Nuestro propósito es que estas reflexiones generen autorreflexión en quienes queremos mejorar el propio quehacer en la formación de quienes en el futuro ejercerán el derecho en nuestro país. Este trabajo no busca, en esa línea, ser tomado como un texto utilizado para encontrar defectos en otros, sino oportunidades de maduración en nosotros mismos.

Este propósito es relevante en la coyuntura actual de la enseñanza del derecho. De un lado, por el ingreso del paradigma de formación por competencias, en una lógica constructivista que nos exige pensar en el ser de nuestros estudiantes y en el rol de su historia en la construcción de saberes (Serrano & Pons, 2011). En el ámbito de la enseñanza del derecho, el foco ha estado, a nivel de acción pedagógica, en los conocimientos (saber) y, en menor medida, en las destrezas (saber hacer), pero no en el plano del «ser». A nivel de investigación, la aproximación empírica a la enseñanza del derecho ha sido escasa, bastante general y solo de modo indirecto toca asuntos propios del *ethos* institucional de las facultades (Pásara, 2004), sin abordar su impacto formativo. Las críticas se han enfocado también en asuntos como la concepción formalista del derecho que se transmite (Atienza, 2001; Montoya, 2015; Gonzales, 2007), pero no hay enfoque en la concepción que operaría a través de las relaciones, en los modos de vivir la regulación dentro de las facultades de derecho, donde esta «se vuelve capilar» (Foucault, 1975/2003, p. 32), ni análisis del posible impacto a nivel formativo. En ningún caso, por lo demás, se ha puesto el foco de reflexión en las vivencias de los y las estudiantes, ni en la formación del ser.

De otro lado, la profunda crisis ética que atraviesa la abogacía en el país ha reavivado cierto debate respecto al rol de las facultades de derecho en ella, que se evidencia incluso en opiniones diversas respecto a su papel y su posibilidad de impactar en la ética de sus estudiantes[3]. Al mismo tiempo, diversas facultades de derecho reconocen que se hace poco

3 En el 2004, como respuesta frente a la crisis del sistema de justicia, evidenciada y aumentada por el régimen de Fujimori, la Comisión para la Reforma del Sistema de Justicia identificó como un problema del sistema de justicia que «se ha olvidado el rol ético y social que debe ser inherente a la formación profesional, con mayor énfasis en las facultades de derecho» (Ceriajus, 2004, p. 244). La reciente crisis del sistema de justicia ha reavivado la preocupación por la enseñanza del derecho. Frente a los denominados CNM Audios, el Poder Ejecutivo presentó un proyecto de ley para incentivar la probidad en la abogacía, que establecía la obligatoriedad de formación ética para facultades de derecho. Sin embargo, el Congreso no aprobó dicha disposición por considerar, entre otras cosas, que la ética se forma en casa y que la disposición vulneraría la autonomía universitaria. El presidente, a pedido de un grupo de facultades de derecho y de la Asociación de Jueces para la Justicia y la Democracia (Jusdem), principal asociación de jueces en el país, observó el proyecto aprobado por el Congreso. En el oficio de observación, indicó que el ejercicio ético de la abogacía es «un pilar fundamental para la reforma del Sistema de Justicia». En esa línea, «el ejercicio profesional de los abogados, teniendo presente la función social que desempeñan, […] debería tener un rol decisivo en la lucha contra la corrupción, particularmente en el ámbito del Sistema Judicial» (Presidencia de la República, 2019). Debemos añadir que un grupo de facultades de derecho se ha agrupado para crear un Consorcio para el Ejercicio Ético del Derecho y que, en declaraciones citadas en este plan, diversas facultades a nivel nacional han reconocido la falta de formación en ética y la necesidad de trabajar a nivel

en el campo de la formación ética, pero que existe poco conocimiento respecto a qué acciones se pueden tomar[4].

Finalmente, consideramos importante precisar que el marco psicoanalítico se elige por ser parte de una línea de indagación del autor, pero también porque existen esfuerzos por ligar ambas miradas en el ámbito académico[5] y porque apuntamos a un plano de la formación poco explorado, pero abordado desde diversos ángulos por el psicoanálisis, que toca lo anímico desde la historia del sujeto y las vivencias de la regulación en las relaciones. Por supuesto, estas vivencias pueden ser comprendidas desde otros marcos teóricos y enfoques, no excluyentes con el que presentamos en esta investigación.

II. DINÁMICAS RELACIONALES EN SISTEMAS REGULATORIOS

El psicoanálisis ha estudiado desde diversas aproximaciones las dinámicas relacionales relativas a la regulación. A la luz de nuestra revisión bibliográfica, podemos entender dichas dinámicas como el conjunto de afectos, defensas, pulsiones, concepciones y prácticas[6] que ligan a los sujetos dentro de dichos sistemas. Nótese que en este punto

del currículo oculto; no obstante, al mismo tiempo, se advierte la falta de conocimiento respecto a cómo hacerlo.

4 En el 2017, por ejemplo, diez facultades de derecho a nivel nacional indicaron, en una declaración suscrita en la Facultad de Derecho de la PUCP, que «en la mayoría de casos, la ética es un rubro inexistente en la formación o puesta en su totalidad a cargo de un único curso de poca relevancia en la formación académica del estudiante de Derecho».

5 Por ejemplo, el curso Derecho y Psicología dictado en el segundo ciclo de la Facultad de Derecho de la PUCP tiene orientación psicoanalítica.

6 Quisiera dar cuenta de aquello que entendemos por estos cinco términos en este trabajo.
Afectos y defensas. Por afectos nos referimos deseos y temores como, por ejemplo, en lo relativo a lo regulatorio, el deseo de ser reconocido y querido, así como el temor de no ser oído o no ser valorado. Incluimos también el deseo de agredir y el temor a ser agredido, el deseo de cuidar y brindar, y el temor a que no se reciba lo que brindamos. Incluimos también afectos como el amor, el odio, la culpa y la envidia, entre otros. Por defensas entendemos a los mecanismos psíquicos que buscan mantener alejados de la consciencia contenidos inconscientes tales como la represión, la identificación, la proyección y las restricciones del yo, entre otros. Las defensas están ligadas a los afectos en tanto que aseguran que aquellos incómodos, asociados a vivencias dolorosas o peligrosos, se mantengan alejados del registro de la experiencia consciente.
Pulsiones. Pese a la complejidad del término y la dificultad para ubicarlo en un marco empírico, los ejemplos de pulsiones en el marco psicoanalítico se muestran con poder explicativo para vivencias identificadas y son parte crucial de las investigaciones sobre la autoridad y el poder. En nuestro análisis, tomamos lo pulsional particularmente cuando hablamos de las tendencias a la separación y la destrucción, y a la unión y creación (pulsión de muerte, pulsión de vida), así como de la pulsión de dominio. En rigor, concebimos a la pulsión como una especie de tendencia que se manifiesta en afectos; por ejemplo, en el deseo de ser reconocido (de estar unido, de ser parte), en la agresividad y la envidia (que separa del otro y destruye su individualidad) o en la afirmación de la propia verdad sobre el otro (que respondería a la pulsión de dominio sobre el saber y a la angustia del sinsentido), pero también a nivel de posiciones en las mismas prácticas (sujetos que, al regular, se distinguen y separan; que conciben a la regulación como algo que no une a los sujetos en función a una meta, sino que asigna roles y evita las cercanías).
Concepciones y prácticas. Por concepciones entendemos a los saberes, por lo general implícitos, que el sujeto tiene relativos a su entorno y a sí mismo; se trata, así, de aquello que concibe como la realidad en la que opera. Por prácticas entendemos a los modos de hacer dentro de dicha realidad, que incluyen una dimensión estructural, puesto que el hacer del sujeto pasa por un ubicarse, un tomar cierta posición y asumir ciertos roles. Las prácticas, por lo demás, al tener lugar entre sujetos, suponen una distancia entre estos, un posicionamiento con cercanía o lejanía respecto al otro.

nos acercamos a la idea de matriz intersubjetiva de Stern (2004), en el sentido de que el ser del sujeto no puede concebirse fuera de sus vínculos intersubjetivos, ni estos fuera de dicho ser. En esa línea, las dinámicas tendrían vida entre los sujetos y en los sujetos, siendo construidas en lo relacional.

II.1. La familia

Desde el marco freudiano, se han indagado los afectos que marcan las prácticas y posiciones que adoptan los sujetos en la regulación. Estos afectos surgen en relaciones donde la mediación y alternancia entre las necesidades y los deseos de unos y otros, que se regulan en escenarios diversos de mutualidad, como la alimentación o la higiene (Bettelheim, 1967), juegan un rol central. La comunicación y la comprensión son, desde este momento, centrales para la regulación. Winnicott (1963) llamó «cuidador suficientemente bueno» a aquel que advierte las necesidades del infante a través de sus expresiones y responde a ellas. Con su respuesta, regula al infante y le permite, por ejemplo, retomar la calma en situaciones de alteración, encontrar posiciones de comodidad frente a sensaciones de incomodidad o encontrar una respuesta emocional ante algún suceso imprevisto. Los cuidadores inician así, regulando y dando satisfacción desde fuera; pero, ya desde el inicio, deben comprender los mensajes que el infante expresa, a través de gestos, movimientos corporales y sonidos, para cumplir dicho rol y responder. Nótese que comprender la expresión incluiría lo que Stern ha denominado el entonamiento afectivo, a través del cual la madre y el padre pueden «dejar al infante saber que ha[n] captado no simplemente lo que el infante hizo, sino también el sentimiento que el infante experimentó que yacía detrás de lo que hizo» (2004, p. 7).

Bettelheim llama la atención sobre la relevancia que tiene el que el adulto capte la expresión y responda. En efecto, a partir de ello se tiene la experiencia de ser «capaz de actuar y de su conexión con algo exterior que responde», lo que permite «dotar al niño de la convicción de que gracias a su propia actividad puede cambiar las condiciones de su vida» (1962/2012, p. 49).

El cuidador suficientemente bueno no es, entonces, aquel que satisface toda necesidad, anticipándose a la expresión del infante, sino aquel que se abre a conocer al otro en su propia individualidad y estado de maduración para permitirle, cada vez más, que sus expresiones y su propia acción tengan un rol central en su propia vida. Por el contrario, el

Las concepciones y las prácticas están ligadas en tanto que las primeras sostienen a las segundas y, al mismo tiempo, estas construyen aquellas.
La dinámica relacional articula afectos y defensas con concepciones y prácticas. Podríamos sospechar que estas últimas son parte más visible de las dinámicas, mientras que los afectos y defensas les subyacen.

regulador «no suficientemente bueno» impone, muchas veces de modo inconsciente, su ritmo, su mirada y su propia necesidad al infante. En este caso, el regulador actúa según su deseo o según su verdad respecto a lo que el otro requiere.

Las dinámicas que hemos descrito, de deseos, comunicación, encuentros y desencuentros, llevan consigo una serie de afectos de alta intensidad. Del lado del infante, dice Bleichmar que hay:

> […] un sentimiento de desvalimiento que da lugar a la más profunda de las angustias: se trata de la sensación de "des-auxilio", de "des-ayuda", de sentir que el otro del cual dependen los cuidados básicos no responde al llamado, deja al ser no solo sometido al terror sino también a la desolación profunda de no ser oído (citado por Herrera, 2018).

Bettelheim también llama la atención sobre esto al indicar que «la experiencia es extraordinariamente debilitadora si nuestras emociones no obtienen una respuesta adecuada» (1962/2012, p. 48). Cuando falta respuesta, por lo demás, «se puede perder […] el deseo de comunicar los propios sentimientos» (p. 49). En esa misma línea, indica que «cuando sentimos que no podemos influir sobre las cosas más importantes que nos suceden, cuando parece que éstas siguen los dictados de alguna fuerza inexorable, abandonamos el esfuerzo de aprender cómo actuar sobre ellas o cambiarlas» (p. 85). Este temor puede ir desarrollando «un arte para mantener alejados de sí los sentimientos, pues un niño solo podrá vivenciarlos si tiene a su lado a una persona que lo acepte, comprenda y acompañe con estos sentimientos» (Miller, 1994/2015, p. 27).

Ligado al temor de no ser oído, de que la propia necesidad no tenga voz válida, se desarrolla el temor a no ser reconocido, a no ser valorado ni aceptado. Freud dice que «lo malo es, originalmente, aquello por lo cual uno es amenazado con la pérdida del amor; se debe evitar cometerlo por temor a esa pérdida» (1930/2012, p. 181). Esto puede llegar a tocar normas que regulan al mismo ser del sujeto. Alice Miller (1994/2015) estudió esta realidad en adultos que durante su infancia no tuvieron acceso a un amor incondicional, sino que, por el contrario, debían satisfacer las expectativas de su padre y madre para poder ser queridos y valorados. A lo largo de su vida, estas personas veían la necesidad de cumplir con las expectativas del otro, lo que se constituía siempre como la norma a seguir al estar asociadas a la sensación de propia valía. En este contexto, la norma es aquello que se debe cumplir, lo que se debe hacer y lo que se debe ser para acceder al amor y evitar el rechazo. El regulador, por su parte, es quien tiene poder para asignarnos o negarnos valor, impactando de modo directo en nuestra sensación de propia valía.

La posición del regulador también genera temores. Winnicott (1984) llama la atención en su trabajo «Influenciar y ser influenciado» sobre

cómo la madre y el padre pueden desarrollar un deseo de «brindar», asociado al temor a que aquello que uno brinda no sea recibido, a no poder cumplir con el rol. Esto puede derivar en ansiedades que afectan el rol regulador e instalan en este una serie de mecanismos de defensa, como por ejemplo proyectar lo malo propio en el regulado, atribuyéndole a este la raíz del problema.

Los temores del regulador también pueden estar ligados al propio pasado. Miller (1980) muestra, en esa línea, que quien sufrió violencia como hijo la puede repetir luego como padre. La repetición sería un mecanismo de defensa: al repetir afirmamos, inconscientemente, que el pasado estuvo bien o que simplemente es el modo en que las cosas son. Por el contrario, salir del pasado requiere consciencia de aquello malo y doloroso que hizo parte del mismo.

Del lado del cuidador, atendemos, además, a una dificultad para comprender. Para Bettelheim, el adulto actúa desde su modo de ver el mundo, lo que frena la posibilidad de comprender al otro. En ese sentido, como hemos resaltado en otra ocasión[7], «al proyectar […] nuestro modo de ver la vida hacia el interior del infante, bloqueamos en nosotros mismos la posibilidad de determinar correctamente su experiencia psicológica del mundo» (1962/2012, p. 34). Esta falta de comprensión respecto de aquello que motiva al otro se ve, además, incitada porque el adulto es «a menudo demasiado veloz para etiquetar y sancionar prematuramente lo que se le escapa» (Guillerault, 2009, p. 167).

El regulador puede temer también la pérdida de control. Jung, por ejemplo, indica que «muchos padres ven a sus hijos siempre como unos niños porque […] no quieren renunciar a su autoridad y su poder. De este modo los padres ejercen sobre sus hijos una influencia funesta, pues les quitan toda oportunidad de adquirir responsabilidad individual» (1923/2010, p. 55).

Los deseos y los temores explorados en regulados y reguladores derivan en relaciones que tienen una buena dosis de ambivalencia. Klein (1937/2016) llamó la atención, por ejemplo, sobre la agresividad de la madre que ve restringida su libertad ante las constantes demandas de sus hijos. A nivel de afectos entre madre e hijo o hija, llama la atención sobre la envidia que siente el infante ante la posesión que tiene el adulto del objeto que brinda placer, como el seno materno. Es importante notar, además, que el conflicto y la ambivalencia se tejen también como parte de relaciones en donde existen más de dos sujetos. En el marco freudiano, atendemos, por ejemplo, a los diversos estadios del complejo de Edipo, que coloca al padre como limitación al vínculo placentero y

7 Las citas utilizadas en este punto también aparecen en Del Mastro (2018a).

casi sin límites del infante con la madre. Klein da cuenta también de la ambivalencia frente a los hermanos, como sujetos con quienes se tiene unión, pero a quienes se experimenta también como rivales.

Un mecanismo asociado a la ambivalencia es la identificación. Anna Freud, por ejemplo, analiza este mecanismo como una defensa frente a quienes nos agreden. Uno se identifica con el agresor a fin de pasar de la posición de amenazado a la de amenazante. En rigor, uno se identifica con la agresión (1961/2017, pp. 121-134), de modo que aquello que nos agrede o nos hace sentir angustia pasa a ser nuestro, lo poseemos, lo controlamos y, de ese modo, salimos de la posición de agredido. La identificación opera también en situaciones de rivalidad, como por ejemplo durante el complejo de Edipo o en los celos entre hermanos (Lacan, 1938/2003, p. 47). En estos casos, la identificación se da hacia ciertos atributos o rasgos de quien nos gana, de modo que pasemos de la posición de despojado, débil, derrotado, a la de poseedor, fuerte, ganador. Al adoptar dichos rasgos, nos aseguramos de no estar, en los vínculos del futuro, en la posición en que no quisimos estar en el pasado. Vale notar, a su vez, que la identificación puede estar asociada a otro mecanismo: la proyección. Como indica Anna Freud, frente a la imposibilidad de encontrar satisfacción en nuestra propia experiencia, proyectamos en otros nuestro deseo y entramos en la identificación participante (1961/2017, p. 139). Un ejemplo de ello, dado por Anna Freud, es el de una mujer que no había podido vivir su sexualidad libremente, siendo que ello había marcado su vínculo con amigas que sí vivían su sexualidad con mucha libertad. De ese modo, vivía su deseo por vía de la identificación participante con sus amigas.

