e-ISSN: 2305-2546

DERECHO PUCP

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

FUNDADA EN 1944

91

BIOÉTICA Y TEMAS DE DERECHOS HUMANOS

FONDO EDITORIAL
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DERECHO PUCP

FUNDADA EN 1944

91
2023

BIOÉTICA Y TEMAS DE 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, 2023
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: +51 6262650
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, desde el año 2020, solamente en su versión digital. 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

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

Coordinador editorial: Marco Alonso Rodríguez Gamero

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

e-ISSN: 2305-2546
Primera edición: noviembre 2023

EDITORA GENERAL

Ingrid Díaz Castillo
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

Alba Ruibal
Universidad Nacional de Córdoba

CONSULTORA TEMÁTICA
Paula Siverino Bavio

CONSEJO CONSULTIVO

Robert Post
Universidad de Yale

Jemima García-Godos
Universidad de Oslo

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

Guido Calabresi
Universidad de Yale

Francisco Fernández Segado
Universidad Autónoma de Madrid

Owen Fiss
Universidad de Yale

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

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

BIOÉTICA Y TEMAS DE DERECHOS HUMANOS

9 Eutanasia, suicidio asistido y derechos humanos: un estudio de jurisprudencia comparada
ESTEBAN BURITICÁ-ARANGO

43 Manipulando genes y cerebros: la bioética y el derecho ante la mejora humana
VANESA MORENTE PARRA

85 Reflexiones sobre los fundamentos de la responsabilidad civil médica por *wrongful life*. ¿La vida como daño?
CÉSAR EDWIN MORENO MORE

125 «Y cuando vio la foto de la nena, se le cayeron las medias». *Humanitarización* de las movilidades por salud y visado por tratamiento médico
LOURDES BASUALDO

163 La formulación de un estándar normativo de imparcialidad que incorpore la imparcialidad objetivo-cognitiva en el ordenamiento jurídico peruano: un estudio sobre la repercusión de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos
CÉSAR HIGA / JOSÉ ENRIQUE SOTOMAYOR TRELLES / RENZO CAVANI

201 Estándares probatorios y dilemas jurídicos en la identificación de restos de personas víctimas de desaparición forzada. Una mirada desde la experiencia chilena
DANIELA ACCATINO

MISCELÁNEA

231 Descripción de los riesgos y desafíos para la integridad académica de aplicaciones generativas de inteligencia artificial
ROBERTO NAVARRO-DOLMESTCH

271 Las transgresiones respetuosas de la enseñanza del *common law* y el derecho civil en Quebec: lecciones del método transistémico de educación jurídica

ÁLVARO CÓRDOVA FLORES

301 Violencia sexual y derecho penal: sobre los problemas contemporáneos en la interpretación del tipo penal de violación sexual en el Código Penal del Perú

JULIO ALBERTO RODRÍGUEZ VÁSQUEZ / CRISTINA VALEGA CHIPOCO

349 Sobre la pretendida especialidad de la Ley N.° 20.027 respecto a la Ley N.° 20.720 sobre insolvencia y reemprendimiento en Chile. Reflexiones acerca de las condiciones que debe cumplir una norma para ser considerada especial

SEBASTIÁN CAMPOS MICIN / JESÚS EZURMENDIA ÁLVAREZ

377 Aportaciones criminológicas a la comprensión de la corrupción transnacional

HÉCTOR OLASOLO / LUISA FERNANDA VILLARRAGA ZSCHOMMLER / SOFÍA LINARES BOTERO

BIOÉTICA Y TEMAS DE DERECHOS HUMANOS

DERECHO PUCP
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202302.001
CC BY
DERECHO PUCP
N° 91, 2023
diciembre-mayo
pp. 9-41
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Eutanasia, suicidio asistido y derechos humanos: un estudio de jurisprudencia comparada*

Euthanasia, Assisted Suicide and Human Rights: A Comparative Case Law Study

ESTEBAN BURITICÁ-ARANGO**
Universidad de San Buenaventura (Colombia)

Resumen: Los tribunales han desempeñado un papel protagónico en la despenalización de la eutanasia y el suicidio asistido en varios países. Desde la década de 1990, han propiciado la anulación o restricción de normas que sancionan el homicidio por piedad y la ayuda al suicidio, y han contribuido al desarrollo de los fundamentos ético-jurídicos de los procedimientos de muerte asistida. Sin embargo, en cada país los jueces han atribuido alcances, naturaleza y fundamentos muy distintos al derecho a la muerte asistida. En este artículo analizo tres diferencias principales, relacionadas con las condiciones que dan acceso a la asistencia médica, los derechos fundamentales que la respaldan y su naturaleza como derecho subjetivo. Concluyo que el derecho a la muerte asistida puede ser, según el país, un privilegio, una inmunidad o una pretensión, fundamentado a menudo en interpretaciones diferentes —e incompatibles— de los derechos fundamentales y con ámbitos de aplicabilidad muy variable.

Palabras clave: Eutanasia, suicidio asistido, muerte digna, muerte asistida, derechos fundamentales

Abstract: Judges have played a leading role in the decriminalization of euthanasia and assisted suicide in several countries. Since the 1990s, they have promoted the annulment or restriction of norms that punish mercy killing and assisted suicide and have contributed to the development of the ethical-legal foundations of assisted death procedures. However, in each country, the judges have attributed very different scope, nature and foundations to the right to assisted death. In this article I analyze three main differences, related to the conditions that give access to medical care, the fundamental rights that support it and its nature as a subjective right. I conclude that the right to assisted death can be, depending on the country, a privilege, an immunity or a claim, often based on different—and incompatible—interpretations of fundamental rights and with variable applicability.

Keywords: Euthanasia, assisted suicide, dignified death, assisted death, fundamental rights

---

* La traducción al español de los textos originales en inglés, italiano y alemán corresponden al autor.

** Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de San Buenaventura (Colombia). Magíster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), magíster en Global Rule of Law and Constitucional Democracy por la Universidad de Génova (Italia) y candidato a doctor en Filosofía por la Universidad de Antioquia (Colombia).
Código ORCID: 0000-0003-3399-6361. Correo electrónico: esteban.buriticaa@gmail.com

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ALCANCES DEL DERECHO A LA MUERTE ASISTIDA EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA.- III. ASISTENCIA MÉDICA PARA MORIR Y DERECHOS FUNDAMENTALES.- III.1. DERECHO A LA VIDA.- III.1.1. EL DERECHO A LA VIDA COMO RAZÓN *PRIMA FACIE* CONTRA LA MUERTE ASISTIDA.- III.1.2. EL DERECHO A LA VIDA COMO RAZÓN CATEGÓRICA CONTRA LA MUERTE ASISTIDA.- III.1.3. EL DERECHO A LA VIDA COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA MUERTE ASISTIDA.- III.2. DERECHO A LA AUTONOMÍA PERSONAL.- III.2.1. LA AUTONOMÍA COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA EUTANASIA Y EL SUICIDIO ASISTIDO.- III.2.2. LA AUTONOMÍA COMO DERECHO INAPLICABLE A LA EUTANASIA Y EL SUICIDIO ASISTIDO.- III.3. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL Y A NO SER SOMETIDO A TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANAS Y DEGRADANTES.- III.3.1. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL COMO DERECHO NO APLICABLE A LA MUERTE ASISTIDA.- III.4. DERECHO A LA IGUALDAD.- III.4.1. EL DERECHO A LA IGUALDAD COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA MUERTE ASISTIDA.- III.4.2. LA IGUALDAD COMO DERECHO NO APLICABLE A LA MUERTE ASISTIDA.- III.5. DERECHO A LA LIBERTAD Y PROTECCIÓN DE LA PROFESIÓN MÉDICA.- III.5.1. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE LA PROFESIÓN MÉDICA COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA MUERTE ASISTIDA.- III.5.2. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE LA PROFESIÓN MÉDICA COMO FUNDAMENTO PARA LA PROHIBICIÓN DE LA MUERTE ASISTIDA.- IV. EL DERECHO A LA MUERTE ASISTIDA: ¿PRETENSIÓN, PRIVILEGIO O INMUNIDAD?.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El creciente número de pacientes con lesiones o enfermedades crónicas o terminales que solicitan asistencia médica para morir ha dado un impulso definitivo a reformas que suprimen tipos penales como el homicidio por piedad y la ayuda al suicidio, o que regulan el acceso a los procedimientos de asistencia médica para morir. En algunos casos, estas reformas han sido aprobadas mediante profundos procesos democráticos, como referendos[1] y debates parlamentarios[2], que en general han tenido un relativo éxito[3]. En otros casos, sin embargo, la decisión ha estado en manos de tribunales que han reconocido, algunas veces, que la eutanasia y el suicidio asistido están amparados por varios derechos y libertades fundamentales y, otras veces, que ningún derecho ampara el acceso a la

1 En Estados Unido, el suicidio asistido ha sido despenalizado mediante referendo en varios estados, como Oregón (Ballot Measure 16, en 1994), Washington (Initiative 1000, en 2008) y Colorado (Proposition 106, en 2017). Al respecto, ver Purvis (2012, p. 278) y Collier (2017).

2 En Europa, cinco países han despenalizado la eutanasia o el suicidio asistido mediante leyes: Suiza (Código Penal, 1937), Países Bajos (Ley de Terminación de la vida a petición y suicidio asistido, 2022), Bélgica (Ley relativa a la eutanasia, 2002), Luxemburgo (Ley de Eutanasia y Suicidio Asistido, 2009) y España (Ley 3, 2021). En Oceanía, lo han hecho Nueva Zelanda (End of Life Choice Act, 2019) y varios estados australianos, como Victoria (Voluntary Assisted Dying Act, 2017) y Queensland (Ley de muerte voluntaria asistida, 2021). En Estados Unidos también lo han hecho Vermont (Patient Choice and Control at the End of Life, 2013), California (End of Life Option Act, 2016), Nueva Jersey (Medical Aid in Dying for the Terminally Ill Act, 2019) y Maine (Death with Dignity Act, 2019), entre otros estados.

3 Sin embargo, también han fracasado algunos referendos sobre la despenalización del suicidio asistido, como en los estados de California (Proposition 161, 1992) y Washington (Initiative 119, 1991). Sobre el punto, ver Collier (2017), y Clarck y Liebig (1996).

muerte asistida. En Colombia, Canadá, Italia, Alemania y Austria, por ejemplo, los tribunales han concebido la muerte asistida como parte de los derechos a la autonomía, la integridad personal, la dignidad, la vida o la igualdad. Por el contrario, en Estados Unidos, Reino Unido e Irlanda los jueces han sostenido que la eutanasia y el suicidio asistido pueden prohibirse para proteger derechos e intereses legítimos.

Estas divergencias se reflejan en opiniones diferentes y a menudo opuestas sobre el alcance, la naturaleza y los fundamentos del derecho a la muerte asistida. Los tribunales suelen discrepar sobre las condiciones bajo las cuales una persona puede acceder al suicidio asistido o la eutanasia, en especial las relacionadas con la naturaleza de la enfermedad y la edad de los pacientes. Además, suelen concebir el derecho a la eutanasia y el suicidio asistido como un auténtico derecho subjetivo que concede pretensiones para exigir del Estado o los particulares la prestación del servicio de muerte asistida y, otras veces, como un mero privilegio o inmunidad para evitar sanciones. Finalmente, los tribunales suelen fundamentar, en general, el derecho a la eutanasia y el suicidio asistido en derechos fundamentales distintos, cuyo contenido, alcance y relaciones mutuas varían significativamente en cada decisión. De esta manera, los sistemas jurídicos reflejan diseños jurídico-institucionales muy diferentes, cuyas particularidades suelen perderse de vista tras las profundas controversias morales que suscita la muerte asistida.