Otro mecanismo que puede activar la ambivalencia es la escisión. Reconocer la ambivalencia es difícil, porque esos sentimientos «mezclados resultan demasiado contradictorios y gravosos para la mente» (Klein, 1922/2016, p. 368), y pone en riesgo «lo bueno» por su cercanía con «lo malo». Esto lleva a separar lo bueno de lo malo en uno mismo y en otros. Se separa, por ejemplo, el odio del amor, lo que permite preservar lo bueno amado y no contaminarlo con dosis de odio.

II.2. Análisis de la cultura

Otro foco de reflexión respecto a la regulación, desde el psicoanálisis, ha sido el de los estudios centrados en la cultura, particularmente en el derecho y las relaciones de poder.

Freud, en sus trabajos culturales, dedica diversas reflexiones a las pulsiones y afectos que marcan los vínculos entre quienes adoptan la posición de reguladores y regulados. En *Tótem y tabú* (1914/2003), por ejemplo, imagina cómo el regulador prototípico se ubica por fuera del gobierno del derecho y usa la norma para negar el deseo del regulado,

utilizando la violencia y guardando para sí toda la satisfacción. Como contrapartida, quienes se ven frustrados en su deseo anhelan lo prohibido, confabulan y eliminan la fuente de restricción. Sin embargo, dado que el regulador era también una figura de cuidado, terminan, por el sentimiento de culpa, sometiéndose a la misma norma y por la misma vía; esto es, la restricción a través de la violencia (Brunner, 2017).

Esta incongruencia entre lo que se busca con la norma y lo que termina moviéndola en los hechos es también planteada por Freud en «El porqué de la guerra» (1933/2012): si bien el derecho declara buscar el eros —esto es, la unión y la proscripción de la violencia—, termina movido por las mismas fuerzas de agresión y destrucción que buscaba limitar. La regulación, en este texto, al igual que en *El malestar en la cultura* (1930/2012), se presenta como movida por estas dos fuerzas pulsionales opuestas: una tendencia a la unión y a la creación, el eros, que lleva a integrar a las comunidades y a los sujetos que las integran; y otra tendencia a la separación y a la destrucción, el tánatos, que lleva a desintegrar y a establecer vínculos de separación, marcados por la agresión al otro. A la primera llamó pulsión de vida y a la segunda pulsión de muerte.

Desde la perspectiva de esta última, podemos establecer un modelo de autoridad que fija una separación entre sí y los otros sujetos. Se trataría, conforme a Fromm, de un modelo autoritario en el que «la autoridad se establece como algo distinto de sus sujetos» (1947/2012, p. 163). La separación llevaría a fijar un «nosotros y los otros», a categorizar sujetos por su posición, siendo los similares los que reciben nuestro amor y los extraños nuestro rechazo y agresividad. En *El malestar en la cultura*, Freud sostiene que el otro:

> […] merecería mi amor si se me asemejara en aspectos importantes, hasta el punto de que me pudiera amar en él a mí mismo; le merecería si fuera más perfecto de lo que yo soy, en tal medida que pudiera amar en él al ideal de mi propia persona (1930/2012, p. 163).

Por el contrario, si me fuese extraño, no solo sería

> […] indigno de amor, sino que —para confesarlo sinceramente— merece mucho más mi hostilidad y aun mi odio. No parece alimentar el mínimo amor por mi persona, no me demuestra la menor consideración. Siempre que le sea de alguna utilidad, no vacilará en perjudicarme (1930/2012, p. 164).

Esta separación derivaría, por lo demás, en sentir el vínculo en formato de conflicto. En ese escenario, existiría la tendencia en la autoridad a ver lo malo en el otro y concebirse a uno mismo como un sujeto sin defectos ni errores. Jung dice, en esa línea, que «todo lo que desaparece

del inventario psicológico propio reaparece fácilmente bajo el disfraz de vecino hostil, que forzosamente suscita la ira y le vuelve a uno agresivo»; y aconseja: «es sin duda preferible saber que ese enemigo tan malo habita precisamente en el propio corazón» (1946/2001, p. 216). Lo malo, entonces, nunca es visto en uno mismo, lo que frena la posibilidad de autoconocimiento. Frente a este reto, de reconocer lo malo en uno mismo y en los nuestros, «se tropieza una y otra vez, por una parte, con el prejuicio de que eso no ocurre "entre nosotros", o "en nuestra familia" o en nuestro entorno cercano […] Por otra parte, son igual de frecuentes las pretensiones ilusorias sobre características supuestamente existentes que sirven para ocultar la verdadera realidad» (1957/2001, p. 237).

A su vez, siguiendo con el marco junguiano relativo a los arquetipos, en otra ocasión he sostenido que la tendencia a la separación puede impactar en la regulación en la medida en que divide la realidad interior de la exterior, llevando a la primacía de la segunda (Del Mastro, 2016). Se separa así el hacer del sujeto de aquello que anima dicho hacer, y la regulación gira en torno a lo externo: los sujetos, dentro del sistema regulatorio, se conciben como sujetos que hacen y regulan dicho hacer, sin consciencia de la dimensión anímica.

De otro lado, una revisión de diversos estudios sobre el poder y la autoridad, elaborada por Luis Herrera (2018) desde una perspectiva psicoanalítica, da cuenta de diversas incapacidades de un modelo de autoridad autoritario. Algunas de ellas son: a) la incapacidad para captar el deseo del otro y el intento de eliminar, sobre esa base, la diferencia entre sujetos; b) la incapacidad para dialogar y el regular siempre como si se tuviera la razón, sin dar justificaciones; y c) la incapacidad para recibir críticas y tener una actitud autocrítica. Asimismo, se postula que subyacen a estas actitudes una inseguridad profunda del lado de la autoridad, así como lo que Freud denominó la pulsión de dominio, que busca poseer al otro y convertirlo en objeto que satisface nuestro deseo.

En similar línea, para Fromm, una ética autoritaria está marcada por lo que denomina una autoridad irracional. Una de sus características está en negar «formalmente la capacidad del ser humano para saber lo que es bueno o malo; quien da la norma es siempre una autoridad que trasciende al individuo. Tal sistema no se basa en la razón ni en la sabiduría, sino en el temor a la autoridad y en el sentimiento de debilidad y dependencia del sujeto» (1947/2012, p. 22).

Negar la capacidad del otro para opinar de modo válido, sobre todo respecto a su propia situación, lleva a quien tiene poder a establecer la verdad del otro. Esto es lo que Deleuze, en una conversación con Foucault, llamó la «indignidad de hablar por los otros» (1981/2015, p. 34). Se trata, conforme quizá a la principal línea de investigación de Foucault (pp. 13-16), de uno de los mecanismos centrales del ejercicio

del poder, que muchas veces se da de modo poco visible, justamente porque coloca al otro, formalmente, en una posición desautorizada para hablar de su propia verdad y decidir sobre esa base.

El sometimiento a la verdad y al deseo del otro, de la autoridad, llevaría a la persona a colocarse en un estado agéntico, en términos de Milgram; esto es, «no se considera ya a sí misma como actuando a partir de sus propios fines, sino que se considera a sí misma más bien como un agente que ejecuta los deseos de otra persona […] En esta situación el individuo no se considera a sí mismo como responsable de sus propias acciones […]» (1980, p. 137).

En similar sentido, Jung indica que el poder se ejerce cuando se quita individualidad al sujeto, convirtiéndolo en una unidad social, en un punto de la estadística sobre el que algún encargado debe actuar; en suma, cuando «se le hurta […] la decisión y conducción morales de su vida y a cambio se le administra, se le nutre, se le viste, se le forma» (1957/2001, p. 240). Existe, en este contexto, un saber oficial que dicta lo que el otro requiere, porque «el otro» no es un sujeto con voz y con individualidad, sino un dato, una idea dentro de una doctrina, de una teoría, de un saber oficial.

Podemos incluir en este marco al modelo heterónomo de Castoriadis, en el que prima lo «uniformizante y colectivizante» (1991/2018, p. 133) y se niega la posibilidad de individuación, de que el sujeto sea un ser que reflexiona y delibera, que desarrolla —mediante la práctica y el esfuerzo— su autonomía.

Siguiendo con Castoriadis, podríamos preguntarnos por aquello que lleva a un sujeto a imponer su propia verdad a otro y encontrar cierto poder explicativo en lo que sostiene sobre el deseo de conocer, que formula como un deseo de sentido: «la psique pide sentido; pide que se mantenga unido, para ella, todo eso que parece presentársele sin orden ni relación» (1996/2018, p. 170). La duda, la interrogación, en ese contexto, «es un momento de la lucha de la psique por salir del sin-sentido y de la angustia que este genera» (p. 172). El deseo de conocimiento, así, se satisface con un saber que ordena y da sentido a la realidad; que se transforma, entonces, en una posesión, en un «dominio como control de sentido» (p. 172). El sujeto domina la realidad a través de su saber y de ese modo evita la angustia. De ello nacería la tendencia a «clausurar la interrogación» (p. 171), que abriría nuevamente el paso a angustias y a reafirmar el dominio de nuestro saber.

II.3. El ámbito educativo

Cuando nos enfocamos en trabajos psicoanalíticos relativos al ámbito educativo, notamos un enfoque en los afectos que mueven a docentes y

estudiantes, así como una tendencia a la caracterización del vínculo en su dimensión anímica.

Para Scharaml, el ámbito educativo coloca a los docentes en una relación de «superioridad inicial» por ser mayores, por ser sujetos que saben, por tener un rol de dirección. Se trata de una autoridad de entrada, es decir, que «no hace falta luchar por ella o hacer méritos para adquirirla» (1971, p. 244). A partir de esta constatación, advierte que la decisión misma de dedicarse a la docencia puede estar marcada por el pasado del docente. De un lado, por ejemplo, por sus conflictos pasados con autoridades autoritarias, que en el ámbito educativo se «encuentran de nuevo […] aunque eso sí con signos invertidos» (p. 244). El plano educativo sería, así, un escenario propicio para compensar el desbalance pasado, ya que «el que manda, […] debe ser obedecido en razón de la función que ejerce» (Cisneros, 2000, p. 60). El docente hace reposar su autoridad, como diría José Carlos Mariátegui, «desde lo alto del estrado» (1925/2014, p. 395). Frente a esto, «el estudiante observa que la arrogancia no está bien vista por la autoridad, sino más bien severamente rechazada, y que la deferencia es la única respuesta y más cómoda en relación con la autoridad» (Milgram, 1980, p. 130).

Esta separación de posiciones, como vemos, trae riesgos. Por ello, Jung sostuvo que debe darse una educación de los educadores, quienes deben ser portadores activos de la cultura y conscientes de sus propias problemáticas anímicas, «pues de lo contrario el educador empezará a corregir en los niños errores que no corrige en sí mismo» (1923/2010, p. 57). En una relación marcada por la separación, la proyección de la propia sombra en el otro puede tener lugar como parte de una escisión, en la que uno preserva todo lo bueno como relativo a uno mismo y coloca lo malo en la otra parte de la relación.

Otro riesgo está en el deseo, posiblemente de raíz narcisista, de querer formar un sujeto ideal y negar la individualidad:

> En tanto la peculiaridad individual del alumno se somete a la naturaleza colectiva de la influencia educativa surge naturalmente un carácter que se parece al de un individuo que al principio era diferente, pero que mostró la misma ductilidad. Si hay varios individuos que tienen esta ductilidad, surge una uniformidad equivalente al método aplicado (Jung, 1925/2010, p. 142).

En similar línea, Kanai apunta al deseo de quien tiene una posición de autoridad, incluso a nivel estructural de la política pedagógica en boga en Brasil. Esta política se sostiene en la idea de medición, partiendo de evaluaciones estandarizadas que buscan establecer competencias que todo estudiante debe cumplir.

> […] al centro de esta demanda narcisista por conocimiento e idealización, que llora por ser justo como cualquier otro, un violento rechazo opera en el inconsciente contra la diferencia y, por ende, contra el deseo de saber […] el deseo de no desear nada diferente a lo idealizado (2015, p. 195).

La resistencia al conocimiento en el ámbito educativo es uno de los aportes del psicoanálisis a la pedagogía. Se sostiene, desde esta óptica, que la ignorancia no es pasiva, sino que se entiende como «una dinámica activa de negación, un activo rechazo de información […] La enseñanza, como el análisis, debe tratar no tanto con la falta de conocimiento como con la resistencia al conocimiento» (Felman, 1982).

Otro deseo clave, que hace parte de las dinámicas relacionales en el plano educativo, es el de ser reconocido, particularmente en el ámbito de la formación profesional. Naturalmente, el psicoanálisis se ha enfocado en la preparación de candidatos a psicoanalistas y, particularmente, en el vínculo entre supervisor y candidato. Kernberg indicó que la formación es una combinación de «formación religiosa y trade school» (1986). Para Zachrisson, en ese proceso el riesgo es que la idealización del supervisor termine por generar una imitación como un «producto-acabado» (2011, p. 951). Esto coloca al supervisor en una tarea paradójica de promover autonomía y ser, al mismo tiempo, una autoridad.

> Si las cosas van mal el supervisor podrá ser temido, idealizado o denigrado. El miedo lleva a la sumisión e inhibición. La idealización lleva a imitar en vez de a internalizar y evita el desarrollo de una instancia autónoma y una identidad psicológica propia. La admiración, sin embargo, puede frecuentemente promover aprendizaje, desarrollo y creatividad. La denigración del docente, que es la contraparte escindida de la idealización, es contraria tanto al aprendizaje como al desarrollo de una identidad analítica (2011, p. 955).

Notamos en este punto el mecanismo de escisión como una defensa frente a la ambivalencia con uno mismo y con el otro: se idealiza uno mismo, como quien tiene toda la razón, y se denigra al docente como quien no tiene nada de razón. Klein muestra cómo puede operar este mecanismo con diversos docentes, con la tendencia del estudiante «al culto del héroe […] a través de su relación con algunos maestros, mientras que otros le inspiran aversión, odio o desprecio. Aquí de nuevo se manifiesta el proceso de separar el odio del amor que proporciona alivio, porque permite preservar a la persona buena y brinda, además, la satisfacción de odiar a alguien que a nuestro juicio se lo merece» (1934/2016, p. 368).

II.4. Las presencias del pasado en el presente

Un postulado central del psicoanálisis es que las vivencias del pasado marcan por diversas vías y de diversos modos nuestras vivencias del presente. Este postulado no es determinista (Wallwork, 2007) ni propone que el pasado se replica sin más, lo nos llevaría a desconocer las particularidades de diversos ámbitos, así como a negar relevancia a la maduración y la agencia del ser humano. Esta advertencia es congruente con nuestra aproximación a lo relacional como «dinámica», en el sentido opuesto a lo estático, a lo que se forma en un momento y luego se replica. Sin embargo, sí supone reconocer que el pasado está en el presente de diversos modos, y en diversos contextos y tipos de vínculos, con la finalidad de advertir esta presencia y que se comprendan los modos en que es posible madurar frente a las huellas de aquel pasado y los retos asociados a dicha meta.

Para iniciar, partamos de conceptos clave en el marco freudiano que se han mantenido sólidos en el psicoanálisis. De un lado, el mecanismo de transferencia, que consiste en vivir una relación del presente situando al otro en la posición de alguien del pasado, y sintiendo frente a dicha persona los afectos que sentíamos frente a figuras del pasado: amor, angustia, celos, odio, temor, entre otros. Este mecanismo se activa cuando las posiciones de quien está en el presente nos permiten atribuirle características de personas de nuestro pasado; es decir, cuando existe cierta similitud.

Freud da cuenta de que en la transferencia se transfieren también los mecanismos de defensa que el sujeto ha desarrollado en el pasado. Indica, en ese sentido, que «estos quedan fijados en su yo. Se convierten en modos regulares de reacción de su carácter, que se repiten a lo largo de su vida cuando se presenta una situación similar a la primitiva» (1937/2005, p. 110). Podría activarse, por ejemplo, un mecanismo de defensa como la restricción del yo que, como indicó Anna Freud, «evita las impresiones desagradables del mundo externo en el presente, que podrían provocar el resurgimiento de similares impresiones pasadas» (1961/2017, p. 113). Para lograr esto, el sujeto «interrumpe o abandona las actividades que conducen a la liberación del displacer o de la angustia y desiste del deseo de realizarlo. Retira su interés de sectores enteros de actividad para, luego de experiencias desagradables, reorientarlo en lo posible en direcciones completamente opuestas» (p. 114).

De otro lado, Freud trabajó el concepto de compulsión a la repetición. Por este mecanismo, el sujeto se sitúa, una y otra vez, en las situaciones dolorosas que no ha procesado a nivel consciente y revive activamente, de ese modo, vivencias del pasado en el presente. Freud lo postuló como parte de la pulsión de muerte, que lleva, en este caso, a un «no crear», en tanto que se repite el pasado. Colocarnos en estas situaciones puede tener

como propósito justificar modos de actuar que, en otras situaciones, se evidenciarían como fuera de lugar. En palabras de Freud:

> El yo del adulto, con su fuerza incrementada, continúa defendiéndose contra peligros que ya no existen en la realidad; se siente impulsado a buscar en la realidad aquellas situaciones que pueden servir como un sustituto aproximado del peligro primitivo para poder justificar, en relación con ellas, el que mantenga sus modos habituales de reacción (1937/2005, p. 110).