Este artículo busca comparar los alcances, la naturaleza y los fundamentos del derecho a la muerte asistida en la jurisprudencia de los tribunales de ocho países (Colombia, Canadá, Italia, Alemania, Austria, Estados Unidos, Reino Unido e Irlanda) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). Inicialmente, describe las condiciones bajo las cuales, según cada tribunal, las personas se hacen titulares del derecho a la eutanasia o el suicidio asistido. Luego, analiza la naturaleza del derecho a la muerte asistida, catalogándolo como pretensión, privilegio o inmunidad según categorías clásicas propuestas por Hohfeld (1991). Finalmente, examina la forma como cada tribunal interpreta los derechos constitucionales para fundamentar —u objetar— la existencia de un derecho autónomo o conexo a la muerte asistida. El artículo concluye que el derecho a la muerte asistida puede ser, según el país, un privilegio, una inmunidad o una pretensión fundamentada a menudo en interpretaciones diferentes —e incompatibles— de los derechos fundamentales y con ámbitos de aplicabilidad muy variable.

El análisis incluye las decisiones del TEDH y de ocho países que, desde la década de 1990, han discutido la naturaleza, el alcance o los fundamentos del «derecho» a la muerte asistida. Las decisiones han sido consultadas directamente en los repositorios oficiales de cada tribunal usando palabras clave y referencias halladas en la doctrina y otras

decisiones judiciales. El trabajo pretende hacer un análisis exhaustivo de la jurisprudencia comparada, por lo que han sido incluidas todas las sentencias que han abordado la materia en todos los tribunales identificados en la investigación. Sin descartar la posibilidad de que otros tribunales hayan desarrollados líneas jurisprudenciales similares, el análisis incluye una muestra amplia y heterogénea que permite efectuar una comparación integral de la institución de la muerte asistida.

II. ALCANCES DEL DERECHO A LA MUERTE ASISTIDA EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA

La expresión «muerte asistida» ha sido utilizada generalmente para aludir a los actos y procedimientos médicos indoloros, como la eutanasia y el suicidio asistido, que aceleran la muerte de pacientes con enfermedades o lesiones que causan sufrimientos intensos e intratables. En algunos países se utilizan términos similares, pero con alcances relativamente distintos: «suicidio médicamente asistido» (PAS) o «muerte digna» (DWD) en Estados Unidos[4], «asistencia médica para morir» (MAID) en Canadá[5], «muerte asistida voluntaria» (VAD) en Australia[6], «ayuda activa para morir» (*aktive Sterbehilfe*) o «ayuda al suicidio» (*Suizidhilfe*) en Alemania[7], «elección del final de la vida» en Nueva Zelanda[8] y «muerte digna» en Colombia[9] (Mroz *et al.*, 2021, p. 3541; Martínez-Navarro, 2018, p. 7). Para simplificar el análisis, usaré únicamente la expresión «muerte asistida» para aludir, en general, a la eutanasia activa y el suicidio asistido, tal como han sido abordados —con lenguaje variado, pero contenido conceptual similar— por los jueces en diferentes países. Tanto la eutanasia activa como el suicidio asistido son concebidos en las sentencias analizadas como procedimientos que conducen a la muerte de una persona, a petición suya, para poner fin a sufrimientos intensos. En la eutanasia activa, un tercero aplica directamente medicamentos

4 *Physician-Assisted Suicide* (PAS) alude únicamente al suicidio asistido y ha sido utilizado por la Corte Suprema en los casos *Vacco v. Quill* (1997) y *Washington v. Glucksberg* (1997). Por su parte, *Death with Dignity* (DWD) ha sido utilizado ampliamente por las leyes estatales que reglamentan el suicidio asistido, como la Oregon Death With Dignity Act (1994) y la Washington Death With Dignity Act (2008).

5 *Medical Assistance in Dying* (MAID) alude tanto a la eutanasia activa como al suicidio asistido en Canadá, de acuerdo con la Bill C-14 (2016, sec. 2) expedida por el Parlamento en 2016.

6 *Voluntary Assisted Dying* (VAD) alude, en varios estados de Australia, tanto a la eutanasia como al suicidio asistido. Ha sido utilizado, por ejemplo, en la Voluntary Assisted Dying Act (2017) del estado de Victoria.

7 El Tribunal Constitucional Alemán ha utilizado las expresiones *aktive Sterbehife* y *Suizidhilfe* para referirse, respectivamente, a la eutanasia y el suicidio asistido (BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26, febrero de 2020, 2 BvR 2347/15).

8 La ley que despenalizó la eutanasia y el suicidio asistido en Nueva Zelanda se titula precisamente End of Life Choice Act (2019).

9 La Corte Constitucional de Colombia, desde la Sentencia C-239 de 1997, acuñó la expresión «derecho a la muerte digna», que actualmente incluye la eutanasia, el suicidio asistido y los cuidados paliativos, entre otros.

letales que producen la muerte; en el suicidio asistido, el paciente mismo se inflige la muerte con ayuda de un tercero[10].

Así definidos, el suicidio asistido y la eutanasia activa son diferentes de otras prácticas que también conducen a la muerte voluntaria de los pacientes, como la eutanasia pasiva o la eutanasia activa *indirecta*. En la eutanasia pasiva, los tratamientos médicos que mantienen con vida a la persona son retirados voluntariamente para que la enfermedad o lesión produzcan la muerte de forma directa. En la eutanasia activa *indirecta*, los tratamientos médicos que buscan paliar los efectos adversos de la enfermedad aceleran la muerte del paciente. Para el análisis jurisprudencial no se tendrán en cuenta estas dos prácticas, cuyas implicaciones éticas suelen ser menos controversiales y actualmente son legales en casi todo el mundo (González de la Vega, 2018, p. 115).

Hasta la fecha, los tribunales de Colombia (1997, 2022), Canadá (2015), Italia (2019), Alemania (2020) y Austria (2021) han reconocido el derecho a la eutanasia o el suicidio asistido. En contraste, los tribunales de Estados Unidos (1997), Reino Unido (2002) e Irlanda (2013) lo han rechazado. Tanto el reconocimiento como el rechazo, sin embargo, suelen recaer sobre derechos con alcances muy distintos. Por lo general, los factores que causan mayor controversia, tanto para reconocer como para rechazar el derecho a la muerte asistida, son los relacionados con la naturaleza de la enfermedad y la edad de los pacientes, como detallo a continuación.

En Colombia, la Corte Constitucional reconoció originalmente el derecho a acceder a la eutanasia solo a los pacientes con enfermedades terminales que tuviesen la capacidad de expresar un consentimiento libre e informado (Sentencia C-239/1997, 1997). Luego, permitió su aplicación a pacientes entre los 6 y los 18 años bajo condiciones distintas (Sentencia T-544/2017, 2017), y a pacientes con enfermedades o lesiones graves e incurables, incluyendo las enfermedades mentales (Sentencia C-233/2021, 2021). Más recientemente, también permitió el suicidio asistido (Sentencia C-164, 2022). Por su parte, el Tribunal Constitucional italiano permitió en 2019 el suicidio asistido —no la eutanasia activa— de pacientes adultos con enfermedades terminales e irreversibles, sujetos a tratamientos de soporte vital como la alimentación y la hidratación artificiales (Sentenza 242/2019, 2019). Es decir, según el tribunal italiano, los pacientes con enfermedades terminales, pero no sujetos a tratamientos de soporte vital o no mayores de edad, no tienen acceso al suicidio asistido.

10 Un concepto minucioso de eutanasia es desarrollado por Díez Ripollés (1995, p. 114) y González de la Vega (2018, p. 102).

En Canadá, la Corte Suprema reconoció originalmente el derecho al suicidio asistido a los adultos capaces que «claramente consienten en la terminación de la vida» y «tienen una condición médica grave e irremediable (incluyendo una enfermedad, dolencia o discapacidad) que causa un sufrimiento duradero e intolerable» (*Carter v. Canada*, 2015, § 147)[11]. Aunque la Corte no exigió que la enfermedad fuese física, el Parlamento[12] ha descartado —al menos temporalmente— que las enfermedades mentales den acceso a la asistencia médica para morir. En Alemania, el Tribunal Constitucional reconoció en 2019 el derecho a solicitar y obtener asistencia al suicidio de instituciones privadas que ofrezcan comercialmente el servicio, dado que la asistencia no comercial del suicidio, proporcionada por parientes, ya estaba permitida[13]. Además, sostuvo que, en principio, el derecho no cobija únicamente a las personas que padecen enfermedades terminales o incurables, por lo que —puede inferirse— también es aplicable a algunas personas con enfermedades curables[14]. Finalmente, sostuvo que el derecho al suicidio asistido «no se aplica solo en determinadas etapas de la vida», abriendo la posibilidad de que también los menores accedan al procedimiento[15] (BVerfG, Urteil des zweiten Senats 26, febrero de 2020).

En Austria, el Tribunal Constitucional reconoció el derecho al suicidio asistido de «personas capaces de libre autodeterminación y responsabilidad personal» (G 139/2019-71 11, diciembre de 2020)[16]. Según el Tribunal, «no está justificado prohibir a la persona dispuesta a morir recibir ayuda de un tercero de cualquier tipo y forma en relación con el suicidio» (§ 98). Dado que el Tribunal no anuló el artículo 78(2) del Código Penal, que sanciona a quien «asiste físicamente a un menor para suicidarse», solo pueden acceder al suicidio asistido los mayores de edad. Sin embargo, el Tribunal no especificó la naturaleza de la enfermedad que da acceso al suicidio asistido. Alude vagamente a «personas enfermas o lesionadas con falla irreversible de una o más funciones vitales, en las que se espera la muerte en poco tiempo», pero no establece que esas sean las condiciones bajo las cuales el suicidio asistido está permitido (sec. 3.4). Por fortuna, el Parlamento reguló la materia en 2021, señalando que pueden practicarse el suicidio asistido las personas

11 Años antes, en *Rodriguez v. British Columbia* (1993), la Corte había denegado el derecho al suicidio asistido a pacientes con enfermedades terminales.

12 Ver Bill C-14 de 2016 (sec. 241.2(2)(d)) y Bill C-7 de 2021 (sec. 241.2(2.1)).

13 Sobre las particularidades de la regulación de la eutanasia y el suicidio asistido en Alemania, revisar Riquelme Vásquez (2020).

14 Ver Göken y Zwießler (2022, p. 666).

15 Según el Tribunal, «el derecho a determinar la propia vida, que forma parte del ámbito más íntimo de la autodeterminación de un individuo, no se limita en particular a las enfermedades graves o incurables, ni se aplica solo en determinadas etapas de la vida o enfermedad» (BVerfG, Urteil des zweiten Senats 26, febrero de 2020). Sin embargo, la posibilidad de aplicar el suicidio asistido a menores ha sido puesto en duda por algunos juristas, como Fegert *et al*. (2021) y Wiesing (2021).

16 El Tribunal rechazó pronunciarse directamente sobre la eutanasia y señaló que lo dicho en la sentencia no podía interpretarse como una base para legalizarla (Sentencia G 139/2019-71 11, diciembre de 2020, sec. 3.4).

que padecen «una enfermedad terminal incurable» o «una enfermedad grave de larga duración con síntomas persistentes, cuyas consecuencias perjudican permanentemente a la persona en cuestión en todo su modo de vida» (Sterbeverfügungsgesetz, diciembre de 2021, § 6(3)).

Finalmente, el TEDH ha sostenido que los individuos tienen derecho a decidir libremente cuándo y cómo morir como parte del derecho humano a la privacidad (CEDH, 1950, art. 8)[17]. Concretamente, tienen derecho a «decidir por qué medios y en qué momento terminará su vida, siempre que sea capaz de decidir libremente sobre esta cuestión y actuar en consecuencia» (*Hass v. Switzerland*, 2011, § 51). No obstante, el TEDH señala que el derecho a decidir sobre la propia muerte no implica necesariamente el derecho a solicitar y obtener, bajo circunstancias específicas, asistencia médica de terceros. En su lugar, otorga a las autoridades de los Estados parte un amplio margen de apreciación para regular la materia[18]. En sus palabras, «corresponde principalmente a las autoridades nacionales emitir directrices completas y claras sobre si, y en qué circunstancias, a una persona […] se le debe otorgar la capacidad de adquirir una dosis letal de medicamento que le permita acabar con su vida» (*Gross v. Switzerland*, 2013, § 69). De esta manera, los Estados pueden adoptar un enfoque liberal que permita la muerte asistida en un amplio número de casos o un enfoque conservador que la prohíba en todos. Para el TEDH, el margen de apreciación sobre la muerte asistida está justificado, primero, por la falta de consenso sobre la materia entre los Estados miembros del Consejo de Europa y, segundo, porque los Estados se encuentran «en una mejor posición que un tribunal internacional para dar una opinión» sobre la materia (*Hass v. Switzerland*, 2011, § 55; *Gross v. Switzerland*, 2013, voto disidente, § 7).

Por su parte, en Estados Unidos[19], Reino Unido[20] e Irlanda[21] los debates judiciales han recaído casi siempre sobre el reconocimiento del derecho al suicidio asistido de adultos con enfermedades terminales y capacidad para tomar decisiones sobre tratamientos médicos (TICA, por sus siglas en inglés). Otros aspectos, como la eutanasia activa o el derecho a la muerte asistida de menores de edad o pacientes con enfermedades no terminales, han sido marginados del debate o rechazados de plano. La Corte Suprema de Estados Unidos, por ejemplo, considera un argumento legítimo para prohibir el suicidio asistido el temor de que

17 Ver *Hass v. Switzerland* (2011, § 55) y *Gross v. Switzerland* (2013).

18 Sobre la amplitud del margen de apreciación en material de muerte asistida, ver Climent Gallard (2018, p. 129).

19 Ver *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997) y *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997). También, ver *Morris v. Brandenburg*, 2016-NMSC-027 (2016), de la Corte Suprema de Nuevo México. Un análisis detallado de la normativa estadounidense se encuentra en Svenson (2017).

20 Ver *Mrs. Dianne Pretty v. Director of Public Prosecutions* (2002) y *R (on the application of Nicklinson and another) v. Ministry of Justice* (2014).

21 Ver *Fleming v. Ireland and others* (2013).

permitirlo «inicie el camino hacia la eutanasia voluntaria y quizás incluso involuntaria» (*Washington v. Glucksberg*, 1997).

Un aspecto destacable de la despenalización judicial de la muerte asistida es que ha estimulado la creación de estatutos que regulan los procedimientos para aplicarla. En Canadá[22] y Austria[23], luego de que los jueces despenalizaran la muerte asistida en 2015 y 2020, respectivamente, el legislador tardó un año para regularla[24]. En Colombia, por orden de la Corte Constitucional y ante la inercia del Congreso, el Ministerio de Salud reguló la eutanasia en 2015[25], luego de dieciocho años. Y en Italia y Alemania aún están discutiéndose algunos proyectos de ley para regular el suicidio asistido[26]. La siguiente tabla sintetiza las circunstancias bajo las cuales puede practicarse la eutanasia o el suicidio asistido según la jurisprudencia de cada tribunal.

Tabla 1. Contenido y alcance del derecho a la muerte asistida

Tribunal	Enfermedad o lesión				Menores	Suicidio asistido	Eutanasia activa
	Curable	Incurable	Terminal	Mental			
Corte Constitucional de Colombia	x	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Corte Suprema de Canadá	x	✓	✓	x	x	✓	✓
Tribunal Constitucional de Italia	x	x	✓	x	x	✓	x
Tribunal Constitucional de Alemania	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓

22 Ver Bill C-14 (2016) y Bill C-7 (2021).
23 Ley de Eutanasia de 2021 (*Sterbeverfügungsgesetz*).
24 En Canadá, la Bill C-14 de 2016. En Austria, la Ley de Eutanasia (*Sterbeverfügungsgesetz*) de 2021.
25 Resolución 1416 de 2015, derogada por la Resolución 971 de 2021.
26 En Italia, la Cámara de Diputados aprobó en marzo de 2022 el Proyecto de ley sobre negativa de tratamientos sanitarios y legitimidad de la eutanasia (2022), que desde entonces se encuentra en el Senado a esperas de aprobación. En Alemania, han sido presentados en 2022 varios proyectos de ley, algunos de los cuales buscan penalizar el suicidio asistido y otros regularlo (Deustcher Bundestag, 2022). Entre estos últimos se encuentra el Proyecto de ley que regula el suicidio asistido, presentado en junio de 2022.

Corte Suprema de Estados Unidos	x	x	x	x	x	x	x
Cámara de los Lores/Corte Suprema de Reino Unido	x	x	x	x	x	x	x
Tribunal Superior de Irlanda	x	x	x	x	x	x	x
Tribunal Constitucional de Austria	No especificado*				x	✓	x
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	No especificado*						

Fuente: elaboración propia.
* No especificado: el tribunal no alude expresamente al alcance del derecho a la muerte asistida.

III. ASISTENCIA MÉDICA PARA MORIR Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Los argumentos utilizados por los tribunales para reconocer —o desconocer— el derecho a la muerte asistida suelen basarse casi exclusivamente en un conjunto más o menos amplio de derechos fundamentales. Sin embargo, el número y tipo de derechos que cada tribunal considera relacionados con la muerte asistida son distintos, pese a que el catálogo de derechos previsto en las constituciones y tratados internacionales de referencia es muy similar. Además, las razones por las cuales son violados los derechos, según cada tribunal, también suelen diferir bastante. A menudo, algunos tribunales niegan que un derecho fundamental pueda ser violado por las razones que otro tribunal considera suficientes para violarlo. Entre los derechos que los tribunales citan con mayor frecuencia se encuentran el derecho a la vida, la integridad, la autonomía, la protección de las personas vulnerables —en especial, las personas enfermas y con discapacidad—, la libertad de la profesión médica, la igualdad y la dignidad.

III.1. Derecho a la vida

Los desacuerdos entre tribunales sobre el contenido del derecho a la vida y su relación con el derecho a la asistencia médica para morir

han influido sustancialmente en los debates sobre la despenalización de la muerte asistida. Por lo general, el derecho a la vida es incluido por los jueces entre las razones —al menos *prima facie*— para justificar la penalización, dado que la eutanasia y el suicidio asistido conducen, por definición, a la muerte deliberada del paciente. Sin embargo, una revisión atenta de las decisiones de los tribunales permite identificar tres posturas bien definidas sobre el alcance del derecho a la vida en relación con la asistencia médica para morir. La primera postura sostiene que el derecho a la vida implica una prohibición *prima facie* de la asistencia médica para morir, por lo que en casos particulares debe ponderarse con otros derechos y libertades fundamentales, como la autonomía y la integridad personal. La segunda postura sostiene que el derecho a la vida implica una prohibición categórica de la muerte asistida, por lo que la obligación de proteger la vida prevalece en cualquier circunstancia y no es necesario ponderarla con otros derechos o libertades fundamentales. Finalmente, la tercera postura sostiene que el derecho a la vida implica el derecho a recibir asistencia médica para morir, sea porque debe entenderse más acotadamente como «vida digna» o porque la prohibición de la eutanasia y el suicidio asistido incentivan el suicidio prematuro de algunos pacientes.

III.1.1. El derecho a la vida como razón *prima facie* contra la muerte asistida

La primera postura ha sido asumida por los tribunales de Italia, Alemania y Austria. El Tribunal Constitucional italiano ha sostenido que el derecho a la vida implica una obligación estatal de proteger la vida, pero no «el derecho —diametralmente opuesto— de reconocer la posibilidad de obtener ayuda para morir del Estado o de terceros» (Sentenza 242/2019, 2019, § 2.2). Desde este punto de vista, el derecho a la vida implica un deber de protección, «especialmente de las personas más débiles y vulnerables, que el sistema penal pretende proteger de una elección extrema e irreparable, como es la del suicidio» (§ 2.2). De forma similar, el Tribunal Constitucional alemán reconoce tímidamente que la garantía del derecho al suicidio asistido, en especial cuando es realizado por profesionales, puede conducir a la percepción del suicidio como un imperativo social, por lo que «las personas mayores y enfermas podrían verse inducidas a suicidarse o sentirse directa o indirectamente presionadas para hacerlo» (BVerfG, Urteil des zweiten Senats 26, febrero de 2020)[27]. De esta manera, los dos tribunales aceptan que, *prima facie*, las normas que criminalizan la eutanasia y el suicidio asistido están diseñadas legítimamente para proteger, en vez de vulnerar, el derecho a

27 Según el Tribunal Constitucional alemán: «El Artículo 1.1 oración 2 de la Ley Básica en conjunto con el Artículo 2.2 oración 1 de la Ley Básica obliga al estado a proteger la autonomía del individuo al decidir si poner fin a su vida y por lo tanto proteger la vida como tal» (§ 232).

la vida —o, en el caso alemán, el «bien jurídico» de la vida— de sujetos de especial protección.

Por supuesto, ambos tribunales aceptan que el derecho a la vida y la obligación estatal de protegerla no son absolutos. El Tribunal italiano reconoce que la obligación de proteger la vida y prevenir el suicidio pueden ceder frente al derecho a la personalidad, la dignidad y la autodeterminación. Sostiene que «el valor de la vida no excluye la obligación de respetar la decisión del paciente de poner fin a su propia existencia interrumpiendo los tratamientos de salud» y tampoco puede ser «un obstáculo absoluto, criminalmente resguardado, a la aceptación del pedido de asistencia al suicidio» (Sentenza 242/2019, 2019, § 2.2). El Tribunal alemán, por su parte, reconoce que «una protección de la vida dirigida contra la autonomía contradice la imagen de sí misma de una comunidad en la que la dignidad humana está en el centro del sistema de valores» (BVerfG, Urteil des zweiten Senats 26, febrero de 2020, § 277). Pese a estas coincidencias, sin embargo, ambos tribunales terminan resolviendo de forma muy distinta los conflictos entre el derecho a la vida —con la correlativa obligación de protegerla— y otros derechos constitucionales. Como vimos, el Tribunal italiano sostiene que la obligación de proteger la vida cesa cuando —y solo cuando— las personas sometidas a tratamientos de soporte vital, cuya desconexión puede desencadenar una muerte larga y dolorosa, solicitan libremente asistencia para suicidarse. En contraste, el Tribunal alemán sostiene que el derecho a la vida cede casi siempre, sin importar la naturaleza de la enfermedad, frente al derecho a la autodeterminación. La obligación de proteger la vida —y, paradójicamente, la autodeterminación— mediante la prohibición de la ayuda al suicidio solo prevalece, según el Tribunal, cuando no ha sido posible el ejercicio válido de la libertad (§ 273)[28].