Al mismo tiempo, colocarnos en estas situaciones puede tener como propósito una especie de fantasía, de esperanza de cambiar nuestra realidad. A modo de ejemplo, podemos citar a Miller cuando indica:

> […] cuanto menos amor haya recibido el niño, cuando más se le haya negado y maltratado con el pretexto de la educación, más dependerá, una vez sea adulto, de sus padres o de figuras sustitutivas, de quienes esperará todo aquello que sus progenitores no le dieron de pequeño. Esta es la reacción natural del cuerpo. El cuerpo sabe de qué carece, no puede olvidar las privaciones, el agujero está ahí y espera ser llenado (2005, p. 15).

Jung plantea algo similar al hablar de la compensación como mecanismo de autorregulación psíquica que puede operar en la historia. Así, un estado muy unilateral de la consciencia, por ejemplo, de sometimiento, genera a nivel inconsciente una creciente energía opuesta, que en este caso sería de dominación o enfrentamiento (1946/2001, p. 213). En esta ocasión, a diferencia de lo que ocurre con la compulsión a la repetición, el ciclo se rompería y operaría la ley de la enantiodromía; es decir, el tránsito de un extremo al otro.

En las continuidades del pasado recién descritas, el término «inconsciente» tiene un lugar, toda vez que aquello que escapa de la propia consciencia, por su carácter doloroso o por ir en contra de la imagen que tenemos de nosotros mismos, tendería a encontrar vías para perdurar en el presente.

De otro lado, algunos autores apuntan al rol estructurante de las vivencias pasadas, que marcan nuestras capacidades, limitaciones y modos de experimentar la realidad. Daeily, por ejemplo, indica que «los ciudadanos no nacen dotados de la capacidad de razonar; hay que criarlos para que la obtengan […] la capacidad de pensamiento racional tiene sus raíces en la relación temprana de cuidado» (2016, p. 149). En similar línea, Bettelheim sostiene que «el nivel de actividad del bebé en sus experiencias precoces de reciprocidad y el nivel en que se le permita contribuir personalmente a que aquéllas sean más gratificadoras tienen una gran influencia en el nivel de autonomía que el pequeño consiga posteriormente» (1962/2012, p. 59).

A nivel estructural, podríamos también sostener que las vivencias del pasado marcan un saber sobre la regulación: una serie de concepciones y prácticas, en buena medida implícitas, que marcan para el sujeto la realidad de la regulación, lo que esta es y el modo en que funciona, así como el propio lugar en ella. Estas concepciones se convierten entonces en la verdad y dejan de lado, en el olvido, las otras posibles concepciones, los otros posibles modos de ser de la regulación y de uno mismo en ella. Lo dicho se puede asociar con el concepto de modelos operativos internos de Bowlby en tanto hablamos de «representaciones, mapas cognitivos, esquemas o guiones que un individuo tiene de sí mismo y de su entorno» (Rozenel, 2006). Otros conceptos que podemos ligar a este nivel estructural son los de «mundos de experiencia» y «principios organizadores de la experiencia». El primero «hace referencia a la totalidad de las propias experiencias emocionales de *self* y otro que conforman la propia vida psicológica», mientras que el segundo alude a los principios que «inconscientemente dan forma y tematizan la experiencia de una persona» (Atwood & Stolorow, 2004), y determinan, por ejemplo, «lo que puede o debe experimentarse y lo que no debe experimentarse» (Stolorow, 2010, p. 280).

Dicho esto, podemos pasar a revisar lo que mencionan algunos autores respecto de la continuidad en el ámbito educativo. Freud, por ejemplo, sostuvo lo siguiente:

> Nosotros transferimos el respeto y la veneración ante el omnisapiente padre de nuestros años infantiles, de manera que caíamos en tratarlos como a nuestros propios padres. Les ofrecíamos la ambivalencia que adquiriéramos en la vida familiar, y con ayuda de esta actitud luchábamos con ellos como habíamos luchados con nuestros padres carnales. Nuestra conducta frente a nuestros maestros no podría ser comprendida, ni tampoco justificada, sin considerar los años de la infancia y el hogar paterno (1937/2005, p. 152).

Klein, al hablar sobre las relaciones en la vida escolar, indica que los estudiantes «trasladan al nuevo ambiente sus primitivos conflictos» (1937/2016, p. 367). En esa línea, «se puede observar con cuánta frecuencia los maestros se convierten en objetos de excesivo amor y admiración, así como de odio y agresión inconscientes. El remordimiento y la culpa que les ocasionan estos últimos sentimientos también forman parte de la relación con el maestro» (1922/2016, p. 74).

Estas opiniones se sostienen, en buena medida, en la similitud de las posiciones entre la familia y la escuela, particularmente en lo relativo a la dependencia. Sin perjuicio de ello, Klein reconoce un punto central cuando evaluamos las continuidades del pasado, que radica en las diferencias entre los ámbitos por los que el sujeto transita. Así, por

ejemplo, la escuela «brinda la oportunidad de desarrollar la experiencia ya adquirida en materia de relaciones humanas y proporciona campo propicio para nuevos experimentos en este terreno» (1937/2016, p. 367). Ello se debe, en parte, a que existe más distancia afectiva entre los maestros y estudiantes, siendo que los primeros «aportan a la situación menos emoción que los padres» (p. 368). Para Milgram, otra diferencia estaría en que en el ámbito educativo el sujeto aprende «cómo ha de funcionar dentro de un cuadro organizativo» (1980, p. 130), donde, por ejemplo, existen distintos niveles de autoridad; aunque, al igual que en la familia, se mantendría el imperativo implícito de «obedéceme» en cada indicación y mandato.

Jung también alude a esto a modo de advertencia para los docentes, que tienen, «como personalidad, la delicada tarea de no ejercer una autoridad oprimente y de representar esa cantidad de autoridad que la personalidad adulta y con conocimiento ha de tener frente al niño» (1923/2010, p. 55). Fromm, de otro lado, muestra aspectos del ámbito educativo que podrían contribuir a una continuidad como, por ejemplo, el tener figuras que lleven al sujeto a igualar lo bueno a lo que genera aprobación y lo malo a lo que genera desaprobación, sin que medie una reflexión propia (1947/2012, pp. 22-23). Al igual que en el hogar, los estudiantes estarían sujetos a relaciones de dependencia con los docentes, en las que estos tienen como parte de su poder el asignar o quitar valor.

Hay que advertir, en este punto, que los tránsitos de etapas (familia, escuela, universidad, trabajo) generan ocasiones para distanciarnos de dinámicas relacionales del pasado, a la par de posibles procesos de maduración afectiva y cognitiva (Reimer, 2008). El construir nuevas dinámicas relacionales, el madurar en nuestros vínculos, sin embargo, requeriría, entre otros, de ciertas condiciones ambientales.

Cabe, en este punto, aludir al concepto de experiencia correctiva trabajado por Alexander, que surgió enfocado en la pregunta: ¿qué cura en el proceso psicoanalítico? Sabemos que, en este proceso, el paciente transfiere al analista afectos y posiciones del pasado. Para que el proceso sea una experiencia correctiva, «la reacción del analista se adapta estrictamente a la situación terapéutica real. Esto hace del comportamiento transferencial de aquél —el paciente— un unilateral boxeo con su sombra» (1965, p. 1). Así, el analista no debe entrar al juego del paciente, que, por ejemplo, puede colocarlo en la posición de autoridad que no lo comprende y lo juzga; y, atendiendo al vínculo real y genuino, brindar una escucha sincera y sin juzgamiento al paciente. Se trata, así, de «atravesar experiencias vinculares y afectivas capaces de relativizar la fuerza determinante de las experiencias vinculares y afectivas históricas del paciente» (Sassenfeld, 2018, p. 286). A la par,

el analista debe contribuir a que el paciente comprenda, intelectual y afectivamente, su modo de actuar; esto es, que advierta aquella sombra que está marcando su modo de relacionarse con el analista. Es esta nueva y distinta vivencia la que, junto con la comprensión, revela las dinámicas pasadas en el presente, así como la posibilidad, también presente, de construir dinámicas diferentes.

III. VIVENCIAS DE ESTUDIANTES DE DERECHO CON LA AUTORIDAD EN SU ETAPA ESCOLAR

Las vivencias analizadas fueron compartidas como una asignación en el curso de Derecho y Psicología, dictado en la PUCP en el segundo ciclo de la carrera de Derecho. En este, un total de veinte estudiantes presentaron un documento que narraba una vivencia de la disciplina escolar. La asignación se encargó en una unidad del curso, dedicada a la idea de continuidad en los sistemas regulatorios, en la que se explora el impacto de nuestras vivencias previas en nuestro modo presente de vivir dentro de estos sistemas. Al finalizar una clase en que los estudiantes habían compartido anécdotas de la disciplina escolar en grupo, se les dio como consigna que remitieran una «vivencia de la disciplina escolar, que involucrara a alguna figura de autoridad y que hubiera impactado en su experiencia como estudiantes». Como parte de las pautas, se brindó una definición de sistema regulatorio y de vivencia, dentro del marco de la clase en cuestión.

Los sistemas regulatorios se definieron como conformados por: a) elementos, que son las normas que establecen deberes y prohibiciones, que fijan valores y principios, que establecen procedimientos y sanciones; y los sujetos, que adoptan roles de reguladores y regulados; y b) dinámicas que ponen en movimiento los elementos; esto es, que ligan a los sujetos con las normas en su creación, comunicación, aplicación, modificación, cumplimiento e incumplimiento, entre otras.

Las vivencias, a su vez, se definieron a partir de dos dimensiones: una fáctica, centrada en el hacer; pero también una subjetiva, centrada en lo que la persona siente y piensa. Dentro de un sistema regulatorio, el sujeto, entonces, hace, piensa y siente. Se trata, además, de vivencias en la medida en que se constituyen como «una parte de la vida inserta ya en el porvenir» (Cisneros, 2000, p. 50), en tanto que la regulación existe desde el que sujeto nace y se mantiene a lo largo de su vida en diversos espacios de socialización, como el de la familia, la escuela, la universidad, entre otros.

Si bien no se solicitó información de los colegios, algunos estudiantes dieron cuenta de cierta información al narrar sus vivencias. A partir de ello, podemos indicar que algunas tuvieron lugar en colegios públicos y

otras en privados, algunas en colegios mixtos y otras solo de mujeres o de hombres, y algunas en colegios laicos y otras en confesionales. Estas variables, sin embargo, no fueron tomadas en cuenta en el análisis.

Las narraciones de los y las estudiantes fueron examinadas siguiendo un análisis cualitativo (Gonzales, 2007) y temático-inductivo (Braun & Clarke, 2006) con la finalidad de elegir temas y subtemas que reflejen la diversidad de sus vivencias, cuidando de no guiar dicha labor por ningún parámetro teórico previo. El análisis se limita, entonces, al nivel de «lo dicho» (*told*) en las narraciones y no «al decir» (*the telling*) ni a la «construcción del decir» (Creswell, 2018). Los temas fueron elegidos no en función de su frecuencia en los estudiantes, sino de su importancia con relación al objetivo de la indagación (Braun & Clarke, 2006, p. 10); es decir, comprender las dinámicas relacionales presentes en las vivencias de la regulación que pudieran ser relevantes en su futura formación como abogados y abogadas. En ese sentido, se prefirió el análisis temático por su flexibilidad; o, en otra palabras, por no estar comprometido con un marco epistemológico que delimite o preconfigure la codificación y elección de temas (Braun & Clarke, 2006, pp. 4-5), sino centrado en los contenidos y en su relevancia para la investigación.

La información se analizó siguiendo diversos pasos, que incluyeron la familiarización, la codificación, la elección de temas y subtemas, y la revisión de dichos temas y subtemas (Braun & Clarke, 2006, pp. 15-24). Asimismo, la elección de temas buscó guardar coherencia interna, asegurando la autonomía de cada eje y su relevancia dentro del conjunto (Braun & Clarke, 2006, p. 25).

Bajo dicho análisis, se identificaron modos de «hacer de las autoridades». En concreto: a) la falta de justificación y la incongruencia, b) la violencia y humillación como sanción, y c) la lejanía e interpretación agresiva del otro. Asimismo, identificamos como eje de alta relevancia lo que sienten, piensan y hacen los estudiantes frente a estas figuras de autoridad, con especial énfasis en el no decir frente a ellas.

Vale anotar que las vivencias narradas por las y los estudiantes fueron, casi en su totalidad, situaciones problemáticas con figuras de autoridad. Llama la atención que no se narraran situaciones con figuras de autoridad positivas. Ello puede responder a dos factores, no necesariamente excluyentes. De un lado, al carácter crítico del curso, que busca comprender y cuestionar los modos en los que opera el derecho; y que, en esa medida, puede situar la reflexión en lo problemático. De otro lado, puede que los y las estudiantes consideren que este tipo de vivencias marcaron más que otras su experiencia como

estudiantes, o que estas hayan venido a su mente de modo automático al oír la consigna.

En cualquier caso, es preciso reconocer también que nuestra indagación no examina el nivel de frecuencia de estas vivencias ni pretende generalizarlas, negando la existencia de otros modelos de autoridad en la historia escolar de los y las estudiantes. Para el propósito de este trabajo, nos basta dar cuenta de la existencia de estas vivencias y saber que, para los y las estudiantes, tuvieron un impacto especial en su experiencia como estudiantes escolares. En efecto, las vivencias dan cuenta, por sí mismas, de ciertos modos de hacer de figuras de autoridad, así como de los modos de sentir, pensar y hacer de los estudiantes frente a ellas. Por supuesto, la indagación podría ampliarse investigando múltiples vivencias de parte de cada estudiante, a modo de análisis de casos, para tener un mayor nivel de detalle y profundidad acerca de su ser regulatorio previo al ingreso a la carrera y su potencial de continuidad.

Notemos, sin perjuicio de lo dicho, que existen indicios claros de que este tipo de vivencias posiblemente se den con alta frecuencia y hagan parte del *ethos* de la educación básica en el Perú, pese a lo que se declara en las normas que fijan su finalidad[8].

III.1. Falta de justificación e incongruencia

Diversas vivencias dan cuenta de que los estudiantes encuentran que las normas, que son creadas y aplicadas por figuras de autoridad, no tienen justificación, siendo que muchas de ellas carecen de sentido desde su perspectiva. Algunas de ellas tienen que ver con normas que suponen una incomodidad o incluso una afectación al cuerpo de los estudiantes. Un estudiante comparte, por ejemplo, su reflexión sobre el deber de formar hasta treinta minutos, al inicio del horario escolar, bajo el sol.

> Como señalé al principio […] los mayores problemas con esta actividad surgían durante los meses de verano (marzo, abril e incluso mayo), ya que la radiación era tan insoportable y sobre todo, muy dañina para nosotros; aun cuando nos decían que podíamos llevar gorros y nos recomendaban usar bloqueador, estas medidas no eran suficientes.

Las normas que se estiman como carentes de sentido regulan también el tiempo de los estudiantes, haciéndoles pasar aburrimiento que entienden como injustificado. En este caso, estamos ante una norma que busca un

8 En otra ocasión, he descrito algunas de las investigaciones que dan cuenta de la realidad preocupante de la disciplina escolar en nuestro país, así como de las normas que establecen un «deber ser» al respecto bastante distante de la realidad en cuestión (Del Mastro, 2019). Al respecto, véase también Constantino (2012).

fin, pero que se extiende a otros estudiantes, que no se encuentran en el supuesto que la justifica.

> Existía una regla particular que reflejaba el sinsentido absoluto de muchas reglas que eran aplicadas a los alumnos: estos no podían estar en el patio después de la hora de salida así tengan actividades extracurriculares en la misma sede del colegio. El propósito de esta regla era que los padres de familia que no lleguen a tiempo en la hora de salida pudieran encontrar a sus hijos en un lugar predeterminado para no perder tiempo buscándolos en los patios de salida. No obstante, esta regla era extendida para absolutamente todos los alumnos, incluso aquellos que no tenían que esperar a absolutamente nadie que los recogiera. Por ejemplo, yo terminaba clases a las 2:30 pm. y tenía entrenamiento de básquet a las 5 pm., y tenía que pasar dos horas y media en una terraza fría, gris y ridículamente aburrida junto a otros niños de otras edades cuyas actividades me producían profunda incomodidad.

En algunos de estos casos, los estudiantes llegan a preguntar por el sentido de la norma en cuestión, recibiendo respuestas poco satisfactorias.

> […] lo que los alumnos podíamos ver era que los profesores tampoco entendían el propósito de la regla, puesto que cada vez que les preguntábamos, ellos no podían explicarnos el porqué de su accionar, sino que tenía que obedecer a las reglas de sus jefes, los directores.

En otros casos, la respuesta que se da es absolutamente injustificada y regulan a las estudiantes, colocándolas en posición de víctimas.

> […] muchas de las estudiantes presentamos quejas pues asistir al colegio en verano era sumamente caluroso […] siendo la explicación que recibimos que lo hacían para limitar los pensamientos «sucios» hacia nuestro cuerpo, exactamente nuestras piernas o en todo caso que alguno de nuestros compañeros nos molestase o atentara contra nuestra integridad. Algunas profesoras adicionaron que era para evitar que las niñas «coquetas» se exhibiesen, negándose a creer nuestra justificación de comodidad. Entonces, para evitar esta clase de comportamientos decidieron limitar nuestra comodidad. Entonces, existía esta prohibición mencionada, el castigo en caso de incumplimiento era una disminución en nuestra nota semanal de conducta, así como mandar a llamar a los padres.

En otros casos, las estudiantes muestran razones contrarias a las normas y al modo en que las autoridades las aplican.

> Cuando estaba en quinto de secundaria, fui un día al colegio en buzo cuando a mi sección no le tocaba Educación Física porque el frío que hacía esa mañana era insoportable. Las normas decían que, si ibas mal

> uniformado, el castigo era una suspensión; sin embargo, no consideré que estaba mal uniformada porque era el buzo del colegio, no estaba con ropa de calle o algo parecido.
>
> Me quedé bastante sorprendida porque yo no consideraba que estaba dando un ejemplo negativo a mis compañeros menores, no le estaba faltando el respeto a nadie y no tenía ninguna intención de hacerlo. Considero que, por el clima que hace en invierno, se debía dar facilidades a las alumnas, sobre todo, porque la falda podía ocasionar enfermedades virales.
>
> Una vivencia en particular que me desagradó fue el hecho de que no me dejaran pasar al colegio por el único motivo de tener el cabello un poco más largo que a comparación de los demás. Este tipo de castigos hacían que perdiera horas de clases o que incluso bajaran mi nota de conducta según la tutora, como si tener el cabello largo formara parte de actuar bien o mal según las reglas de convivencia que se habían establecido en el aula: respetar, ser puntual, ayudar, ser sincero, todo menos algo relacionado con el cabello tal cual.

En este último caso advertimos cómo la regla concreta, desde el punto de vista de la estudiante, no es congruente o no está asociada a los valores del colegio y, en esa medida, carecería de sustento o base. Lo injustificado se vive incluso cuando no hay norma explícita que regule la situación y tampoco posibilidad de cuestionar.

> Aludió que, si bien el colegio no limitaba las prendas (ya que no contábamos con un uniforme obligatorio), era parte de nosotros los alumnos tener criterio para vestirnos. Asimismo, mencionó que yo debía saber adaptarme al contexto en el que estaba. Recuerdo sus palabras exactas, las cuales fueron: «Debes saber adaptarte a la situación, no estás yendo a una fiesta o a cualquier reunión, estás asistiendo al colegio».
>
> Yo me encontraba simplemente sorprendida, puesto que no entendía qué parte de mi vestimenta estaba mal o infringía las normas.
>
> Claramente, prohibir los leggins no ayudaba en nada al fin que buscaban obtener; pero no se podía recriminar más de una vez, puesto que podían iniciarnos un proceso por disciplina, o, en el peor de los casos, pensábamos que podían «agarrarnos cólera», lo cual no era lo mejor para nosotros.

Se suman, además, vivencias de incongruencia de la autoridad, toda vez que las normas no se aplican a ellas en diversas situaciones. Un ejemplo lo tenemos en la formación escolar durante el verano: «el director y

algunos profesores se ubicaban en la parte de la sombra, mientras que el resto de nosotros tenía que quedarse en el patio principal, en pleno sol».

La falta de justificación se da en algunos casos con la aplicación desigual de las normas respecto a otros estudiantes, o con normas que favorecen a unos frente a otros.

> Estaba en el salón haciendo la práctica […] como varios de mis, en ese entonces, compañeros de clase; cuando muchos de ellos sacaron sus celulares para usarlos como calculadora y recuerdo haber visto a muchos usando su calculadora de celular, entonces me sentí entusiasmado pues pensé que era común el uso de calculadoras con celular. Entonces, viendo que todos lo hacían, yo también saqué mi teléfono (un teléfono «chanchito» que era a teclas y que no medía más de diez centímetros). Pasaron diez o quince minutos y seguía haciendo la práctica con normalidad […] pero no fue hasta que llegó a la última pregunta, que el profesor llegó a mi lugar y […] entonces me dijo directamente: «quién te ha autorizado a usar celular para la práctica». A lo que yo respondí que mi celular no tenía mayor uso que el académico (usarlo como calculadora) pues no tenía, ni redes sociales, y mucho menos internet. Entonces el profesor, según entendí, pensó que le respondí de una manera inadecuada, y yo en esos momentos no entendía qué pasaba porque yo no era el único que estaba usando la calculadora como celular y solo se dirigió a mí. Entonces procedió a ponerme una amonestación. Yo sin más que sentir injusticia, volví a mi lugar.

En este caso vemos, al igual que en algunos de los anteriores, que el profesor no responde a las razones del estudiante, actuando como si no las oyera. En cuanto a las normas desiguales, una estudiante indica:

> […] el hecho que considero más relevante es el del uso del uniforme de deporte de las mujeres, que constaba de un polo y pantalón de buzo, ya que teníamos la prohibición del uso de shorts en las estudiantes mujeres en cualquier época del año a diferencia de los hombres que sí podían usarlo. En este momento cabe recalcar que mis clases escolares comenzaban usualmente quincena de febrero, por lo cual gran parte del verano nos veíamos limitadas a usar un buzo escolar de doble forro mientras que nuestros compañeros varones sí podían asistir con pantalón corto. Esto generó que muchas veces no podíamos concentrarnos en clase ya que no nos sentíamos cómodas. Puede parecer poco importante, pero en base a mi propia experiencia no nos permitía tener la misma comodidad de los hombres.

III.2. Violencia y humillación como sanción

En las narraciones de los estudiantes se evidencia la vivencia de violencia y humillación aplicada por figuras de autoridad en diversos escenarios.

En algunos casos, la humillación se enfoca en ataques a la imagen de los estudiantes, como nos cuenta una estudiante:

> En los meses de marzo y abril hacía mucho calor, por lo que decidí pedirle a mi mamá que me compre un short tipo pantaloneta que tenía los mismos colores del buzo de colegio (azul y rayas celestes al costado), porque había visto a varias niñas vestirlo, por tanto, asumí que lo vendían en una de las tiendas que estaban autorizadas para vender el uniforme y buzo de colegio.
>
> Efectivamente, pude llegar a comprar el short, pero cuando estaba en la formación de aquel día, la coordinadora de nuestro año se me acercó para hablarme sobre el short […] Lo que ella me dijo sobre el short, fue más o menos lo siguiente: «¿Por qué te has puesto eso? ¡Se te ve horrible!». Con un volumen de voz muy alto, enfatizando horrible. Aquellas palabras son las que recuerdo con seguridad, pero con respecto al resto de la conversación esta se basó en una insinuación de parte de ella acerca de que yo estaba usando estos shorts para mostrar más mis piernas, [y] por tanto, provocar a mis compañeros hombres. Asimismo, le expresé mi desconcierto sobre si se podía o no usar estos shorts considerando que pude comprarlos, tenían los colores del colegio y varias lo usaban.

Otra estudiante nos cuenta que llegó con la basta baja porque se le rasgo en el transporte público; entonces, decidió pegarla con cinta adhesiva, pero, sin darse cuenta, esta se despegó y una profesora la vio.

> Me dijo que en todos los años que conocía mi familia no había visto a algún miembro de la misma más vergonzoso que yo, que yo era «una vergüenza para mi familia y para mi colegio» porque el uniforme debía respetarse y yo me había atrevido a pegarlo con cinta de embalaje en lugar de coserlo, que eso era una señal de la poca limpieza que tenía como mujer y por ende de la poca educación que me habían inculcado mis padres. Asimismo, me cuestionó por no haber cosido la dichosa basta a lo que intenté explicarle lo que había sucedido en la mañana; ella entendió mi intento de responderle como un acto de malcriadez […] intenté explicarle lo sucedido ante lo cual nuevamente me llamó la atención diciendo que seguramente lo había hecho a propósito y que no tenía duda que a la salida me alzaría la falda por encima de las rodillas para pasear así con los chicos del colegio de varones que quedaba cerca al mío; asimismo, me recalco que estaba totalmente decepcionada de mí y que esta vez sí comunicaría mi conducta no propia de una señorita de mi colegio a la subdirectora y a mis padres, esto me hizo enojar y sentir triste a la vez nuevamente. Sabía que cualquier intento de hacer que cambiara de opinión sería inútil por lo que solo asentí.

En algunos casos, la figura de autoridad es conocida por su capacidad para hacer sentir mal. En esas ocasiones, se aplicaba siempre la regla de no poder salir al baño durante la clase. Una estudiante, por miedo a pedir permiso, se hizo la pila en su sitio. Respecto a esta profesora, dice la estudiante:

> Recuerdo innumerables ocasiones en las que, revisando la tarea, hacía sentir mal a todo el mundo por los mínimos errores, nos decía que usáramos la cabeza, rehiciéramos todo e incluso llegó a romper varias hojas de los cuadernos de todos porque no le gustaba cómo estaban hechas las cosas. Queda claro pues que era una profesora muy «a la antigua», de esas que casi y seguían con la mentalidad de «la letra con sangre entra». Por todo ello, era obvio que pedir permiso para ir al baño en sus horas de clase no era para nada una opción. Intentarlo significaba ser humillado por ella por la falta de control sobre nuestros cuerpos e irresponsabilidad por no haber ido en el recreo. Así, todos ya estábamos acostumbrados y sabíamos cómo comportarnos con ella.

En otros casos, tenemos sanciones humillantes.

> […] el profesor paró la clase y me regaño delante de todo el salón y, de repente, cogió mi carpeta y la colocó en el medio del salón, justo donde todos mis amigos podían mirarme claramente; el maestro exclamó que tuvo que ponerme en esa situación para que me concentrara y, una vez dicho aquello, ató mis pasadores a la silla para que no me pare y me vaya con mis amigos y me concentre más en realizar los ejercicios de matemáticas. Aquel momento debió resultarme muy humillante ya que estaba atada a una silla en presencia de mis compañeros, no obstante, me causó gracia, me reí junto con mis amigos, que se sentaban atrás, y comentábamos lo ridículo que nos parecía lo que había hecho. Es por esa razón que me pregunto: ¿por qué habrá causado risa una situación tan vergonzosa como aquella? ¿Por qué la recuerdo como una anécdota divertida en vez de una traumática?

En otro caso, quienes cometían faltas en la formación eran retirados del patio central y llevados a otro patio, donde eran mostrados al resto como estudiantes infractores. Cuenta una alumna al respecto que:

> […] al finalizar la formación general, el alumnado, para dirigirse a las aulas, debía pasar por ese patio, donde eran expuestos los «indisciplinados», a la mirada de sus compañeros, profesores y coordinadores […] el estar ahí, generaba una perspectiva negativa como alumno que repercutía en la calificación de los cursos en el ámbito de la conducta.

Se narran también supuestos de castigo físico, que tienen lugar en ciertos escenarios.

> En una oportunidad la profesora me golpeó las piernas cuando me paré de mi pupitre para corregir una palabra que ella había escrito mal en la pizarra: aquella ingenuidad me costó recibir esos golpes en las piernas, ya que yo solo recuerdo que esa palabra estaba mal escrita y era mi deber corregirla, jamás se me pasó por la mente que dicha acción podría incomodar a mi profesora en ese entonces. El resto de mis compañeras sí recibía más que eso: gritos y vulgaridades era lo que recibían si se encontraban fuera del aula o hacían demasiado ruido. En ninguno de mis recuerdos veo a mi profesora como alguien con quien se pudiera conversar o hablar, a pesar de nuestras limitaciones (éramos muy jóvenes como para debatir abiertamente con la profesora).

> […] tenía una profesora que acostumbraba a castigar a mis compañeras mediante el castigo físico. Ya sea mediante el empleo de algún elemento circunstancial (por ejemplo, una regla o un papel periódico enrollado), esta profesora solía pegarnos si alguna se paraba de su sitio o se encontraba fuera del salón en el cambio de hora de clases. Además del abuso verbal contra todas nosotras (gritaba, utilizaba palabras malsonantes, etcétera), las palmadas o los reglazos eran regulares.

> Un día me demoré en comer, por lo que a la hora que el timbre sonó recién guardé mis táperes y me paré a colgar mi lonchera. Como la profesora ya había entrado, decidí regresar a mi sitio corriendo […], pero no me di cuenta, me tropecé y me caí.
>
> Cuando me paré, recuerdo, que la profesora estaba parada delante de mí con su regla grande. Con tono de molestia me dijo que yo ya sabía las normas de convivencia y que ni bien tocaba el timbre tenía que estar sentada esperando a que llegue el o la docente que dictaría su curso. Luego de eso me dijo que estire mis manos y con la regla me pegó en cada una. Después de eso, en clase les advirtió a mis otras compañeras que, si desobedecían, así como lo hice yo, iban a tener el mismo castigo.

III.3. Lejanía e interpretación agresiva del otro

En diversas narraciones se evidencia algo que está presente también en los ejes previos: la lejanía de la autoridad y el modo en que esta interpreta el hacer del estudiante. Una estudiante cuenta cómo la docente imagina su intención, lo que le basta para aplicar un castigo físico.

> […] la profesora pidió sacar un libro, entonces yo saqué otro incorrecto por mera equivocación. Ella pidió que sacara el correcto, entonces yo al momento de tomar mi mochila hice caer el libro sin intención de refutar a su «mandato», entonces […] Ella creyó que lo hacía para desafiarle o por rebeldía que como acto de «castigo» me jaló la oreja por un buen

> tiempo. Yo sin entender qué había pasado, como reacción solo me quedó llorar hasta que llamaron a mi mamá porque no podían calmarme.
>
> Puesto que vivía cerca, mi madre vino enseguida preguntando qué había pasado, y ninguno de los profesores o auxiliar quiso decir algo de lo sucedido anteriormente. Incluso ni yo, ya que siendo pequeña no entendía por qué había pasado ello […] hasta que un compañero mío le dijo a mi madre la causa de mi llanto. Es ahí donde, como toda madre, la mía molesta y furiosa va a preguntar a la directora que por qué había sucedido ello y según la profesora dijo que fue de «casualidad».

En algunos casos, lo que tenemos es una muestra de la irrelevancia de la vivencia del otro para la figura de autoridad. Una estudiante cuenta que una compañera:

> […] tuvo un incidente durante horas de clase: repentinamente le llegó su período y, obviamente de manera accidental, manchó la silla en la que se encontraba. Claro que, en un primer momento, no se dio cuenta de la mancha, pero sí de lo que estaba pasando. Inmediatamente, sabiendo que si esperaba más tiempo algo peor podía pasar como cualquier mujer o cualquier persona con una necesidad fisiológica, pidió permiso para ir al baño, o al menos lo intentó. Ella levantó la mano para pedir permiso, pero la profesora, quien estaba en ese momento hablando, la ignoró. Diana mantuvo levantada la mano y miró suplicantemente a la profesora para que le hiciera caso, pero esta solo le hizo un ademán para que bajara la mano. Al no saber qué hacer, solo se quedó quieta en su sitio; una amiga más y yo nos dimos cuenta de su extraña actitud y, como estábamos sentadas al lado de ella, le preguntamos qué pasaba. Mientras […] nos explicaba la profesora fue a sentarse a su escritorio después de dejarnos una actividad, así que le dijimos que podía ser buen momento para pedirle permiso otra vez. Levantó la mano, la profesora le dio la palabra, pidió permiso para ir al baño y «No, ahora tienen que hacer el ejercicio, nada de baño». Quiso pararse, pero se dio cuenta de la mancha y se volvió a sentar por miedo a que los demás la vieran y se burlaran porque se sentaba justo en el medio del aula. Mi amiga y yo tratamos de ir nosotras al escritorio de la profesora para decirle lo que pasaba, pero nos mandó a sentar apenas lo intentamos. Finalmente, no quedó más que esperar al recreo para que […] pueda arreglarse en el baño y ayudarla a arreglar lo que pasó.

Una situación similar tuvo lugar en otra narración, aunque en este caso atendemos a una autoridad que interpreta la acción de una estudiante.

> Un día fui a clases como de costumbre, pero me sentía un poco mal, con algunos dolores abdominales y otros malestares. Al llegar el tiempo de recreo fui al baño y me di con la sorpresa de que los dolores eran a causa de mi primera menstruación, eso no fue lo peor. Debido

> a que no estaba preparada para aquello manché la ropa interior que llevaba puesta incluido el uniforme. Entré en pánico, no quería salir del baño pues «todos me iban a ver». El recreo terminó y yo seguía encerrada en el baño, supongo que alguno de mis profesores alertó al auxiliar de vigilancia pues este me estaba buscando hasta que dio conmigo, le dije que no quería salir porque había tenido un accidente. Él insistentemente me preguntaba qué era lo que me había ocurrido, yo estaba muy avergonzada y quería evadir el tema. Le pregunté si podía ir a mi casa, que necesitaba comunicarme con mi papá urgentemente, el auxiliar se enfadaba cada vez más y decía la actitud que yo estaba tomando era solo un capricho mío. Llegó al punto de amenazarme con que si yo no salía del baño él abriría la puerta del baño. Yo solo empecé a llorar y le dije que era algo muy privado lo que me había pasado, pero el auxiliar se negaba a salir o a darme el permiso antes de que yo saliera del baño. Me «recordó» que nadie podía salir del colegio antes de que las clases finalizaran, excepto que tuviese un permiso firmado por mi apoderado. Evidentemente yo no tenía ese permiso pues lo que me sucedió fue fortuito, le pedí que me comunicaran con mi papá en repetidas oportunidades, pero no accedió.
>
> Yo me quedé en ese baño hasta que sonó el timbre de salida, sintiéndome incómoda por la menstruación, con dolores y asustada por los gritos del auxiliar. Además, con el temor de que realmente él fuese capaz de abrir la puerta del baño por la fuerza. Al momento de la salida muchas chicas entraron a los servicios higiénicos, me sentí aliviada pues creí que ellas sí me podían entender. Después de eso, al llegar a casa no fui capaz de contarle a mi papá lo que me sucedió, el auxiliar escribió en el reporte de incidencias que yo había hecho un «berrinche» en el baño porque quería salir del colegio a horas no permitidas. Mi papá confió en lo que le dijo el auxiliar en el reporte y ni siquiera me preguntó qué era lo que había ocurrido.