Finalmente, el Tribunal Superior de Irlanda (The High Court) reconoce también que los derechos a la vida y a la autonomía personal pueden entrar en conflicto frente al suicidio asistido. Sostiene que «el Estado tiene un interés profundo y abrumador en salvaguardar la santidad de toda vida humana» y que la vida de las personas mayores, con enfermedades terminales y con discapacidad, «poseen la misma dignidad humana intrínseca y gozan naturalmente de la misma protección que la vida del joven sano en la cúspide de la edad adulta y en lo mejor de su vida» (*Fleming v. Ireland*, 2013, § 74). No obstante, a diferencia de los tribunales analizados hasta ahora, la Corte irlandesa sostiene que el derecho a la vida prevalece siempre sobre cualquier derecho o interés contrario, incluido el derecho a la autonomía. En particular, señala que son muchos y muy graves los riesgos de una eventual legalización

28 Una interpretación distinta del fallo del Tribunal Constitucional es expuesta en Riquelme Vásquez (2020, p. 320).

del suicidio asistido causados por los diagnósticos equivocados de la enfermedad, la imposibilidad de definir objetivamente la intensidad del dolor, la normalización de la muerte asistida y la presión sobre los enfermos (§§ 57-60). Por tanto, cualquier forma de legalización del suicidio asistido «abriría —o al menos podría abrir— una caja de Pandora que, a partir de entonces, sería imposible cerrar» (§ 76).

Finalmente, el TEDH también ha sostenido que el derecho la vida impone al Estado obligaciones de protección, en especial a las personas vulnerables, «incluso contra acciones por las cuales ponen en peligro su propia vida» (*Hass v. Switzerland*, 2011, § 54)[29]. Dado que la despenalización de la muerte asistida entraña riesgos «que no pueden ser subestimados», el derecho a la vida (CEDH, 1950, art. 2) «obliga a las autoridades nacionales a impedir que una persona se quite la vida si la decisión no se ha tomado con libertad y plena comprensión de lo que está involucrado» (*Hass v. Switzerland*, 2011, § 58). En el caso de las personas con enfermedad terminal, particularmente, la Corte sostiene que «existen claros riesgos de abuso, a pesar de los argumentos en cuanto a la posibilidad de salvaguardas y procedimientos de protección», por lo que incluso puede prohibirse el suicidio asistido bajo cualquier circunstancia (*Pretty v. United Kingdom*, 2002, § 74). En todo caso, según la Corte, corresponde a los Estados evaluar desde sus condiciones singulares cómo puede conciliarse la obligación de protección de la vida con el derecho de las personas a decidir cuándo y cómo morir.

III.1.2. El derecho a la vida como razón categórica contra la muerte asistida

A diferencia de los tribunales de Alemania, Italia e Irlanda, la Corte Suprema de Estados Unidos y la Cámara de los Lores en Reino Unido (hoy Corte Suprema) han sostenido que el derecho a la vida no puede ponderarse con otros derechos e intereses.

La Corte Suprema de Estados Unidos ha reconocido que el derecho a la vida, previsto en las cláusulas del debido proceso de la quinta y decimocuarta enmienda, implica un interés legítimo del Estado «en prevenir el suicidio» y proteger a «grupos vulnerables del abuso, la negligencia y los errores» (*Washington v. Glucksberg*, 1997). Sin embargo, la cláusula del debido proceso, en especial el derecho a la privacidad, no contempla el derecho al suicidio asistido, por lo que «no es necesaria una ponderación compleja de intereses contrapuestos» ni «sopesar exactamente las fuerzas relativas de estos diversos intereses»[30]. De esta manera, la Corte parece sugerir que la prohibición del suicidio asistido es

29 En *Pretty v. United Kingdom* (2002, § 54), el TEDH descarta totalmente que el derecho a la vida conceda un derecho a la muerte asistida.

30 *Washington v. Glucksberg* (1997) dice: «el "derecho" afirmado a la asistencia para cometer suicidio no es un interés de libertad fundamental protegido por la Cláusula del Debido Proceso». La misma postura fue asumida en *Vacco v. Quill* (1997).

categórica[31]. En su opinión, la despenalización del suicidio asistido limita la capacidad del Estado para proteger la vida de personas que padecen condiciones de vulnerabilidad, como la pobreza, la edad avanzada, la pertenencia a grupos estigmatizados, la exclusión del sistema de salud, la enfermedad o el trastorno mental, y la discapacidad. En estas condiciones, las personas pueden ser víctimas de coerción, prejuicio, indiferencia o influencia indebida «para evitar a sus familias la carga financiera sustancial de los costos de atención médica al final de la vida»[32].

De forma similar, la Cámara de los Lores del Reino Unido sostuvo originalmente que el derecho a la vida implica ante todo una obligación de protección a las personas débiles y vulnerables, como las que a menudo solicitan la muerte asistida. Concretamente, sostuvo que el artículo 2 de la CEDH (1950) protege la «santidad de la vida», por lo que «no puede interpretarse como que confiere el derecho a morir o solicitar la ayuda de otro para provocar la propia muerte» (*Pretty v. Director of Public Prosecutions*, 2002). También sostuvo que el artículo 2 de la CEDH —o cualquier otra disposición del Convenio— no puede interpretarse en el sentido de que «confiere un derecho a la libre determinación en relación con la vida y la muerte»[33] (*Pretty v. Director of Public Prosecutions*, 2002). De esta manera, el deber de protección a la vida no puede ceder, en ninguna circunstancia, frente a otros derechos o libertades. Particularmente, la Cámara descarta que el derecho a la vida pueda ponderarse con el derecho a la autonomía personal previsto en el artículo 8 de la CEDH (1950)[34].

III.1.3. El derecho a la vida como fundamento del derecho a la muerte asistida

La tercera postura ha sido adoptada con varios matices por la Corte Constitucional colombiana, la Corte Suprema de Canadá y el Tribunal Constitucional austriaco. La Corte Constitucional colombiana formuló originalmente que el derecho a la vida, entendido como derecho a la

31 Estos mismos argumentos fueron formulados por la Corte Suprema de Nuevo México, en el caso *Morris v. Brandemburg* (2016, secs. 34 y 57), que revocó una sentencia previa de la Corte de Apelaciones de Nuevo México en la que se reconocía, de manera inédita, el derecho constitucional al suicidio asistido en el estado.

32 A estos argumentos se suma el de la pendiente resbaladiza. Según la Corte, la despenalización del suicidio asistido puede abrir paulatinamente la puerta para que más adelante se apruebe la eutanasia voluntaria e involuntaria (*Washington v. Glucksberg*, 1997).

33 Previamente, en *Hoffmann LJ in Airedale NHS Trust v. Bland AC 789* (1993), la Cámara de los Lores había sostenido que «la vida humana es inviolable incluso si la persona en cuestión ha consentido en su violación» (§ 831).

34 En sentencias más recientes, la Corte Suprema del Reino Unido —que remplazó a la Cámara de los Lores en 2009— ha reconocido, sin embargo, que el derecho a la autonomía personal sí concede un derecho a decidir cuándo y cómo morir que debe ser ponderado con el derecho a la vida. Incluso, lord Neuberger sostuvo, como parte de la opinión mayoritaria del caso *Nicklinson v. Ministry of Justice* (2014), que la penalización de suicidio asistido «infringe el artículo 8 CEDH» (derechos a la privacidad y autonomía). Sin embargo, en la sentencia del caso *Nicklinson* la Corte se abstuvo expresamente —por deferencia al legislador— de declarar la violación del derecho a la autonomía.

mera subsistencia, no es un valor sagrado, incondicionado o absoluto protegido por la Constitución (Sentencia C-239/1997, 1997). Por el contrario, la Constitución (1991) protege el derecho a la vida digna, que no puede ser reducido a la mera subsistencia, sino que «implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad»; y «a morir dignamente» (Sentencia C-239/1997, 1997). De esta manera, la eutanasia no es más que una herramienta para proteger, antes que para violar, el derecho a la vida. Cuando un paciente terminal considera autónomamente que su vida es indigna y solicita asistencia para morir, la obligación del Estado de proteger la vida —entendida como vida digna— exige no castigar la eutanasia. De esta manera, en vez de ser una razón contra la eutanasia, el derecho a la vida es una razón para su despenalización[35].

La Corte Suprema canadiense y el Tribunal Constitucional austriaco toman un camino diferente para mostrar que la protección del derecho a la vida exige, en ciertos casos, despenalizar la eutanasia y el suicidio asistido. A diferencia de la Corte colombiana, no construyen un concepto de derecho a la vida que «supere» la mera subsistencia. En su lugar, la Corte canadiense asume —en el sentido tradicional— que el derecho a la vida se viola «cuando la ley o la acción estatal imponen la muerte o un mayor riesgo de muerte a una persona, ya sea directa o indirectamente» (*Carter v. Canada*, 2015, § 62). El Tribunal austriaco también asume que «las autoridades están obligadas a proteger a las personas vulnerables de acciones con las que ponen en peligro su propia vida y a evitar que una persona se suicide» (Sentencia G 139/2019-71 11, diciembre de 2020, § 5.1). Sin embargo, ambos tribunales sostienen que la criminalización de la eutanasia y el suicidio asistido viola el derecho a la vida porque constriñe a las personas que padecen enfermedades crónicas y degenerativas a suicidarse de manera prematura, sin asistencia de terceros, temiendo no poder hacerlo por sí mismas cuando la enfermedad haya avanzado y el sufrimiento sea intolerable (*Carter v. Canada*, 2015, § 57; G 139/2019-71 11, diciembre de 2020, § 7). En otras palabras, la normativa penal aumenta las probabilidades de que las personas enfermas se suiciden en etapas tempranas de la enfermedad, cuando aún tienen capacidades físicas para hacerlo. Ambas cortes cierran su argumento señalando que el derecho a la vida es, al menos en algunos casos, renunciable y que la prohibición absoluta de la asistencia

35 Sin embargo, la Corte también ha matizado su interpretación del derecho a la vida, reconociendo que implica un deber de protección que puede ser ponderado y eventualmente derrotado por otros derechos. En la Sentencia C-233/2021 de 2021, la Corte sostuvo que, «acudiendo a la metáfora del peso de los principios […] es más leve el deber de protección a la vida en vísperas de su fin, lo que confirmaría la prevalencia de la autonomía y la auto determinación» (§ 374). En todo caso, las afirmaciones sobre el contenido del derecho a la vida en las sentencias de la Corte Constitucional están lejos de ser claras y coherentes. Por ejemplo, en la Sentencia C-233/2021, la Corte sostiene que «el deber estatal de proteger la vida se hace más tenue [y] cede ante la expectativa inexorable de la llegada de la muerte en un lapso breve» (§ 393), para sostener cuatro párrafos después que «resultaría equivocado» sostener que el reconocimiento del derecho a la eutanasia de los pacientes terminales implica «la atenuación de los deberes de protección a la vida» (§ 397).

para morir convertiría el derecho a la vida en una obligación de vivir (*Carter v. Canada*, 2015, § 63; G-139/2019-71 11, diciembre de 2020)[36].

III.2. Derecho a la autonomía personal

El derecho a la autonomía personal ha sido la base fundamental para el reconocimiento judicial del derecho a la muerte asistida. Bajo diferentes denominaciones, los jueces han considerado que el acceso a la eutanasia o el suicidio asistido hace parte del derecho, más general, a tomar decisiones libres e informadas sobre el propio cuerpo (autodeterminación física), a tener una vida privada libre de la interferencia del Estado (privacidad), a actuar según las preferencias y los valores personales (libre desarrollo de la personalidad), o a valorar autónomamente las propias acciones, incluso las relacionadas con la muerte (autonomía moral), entre otros. Sin embargo, como veremos en breve, algunos jueces también han considerado que el derecho a la autonomía solo puede respaldar débilmente el acceso a la muerte asistida y, en todo caso, debe ceder frente a la obligación, mucho más fuerte, de proteger la vida.

III.2.1. La autonomía como fundamento del derecho a la eutanasia y el suicidio asistido

Varios tribunales han reconocido que el derecho a la autonomía personal implica, al menos *prima facie*, un derecho a la eutanasia o el suicidio asistido, que debe ser eventualmente ponderado con otros derechos e intereses colectivos.

La Corte Constitucional colombiana ha sostenido que el derecho a la autonomía, anclado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, implica que el «titular del derecho a la vida puede decidir hasta cuándo es ella deseable y compatible con la dignidad humana» (Sentencia C-239/1997, 1997). También ha sostenido que la autonomía, como parte de la dignidad, permite «vivir como se quiera» y elegir «los intereses vitales a lo largo de la existencia, incluida la posibilidad de establecer cuándo una situación de salud es incompatible con las condiciones que hacen a la vida digna, y cuándo el dolor se torna insoportable» (§§ 119 y 407). La Corte Suprema de Canadá, por su parte, ha señalado que el derecho a la libertad de la persona (Carta Canadiense de Derechos y Libertades, 1982, sec. 7) «implica el derecho a la muerte médicamente asistida para adultos competentes que […] padecen una condición médica grave e irremediable que causa un sufrimiento duradero e intolerable» (*Carter v. Canada*, 2015, § 68). Aunque también reconoce que el derecho puede ser limitado de acuerdo con los principios fundamentales de justicia, sostiene que la limitación no puede ser arbitraria, sobreincluyente ni

36 Según el Tribunal Constitucional austriaco, «es erróneo derivar un deber hacia la vida del derecho a la protección de la vida consagrado en el Art. 2 CEDH y, por lo tanto, convertir al titular de los derechos fundamentales en el destinatario de la obligación de proteger» (G-139/2019-71 11, diciembre de 2020).

desproporcionada (§ 71). Precisamente, en el caso de la muerte asistida, las normas penales son sobreincluyentes, dado que «en al menos algunos casos no están relacionados con el objetivo de proteger a las personas vulnerables» (§ 86)[37].

En la misma línea, el TEDH ha considerado que «el derecho de una persona a decidir por qué medios y en qué momento terminará su vida» es uno de los aspectos del derecho humano a la privacidad (CEDH, 1950, art. 8; *Hass v. Switzerland*, 2011, § 51)[38]. Más recientemente, ha sostenido que el derecho a terminar la propia vida, como parte del derecho a la privacidad, también resulta violado cuando el Estado no establece reglas o estándares que definan claramente el contenido y alcance del derecho a la muerte asistida, así como las circunstancias bajo las cuales las personas son sus titulares (*Gross v. Switzerland*, 2013, § 66-68).

El Tribunal Constitucional alemán también ha sostenido que el derecho a la personalidad, como expresión del derecho general a la autonomía (Ley Fundamental, 1949, art. 2.1), es incompatible con la normativa que criminaliza el suicidio asistido. El derecho a la autonomía engloba «el derecho a una muerte autodeterminada, que incluye el derecho al suicidio» (sec. C.1.b); no obstante, el derecho al suicidio no solo cobija el suicidio crudo, sino también «la libertad de buscar y, si se le ofrece, hacer uso de la asistencia proporcionada por terceros para cometer suicidio» (sec. C.1.b). Por su parte, el Tribunal Constitucional austriaco ha señalado que los derechos a la autodeterminación (*Selbstberstimmungsrecht*) y a la privacidad no solo comprenden el derecho a tomar decisiones que configuren libremente la propia vida, sino también decisiones sobre cuándo y cómo morir. Aunque la Corte reconoce que algunos factores pueden poner en riesgo el ejercicio libre de la autonomía, en especial de quienes padecen enfermedades graves e incapacitantes, concluye que «no debe negarse simplemente la libertad del individuo […] de decidir en este contexto ponerle fin con la ayuda de terceros» (§ 13).

El Tribunal Constitucional italiano, a diferencia de los anteriores, ha desarrollado un concepto mucho más restringido de autonomía personal. Inicialmente, sostuvo que los derechos a la autonomía (CEDH, 1950, art. 8) y a la personalidad (Constitución de la República Italiana, 1947, art. 2) no son necesariamente incompatibles con la penalización del suicidio asistido. Sin embargo, reconoció que la prohibición del suicidio asistido a las personas sujetas a tratamientos de soporte vital sí limita desproporcionadamente ambos derechos. En estos casos, según la Corte, «la prohibición absoluta de ayudar al suicidio acaba por limitar

37 Para un análisis detallado del argumento desarrollado por la Corte en *Carter v. Canada*, ver Gimbel García (2016, p. 363).
38 Ver también *Gross v. Switzerland* (2013, § 16).

injustificadamente la libertad de autodeterminación del paciente en la elección de las terapias, incluidas las destinadas a liberarlo del sufrimiento […], imponiéndole en definitiva una única forma de despedirse de la vida» (sec. 2.3).

Finalmente, el Tribunal Superior de Irlanda (The High Court) reconoce que el derecho al suicidio asistido está «en principio comprometido con el derecho a la autonomía personal que hace parte del núcleo de la protección de la persona» (Constitución de Irlanda, 1937, art. 40.3). No obstante, señala que existen razones tan poderosas, como la protección del derecho a la vida de las personas vulnerables, «que justifican plenamente que el Oireachtas [Parlamento] promulgue legislación que tipifica como delito la asistencia al suicidio» (§ 53). De esta manera, el Tribunal considera que la prohibición total del suicidio asistido, aunque limite el derecho a la autonomía, está plenamente justificada.

III.2.2. La autonomía como derecho inaplicable a la eutanasia y el suicidio asistido

En Estados Unidos y Reino Unido, los tribunales han negado que el derecho a la autonomía personal (*privacy*) implique el derecho a obtener asistencia para morir. En Reino Unido, la Cámara de los Lores desarrolló en el caso *Pretty v. Director of Public Prosecutions* (2002) dos argumentos principales. Por una parte, la vida es considerada el fundamento existencial del derecho a la autonomía, por lo que no puede existir un derecho para decidir autónomamente sobre la propia muerte. En otras palabras, las personas son titulares del derecho a la autonomía «mientras viven sus vidas», pero no tienen «la opción de no vivir más» (§ 23). Por otra parte, la Cámara sostiene que el reconocimiento del derecho al suicidio asistido puede acarrear una amenaza sobre el correcto ejercicio de la misma autonomía. Según la Cámara,

> no es difícil imaginar que una persona mayor, en ausencia de cualquier presión, podría optar por un final prematuro de la vida si estuviera disponible, no por el deseo de morir o la voluntad de dejar de vivir, sino por el deseo de dejar de ser una carga para los demás (§ 29).

De esta manera, más que exigir la despenalización del suicidio asistido, el derecho a la autonomía puede exigir en algunos casos la penalización. Esta posición, sin embargo, ha sido morigerada en decisiones más recientes de la Corte Suprema[39].

39 En el caso *Nicklinson v. Ministry of Justice* (2014), la opinión mayoritaria fue que el derecho a la autonomía garantizado por el artículo 8 del CEDH y el *common law* facultan a las personas gravemente enfermas a obtener asistencia para el suicidio. Lord Neuberger sostuvo, por ejemplo, que no es correcto distinguir entre la desconexión de un paciente de un soporte vital y la asistencia para el suicidio: «si el acto final es el de la persona misma, que lo lleva a cabo en virtud de una decisión voluntaria, clara, resuelta e informada […] la persona en cuestión no ha sido "asesinado" por nadie, sino que ha ejercido de forma autónoma su derecho a poner fin a su vida» (§ 95). Sin embargo, la Corte rechazó —por deferencia al legislador— hacer una declaración de incompatibilidad, pese

De forma similar, la Corte Suprema de Estados Unidos ha negado que el derecho a la privacidad implique el derecho al suicidio asistido. La Corte reconoce que las libertades garantizadas por cláusula del debido proceso, previstas en la quinta y decimocuarta enmienda, «cobijan las elecciones más íntimas y personales que una persona puede hacer en su vida», siempre que estén «profundamente arraigadas en la historia y tradición de la Nación» (*Washigton v. Glucksberg*, 1997). También reconoce que el *common law* ha garantizado tradicionalmente el derecho de los individuos a decidir autónomamente sobre su cuerpo, incluso rechazando los tratamientos médicos. Sin embargo, según la Corte, el «derecho» al suicidio asistido no está protegido por la cláusula del debido proceso ni por el principio de la autonomía personal del *common law*. La tradición jurídica del país ha rechazado el derecho a solicitar asistencia para morir, «incluso para adultos con enfermedades terminales y mentalmente competentes» (*Washington v. Glucksberg*, 1997). Por tanto, la Corte concluye que no es siquiera necesario ponderar, de cara al suicidio asistido, el derecho a la autonomía para decidir sobre la propia muerte con otros derechos o principios: la inexistencia del derecho al suicidio asistido «evita la necesidad de un equilibrio complejo de intereses contrapuestos en todos los casos» (*Washington v. Glucksberg*, 1997).

III.3. Derecho a la integridad personal y a no ser sometido a tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes

La Corte Constitucional colombiana ha reconocido que el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes exige el reconocimiento del derecho a la muerte digna y la despenalización de la eutanasia y el suicidio asistido. Originalmente, sostuvo que «condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale […] a un trato cruel e inhumano» (Sentencia C-239/1997, 1997). Más recientemente, ha sostenido que el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, entendido ahora como un «derecho a vivir sin humillaciones», prohíbe al Estado «imponer la obligación de padecer sufrimiento intenso derivado de una condición médica [grave terminal]», así como impedir a alguien obtener «el apoyo de un médico para dar fin a su existencia en condiciones adecuadas» (Sentencia C-233/2021, 2021, § 408).

En Canadá, la Corte Suprema ha señalado que la penalización de la muerte asistida viola el derecho a la seguridad de la persona, que prohíbe «la interferencia del Estado con la integridad física o psicológica de un individuo, incluida cualquier acción que cause sufrimiento físico

a concluir que el Código Penal violaba el derecho a la autonomía personal (CEDH, 1950, art. 8; *Nicklinson v. Ministry of Justice*, 2014, § 112).

o psicológico grave» (*Carter v. Canada*, 2014, § 64). La penalización de la muerte asistida, según la Corte, interfiere con la capacidad de los pacientes «para tomar decisiones sobre su integridad física y atención médica y, por lo tanto, atrinchera la libertad» (§ 66). La decisión de terminar la propia vida «representa una respuesta profundamente personal al dolor y el sufrimiento grave», y «tiene sus raíces en el control sobre la integridad personal» (§ 68).

III.3.1. El derecho a la integridad personal como derecho no aplicable a la muerte asistida

En el Reino Unido, lord Bingham of Cornhill sostuvo inicialmente, en la opinión mayoritaria del caso *Pretty v. Director of Public Prosecutions* (2002), que «no hay en el artículo 3 CEDH nada que se relacione con el derecho de un individuo a vivir o elegir no vivir», por lo que la prohibición de tratos inhumanos y degradantes no implica «la obligación legal de sancionar un medio lícito para terminar con la vida» (§ 12). Según lord Cornhill, aunque la prohibición de infligir tratos inhumanos y degradantes es absoluta, la obligación de evitarlos cuando no son causados por la acción estatal es relativa y contextual. En el caso del suicidio asistido, dado que el sufrimiento de los pacientes no es causado por el Estado, sino que «deriva de su cruel enfermedad», el Estado no está obligado a conceder la inmunidad penal de quien presta asistencia en el suicidio.

Finalmente, el TEDH ha sostenido que el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes (CEDH, 1950, art. 3) no implica el derecho a la muerte asistida. Aunque reconoce que el sufrimiento ocasionado por una enfermedad, exacerbado por un tratamiento derivado de acciones y omisiones del Estado, puede caer bajo el ámbito de la prohibición, ha considerado que la penalización del suicidio asistido no puede catalogarse como un «trato» inhumano y degradante (*Pretty v. United Kingdom*, 2002, § 31). Por lo general, el artículo 3 de la CEDH protege a las personas frente a las acciones de las autoridades públicas y, excepcionalmente, impone al Estado obligaciones positivas de protección. Sin embargo, según el TEDH, considerar la penalización de la muerte asistida un trato inhumano y degradante «va más allá del significado ordinario de la palabra». La misma postura fue compartida por el Tribunal Superior de Irlanda (*Fleming v. Ireland*, 2013).