En otro caso, una estudiante es obligada a participar en una competencia académica dentro del colegio, en la que tenía que responder preguntas. La estudiante se había preparado mucho para ello.

> Comenzó la primera pregunta por parte de mi profesor y, lamentablemente, no la sabía. Aún creía que yo podía, que solo era la primera y que a la siguiente la respondería bien. Luego, fue el momento de la segunda pregunta, pero no había podido escucharla por los gritos que las barras de los salones hacían en ese momento; entonces, respondí mal también. En ese momento, ya comencé a sentirme nerviosa, a mirar a todos lados y era más consciente de que mi temor a fallar se hacía realidad, pero, sobre todo, de que la seguridad que tenía por haber estudiado se esfumaba. Posteriormente, me realizó la tercera pregunta y no me quedaba casi nada de esperanza. Tenía ganas de llorar y me

> moría de vergüenza por lo que todo el colegio pensaría de mí. Evité mis ganas de salir corriendo y quise seguir. Fue en ese momento en que, como se dice, me vino el alma al cuerpo y pude, por fin, responder bien a la pregunta. No obstante, para mí eso no fue lo peor, sino que, al momento de contestar mi profesor, delante de todo el colegio, me diga: «Ya era hora que respondas. Hay que ser serios si se piensa participar. Haz debido estudiar».

En este caso, el profesor interpreta los errores iniciales como falta de seriedad, sin reconocer que no conoce la causa de los mismos. La alumna opina, sobre el particular: «al mencionarme que debía ser seria en competencias académicas como esas, es dar a entender, ante todos, que él sí toma en serio su trabajo y que yo no».

En algunos casos, la percepción del docente inhibe siquiera el intento de dar cuenta de la propia situación.

> […] el profesor que estaba cuidando la entrada era uno de los más estrictos, eso significaba que, aunque le explique la situación, no me iba a comprender y significaba la sanción. O tal vez sí me hubiera entendido, pero al tener la concepción de que es uno de los más estrictos, me dio miedo intentarlo.

Finalmente, podemos mencionar el ejemplo de una estudiante que era tímida y no hablaba mucho. Los profesores lo toman como buena conducta y, por «no hablar», la eligen policía escolar, lo que le trae muchos problemas al enfrentarla con sus compañeros.

III.4. El sentir, pensar y hacer de los estudiantes frente a la autoridad

Podemos notar en las diversas vivencias narradas los modos de sentir, pensar y actuar de los estudiantes. De un lado, piensan en su posición de inferioridad, se conciben como de menor poder.

> […] éramos unos cuantos críos de quinto grado de primaria que no tenían la suficiente fuerza como para unidos poder resistir ante la violencia que era ejercida hacia ellos por una norma injusta y arbitraria: podían ser identificados y posteriormente sancionados.
>
> En ninguno de mis recuerdos veo a mi profesora como alguien con quien se pudiera conversar o hablar, a pesar de nuestras limitaciones (éramos muy jóvenes como para debatir abiertamente con la profesora).

Esto ligado a un «no hacer» o, más precisamente, a un no decir: no dar cuenta de su necesidad por sentir temor a la reacción, a la humillación o a colocarse en una posición perjudicial con respecto a la autoridad.

> […] ella temía la reacción que la profesora pudiera tener si ella decía que quería ir al baño y por eso se quedó callada.

> Intentarlo significaba ser humillado por ella por la falta de control sobre nuestros cuerpos e irresponsabilidad por no haber ido en el recreo. Así, todos ya estábamos acostumbrados y sabíamos cómo comportarnos con ella.

> Claramente, prohibir los leggins no ayudaba en nada al fin que buscaban obtener; pero no se podía recriminar más de una vez, puesto que podían iniciarnos un proceso por disciplina, o, en el peor de los casos, pensábamos que podían «agarrarnos cólera», lo cual no era lo mejor para nosotros.

En algunos casos, se convencen de que son ellos o ellas quienes están mal.

> […] sentí una serie de emociones desde la humillación hasta la frustración. Estoy segura de que, ante esta mezcla, lloré. Sin embargo, no sentí ganas de responder en voz alta o pegarle, sino me sentía triste porque me convenció de que yo estaba equivocada.

Asociada a lo anterior, algunas de las narraciones muestran también la seguridad de que el decir del estudiante no generará cambios o, en todo caso, que generará mayores agresiones de parte de la autoridad.

> […] intenté explicarle lo sucedido ante lo cual nuevamente me llamó la atención diciendo que seguramente lo había hecho a propósito y que no tenía duda de que a la salida me alzaría la falda por encima de las rodillas para pasear así con los chicos del colegio de varones que quedaba cerca al mío […] Sabía que cualquier intento de hacer que cambiara de opinión sería inútil por lo que solo asentí.

En otros casos, el no decir está asociado a ver la conducta de la autoridad como normal o a la dificultad para dar cuenta de lo ocurrido.

> A pesar de lo anteriormente descrito, tanto mis compañeras como yo no distinguíamos estos hechos como lamentables. Simplemente considerábamos que era parte de la disciplina que la profesora ejercía sobre nosotras.

> Después de eso, al llegar a casa no fui capaz de contarle a mi papá lo que me sucedió, el auxiliar escribió en el reporte de incidencias que yo había hecho un «berrinche» en el baño porque quería salir del colegio a horas no permitidas.

> […] sin entender qué había pasado, como reacción solo me quedó llorar hasta que llamaron a mi mamá porque no podían calmarme.

En ciertos casos, los estudiantes intentan comunicar lo que ocurre sin llegar a ningún resultado.

> […] nos mandó a sentar apenas lo intentamos. Finalmente, no quedó más que esperar al recreo para que Diana pueda arreglarse en el baño y ayudarla a arreglar lo que pasó.

> […] cada vez que les preguntábamos, ellos no podían explicarnos el porqué de su accionar, sino que tenía que obedecer a las reglas de sus jefes, los directores.

Asimismo, frente a diversas normas, atendemos a situaciones de incumplimiento del lado de los estudiantes.

> Pero, además, hay casos, como el mío, en el cual los alumnos incumplían la norma sin importarles la misma.
>
> Por dicha razón, mis compañeros de equipo y yo preferíamos pasar esas dos horas y media escondiéndonos y escapándonos de los profesores que nos buscaban para llevarnos a la fuerza, por medio de gritos, amenazas, o incluso hasta por la fuerza hacia aquella aburrida terraza. Nos pasamos escapando durante todo el año, y esa costumbre la mantuve mientras estuve en el equipo del colegio de básquet.

> […] muchos de nosotros nos quejábamos de sentirnos incómodos por estar tanto tiempo expuestos al sol, ellos no nos escuchaban y nos seguían obligando a asistir a dichas formaciones. Esto generaba que muchos de nosotros, con muchas más ganas, incumplieran esta norma y no asistieran los días lunes en la mañana. Esto era porque pensábamos que era completamente innecesaria una exposición al sol por cumplir una «norma» que nos afectaba a todos en conjunto.

Finalmente, vale anotar que, en algunos casos, como aquellos donde tiene lugar la violencia física, los estudiantes recurren a su papá o mamá, quienes luego asisten al colegio a quejarse por lo ocurrido.

IV. DINÁMICAS RELACIONALES SUBYACENTES A LAS VIVENCIAS CON LA AUTORIDAD

El marco psicoanalítico revisado en la primera parte de este trabajo nos permite explorar, en las vivencias descritas, una serie de prácticas que, desde nuestro análisis, hacen parte de las dinámicas relacionales que ligan a los y las estudiantes con figuras de autoridad que hacen parte de

las narraciones. Asimismo, el análisis nos ha permitido postular posibles afectos y concepciones asociadas a dichas prácticas y posiciones.

Por supuesto, comprender dinámicas relacionales a partir de narraciones de las vivencias de uno de los sujetos (los estudiantes) tiene limitaciones. Tenemos mayor capacidad para postular la existencia de ciertas prácticas (posiciones, modos de hacer) que adoptan y siguen los sujetos, y que hacen parte de las dinámicas en cuestión por ser su parte más superficial y visible. Podemos también postular qué concepciones implícitas parecen operar en dichas prácticas. En esa línea, encontramos mayores dificultades para comprender los afectos y defensas que juegan un rol por estar estas más asociadas a lo que subyace a las prácticas. Esto, sin embargo, se puede hacer en alguna medida y de modo exploratorio, ya que el marco psicoanalítico liga tipos de prácticas a afectos y defensas. Podemos así, advirtiendo las prácticas y tomando en cuenta las narraciones que dan cuenta de aquello que sintieron los estudiantes, postular posibles afectos y concepciones asociadas.

En primer término, atendemos a autoridades que se constituyen como titulares del deseo y de la verdad que prima en la regulación y en el vínculo. Al regular, lo hacen desde su perspectiva, desde su posición, conforme a cómo ha sido en su pasado y a lo que estiman debido, sin diálogo ni consciencia de la situación del otro. La vivencia del estudiante, de esta forma, no es relevante; sus razones no son relevantes; su deseo, su dolor, su problemática no son relevantes; y su expresión no encuentra una escucha sincera. Esto ocurre aun ante indicios muy claros de una vivencia concreta de parte de los estudiantes, como, por ejemplo, el estar en un baño por haber tenido un accidente. En diversos casos, se niega su verdad y se les quita la capacidad para dar cuenta de ella. La crítica y la explicación de la propia situación, de la propia vivencia, se entienden como un intento de eludir, como una falta de obediencia en sí misma, como un acto obstinado. La verdad de las figuras de autoridad puede versar sobre qué es lo que los estudiantes deben hacer o, más aún, cómo es que deben verse; pero también respecto a su intención, al por qué de sus actos, que se interpreta sin su concurso. Así, un pedido de alumnas centrado en la comodidad se entiende como un intento de ser coquetas con sus compañeros. En esa línea, el otro es puesto como un sujeto que, cuando dice su verdad, oculta algo y miente, frente a otro sujeto que sabe su verdadera verdad.

Esta primacía de la verdad y del deseo del otro, muy clara en las vivencias narradas, se muestra como un rasgo muy lejano de un «regulador suficientemente bueno», en los términos de Winnicott (1963), ya que no muestra apertura a comprender al otro ni tiene disposición a dar lugar a la expresión del otro, y mucho menos a permitir que esa expresión madure. En ese contexto, la presencia de recursos

como la capacidad de entonamiento afectivo a que se refiere Stern (2004) se mostraría como ilusoria, puesto que existe una clara barrera a la expresión del otro, que es la inmediatez en el surgimiento de la verdad de la autoridad. Asimismo, notamos que la falta de diálogo y la primacía de la propia verdad es un rasgo autoritario, tal como hemos visto en autores como Deleuze (1981/2015), Fromm (1947/2012) y Jung (1934/2010). Cuando este rasgo se presenta, se reduce a los y las estudiantes a una condición de sujeto sin subjetividad. Asimismo, juega un rol central en ello la titularidad del saber oficial (Schraml, 1971; Cisneros, 2000) que recae en la figura del profesor.

Asociado al asunto de la verdad, atendemos a la vivencia de autoridades que marcan una separación con los otros (estudiantes) en la que aquellas toman una posición jerárquica superior, de dominio, frente a quien está en una posición de sumisión. Desde esta separación, la autoridad es propietaria de la regulación y ejerce su rol de creación y aplicación de las normas sin control ni límite. En ese sentido, no justifica sus normas y decisiones en función a valores o razones debidamente planteadas. Por lo general, la justificación está ausente y, cuando se tiene que presentar, se evidencia que es una tarea que incomoda profundamente. Asimismo, la autoridad sanciona en algunos casos con castigo corporal u otras medidas que no están establecidas oficialmente, y en otros casos frente a infracciones a normas que no son tales en tanto no están previstas. A esto se suman los escenarios en que la misma autoridad incumple las normas o se ubica en una posición preferente respecto a las mismas. De ese modo, atendemos a una autoridad que no se encuentra limitada por la regulación, sino que la posee y utiliza, situándose fuera de su alcance.

Los y las estudiantes pueden en algunas ocasiones acercarse a la autoridad, ya sea cuestionando el sentido o pidiendo alguna justificación. En algunos casos, muestran razonamientos que los llevan a pensar que están actuando bien (por ejemplo, porque no están dañando a nadie), pero estos no son manifestados dentro de un diálogo donde expongan razones, sino que se frustran ante autoridades que no argumentan. Así, ese acercamiento se frustra con respuestas agresivas y elusivas que colocan al otro en la posición vulnerable o culpable, aunque no quede claro por qué; o se deriva la decisión a alguien con quien ya no es posible hablar. Con las respuestas, se frustra cualquier posibilidad de diálogo. Cuestionar puede afectar el vínculo, tornarlo hostil y hacer que el estudiante pierda la valoración del otro. De igual manera, insistir es visto por los estudiantes como un esfuerzo sin sentido porque nada se logrará cambiar.

Vale poner especial énfasis, en este punto, en los tratos desiguales de parte de la autoridad, particularmente en razón del género, toda vez que

en diversos casos la regulación afecta particularmente a las mujeres y, frente a sus reclamos, la respuesta que se obtiene acentúa violentamente la desigualdad y frustra cualquier posible diálogo. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se justifica la norma para evitar «pensamientos sucios» en los compañeros o cuando se niega la intención expresada por las estudiantes (evitar incomodidad con el uniforme) por la verdad de la autoridad (quieren coquetear con sus compañeros).

Podríamos atender, asimismo, a una concepción del otro que se gesta sostenida en la pulsión de muerte; es decir, como vimos con Freud (1933/2012) y Fromm (1947/2012), en la separación entre sujetos que tiende a evitar la creación y se opone a la unión. Los y las estudiantes no llegan a ser reconocidos como sujetos con derechos, sobre todo con el derecho a participar, opinar y recibir una respuesta motivada. Salvo excepciones, la regulación es relativa al estudiante únicamente en tanto que este debe cumplirla, sin que tenga posición de agencia en la creación y aplicación de las normas. Así, estaríamos ante un modelo heterónomo, en los términos de Castoriadis (1996/2018), donde el regulado no se autorregula, sino que es, en definitiva, regulado por otro. Del lado de las autoridades, notamos la ausencia de justificación y de autocrítica como una práctica ligada a lo autoritario (Herrera, 2018). La separación entre sujetos titulares y pasivos marca una lejanía que impide incluso acceder a las razones de las normas o cuestionar las decisiones de la autoridad (Herrera, 2018). La lejanía, asimismo, marcaría un «no saber» sobre el otro, que es conocido únicamente en sus actos y no en lo que los anima (Del Mastro, 2018b) ya que esto último es definido por la misma autoridad.

En relación a esto último, atendemos a un mecanismo como la humillación, utilizado para sostener el poder de la autoridad. En diversos casos, se hace sentir vergüenza al estudiante, se le atribuyen motivaciones inapropiadas, se los disminuye y agrede verbal o físicamente. De ese modo, la autoridad se afirma en su capacidad para dañar (Herrera, 2018), lo que logra silenciar al otro, frenar su posibilidad de hablar o seguir la discusión.

En estos casos, se marca una diferencia mayor entre los sujetos: uno, el titular de la verdad y la regulación, puede dañar; y el otro, sin voz ni agencia, corre riesgo. El daño se daría en una relación de dependencia en al menos dos niveles: uno corporal (calor, vestimenta, control del propio cuerpo, tiempo y movimiento) y otro afectivo (posibilidad de ser humillado, temer la reacción del otro, necesitar tener un vínculo estable, la nota asociada al valor propio). En la dependencia, sin embargo, la separación se hace más riesgosa, puesto que el otro es puesto en el lugar de alguien diferente a uno mismo, pero al mismo tiempo sometido a uno mismo.

En estas dinámicas relacionales autoritarias los estudiantes callan o aprenden a callar. Consideramos que en este punto se abre la posibilidad de plantear posibles afectos que marcan las posiciones y el hacer de los estudiantes. En efecto, atenderíamos, en algunos casos, y en el marco de lo sostenido por autores como Bettelheim (1962/2012) y Miller (1994/2015), a una vivencia dolorosa; a un no poder dar cuenta de la propia experiencia, del propio pensamiento; a un ser silenciado por quienes deberían darnos su atención; a un ser puesto en la posición de insignificancia, de irrelevancia de lo propio.

El silencio, por lo demás, evita mayores problemas y rupturas, mayores humillaciones, mayores derrotas. En esa medida, en algunos casos puede darse como un «no decir estratégico» que, por ejemplo, busque estar bien con el docente porque eso genera beneficios y evitar perjuicios. Esto no implica, necesariamente, que a la par no pueda también existir temor y dolor a nivel afectivo como producto del no decir. El silencio, además, y en similar línea, hace parte de una práctica que pareciera tener, y al mismo tiempo construir, una base estructural. En efecto, atendemos —a partir de lo visto hasta el momento— a una serie de concepciones implícitas que harían del no decir algo congruente con la visión de la realidad de la regulación: como propiedad de la autoridad, compuesta por normas que regulan el hacer desde fuera y sin el propio concurso, cuya justificación es inaccesible. Al mismo tiempo, en algunos casos pareciera operar un principio organizador de la experiencia (Stolorow, 2010) que consiste en dividir el propio ser, separando el sentir y el pensar del hacer y decir. Estos últimos, visibles para la autoridad, quedarían en situación de sometimiento y pasividad, mientras que el sentir y el pensar estarían silenciados. Por supuesto, existen casos en los que el hacer y decir se activan y se recurre al papá o la mamá, o a una autoridad de mayor nivel, como medio para hacer frente a la autoridad autoritaria. En otros casos, como hemos visto, los estudiantes dicen lo que piensan y sienten, pero renuncian a continuar ante las respuestas autoritarias. Podemos sospechar que el «decir en primera instancia» sería un modo de notar ante qué tipo de autoridad se encuentran. En esos casos, cuando la respuesta es autoritaria y el diálogo se frustra, operaría el desligamiento del decir y hacer respecto del pensar y sentir.

VI. PROBLEMÁTICAS PARA LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

¿Son relevantes las vivencias analizadas para la enseñanza del derecho? ¿Las facultades de derecho deberían actuar pedagógicamente frente a ellas? A la luz del marco teórico revisado en este trabajo, atendemos a vivencias que forman parte de la construcción del ser regulatorio del sujeto; es decir, de su modo de vivir dentro de sistemas regulatorios. Este ser, no determinado, está sin embargo marcado por su pasado y su

historia con figuras de autoridad, que influirán de diversos modos y con diferentes intensidades en sus vínculos en la carrera y en el ejercicio profesional.

Por supuesto, los hechos en que se manifiesten las dinámicas relacionales examinadas variarán de la escuela al ámbito universitario. Por ejemplo, estaremos frente a normas distintas, pues difícilmente en la universidad tendrán lugar castigos corporales o, en general, reglas estrictas sobre el cuerpo (uniforme, formación bajo el sol, tamaño de pelo, poder ir al baño). Lo que sostenemos es la posibilidad de que los estudiantes entren en vínculos durante su formación y ejercicio profesional en los que las dinámicas relacionales identificadas jueguen un rol, aunque se manifiesten en normas y actitudes distintas. Vale indicar, por otro lado, que al decir que las vivencias del pasado influirán en el modo de seguir la carrera no sostenemos que los estudiantes no tendrán otro tipo de vinculaciones, al igual que pudieron tenerlas en la escuela con figuras de autoridad empáticas, con capacidad de escuchar la expresión del otro y de realizar autocrítica; sin embargo, sin perjuicio de ello, queremos decir que dinámicas relacionales como las examinadas podrán tener continuidad:

1. Con figuras de autoridad que actúen bajo esas dinámicas. Con ellas —es decir, con autoridades autoritarias—, los y las estudiantes podrían actualizar las dinámicas. Incluso, estas podrían marcar la elección de los y las estudiantes; es decir, llevarlos a preferir y buscar vínculos con figuras de autoridad que les permitan mantener las dinámicas en cuestión.
2. Con figuras de autoridad que, aun sin ser autoritarias, sean colocadas en dicha posición por los y las estudiantes.
3. En el propio ejercicio del rol de autoridad.

Los modos y la intensidad en que las dinámicas relacionales del pasado encontrarían continuidad serán, por supuesto, diversos y encontrarán sentido en la trama de cada estudiante. Esto implica reconocer también la posibilidad de construir un ser regulatorio que se distancie de este tipo de dinámicas.

Queremos explorar ahora posibles modos en los que el pasado podría encontrar continuidad, a la luz de lo revisado previamente en este trabajo.

Hemos visto que, a nivel estructural, las vivencias del pasado pueden marcar nuestro saber sobre los sistemas regulatorios; es decir, pueden delimitar y establecer un conjunto de verdades sobre sus elementos y funcionamiento, así como nuestro lugar en ellos. En esa medida, por ejemplo, podríamos tener como una verdad que existe cierto tipo de

docentes o autoridades que actúa en función a su propio deseo y su verdad, sin justificar decisiones ni establecer diálogo, etcétera. Estos patrones estructurales se manifestarían también, por ejemplo, en el silencio estudiantil frente a este tipo de docentes o de autoridades. Podemos advertir lo negativo de este no-decir frente a lo incorrecto de quien tiene poder en un contexto de formación como profesional del derecho.

Junto con el plano estructural, podemos pensar en otros modos en que el pasado puede estar presente en el plano de la enseñanza del derecho mediante diversos mecanismos explorados previamente en este trabajo.

Podríamos atender, por ejemplo, a una transferencia de temores y defensas que lleve a los estudiantes a una «restricción del yo», a que eviten mostrar lo que sienten y piensan e, incluso, a que eviten el contacto con los docentes por colocarlos en una situación de riesgo pasado. Esto podría ocurrir con docentes que tienen modos de actuar autoritarios y que, por ejemplo, frente a críticas o incluso ante preguntas respecto a algo vinculado al curso (por ejemplo, el número de lecturas o el corto plazo con que son asignadas), responden explícita o implícitamente con hostilidad, frustrando el diálogo. Ahora bien, podría ocurrir también con docentes que no tienen conductas autoritarias, pero que igual generan un temor dentro de la fantasía porque los y las estudiantes los colocan, por vías de transferencia, en el lugar de autoridades pasadas. Podemos advertir lo problemático de esta restricción para la formación jurídica, ya que se renuncia a presentar los propios argumentos por temor o por respuestas hostiles que terminan «ganando el debate» por poder y no por medio de razones.

Podrían operar otros mecanismos, como la identificación participativa, en la que el deseo de ser oído y de que otro actúe según nuestro deseo, insatisfecho en la historia del estudiante, lo lleve a buscar «eminencias», que mandan y tienen poder para entrar en su círculo de aduladores. Desde esas posiciones, replicarían sus modos de actuar con sujetos que pasen a estar más lejos en el círculo de cercanías y celebrarían el modo en que la autoridad es oída y obedecida por todos, participando así de la satisfacción del deseo insatisfecho en la propia historia. Podríamos pensar incluso que figuras de poder autoritarias tendrían una cierta «fuerza gravitacional» para atraer a estudiantes con un ser regulatorio marcado por dinámicas como las exploradas.

Podría ocurrir que la incapacidad para lidiar con la ambivalencia, sumada a la necesidad de descargar agresividad, lleve a los estudiantes a tomar un bando bajo una figura de autoridad que sea vista como totalmente buena, mientras que a los opositores se les proyecte todo lo malo, perdiendo capacidad para notar lo cuestionable en uno mismo y en las figuras de autoridad a las que estamos ligados. Esto podría

ser perjudicial para el aprendizaje y favorable a la «clausura de la interrogación», en términos de Castoriadis.

Podríamos atender al deseo de ser reconocido o, en su cara negativa, al temor a la desvaloración, y que marque decisiones vocacionales y éticas en función a lo aceptado y valorado, lo que llevaría a no desarrollar ni oír la propia voz en la construcción y desarrollo de la identidad profesional. Los maestros a seguir podrían buscarse, por vías de compulsión a la repetición, en sujetos narcisistas que asignen valor únicamente a quienes son eco de su propia voz. El papel del reconocimiento en el ámbito de la formación profesional podría ser alto debido a que los y las estudiantes están ingresando a un *ethos* en el que comienzan a construir su futuro, y donde su capacidad y valor está en evaluación.

Se puede pensar también lo autoritario respecto al aprendizaje mismo del derecho y la profesión, que podría ser un «aprender el derecho y una profesión que la autoridad desea que yo aprenda»; es decir, que «mi» concepción del derecho y de la abogacía sea, en rigor, la concepción de otro, que desea que sus seguidores sigan sus pensamientos y pasos. Esto podría llevar a situaciones de estado agéntico, en los términos de Milgram, en las que los estudiantes no sientan responsabilidad por sus actos como profesionales porque, en rigor, son agentes del deseo de otro.

Podríamos atender, de otro lado, a estudiantes que compensan vivencias pasadas de sometimiento con actitudes presentes de distancia y crítica no constructiva ni debidamente informada a las figuras de autoridad.

En cualquier caso, la continuidad será más probable e intensa en la medida en que las facultades y escuelas de derecho tengan un *ethos* regulatorio que, lejos de ser una experiencia correctiva, replique y refuerce dinámicas como las que hemos analizado. Lamentablemente, las investigaciones apuntan a ello. Llaman la atención, por ejemplo, los casos de docentes que incumplen sus obligaciones al devolver notas fuera del plazo establecido, faltan o llegan tarde a clases, no cumplen con su palabra, cambian las reglas de los sistemas de evaluación unilateralmente, responden con hostilidad ante dudas o cuestionamientos respecto al curso, humillan o acosan a estudiantes, o los tratan desigualmente, etcétera (Del Mastro, 2018b; Pásara, 2004). El ámbito de las prácticas preprofesionales —que, a pesar del poco control de las facultades de derecho, hace parte de la formación jurídica que brindan—, también muestra serias problemáticas, particularmente en puntos como el incumplimiento del máximo de horas de prácticas permitido por ley[9].

9 En la PUCP, en el 2019, de 122 estudiantes que realizaban sus prácticas en estudios de abogados, el 42,4 % practicaba más de 31 horas y, de dicho porcentaje, 9,3 % más de 40 horas, siendo que la ley fija un máximo de 30 horas semanales. Estos datos emanan de la encuesta realizada por la Oficina Académica de Prácticas Pre-Profesionales de Derecho PUCP (2019).

En este contexto, las facultades de derecho, responsables de la formación de quienes en el futuro ejercerán la profesión, deben atender a las vivencias pasadas de sus estudiantes y tomar consciencia de las dinámicas que hacen parte del propio *ethos* regulatorio, de modo que estas se puedan constituir como una experiencia correctiva.

VI. CAMINO PARA LA MADURACIÓN DEL SER REGULATORIO DE ESTUDIANTES Y DOCENTES

Las vivencias que hemos analizado, en conjunto con el marco teórico psicoanalítico, nos permiten esbozar caminos para la maduración del ser regulatorio; en concreto, para salir de dinámicas relacionales autoritarias.

Consideramos central, en primer lugar, abrirnos a la experiencia de comprender genuinamente al otro y a nosotros mismos. Para esto, un punto clave es la capacidad de escuchar que, conforme a Paulo Freire, «significa la disponibilidad permanente por parte del sujeto que escucha para la apertura al habla del otro, al gesto del otro, a las diferencias del otro» (1997/2008, p. 112). Algo clave para ello es el silencio.

Escuchar, entonces, al oír y al ver al otro, pero también al hablar. El educador democrático, dice Freire, «aprende a hablar escuchando» (1997/2008, p. 112); es decir, es consciente de cómo su habla es recibida y tomada por el otro, de qué piensa y siente realmente el otro sobre lo que decimos.

Desarrollar la capacidad de comunicarnos de este modo implica concebir al otro como un sujeto que sabe, que sabe acerca de su mundo y su experiencia, que posee un conocimiento relevante y único sobre sí mismo y sobre su entorno, que no puede ser reemplazado por nuestro deseo, nuestra verdad o nuestros prejuicios. Esto supone concebirse a uno mismo como un sujeto que no posee la verdad, que está siempre en la posición de aprender.

En esa línea, es recomendable sospechar siempre de las conversaciones que frustramos, del «sí» de los y las estudiantes que con sus gestos afirman, sin embargo, su desacuerdo o su duda; y encontrar, en esos diálogos frustrados aquello que quizá temíamos descubrir u oír. Se trataría de aprender a notar cuándo nuestra opinión queda como la correcta porque nosotros o nuestros estudiantes, o ambos, actuamos desde dinámicas autoritarias. Ello ocurriría, por ejemplo, cuando justificamos el presente con nuestro pasado, colocando al estudiante en la posición de quien no puede o quien no se esfuerza o quien no puede discutir porque no vivió en aquella época planteada como mejor, y todo esto sin haber dialogado con apertura para comprender el presente. Ello ocurriría también, posiblemente, cuando hablamos

por mucho tiempo y el otro termina estando de acuerdo o callado, ya que «nuestra habla» posiblemente no ha sido consciente de quien la escucha. Advertir nuestros rasgos autoritarios en las conversaciones, entonces, es un buen modo de tomar consciencia y mejorar nuestra escucha.

No se trata, por supuesto, de restar valor al conocimiento que brinda la experiencia, pero sí de reconocer los límites de dicho saber para conocer unilateralmente acerca del otro y su presente, máxime cuando puede estar marcado por proyecciones y temores propios. El conocimiento del otro puede resistirse a ser conocido (Felman, 1982) por la incomodidad que supondría reconocer, por ejemplo, que no generamos en este interés con nuestras clases o que nuestros métodos no despiertan motivación ni compromiso en los estudiantes, quizá porque nosotros mismos hemos perdido energía y motivación con nuestro quehacer docente. La práctica autoritaria de no admitir críticas al propio quehacer, de no dar ocasión al decir del otro sobre nuestro hablar y hacer, puede tener como base el evitar cuestionamientos a la imagen idealizada que tiene la persona de sí misma.

El modo de darle valor a nuestra opinión y experiencia, sostenida en nuestro pasado, podría ser mirarla críticamente aceptando sus ambivalencias, y hacerlo dialogar con el presente, respetando las complejidades del antes y el ahora, para construir en conjunto el mañana. Para ello, se requiere coraje socrático para no cerrarnos en nuestras convicciones, en nuestros «pensamientos congelados» (Arendt, 1971/2002, pp. 189-216), y concebirnos como sujetos que aún aprenden, en el sentido que Luis Jaime Cisneros dio a la «verdadera vocación universitaria», que supone «imponerse la paciencia y el repetido trabajo de la negación: negarnos a la molicie, a la improvisación, a la vanidad. Se trata de estudiar sin descanso, para ingresar de veras en la calidad de estudiante. Un universitario no deja de serlo nunca» (2000, p. 50).

Requerimos, así, abrirnos a comprender las vivencias y la historia de nuestros estudiantes, así como sus opiniones. Cuando digo estudiantes, por lo demás, hablo de una gran diversidad de personas, vivencias y modos de pensar y sentir. El riesgo radica, en ese contexto, en formarnos una opinión totalizadora sobre «los estudiantes» a partir de nuestras concepciones y sin diálogo abierto, pero también en formarnos una opinión a partir del conocimiento de «algunos estudiantes» que refuerzan nuestras seguridades y pensar que su vivencia es «la vivencia».

En mi experiencia, las y los docentes de derecho reconocen la necesidad imperiosa de conocer más acerca de sus estudiantes. Se siente una distancia generacional y una dificultad para comprender al otro; sin embargo, muchas veces esa dificultad se llena con miradas totalizantes

a «la nueva generación» que «ya no lee», que «está todo el día en redes», que «ya no reconoce el valor del esfuerzo y el sacrificio». Buscamos muchas veces comprender al otro a través de lo que se dice en otras latitudes sobre la nueva generación antes que mediante un acercamiento genuino a ese otro con quien convivimos. Estos modos de reducir a los otros y su complejidad pueden ponerse fácilmente al servicio de actitudes autoritarias no advertidas, en tanto nos dan poder para definirlos, encontrar sus debilidades y marcar su deber ser, todo sin diálogo genuino y abierto. Puede ser, además, un mecanismo defensivo que nos da tranquilidad al mantener nuestras convicciones sin alteración, pese a sus distancias con la realidad pasada y presente.

Tengamos presente, además, que el riesgo de reducir al otro aumenta en situaciones vividas de modo conflictivo, puesto que en ellas podemos tender a ver todo lo malo en el otro y todo lo bueno en uno mismo sin aceptar ambivalencias ni complejidades.

Además de aprender del otro y de uno mismo, de modo genuino y sin defensas, salir de los patrones autoritarios requiere concebir la tarea pedagógica como una tarea de crecimiento colectivo del propio ser. Esto supone reconocer que nuestro modo de hacer las cosas está lejos de ser perfecto, particularmente en lo que toca a nuestro *ethos* regulatorio; en otras palabras, reconocer nuestras prácticas autoritarias sin temor y con foco en aprender a salir de ellas en conjunto. En esto es central concebir al otro no como un sujeto separado y enfrentado, sino como parte de una comunidad académica que tiene retos colectivos que deben asumirse en conjunto.

Si en el salón tenemos la sensación de que los estudiantes no leen, la salida no sería colocar controles de lectura sorpresa. Esta podría ser una medida autoritaria porque se sostiene en nuestra verdad, en lo que pensamos que está pasando y en un prejuicio que totaliza «al otro». Podríamos, por ejemplo, pensar que no leen porque, cuando preguntamos por el texto, nadie se ofrece a participar; o porque no se esfuerzan. Ambas ideas podrían ser equivocadas y, en cualquier caso, son generalizaciones unilaterales de una realidad compleja y diversa que involucra a diferentes estudiantes. Asimismo, es una respuesta que nos omite como personaje del curso y como parte de la problemática. Sobre esa base, decidimos algo en función a lo que necesitamos para eludir posiblemente el malestar de no tener respuestas, de tener una baja asistencia en el curso o de preocuparnos por la imposibilidad de lograr los resultados de aprendizaje que estimamos valiosos. Lo resolvemos de modo inmediato y sin mayor esfuerzo, pero lo hacemos sin diálogo, sin concurso del otro; es decir, sin comprender verdaderamente qué está pasando, qué diversas cosas están pasando, y sin advertir cuál es nuestra responsabilidad en ello. Opera, entonces, una escisión: los

alumnos, la nueva generación, son los que están mal y a nosotros, que estamos haciendo todo bien, no nos queda otra salida que establecer un mecanismo de evaluación para coaccionar el otro sin saber cuál es el impacto de esa medida en su experiencia como estudiantes.

Lo dicho es particularmente grave cuando estamos en situaciones que son vividas de modo conflictivo entre autoridades o docentes con sus estudiantes. En estos casos, se debe tener presente que el rol de aquellas es formar integralmente a sus alumnos y alumnas. La meta, así, no es ganar un conflicto encontrando todo lo malo en la opinión y acción estudiantil, como si sus errores o imperfecciones fueran puntos a favor nuestro porque demuestran que estamos bien. De hecho, son todo lo contrario: oportunidades de formar mediante el ejemplo desde la misma vivencia.