III.4. Derecho a la igualdad

Muchos de los pacientes que solicitan la muerte asistida no tienen mayores alternativas para aliviar el dolor. Han perdido la capacidad física para suicidarse autónomamente, sin ayuda de un tercero, y no pueden renunciar a los tratamientos médicos sin desencadenar una muerte lenta y dolorosa, aun bajo cuidados paliativos y sedación

profunda. La prohibición de la eutanasia y el suicidio asistido, según los tribunales de Italia y Colombia, viola en ciertas circunstancias el derecho a la igualdad de estos pacientes. Ambos tribunales sugieren que el derecho a la igualdad exige tratar de forma análoga, según el caso, a los pacientes que se someten a la eutanasia pasiva o el suicidio crudo, y a los mayores y menores de edad. Una revisión atenta de las decisiones judiciales permite identificar, no obstante, dos posturas diferentes sobre las implicaciones del derecho a la igualdad.

III.4.1. El derecho a la igualdad como fundamento del derecho a la muerte asistida

El Tribunal Constitucional italiano, sin referirse expresamente al derecho a la igualdad, ha señalado que los pacientes sometidos a tratamientos de soporte vital deben tener acceso no solo a la eutanasia pasiva, sino también al suicidio asistido. Según el Tribunal, no existen razones de peso para permitir la suspensión de los mecanismos de soporte vital para producir la muerte (eutanasia activa) y, simultáneamente, prohibir y sancionar el suicidio médicamente asistido. Así como un paciente sometido a tratamientos de soporte vital puede «tomar la decisión de poner fin a su existencia mediante la interrupción de este tratamiento, no existe razón por la cual […], bajo ciertas condiciones, no puede igualmente decidir terminar su existencia con la ayuda de otros» (Sentenza 242/2019, 2019, § 2.3)[40]. De esta manera, el Tribunal busca garantizar el acceso a la muerte en igualdad de condiciones de tres tipos de pacientes: los que tienen capacidad física para suicidarse sin ayuda de terceros, los que deciden morir sin sufrimiento mediante la desconexión de mecanismos de soporte vital, y los que solo pueden suicidarse con ayuda de terceros porque no tienen capacidad física para hacerlo por sí mismos y la desconexión de mecanismos de soporte vital produciría una muerte lenta y dolorosa. Como señala Gentile (2000), reconocer el derecho a la muerte asistida a unos y negarlo a otros «parece implicar una diferencia de trato que es censurable conforme al artículo 3 constitucional» (p. 379).

De forma similar, la Corte Constitucional colombiana ha recurrido al derecho a la igualdad para garantizar el acceso a la eutanasia activa a los menores de edad. Según la Corte, en virtud de «los principios de igualdad y no discriminación», así como de la «ausencia de argumentos razonables para hacer una diferencia» entre mayores y menores de edad, los menores también tienen el derecho fundamental a la muerte digna, incluido el derecho a la eutanasia (Sentencia T-544, 2017, § 50). La Corte

40 En Colombia, la Corte Constitucional acudió al derecho a la igualdad y no discriminación para reconocer el acceso de los menores de edad a la eutanasia. Según la Corte, no existen «argumentos razonables para hacer una diferencia» entre mayores y menores de edad, por lo que «impone aplicar un tratamiento análogo, es decir, los NNA son titulares de este derecho fundamental» (Sentencia T-544/2017, 2017).

no desarrolla en detalle el contenido y los alcances del derecho a la igualdad, pese a ser uno de los fundamentos principales para extender el derecho a la muerte asistida a los menores de edad[41].

III.4.2. La igualdad como derecho no aplicable a la muerte asistida

La Corte Suprema de Estados Unidos ha sostenido que el derecho a la igualdad no exige tratar de forma análoga la eutanasia pasiva y el suicidio asistido. Según la Corte, «la distinción entre dejar morir a un paciente y hacer que ese paciente muera es importante, lógica, racional y bien establecida». Mientras que el suicidio asistido consiste en «autoinfligirse daños mortales» mediante «el medicamento letal recetado por un médico», la eutanasia pasiva consiste en «la autodeterminación contra el soporte vital artificial» para que la muerte sea causada por «la enfermedad o patología fatal subyacente» (*Washington v. Glucksberg*, 1997). En el mismo sentido, el Tribunal Superior irlandés ha sostenido que existe «una profunda diferencia entre la ley que permite a un adulto quitarse la vida y la que sanciona a quien le ayuda para alcanzar ese fin» (§ 122). Mientras no existen razones para prohibir el suicidio, la prohibición de la asistencia al suicidio «está fundamentada en una gama de factores que inciden en la necesidad de salvaguardar la vida de los demás» (§ 122).

De forma similar, el Tribunal Constitucional austriaco señala expresamente que la criminalización de la eutanasia y el suicidio asistido no viola el derecho a la no discriminación (CEDH, 1950, art. 14). En particular, sostiene que la prohibición se aplica por igual a todas las personas y que el derecho a la no discriminación «no exige en modo alguno que se haga una excepción para las personas físicamente incapaces de suicidarse sin la ayuda de otros» (G 139/2019-71 11, diciembre de 2020, sec. 2). En la misma línea, la Cámara de los Lores del Reino Unido ha sostenido que el derecho a la no discriminación (CEDH, 1950, art. 14) no exige equiparar el suicidio y la asistencia al suicidio. Concretamente, la norma que sanciona la asistencia al suicidio no discrimina a las personas incapaces de suicidarse por sí mismas frente a las que sí pueden hacerlo. El suicidio no es, según la Cámara, un derecho, por lo que el Estado no discrimina cuando limita su acceso a él (*Pretty v. Director of Public Prosecutions*, 2002).

En el plano internacional, el TEDH ha sostenido que el derecho a la igualdad no exige conceder acceso al suicidio asistido a las personas incapaces de suicidarse por sí mismas. En particular, el derecho a la igualdad no exige distinguir entre personas capaces e incapaces de cometer suicidio para introducir eximentes de responsabilidad penal. En opinión del Tribunal, existe una «justificación objetiva y razonable para

41 Al respecto, revisar la acertada crítica de Tomás-Valiente Lanuza (2019, p. 316).

no distinguir en la ley entre quienes son y quienes no son físicamente capaces de cometer suicidio». Más aún, «existen buenas razones para no introducir en la ley excepciones para atender a quienes se considera que no son vulnerables» (*Pretty v. United Kingdom*, 2002, § 88). Entre esas razones destaca, en especial, la protección del derecho a la vida. El TEDH considera que definir jurídicamente las circunstancias bajo las cuales no es punible la muerte asistida puede afectar el cumplimiento de la obligación de proteger la vida.

III.5. Derecho a la libertad y protección de la profesión médica

La posible violación de los derechos a la libertad y protección de la profesión médica con la despenalización de la eutanasia y el suicidio asistido también ha sido abordada por algunos tribunales. Aunque han sostenido, en su mayoría, que la prohibición limita inadecuadamente las funciones médicas de cuidado y protección de los pacientes, existen al menos dos posturas distintas y hasta cierto punto incompatibles, como veremos a continuación.

III.5.1. El derecho a la libertad de la profesión médica como fundamento del derecho a la muerte asistida

Los tribunales de Estados Unidos e Irlanda sostienen que la despenalización del suicidio asistido —y, más aún, de la eutanasia— puede socavar algunos de los principios de la profesión médica, como la obligación de proteger (no dañar) la vida. Según la Corte Suprema de Estados Unidos, «el suicidio asistido podría socavar la confianza que es esencial para la relación médico-paciente al desdibujar la línea tradicional entre curar y dañar», por lo que «es fundamentalmente incompatible con el papel del médico como sanador» (*Washington v. Glucksberg*, 1997). Por su parte el Tribunal Superior de Irlanda sostuvo que la prohibición ayuda a «preservar la integridad tradicional de la profesión médica como sanadores de los enfermos y a disuadir el suicidio o cualquier cosa que conduzca a su "normalización"» (*Fleming v. Ireland*, 2013, § 69).

III.5.2. El derecho a la libertad de la profesión médica como fundamento para la prohibición de la muerte asistida

Otros tribunales han sostenido que la criminalización plantea mayores riesgos al libre ejercicio de la profesión médica. La Corte Constitucional colombiana ha señalado que la prohibición de la eutanasia, incluso en pacientes con enfermedades incurables (no terminales), limita injustificadamente la autonomía ética y científica de la profesión médica. La prohibición «genera un efecto disuasorio sobre los profesionales de la salud para un ejercicio ético y altruista de su profesión […] e impide al médico actuar en procura de la mejor situación o los mejores intereses del paciente» (Sentencia C-233/2021, 2021, § 403). De forma similar, el Tribunal Constitucional alemán sostuvo que «la prohibición

de los servicios de suicidio asistido vulnera el derecho fundamental a la libertad de ocupación de los médicos» e, incluso, de los abogados (Ley Fundamental, 1949, art. 12.1). Más concretamente, sostuvo que la prohibición «interfiere en la libertad profesional de los médicos y abogados de nacionalidad alemana dado que les prohíbe, bajo pena de enjuiciamiento, conceder, procurar o concertar la asistencia al suicidio como parte de su ejercicio profesional como médico o abogado». Incluso, el Tribunal reconoce que, como parte de su ejercicio profesional, los abogados y médicos pueden ofrecer comercialmente servicios relacionados con la realización del suicidio asistido, sea como personas naturales o como personas jurídicas (BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26, febrero de 2020, § 320). La siguiente tabla sintetiza las conclusiones de cada tribunal sobre la violación de derechos fundamentales.

Tabla 2. Derechos violados (en casos distintos y por razones distintas) con la prohibición de la eutanasia y el suicidio asistido

Tribunal/corte	Derecho				
	Vida	Autonomía	Integridad	Igualdad	Libertad de profesión
Corte Constitucional de Colombia	✓	✓	✓	✓	✓
Corte Suprema de Canadá	✓	✓	✓	No especificado*	No especificado*
Tribunal Constitucional de Italia	x	✓	No especificado*	✓	No especificado*
Tribunal Constitucional de Austria	✓	✓	No especificado*	No especificado*	No especificado*
Tribunal Constitucional de Alemania	x	✓	No especificado*	No especificado*	✓
Corte Suprema de Estados Unidos	x	x	No especificado*	x	x
Cámara de los Lores del Reino Unido	x	x	x	x	No especificado*
Tribunal Superior de Irlanda	x	x	x	x	x
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	Depende de las condiciones particulares de cada Estado		x	x	No especificado*

Fuente: elaboración propia.
* No especificado: el tribunal no aborda expresamente el derecho para fundamentar o rechazar el derecho a la muerte asistida

IV. EL DERECHO A LA MUERTE ASISTIDA: ¿PRETENSIÓN, PRIVILEGIO O INMUNIDAD?

Los discursos éticos y jurídicos que promueven o rechazan la despenalización de la muerte asistida se apoyan generalmente en la presunta (in)existencia de un derecho subjetivo, autónomo o derivado, a la eutanasia o el suicidio asistido. Un análisis atento de las decisiones judiciales muestra, sin embargo, que la naturaleza del derecho subjetivo a la muerte asistida varía bastante en todos los países, dependiendo de las particularidades de cada sistema. Usando las categorías propuestas por Hohfeld para clasificar los distintos tipos de derecho subjetivo —o los diferentes usos de la expresión—, es posible advertir que el derecho a la eutanasia y el suicidio asistido es concebido por distintos tribunales, alternativamente, como una pretensión, un privilegio o una inmunidad.