En similar línea, es importante notar y sospechar de nuestra hostilidad en el ejercicio del rol docente. Recuerdo el caso de un docente que había tenido cierta hostilidad en sus comentarios a estudiantes de su curso. Reflexionando al respecto, advirtió que esta podía responder a la falta de atención y participación que notaba en los estudiantes, lo que le afectaba porque amaba y consideraba vital su materia. Pienso, en este caso, en el deseo de brindar al otro, de compartir aquello que para nosotros tiene mucho valor, y en el malestar que se gesta cuando sentimos que ello no es recibido ni valorado. Cuando lo que uno ama no es bien recibido, el riesgo de reaccionar de modo agresivo es alto. Al mismo tiempo, es difícil reconocer este deseo y el temor asociado con la finalidad de entrar en un diálogo con los estudiantes que permita mejorar. La hostilidad, vista así, puede ser una puerta a la comprensión de uno mismo y una ocasión para entablar un diálogo sincero.

Un punto importante, en el camino de lo colectivo, es concebirnos como sujetos que deben cumplir con valores y deberes que rigen nuestro quehacer como docentes, autoridades y estudiantes. Los docentes que exigen responsabilidad y el respeto de plazos, pero no asisten a clases y devuelven las notas fuera del plazo establecido, son docentes autoritarios en el sentido de que se sitúan por fuera de la regulación, sin consecuencias. Son también autoritarios quienes exigen alta excelencia académica sin dedicarse responsablemente a su curso y a tareas como la evaluación o la preparación de las clases.

Así, al incumplir las normas y exigir a otros lo que uno no cumple, los docentes marcan una separación en función al estatus, lo que contradice posiblemente aquello que sostienen a nivel discursivo respecto al derecho.

Cabe resaltar que se debe actuar frente a los incumplimientos de los docentes o de autoridades, y también de estudiantes. La institución

debe generar mensajes y mecanismos efectivos y firmes para identificar prácticas contrarias a los valores y deberes institucionales, y estas deben tener consecuencias. Si un docente ha incumplido con los plazos de entrega de notas parciales o de devolución de recalificaciones en diversas ocasiones, y ello no ha generado ninguna consecuencia pese a que la información puede ser conocida, estamos ante una práctica autoritaria que refuerza la idea de que no tiene caso dar cuenta de las faltas de la autoridad porque genera riesgos y no trae consecuencias. La institución debe equilibrar el desbalance de poder, debe garantizar que los docentes cumplan con sus obligaciones y no dejar toda la carga en los estudiantes.

Por supuesto, también se deben desarrollar acciones pedagógicas para que los y las estudiantes se empoderen y comprendan que la jerarquía, a nivel ético, no descansa en el cargo ni en cuánto derecho se sabe, sino en la actuación conforme a valores. Es necesario hacer notar a estudiantes y docentes cuando estos estén ingresando en dinámicas relacionales autoritarias. Por supuesto, este hacer notar debe darse a partir del diálogo, siguiendo criterios pedagógicos, y no de la afirmación de nuestra verdad en el hacer del otro, lo que podría derivar en la proyección de nuestra sombra. No se trata de decirle al otro «quéjate de la autoridad que no cumple», o «habla con el profesor y exígele», cuando la institución no hace esfuerzos serios por generar un ambiente donde el incumplimiento sea advertido y genere consecuencias, ni forma en las actitudes que exige.

Así, la propia inacción, ligada quizá al propio temor, a la propia comodidad y quietud, puede ser proyectada en el estudiante. Estas respuestas, por lo demás, tienen implícita una renuncia a nuestra tarea formativa, que supone dar lugar a la expresión del ser del estudiante, a su individualidad, desde la que vive esa situación, para dialogar y formar capacidad de autoconocimiento, reflexión, deliberación y acción. No se advierte, así, que «no puede hacerse autónomo a alguien por medios heterónomos» (Castoriadis, 1996/2018, p. 134).

Finalmente, en el camino de construcción colectiva, es importante justificar nuestras decisiones y normas en principios y razones, sobre la base del diálogo, y tener apertura para cambiar nuestro parecer si las razones del otro lo justifican. Se debe, en esa línea y como hemos dicho antes, evitar justificar decisiones o normas en función al pasado, a que «está en el reglamento», a que «lo dice la autoridad», a que «viene desde arriba». Todas estas son formas de eludir el diálogo. Las vivencias que hemos explorado en el ámbito escolar dan cuenta de la falta de justificación como algo posiblemente naturalizado, de lo que deriva que las normas sean lejanas y no exista la práctica de concebirlas como reglas que deben tener un sustento. El formalismo en el derecho, de ese

modo, se vería replicado en el formalismo en las decisiones y normas dentro de las facultades de derecho, y estaría asociado también a lo autoritario porque sostiene la vigencia en el cargo de quien decide y su estatus, y no en razones.

En esa línea, sería una buena práctica notar aquello que decidimos y que afecta al otro sin comunicar las justificaciones, así como aquello que defendemos sin dar razones de fondo para, sobre esa base, comenzar la práctica de justificar debidamente.

VII. REFLEXIÓN FINAL

La enseñanza del derecho juega un rol central en el sistema jurídico y, en esa medida, en la sociedad. Los retos que enfrenta hoy en día, a la luz de las problemáticas éticas que aquejan a la abogacía, tocan centralmente un aspecto de la formación históricamente desatendido: la maduración del ser. Al centrar los esfuerzos en la formación del saber y el saber hacer se ha perdido de vista que la fuerza de gravedad de la actuación real del egresado radicará en el ser regulatorio que marca el para qué y el cómo del uso de dichos conocimientos y destrezas.

Esta maduración no es únicamente una tarea que deban emprender las y los estudiantes. Las y los docentes y autoridades deben también seguir el consejo de Jung y «prestar mucha atención a su propio estado psíquico» (1945/2010, p. 115), teniendo «siempre presente la posibilidad de ser engañado […] en primer término por sí mismo» (p. 102). En similar línea, debemos reconocer que uno «es capaz de entender de acuerdo a lo que es capaz de asumir» (Rav Yehuda, 2013, p. 80) y que, en esa medida, nuestro modo acostumbrado y quizá acomodado de vivir la regulación puede ser un freno para advertir los caminos hacia la maduración del propio ser regulatorio.

REFERENCIAS

Alexander, F., & French, T. (s.f.). *Terapéutica psicoanalítica*. Recuperado de: http://files.cepap-cooperativa.webnode.com/200000015-7f2a48026b/Alexander_Experiencia%20Emocional%20Correctiva.pdf

Atienza, M. (2001). *El sentido del derecho*. Madrid: Ariel.

Arendt, H. (1971/2002). *La vida del espíritu*. Buenos Aires: Paidós.

Bettelheim, B. (1988/2011). *No hay padres perfectos. El arte de educar a los hijos sin angustias ni complejos*. Barcelona: Crítica.

Bettelheim, B. (1962/2012). *La fortaleza vacía. Autismo infantil y el nacimiento del yo*. Barcelona: Paidós.

Britzman, D. (2013) Between Psychoanalysis and Pedagogy: Scenes of Rapprochement and Alienation. *Curriculum Inquiry*, *43*(1), 95-117. doi: https://doi.org/10.1111/curi.12007

Braun, V., & Clarke, V. (2006). Using thematic analysis in psychology. *Qualitative Research in Psychology*, *3*(2), 77-101. doi: https://doi.org/10.1191/1478088706qp063oa

Bruner, J. (2016). Freud y el gobierno del derecho: de *Tótem y tabú* a una teoría psicoanalítica del derecho. *Derecho PUCP*, (77), 27-48. doi: https://doi.org/10.18800/derechopucp.201602.002

Castoriadis, C. (1991/2018). De la mónada a la autonomía. En *Hecho y por hacer* (pp. 111-138). Madrid: Enclave.

Castoriadis, C. (1996/2018). Pasión y conocimiento. En *Hecho y por hacer* (pp. 155-176). Madrid: Enclave.

Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (Ceriajus). (2004). *Plan de Reforma Integral*. Recuperado de: http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/Plan_Nacional_ceriajus.pdf (consultado el 20 de junio de 2019).

Cisneros, L. J. (2000). *Mis trabajos y los días*. Lima: Peisa.

Constantino, R. (2012). Enseñando democracia: normativa, realidad y propuestas en torno a la educación para la ciudadanía en el Perú. *Derecho PUCP*, (68), 586-610.

Creswell, J., & Poth, C. (2018). *Qualitative Inquiry & Research Design*. Chosing among Five Approaches. Cuarta edición. Londres: Sage.

Daeily, A. (2016). Una perspectiva del desarrollo acerca del ideal de la razón en el derecho constitucional estadounidense. *Derecho PUCP*, (77), 149-179. doi: https://doi.org/10.18800/derechopucp.201602.007

Del Mastro, F. (2016). La dimensión anímica del derecho: una aproximación preliminar desde la psicología analítica. *Derecho PUCP*, (77), 107-148. doi: https://doi.org/10.18800/derechopucp.201602.006

Del Mastro, F. (2018a). La dimensión desconocida de la regulación. En *Más allá del análisis económico de la regulación* (pp. 139-187). Lima: THEMIS & CIDES.

Del Mastro, F. (2018b). Venga a nosotros tu reino: la justicia como fuerza anímica ausente en la enseñanza del derecho. *Derecho PUCP*, (81), 463-509. doi: https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.015

Del Mastro, F. (2019). Crisis ética y disciplina escolar [Mensaje en blog]. *Ventana Jurídica*, 28 de enero. Recuperado de: http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/blog/crisis-etica-y-disciplina-escolar/

Felman, S. (1982). Psychoanalysis and education: teaching terminal and interminal. *Yale French Studies*, (63), 21-44.

Foucault, M. (1975/2003). *Hay que defender la sociedad*. Madrid: Akal.

Foucault, M. & Deleuze, G. (2015). *Un diálogo sobre el poder*. Madrid: Alianza Editorial. (Publicado originalmente en 1981).

Foucault, M. (1981/2015). *El coraje de la verdad. El gobierno de sí y de los otros II*. Madrid: Akal.

Freire, P. (1997/2008). *Pedagogía de la autonomía*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Freud. A. (1961/2017). *El yo y los mecanismos de defensa*. Barcelona: Paidós.

Freud, S. (1914/2003). *Tótem y tabú*. Madrid: Alianza Editorial.

Freud, S. (1937/2005). Análisis terminable e interminable. En *Introducción al narcisismo y otros ensayos*. Madrid: Alianza Editorial.

Freud, S. (1930/2012). El malestar en la cultura. En *El malestar en la cultura y otros escritos sobre violencia y sociedad*. Traducción Luis López Ballesteros. Barcelona: RBA.

Freud, S. (2012). El porqué de la guerra. En *El malestar en la cultura y otros escritos sobre violencia y sociedad* (Luis López Ballesteros, trad.). Barcelona: RBA.

Fromm, E. (1941/2010). *El miedo a la libertad*. Barcelona: Paidós.

Fromm, E. (1947/2012). *Ética y psicoanálisis*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica. doi: https://doi.org/10.2307/3537692.

Gonzales, G. (2007). Enseñanza del derecho y cultura legal en tiempos de globalización. *Derecho PUCP*, (60), 51-96.

Gonzáles Rey, F. (2003). La investigación cualitativa en psicología: algunas cuestiones actuales. *Revista de psicología UNMSM*, 6(2), 41-56.

Guillerault, G. (2009). *Dolto/Winnicott: el bebé en el psicoanálisis*. Buenos Aires: Paidós.

Herrera, L. (2018). *Reflexiones psicoanalíticas sobre la violencia y el poder en el Perú*. Lima: Biblioteca Peruana de Psicoanálisis.

Jung, C. (1957/2001). Presente y futuro. En *Civilización en transición. Obras Completas* (X, pp. 209-217). Madrid: Trotta.

Jung, C. (1923/2010). El significado de la psicología analítica para la educación. En *Sobre el Desarrollo de la Personalidad. Obras Completas* (XVII, pp. 49-61). Madrid: Trotta.

Jung, C. (1925/2010). El significado de lo inconsciente para la educación individual. En *Sobre el Desarrollo de la Personalidad. Obras Completas* (XVII, pp. 139-154). Madrid: Trotta. (Publicado originalmente en 1925).

Jung, C. (1934/2010). Sobre el devenir de la personalidad. En *Sobre el Desarrollo de la Personalidad. Obras Completas* (XVII, pp. 157-174). Madrid: Trotta.

Jung, C. (1945/2010). Sobre conflictos del alma infantil. En *Sobre el Desarrollo de la Personalidad. Obras Completas* (XVII, pp. 13-36). Madrid: Trotta.

Kanai, E. (2015). Notas psicoanalíticas: os discursos contemporâneos acerca da avaliação educacional no Brasil. *Educação e Pesquisa*, *41*(1), 185-201.

Klein, M. (1922/2016). Inhibiciones y dificultades en la pubertad. En *Amor, culpa, reparación y otros trabajos* (pp. 71-75). Barcelona: Paidós.

Klein, M. (1937/2016). Amor, culpa, reparación. En *Amor, culpa, reparación y otros trabajos* (pp. 345-382). Barcelona: Paidós.

Kennedy, D. (1982). Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic against the System. *Journal of Legal Education*, *32*(4), 591-615. doi: https://doi.org/10.2307/1288698

Kernberg, O. (1986). Institutional Problems of Psychoanalytic Education. *Journal of the American Psychoanalytic Association*, *34*(4), 799-834. doi: https://doi.org/10.1177/000306518603400403

Lacan, J. (1938/2003). *La familia*. Buenos Aires: Argonautas.

Making Docile Lawyers: An Essay on the Pacification of Law Students. (1998). *Harvard Law Review*, *111*(7), 2027-2044. doi: https://doi.org/10.2307/1342488

Mariategui, J. C. (1925/2014). Introducción a un estudio sobre el problema de la educación pública. En *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana* (pp. 380-415). Lima: Fondo Editorial de la USP.

Martínez-Salgado, C. (2012). El muestreo en investigación cualitativa. Principios básicos y algunas controversias. *Ciência & Saúde Coletiva*, *17*(3), 613-619. doi: https://doi.org/10.1590/s1413-81232012000300006

May, R. (2010). *Amor y voluntad*. Barcelona: Gedisa.

Milgram, S. (1980). *Obediencia a la autoridad: un punto de vista experimental*. Bilbao: Desclée de Brouwer.

Miller, A. (1980). *Por tu propio bien*. Barcelona: Tusquets.

Miller, A. (2005). *El cuerpo nunca miente*. Barcelona: Tusquets.

Miller, A. (1994/2015). *El drama del niño dotado*. Barcelona: Austral.

Montoya, J. (2014). *El estado de la educación legal en Latino América*. REDU, (12), 177-200.

Oficina de prácticas pre-profesionales. Derecho PUCP. (2019). *Resultados desagregados de encuesta a practicantes 2019*. Recuperado de: https://www.facebook.com/PracticaDerechoPUCP/photos/pcb.1796730893794550/1796730820461224/?type=3&theater

Pásara, L. (2004). *La enseñanza del derecho en el Perú y su impacto sobre la administración de justicia*. Lima: Minjus.

Presidencia de la República (2019). *Oficio de Observación del 20 de febrero de 2019*. Recuperado de: http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2019/03/Oficio-de-observacion.pdf

Rav Yehuda. (2013). Zóhar, Vayerá, versículo 151. En M. Berg, *Los secretos del Zóhar* (p. 80). Nueva York: Kabbalah.

Reimer, J. (2008). De la discusión moral al gobierno democrático. En Clark Power & Ann Higgins (eds.), *La educación moral según Lawrence Kolhberg* (pp. 21-48). Barcelona: Gedisa.

Rozenel, V. (2006). Los Modelos Operativos Internos (IWM) dentro de la teoría del apego. *Aperturas psicoanalíticas. Revista Internacional de Psicoanálisis en Internet*, (23). Recuperado de: https://www.aperturas.org/articulo.php?articulo=0000404

Sassenfeld, A. (2018) Los giros del psicoanálisis contemporáneo. *Clínica e investigación relacional*, (12). Recuperado de: https://pdfs.semanticscholar.org/7190/3b61c96f9d1ea2f2d712c70c251b062d7654.pdf?_ga=2.115630338.504737714.1589843117-853497248.1589843117

Schraml, W. J. (1971). *Psicología profunda para educadores*. Barcelona: Herder.

Shoshana, F. (1984). Psychoanalysis and Education: Teaching Terminable and Interminable. *Yale French Studies*, (63), 21-44. doi: https://doi.org/10.2307/2929829

Schejtman, C., Duhalde, C., Silver, R., Vernengo, M. P., Wainer, M., & Huerin, V. (2009). Los inicios del juego en la primera infancia y su relación con la regulación afectiva diádica y la autorregulación de los infantes. *Anuario de investigaciones*, *XVI*, 241-252. Recuperado de: https://www.redalyc.org/pdf/3691/369139945063.pdf

Serrano, J. M., & Pons, R. M. (2011). El constructivismo hoy: enfoques constructivistas en educación. *Revista Electrónica de Investigación Educativa*, *13*(1), 1-27.

Stern, D. (2004). La matriz intersubjetiva. En *The Present Moment in Psychotherapy and Everyday Life* (cap. 5) (Ps. André Sassenfeld J., trad.). Nueva York: W. W. Norton & Company. Recuperado de: http://cesch.cl/wp-content/uploads/2014/09/La-matriz-intersubjetiva.pdf

Stolorow, R. (2010). Roberto Stolorow: un analista fenomenológico-contextual. La teoría de los sistemas intersubjetivos y la práctica clínica. *Gaceta de Psiquiatría Universitaria*, 6(3), 278-283. Recuperado de: http://revistagpu.cl/2010/Septiembre/GPU%202010-3%20(PDF)/ENT%20Robert%20Stolorow.pdf

Wallwork, E. (2007). *El psicoanálisis y la ética*. Mexico D. F.: Fondo de Cultura Económica.

Winnicott, D. (1963). La ética y la educación. En *Los procesos de maduración y el ambiente facilitador* (pp. 121-137). Barcelona: Paidós.

Winnicott, D. (1984). Influenciar y ser influenciado. En *Educarnos hoy* (pp. 111-116). Lima: Los Reyes Rojos.

Winnicott, D. (1971/2008). *Juego y realidad*. Barcelona: Gedisa.

Zachrisson, A. (2011). Dynamics of psychoanalytic supervision: A heuristic model. *The International Journal of Psychoanalysis*, *92* (4), 943-961. doi: https://doi.org/10.1111/j.1745-8315.2011.00417.x

Recibido: 21/01/2020
Aprobado: 13/04/2020

FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Profesores ordinarios de la Facultad de Derecho[1]

Eméritos

De Althaus Guarderas, Miguel
Llerena Quevedo, José Rogelio
Montoya Anguerry, Carlos Luis

Principales

Abad Yupanqui, Samuel Bernardo
Abugattas Giadalah, Gattas Elías
Albán Peralta, Walter Jorge
Alvites Alvites, Elena Cecilia
Arce Ortiz, Elmer Guillermo
Avendaño Arana, Francisco Javier
Avendaño Valdez, Juan Luis
Blancas Bustamante, Carlos Moisés
Boza Dibós, Ana Beatriz
Boza Pró, Guillermo Martín
Bramont-Arias Torres, Luis Alberto
Bullard González, Alfredo José
Cabello Matamala, Carmen Julia
Castillo Freyre, Mario Eduardo Juan Martín
Danós Ordoñez, Jorge Elías
De Belaunde López de Romaña, Javier Mario
Delgado Barreto, César Augusto
De Trazegnies Granda, Fernando
Eguiguren Praeli, Francisco José
Espinoza Espinoza, Juan Alejandro
Fernández Arce, César Ernesto
Fernández Cruz, Mario Gastón Humberto
Ferro Delgado, Víctor
Forno Florez, Hugo Alfieri

1 Lista de profesores ordinarios de la Facultad de Derecho actualizada al mes de mayo de 2020.

García Belaunde, Domingo
Gonzales Mantilla, Gorki Yuri
Guzmán-Barrón Sobrevilla, César Augusto
Hernández Berenguel, Luis Antonio
Hurtado Pozo, José
Kresalja Rosselló, Baldo
Landa Arroyo, César Rodrigo
Lovatón Palacios, Miguel David
Marciani Burgos, Betzabé Xenia
Medrano Cornejo, Humberto Félix
Meini Méndez, Iván Fabio
Méndez Chang, Elvira Victoria
Monteagudo Valdez, Manuel
Montoya Vivanco, Yvan Fidel
Morales Luna, Félix Francisco
Neves Mujica, Javier
Novak Talavera, Fabián Martín Patricio
Ortiz Caballero, René Elmer Martín
Pazos Hayashida, Javier Mihail
Peña Jumpa, Antonio Alfonso
Prado Saldarriaga, Víctor Roberto
Priori Posada, Giovanni Francezco
Quiroga León, Anibal Gonzalo Raúl
Ramos Núñez, Carlos Augusto
Rodríguez Iturri, Róger Rafael Estanislao
Rubio Correa, Marcial Antonio
Ruda Santolaria, Juan José
Ruiz de Castilla Ponce de León, Francisco Javier
Salmón Gárate, Elizabeth Silvia
San Martín Castro, César Eugenio
Sotelo Castañeda, Eduardo José
Toyama Miyagusuku, Jorge Luis
Ugaz Sánchez-Moreno, José Carlos
Urteaga Crovetto, Patricia
Viale Salazar, Fausto David

Villanueva Flores, María del Rocío
Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo
Zegarra Valdivia, Diego Hernando
Zolezzi Ibárcena, Lorenzo Antonio

Asociados

Aguilar Llanos, Benjamín Julio
Arana Courrejolles, María del Carmen Susana
Ardito Vega, Wilfredo Jesús
Ariano Deho, Eugenia Silvia María
Bardales Mendoza, Enrique Rosendo
Becerra Palomino, Carlos Enrique
Blume Fortini, Ernesto Jorge
Bregaglio Lazarte, Renata Anahí
Burneo Labrín, José Antonio
Bustamante Alarcón, Reynaldo
Cairampoma Arroyo, Vicente Alberto
Cairo Roldán, José Omar
Chang Kcomt, Romy Alexandra
Chau Quispe, Lourdes Rocío
Cortés Carcelén, Juan Carlos Martín Vicente
De La Lama Eggersted, Miguel Guillermo José
Del Mastro Puccio, Fernando
Delgado Menéndez, María Antonieta
Delgado Menéndez, María del Carmen
Durán Rojo, Luis Alberto
Durand Carrión, Julio Baltazar
Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy Andrés
Ezcurra Rivero, Huáscar Alfonso
Falla Jara, Gilberto Alejandro
Fernández Revoredo, María Soledad
Ferrari Quiñe, Mario Alberto
Foy Valencia, Pierre Claudio
Gálvez Montero, José Francisco
Gamio Aita, Pedro Fernando
Hernández Gazzo, Juan Luis

Huaita Alegre, Marcela Patricia María
Huerta Guerrero, Luis Alberto
La Rosa Calle, Javier Antonio
Ledesma Narváez, Marianella Leonor
León Hilario, Leysser Luggi
Luna-Victoria León, César Alfonso
Matheus López, Carlos Alberto
Mercado Neumann, Edgardo Raúl
Monroy Gálvez, Juan Federico Doroteo
Morales Hervias, Rómulo Martín
Oré Guardia, Arsenio
Ortiz Sánchez, John Iván
Palacios Pareja, Enrique Augusto
Pariona Arana, Raúl Belealdo
Patrón Salinas, Carlos Alberto
Quiñones Infante, Sergio Arturo
Revilla Vergara, Ana Teresa
Saco Chung, Víctor Augusto
Sevillano Chávez, Sandra Mariela
Siles Vallejos, Abraham Santiago
Solórzano Solórzano, Raúl Roy
Soria Luján, Daniel
Ulloa Millares, Daniel Augusto
Velazco Lozada, Ana Rosa Albina
Vinatea Recoba, Luis Manuel

Auxiliares

Aguinaga Meza, Ernesto Alonso
Alfaro Valverde, Luis Genaro
Aliaga Farfán, Jeanette Sofía
Apolín Meza, Dante Ludwig
Barboza Beraun, Eduardo
Barletta Villarán, María Consuelo
Benavides Torres, Eduardo Armando
Bermúdez Valdivia, Violeta
Blanco Vizarreta, Cristina María del Carmen

447

PROFESORES DE LA FACULTAD DE DERECHO

Boyer Carrera, Janeyri Elizabeth
Campos Bernal, Heber Joel
Candela Sánchez, César Lincoln
Canessa Montejo, Miguel Francisco
Caro John, José Antonio
Castro Otero, José Ignacio
Cavani Brain, Renzo Ivo
Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro
Cubas Villanueva, Víctor Manuel
De La Haza Barrantes, Antonio Humberto
De La Jara Basombrío, Ernesto Carlos
De Urioste Samanamud, Roberto Ricardo
Del Águila Ruiz de Somocurcio, Paolo
Delgado Silva, Angel Guillermo
Díaz Castillo, Ingrid Romina
Escobar Rozas, Freddy Oscar
Espinoza Goyena, Julio César
Flores Nano, Lourdes Celmira Rosario
Gago Prialé, Horacio
García Chávarri, Magno Abraham
García-Cobían Castro, Erika
Grandez Castro, Pedro Paulino
Guimaray Mori, Erick Vladimir
Guzmán Napurí, Christian
Hernando Nieto, Eduardo Emilio
Herrera Vásquez, Ricardo Javier
Higa Silva, César Augusto
Huapaya Tapia, Ramón Alberto
León Vásquez, Jorge Luis
Liu Arévalo, Rocío Verónica
Mantilla Falcón, Julissa
Martin Tirado, Richard James
Mejía Madrid, Renato
Mendoza del Maestro, Gilberto
Montoya Stahl, Alfonso

Morón Urbina, Juan Carlos
O'Neill de la Fuente, Mónica Cecilia
Pérez Vargas, Julio César
Pérez Vásquez, César Eliseo
Pulgar-Vidal Otálora, Manuel Gerardo Pedro
Ramírez Parco, Gabriela Asunción
Reyes Milk, Michelle Elisa
Reyes Tagle, Yovana Janet
Rivarola Reisz, José Domingo
Robles Moreno, Carmen del Pilar
Rodríguez Santander, Róger Rafael
Rojas Leo, Juan Francisco
Rojas Montes, Verónica Violeta
Saco Barrios, Raúl Guillermo
Shimabukuro Makikado, Roberto Carlos
Soria Aguilar, Alfredo Fernando
Sotomarino Cáceres, Silvia Roxana
Suárez Gutiérrez, Claudia Liliana Concepción
Tabra Ochoa, Edison Paul
Tassano Velaochaga, Hebert Eduardo
Valencia Vargas, Arelí Seraya
Valle Billinghurst, Andrés Miguel
Villagarcía Vargas, Javier Eduardo Raymundo
Villagra Cayamana, Renee Antonieta
Vivar Morales, Elena María
Yrigoyen Fajardo, Raquel Zonia
Zambrano Chávez, Gustavo Arturo
Zas-Friz Burga, Jhonny

INDICACIONES A LOS AUTORES DE ARTÍCULOS PARA LA REVISTA *DERECHO PUCP*

I. Objetivo y política de *Derecho PUCP*

La revista *Derecho PUCP* publica artículos de investigación jurídica o interdisciplinaria inéditos y originales, los cuales son revisados por pares externos que han publicado investigaciones similares previamente. Las evaluaciones se realizan de forma anónima y versan sobre la calidad y validez de los argumentos expresados en los artículos.

II. Ética en publicación

En caso sea detectada alguna falta contra la ética de la publicación académica durante el proceso de revisión o después de la publicación del artículo, la revista actuará conforme a las normas internacionales de ética de la publicación y tomará las acciones legales que correspondan para sancionar al autor del fraude.

III. Forma y preparación de los artículos

III.1. Normas generales

Todo artículo presentado a la revista *Derecho PUCP* debe versar sobre temas de interés jurídico o interdisciplinario, tener la condición de inédito y ser original. La revista cuenta con las siguientes categorías o secciones ordinarias:

- Tema central (o especial temático).
- Miscelánea.
- Interdisciplinaria.

Las tres secciones están sujetas a la revisión por pares (sistema doble ciego).

III.2. Documentación obligatoria

- Declaración de autoría y autorización de publicación. Debe ser firmada por todos los autores y enviada junto con el artículo postulante.

III.3. Características de los artículos

III.3.I. Primera página

Debe incluir:

- EL TÍTULO**:** en el idioma del artículo y en inglés, un título corto de hasta 60 caracteres.
- NOMBRE DEL AUTOR (o autores): se debe incluir en una nota a pie de página la filiación institucional, ciudad y país, profesión y grado académico, así como su correo electrónico y código ORCID.
- RESUMEN (*abstract*): texto breve en el idioma del artículo y en inglés, en el que se mencione las ideas más importantes de la investigación (entre 200 y 400 palabras).

- CONTENIDO**:** se consignará en el idioma del artículo y en inglés la sumilla de capítulos y subcapítulos que son parte del artículo.
- PALABRAS CLAVE *(key words):* en el idioma del artículo y en inglés (mínimo 5 palabras, máximo, 10).
- En caso el estudio haya sido presentado como resumen a un congreso o si es parte de una tesis, ello debe ser precisado con la cita correspondiente.

III.3.2. Textos interiores

Deben atenderse los siguientes aspectos:

- El texto deberá oscilar entre las 7000 a 15 000 palabras, a un espacio, en letra Arial 12, en formato A4, con márgenes de 3 cm. Las excepciones a esta regla deben estar debidamente justificadas y ser autorizadas previamente por el editor general.
- Consignar las notas a pie de página, escritas a doble espacio en letra Arial 12.
- Los textos deberán ser redactados en el programa Word.
- Las figuras que se pueden usar son: gráficos y tablas.
- Las referencias bibliográficas serán únicamente las que han sido citadas en el texto y se ordenarán correlativamente según su aparición.

III.3.3. Referencias bibliográficas

Las referencias bibliográficas que se hagan en el artículo deben estar actualizadas, ser relevantes y elaborarse con la información necesaria. No deben omitirse referencias importantes para el estudio y se debe cumplir estrictamente con las normas de la ética académica.

Dichas referencias deben realizarse conforme a las normas del estilo APA (American Psychological Association) recogidas en la sexta edición del *Manual de Publicaciones* APA.

Por ello, las citas bibliográficas deben realizarse en el texto, indicando entre paréntesis el apellido del autor o institución, el año de la publicación y la(s) página(s) correspondiente(s); por ejemplo: (Rubio, 1999, p. 120).

También deben citarse en el cuerpo del texto las normas jurídicas, las resoluciones de toda clase de organización y las sentencias judiciales, colocando entre paréntesis las referencias correspondientes del modo en que se indica más abajo. Las referencias parentéticas en el cuerpo del texto deben remitir a la lista de referencias situada al final del documento. En dicha lista deberá aparecer la información completa de cada fuente citada.

Para mayor información, pueden revisarse las normas para autores a través del siguiente enlace: www.pucp.edu.pe/EduKtv

GUIDELINES TO THE AUTHORS OF ARTICLES FOR *DERECHO PUCP*

I. Aim and policy of *Derecho PUCP*

Derecho PUCP publishes legal or interdisciplinary unpublished and original research articles, which are revised by external peers who have previously published similar researches. The evaluations are made anonymously and are about the quality and the validity of the arguments showed on the articles.

II. Ethics publication

In case of being detected a fault against the ethics academic publication during or after the process of revision of the publication of the article, the journal will behave according to the correspondent ethics publication international regulations and will take the corresponding legal action to penalize the author of the fraud.

III. Form and Preparation of the articles

III.1. General regulations

All the articles given to *Derecho PUCP* have to be about legal or interdisciplinary subjects. They have to be unpublished and original. The journal has the following categories or usual sections:

- Main subject (or specialized subject)
- Miscellaneous
- Interdisciplinary

The three sections are under double-blind peer review.

III.2. Necessary documents

- Affidavit of authorship and authorization for publication. It must be signed by all the authors and sent with the applicant article.

III.3. Characteristics of the articles

III.3.1. First page

It has to include:

- TITLE**:** in the original language of the article and in English, a short title no more than 60 characters.
- AUTHOR'S NAME (or authors): On a footnote has to be included the institutional affiliation, the city and the country, the profession and the academic degree, and also the e-mail, and the ORCID code.
- ABSTRACT: short text in the original language of the article and in English where are showed the most important research ideas (among 200 and 400 words).

- CONTENT: It is recorded in the original language of the article and in English. The summary of the chapters and sub-chapters that are part of the article.
- KEY WORDS: in the original language of the article and in English (minimum 5 words, maximum 10).
- If the study has been presented as a summary to a congress or as a part of a thesis, it has to be specified with the corresponding citation.

III.3.2. Paper format

Some aspects have to be taken into account:

- The text must fluctuate among 7000 to 15 000 words, size 12, Arial, one-spaced lines, A4 format, with 3 cms margins. The exceptions to this regulation have to be properly justified and be previously authorized by the general editor.
- Record the footnotes. Size 12, Arial; double-spaced lines.
- Use Word program to write the texts.
- Graphics and tables can be used.
- The bibliographic references will only be those mentioned in the text and will be correlatively organized in order of appearance.

III.3.3. Bibliographic references

The bibliographic references have to be updated, important, elaborated with the necessary information, without omitting any relevant reference to the study and fulfilling all the regulations of the academic ethics.

These references must be according to the APA Style (The American Psychological Association) gathered on the 6th edition of the *APA Publication Manual*.

That's why the bibliographic references have to be made in the text, indicating between parentheses the author's last name, or institution, the year of publication, and the corresponding page (es); for example: (Rubio, 1999, p. 120).

And also it has to be quoted in the body text the legal regulations, the resolutions of all kind of organizations and the legal sentences, putting in parentheses the corresponding references as it is indicated below. The parenthetical references on the body text have to send us to the list of references located at the end of the document. In that list has to appear the complete information of each source quoted.

To have more information, you can visit the author's guidelines link: www.pucp.edu.pe/EduKtv

84 AUTORES

TRILCE VALDIVIA AGUILAR
VÍCTOR DANIEL CABEZAS ALBÁN
PIERO RÍOS CARRILLO
PABLO MARSHALL
YANIRA ZÚÑIGA
GATTĀS ABUGATTĀS
EVELYN TÉLLEZ CARVAJAL
JUAN CARLOS RIOFRÍO
ADRIÁN LENGUA PARRA
VÍCTOR EMILIO OSTOLAZA SEMINARIO
DEVORA FRANCO GARCIA
ALEJANDRO QUINTANILLA PEREA
ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO
LORIS DE NARDI
ÁLVARO PÉREZ RAGONE
FERNANDO DEL MASTRO PUCCIO