Hohfeld llamó la atención sobre los diferentes usos de la expresión «derecho» (subjetivo) en el lenguaje ordinario de los juristas. En ocasiones, el derecho subjetivo es concebido como una pretensión (*claim*); es decir, como una facultad para exigir a otra persona una prestación contenida en un deber correlativo (Hohfeld, 1991, p. 50)[42]. Por tanto, quien tiene un derecho subjetivo (pretensión) a la eutanasia y el suicidio asistido está facultado para exigir a otra persona (el Estado o particulares) un determinado conjunto de acciones (brindar asistencia médica) u omisiones (no interferir en la asistencia médica). No obstante, en otras ocasiones, el derecho subjetivo es concebido como privilegio o como inmunidad. Un privilegio es una *libertad* generada por la ausencia de normas jurídicas que impongan obligaciones (p. 52). Más concretamente, una persona goza de un privilegio para practicar la eutanasia o el suicidio asistido cuando no existe una norma que ordene realizarla o no realizarla. Finalmente, una inmunidad es «la libertad de una persona frente a la potestad jurídica de otra»; es decir, la prerrogativa que cobija a una persona cuando una norma prohíbe a otra —en especial a las autoridades— imponerle obligaciones. De esta manera, una persona goza de inmunidad para practicar la eutanasia cuando existe una norma jurídica que prohíbe a los terceros, y en especial a la autoridad legislativa, imponerle la obligación de no practicarla a través de amenazas o sanciones (p. 87).

El derecho al suicidio asistido en Suiza puede ser categorizado como un privilegio; en otras palabras, como una *libertad jurídica* originada por la falta de regulación. Efectivamente, el sistema jurídico suizo no permite ni prohíbe expresamente la asistencia al suicidio. La única disposición sobre el tema es el artículo 115 del Código Penal (1937), que castiga solo a quienes presten ayuda al suicidio, consumado o tentado, «por motivos

42 El concepto hohfeldiano de pretensión coincide sustancialmente con el concepto de «permitido en sentido positivo» formulado por Kelsen (1991, p. 98) y el concepto de «permiso fuerte» formulado por Bulygin (2019, p. 19). Un análisis detallado de ambos concetos lo ofrece Ródenas (2021).

egoístas». El suicidio asistido que se realiza por motivos altruistas carece entonces de regulación. Para el derecho penal es una conducta atípica y para el derecho constitucional una conducta no tutelada, salvo por la libertad general de acción. El derecho a practicarlo es, en palabras de Bulygin (2019), un permiso débil (p. 19). Por supuesto, la Corte Suprema suiza ha reconocido que las personas tienen derecho a decidir cuándo y cómo morir, pero fundamentalmente como aplicación de la jurisprudencia del TEDH —es decir, no del derecho interno—.

Siendo un privilegio, el derecho a la eutanasia y el suicidio asistido en Suiza tiene como correlativo simplemente el no derecho del Estado —pero no la obligación del mismo— a que su titular no obtenga asistencia para morir. En otras palabras, el Estado no tiene la obligación de desplegar servicios de asistencia médica para que se haga efectivo el derecho, ni las personas tienen derecho a exigirlos. Más bien, el Estado no tiene el derecho ni el deber —porque ninguna norma lo establece— de impedir que las personas soliciten y obtengan dicha asistencia. En la Sentencia del caso *Hass* (2011), el Tribunal Federal sostuvo que el artículo 8 de la CEDH «no incluye una obligación positiva por parte del Estado de garantizar que el suicidio se lleve a cabo sin riesgo ni dolor», ni de asegurar «que una persona dispuesta a morir tenga acceso a una sustancia peligrosa específica elegida para el suicidio o a un instrumento correspondiente» (Urteil BGE 133 I 58 S. 59 - 2A.48/2006 / 2A.66/2006, 3 de noviembre de 2006, §§ 6.2.1 y 3). Por eso, en Suiza los servicios de asistencia al suicidio son prestados en la práctica por las llamadas «organizaciones por el derecho a morir con dignidad» —como Dignitas, Hemlock Society y Pegasos—, de naturaleza privada y sin ánimo de lucro. Incluso, ante la falta de regulación jurídica, los procedimientos, las responsabilidades y las técnicas implementadas por las asociaciones son regulados informalmente por ellas mismas mediante normas que carecen de naturaleza jurídica[43]. Como señalan Hurst y Mauron (2017), en Suiza

> el marco normativo es una cuestión de costumbre informal más que de derecho positivo. Por ejemplo, existe un acuerdo implícito de que las autoridades o el personal médico no deben prevenir activamente el suicidio asistido, a menos que exista la presunción de una violación flagrante de las normas legales o reglamentarias, o de las normas informales establecidas por las asociaciones por el derecho a morir (p. 5)[44].

Por otra parte, el derecho al suicidio asistido en Alemania puede ser caracterizado como una inmunidad. El Tribunal Constitucional reconoció un derecho abstracto a la «ayuda activa para morir», anclado

43 Así lo ratifica el TEDH en *Gross v. Switzerland* (2013, § 65).
44 Ver también Guillod y Schmidt (2005), Wetterauer y Reiter-Theil (2021, p. 194), y Hurst y Mauron (2017).

en el derecho a la autodeterminación, y declaró inconstitucional el artículo 217 del Código Penal (1871), que sancionaba a quienes asistieran profesional o comercialmente el suicidio de una persona. Como consecuencia, el Estado no tiene la potestad para sancionar a las personas que soliciten, obtengan, ofrezcan u otorguen ayuda al suicidio. Como señala el propio Tribunal, «el legislador no puede dejar de lado por completo el derecho a la autodeterminación protegido constitucionalmente», ni «eludir sus obligaciones de política social tratando de contrarrestar los riesgos para la autonomía mediante la suspensión total de la autodeterminación individual». En resumen, la (des)criminalización del suicidio asistido, según el Tribunal, «no está sujeta a la libre disposición del legislador»[45] (BVerfG, Urteil vom 26, febrero de 2020, § 267).

Siendo una inmunidad, el derecho al suicidio asistido en Alemania tiene como correlativo la falta de potestad de las autoridades del Estado para desconocerlo. Sin embargo, al igual que Suiza, las personas no tienen el derecho a exigir del Estado servicios médicos concretos —aún no previstos en ninguna norma— para la asistencia al suicidio, ni el Estado la obligación de proporcionarlos. Como señala el Tribunal Constitucional, «el derecho a la muerte autodeterminada no da lugar a la pretensión frente a otros de ser asistidos en el propio plan de suicidio» (BVerfG, Urteil vom 26, febrero de 2020, § 289). Aunque las asociaciones por el derecho a morir con dignidad y demás particulares, y en especial los médicos, pueden ofrecer el servicio de asistencia al suicidio sin que el Estado pueda interferir con amenazas o sanciones, no están jurídicamente obligadas a hacerlo (Riquelme Vásquez, 2020, p. 305). El Tribunal termina dejando en manos del legislativo la regulación de la muerte asistida, incluida la decisión de obligar al sistema de salud a prestar los servicios médicos, pero a la fecha el Parlamento no lo ha hecho[46].

Por último, el derecho a la eutanasia y el suicidio asistido en la jurisprudencia de los tribunales en Colombia e Italia puede ser catalogado como un derecho subjetivo en estricto sentido; es decir, como una pretensión. Los pacientes tienen la facultad, concedida

45 La idea de que los derechos constitucionales crean derechos-inmunidades frente al legislador es compartida por Hart (1982). En sus palabras, «El empleo principal, aunque no el único, de esta noción de "derecho de inmunidad" es caracterizar claramente la posición de los individuos protegidos de tal cambio adverso por la limitación constitucional o las inhabilidades de la legislatura» (p. 191).

46 En Colombia, el derecho a la eutanasia activa también podía clasificarse como una inmunidad desde que la Corte Constitucional la despenalizó, en 1997, hasta que el Ministerio de Salud la reguló, en 2015. La Corte reconoció en la Sentencia C-239 de 1997 que el sistema jurídico no concedía a los pacientes terminales una pretensión concreta para exigir al Estado la prestación de servicios médicos de asistencia para morir, ni exigía al Estado prestarlos. Los procedimientos eutanásicos eran realizados por médicos particulares, al margen del sistema de salud, y a menudo en la clandestinidad. Algo similar sucedió en Austria, cuando el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 78 del Código Penal, que criminalizaba el suicidio asistido, dejando en manos del Parlamento la obligación de regular la prestación de los servicios médicos.

expresamente por una norma del sistema, para exigir del Estado o de algunos particulares la prestación de servicios médicos de asistencia para morir y la no imposición de sanciones a los médicos. En Colombia, la Corte Constitucional ha reconocido el derecho a la eutanasia y el suicidio asistido, e impuesto la obligación de implementar los servicios médicos de muerte digna. Concretamente, ha sostenido que «la muerte digna se puede traducir en un derecho subjetivo, pues son identificables tanto los sujetos activos, pasivos, obligados y el contenido mínimo de la obligación» (Sentencia T-970/2014, 2014). Más recientemente, ha señalado que el derecho «impone distintas obligaciones en cabeza del Estado y los prestadores de servicios de salud», como las de brindar «prestaciones específicas para transitar a la muerte de manera digna» (Sentencia C-233/2021, 2021). De igual forma, en Italia, el Tribunal Constitucional ha sostenido que, ante la ausencia de legislación aplicable, las instituciones del Servicio Nacional de Salud (SSN) y las comisiones de ética están obligadas a verificar «las condiciones que legitiman la ayuda al suicidio», «los métodos relativos de ejecución […] que garanticen la dignidad del paciente y eviten el sufrimiento», y «la protección de los sujetos vulnerables» (Sentenza 242/2019, 2019, sec. 5). Correlativamente, los pacientes pueden exigir al Estado la prestación de los servicios de salud y la no imposición de sanciones a los médicos y demás personas que faciliten la asistencia al suicidio.

Recientemente, los legisladores de Canadá y Austria han reglamentado mediante estatutos los servicios de asistencia médica para morir con base en los parámetros establecidos por los tribunales. En ambos casos, al derecho de los pacientes corresponden las obligaciones correlativas del sistema de salud y del Estado a proporcionar servicios médicos de asistencia a la muerte y de no imponer sanciones penales o administrativas a los médicos[47]. La siguiente tabla resume las consideraciones sobre la naturaleza del derecho a la muerte asistida.

Tabla 3. Naturaleza del derecho a la muerte asistida

Tribunal/corte	Naturaleza del derecho
Corte Constitucional de Colombia	Pretensión
Tribunal Federal de Suiza	Privilegio
Corte Suprema de Canadá	Pretensión
Tribunal Constitucional de Italia	Pretensión

47 En Canadá, la Bill C-14 (2016) reconoce, en su sección 241.2 (1), que el derecho a la asistencia médica se ejerce ante el sistema de salud. De igual manera, la Ley del 31 de diciembre de 2021 del Parlamento austriaco impone obligaciones al personal médico del sistema de salud para hacer efectivo el acceso a los procedimientos de asistencia médica para morir.

Tribunal Constitucional de Austria	Pretensión
Tribunal Constitucional de Alemania	Inmunidad
Corte Suprema de Estados Unidos	No aplica*
Cámara de los Lores del Reino Unido	No aplica*
Tribunal Superior de Irlanda	No aplica*
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	No especificado**

Fuente: elaboración propia.
* No aplica: el tribunal señala expresamente que no existe un derecho a la muerte asistida.
** No especificado: el tribunal no desarrolla expresamente la naturaleza del derecho a la muerte asistida.

V. CONCLUSIONES

Los crecientes debates sobre el derecho a la muerte asistida a nivel global han propiciado el reconocimiento judicial del derecho a la eutanasia y al suicidio asistido; sin embargo, los alcances, la naturaleza y los fundamentos del derecho son desarrollados de formas muy distintas por los jueces de cada país. El análisis comparado muestra que el acceso a la muerte asistida depende de factores que pueden cobijar a un número más o menos amplio de personas, relacionados con las condiciones médicas y la edad de los pacientes. Además, muestra que pese al uso recurrente de la expresión «derecho» para referirse a la muerte asistida, los jueces pueden aludir —y a menudo lo hacen— a cosas muy distintas: una pretensión —reconocida por el sistema jurídico— para exigir la asistencia médica para morir; una inmunidad frente a la potestad regulatoria del Estado, garantizada por un derecho fundamental; o un privilegio (*libertad*) generado por la ausencia de regulación (*v. gr.*, atipicidad penal). Finalmente, el análisis muestra que los jueces suelen atribuir fundamentos ético-jurídicos muy distintos al derecho a la muerte asistida, sea para reconocerlo o para rechazarlo. Es más, el reconocimiento del derecho está fundado en concepciones muy distintas, e incluso incompatibles, sobre el contenido de los derechos a la vida, la autonomía, la integridad y la igualdad, pese a estar consagrados en textos constitucionales o tratados internacionales con disposiciones similares.

Con base en los resultados del análisis (resumidos en las tablas 1, 2 y 3), es posible reconstruir la naturaleza, el alcance y los fundamentos del derecho a la muerte asistida en cada país. En Italia, por ejemplo, el derecho a la muerte asistida es una pretensión (derecho subjetivo) que permite a los pacientes mayores de edad, con enfermedades terminales y sujetos a mecanismos de soporte vital, solicitar autónomamente al Estado asistencia médica al suicidio, como parte de sus derechos a la autodeterminación (CEDH, 1950, art. 8; Constitución de la República

Italiana, 1947, art. 2) y la igualdad. En Alemania, el derecho a la muerte asistida es una inmunidad que impide al Estado, en especial al Poder Legislativo, obstaculizar la prestación de ayuda al suicidio y de eutanasia activa a personas que han manifestado libremente su deseo de morir para poner fin a sufrimientos intensos —cuyas causas no necesitan ser especificadas—, con fundamento en los derechos a la autonomía y la libertad de la profesión médica. En Colombia, el derecho a la muerte asistida es una pretensión que permite a todas las personas mayores de seis años, con enfermedades incurables y sufrimientos intensos, exigir al sistema público de salud la prestación de asistencia al suicidio o de eutanasia activa, con base en los derechos a la vida digna, a no ser sometido a tratos crueles y degradantes, y al libre desarrollo de la personalidad. Similar caracterización puede hacerse con los demás países analizados.

El análisis también ha mostrado que, pese a existir coincidencias importantes en la jurisprudencia de varios tribunales —e, incluso, aunque las citas entre ellos son usuales, lo que genera una especie de diálogo judicial basado en argumentos de derecho comparado—, las diferencias son tan significativas que sugieren la inexistencia de un consenso judicial sobre los fundamentos, la naturaleza y los alcances del derecho a la muerte asistida. Sin embargo, más que un aspecto negativo, la pluralidad de construcciones jurisprudenciales parece reflejar los esfuerzos de cada tribunal por ajustar el derecho a la muerte asistida a las particularidades del sistema jurídico y la cultura de cada país, así como las complejidades de la interpretación de los derechos[48].

Por supuesto, el protagonismo que han adquirido las discusiones sobre la muerte asistida en los estrados judiciales, en un contexto de creciente complejidad médica y mayor esperanza de vida, obligará a los tribunales de muchos otros países a fundamentar el reconocimiento o el rechazo de la asistencia médica para morir. Para hacerlo, será útil evaluar los desarrollos que hasta ahora han realizado, de forma heterogénea y controversial, los demás tribunales.

REFERENCIAS

Bulygin, E. (2019). *El libro de los deberes*. Madrid: Marcial Pons.

Celis Vela, D. A. (2021). La tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional. *International Journal of Constitutional Law*, *19*(4), 1261-1290. https://doi.org/10.1093/icon/moab104

Clark, N., & Liebig, P. (1996). The Politics of Physician-Assisted Death: California's Proposition 161 and Attitudes of the Elderly. *Politics and the Life Sciences*, *15*(2), 273-280. https://doi.org/10.1017/S073093840002298X

48 Sobre este aspecto, ver Celis Vela (2022).

Climent Gallard, J. A. (2018). La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la disposición de la propia vida. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (8), 124-137. https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/67233/124-137.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Collier, R. (2017). Assisted death gaining acceptance in US. *CMAJ*, *189*(3), https://doi.org/10.1503/cmaj.109-5366

Deustcher Bundenstag. (2022). *Bundestag berät Initiativen zur Reform der Sterbehilfe in erster Lesung*. https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw25-de-suizidhilfe-897826

Diez Ripollés, J. L. (1995). Eutanasia y Derecho. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián*, *9*, 113-140.

Fegert, J., Koch, M., & Plener, P. (2021, 7 de marzo). Für das Bundesverfassungsgericht ist Suizid ein Akt der Selbstbestimmung. Gilt das auch für Kinder und Jugendliche? *Frankfuerter Allgemeine Zeitung*. https://www.faz.net/aktuell/politik/assistierter-suizid-auch-ein-recht-fuer-kinder-und-jugendliche-17231054.html

Gentile, G. (2020). Il suicidio medicalmente assistito nello spazio libero dal diritto penale. Diritto penale e proceso. *Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina*, (3), 377-388.

Gimbel García, J. F. (2016). Eutanasia y suicidio asistido en Canadá. Una panorámica de la sentencia Carter v. Canadá y del consiguiente Proyecto de Ley C-14 presentado por el Gobierno canadiense. *Revista de Derecho UNED*, (19), 351-377. https://doi.org/10.5944/rduned.19.2016.18491

Göken, H., & Zwießler, F. (2022). Assisted Suicide in Germany: The Landmark Ruling of the German Federal Constitutional Court of February 26, 2020. *German Law Journal*, *23*(4), 661-671. https://doi.org/10.1017/glj.2022.34

González de la Vega, G. (2018). Muerte digna. Algunas reflexiones a propósito de dos sentencias sobre eutanasia y suicidio asistido. En P. Capdevielle, G. A. Figueroa Mejía y M. Medina Arellano (coords.), *Bioética y decisiones judiciales* (pp. 97-118). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Guillod, O., & Schmidt, A. (2005). Assisted suicide under Swiss law. *European Journal of Health Law*, *12*(1), 25-38. https://doi.org/10.1163/1571809054663140

Hart, H. (1982). *Essays on Bentham*. Oxford: Oxford University Press.

Hohfeld, W. N. (1991). *Conceptos jurídicos fundamentales*. Fontamara.

Hurst, S. A., & Mauron, A. (2017). Assisted Suicide in Switzerland. Clarifying Liberties and Claims. *Bioethics*, *31*(3), 199-208. https://doi.org/10.1111/bioe.12304

Kelsen, H. (1991). *General Theory of Norms*. Oxford: Oxford University Press.

Mroz, S., Dierickx, S., Deliens, L., Cohen, J., & Chambaere, K. (2021). Assisted dying around the world: a status quaestionis. *Annals of Palliative Medicine*, *10*(3), 3540-3553. https://doi.org/10.21037/apm-20-637

Martínez-Navarro, J. A. (2018). El derecho a la eutanasia. *Revista andaluza de administración pública*, (102), 97-133. https://doi.org/10.46735/raap.n102.1065

Purvis, T. E. (2012). Debating death: religion, politics, and the Oregon Death With Dignity Act. *Yale Journal of Biology and Medicine*, *85(2)*, 271-284.

Ródenas, A. (2021). El concepto de derecho subjetivo. Las diversas caras de un concepto poliédrico. *Analisi e Dirito*, 51-62.

Riquelme Vázquez, P. (2020). Suicidio asistido y libre desarrollo de la personalidad en la República Federal de Alemania. *Revista de Derecho Político*, *1* (109), 295-325. https://doi.org/10.5944/rdp.109.2020.29061

Svenson, A. (2017). Physician-Assisted Dying and the Law in the United States: A Perspective on Three Prospective Futures. En M. J. Cholbi (ed.), *Euthanasia and Assisted Suicide. Global Views on Choosing to End Life* (pp. 3-28). Santa Bárbara: Praeger.

Tomás-Valiente Lanuza, C. (2019). La evolución del derecho al suicidio asistido y la eutanasia en la jurisprudencia constitucional colombiana: otra muestra de una discutible utilización de la dignidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (116), 301-328. https://doi.org/10.18042/cepc/redc.116.10

Wetterauer, C., & Reiter-Theil, S. (2022). Physician Assisted Suicide and Euthanasia in the European Context. En K. Wasson y M. Kuczewski (eds.), *Thorny Issues in Clinical Ethics Consultation. Philosophy and Medicine* (pp. 191-198). Cham: Springer.

Wiesing, U. (2021). The Judgment of the German Federal Constitutional Courtvregarding assisted suicide: a template for pluralistic states? *Journal of Medical Ethics*, *48*(8). https://doi.org/10.1136/medethics-2021-107233

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Bill C-14 de 2016 (Parlamento [Canadá], 2016).

Bill C-7 de 2021 (Parlamento [Canadá], 2021).

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. 2 BvR 2347/ 15, 2 BvR 2527/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 651/16 - Rn. (1 - 343) (Tribunal Constitucional [Alemania], febrero de 2020).

Carta Canadiense de Derechos y Libertades (Parlamento [Canadá], 1982).

Carter v. Canada (Attorney General), 2015 SCC 5 (Corte Suprema [Canadá], 2015).

Código Penal alemán (*Strafgesetsbuch*) (Parlamento [Alemania], 1871).

Código Penal austriaco (*Strafgesetsbuch*) (Parlamento [Austria], 1974).

Código Penal suizo (*Strafgesetsbuch*) (Asamblea Federal [Suiza], 1937).

Constitución de Irlanda (*Bunreacht na hÉireann*) (Asamblea [Irlanda], 1937).

Constitución de la República Italiana (Asamblea Constituyente [Italia], 1947).

Constitución Política de Colombia (Asamblea Nacional Constituyente [Colombia], 1991).

Convención Europea de Derechos Humanos (Consejo de Europa, 1950).

Death with Dignity Act (Legislatura del Estado de Maine [Estados Unidos], 2019).

End of Life Choice Act (Parlamento [Nueva Zelanda], 2019).

End of Life Option Act (Legislatura del Estado de California [Estados Unidos], 2016).

Fleming v. Ireland and others (Tribunal Superior (High Court) [Irlanda], 2013).

G 139/2019-71 11 (Tribunal Constitucional [Austria], diciembre de 2020).

Hass v. Switzerland (TEDH, 2011).

Hoffmann LJ in Airedale NHS Trust v. Bland (Cámara de los Lores [Reino Unido], 1993).

Gross v. Switzerland (TEDH, 2013).

Ley de Eutanasia (*Sterbeverfügungsgesetz*) (Parlamento [Austria], 2021).

Ley de Eutanasia y Suicidio Asistido (Ley 3, 2021) (Cortes Generales [España], 2021).

Ley de Terminación de la vida a petición y suicidio asistido (Parlamento Federal [Bélgica], 2022).

Ley relativa a la eutanasia (Cámara de Diputados [Luxemburgo], 2009).

Medical Aid in Dying for the Terminally Ill Act (Legislatura [Nueva Jersey], 2019).

Morris v. Brandenburg, Case N.° S-1-SC-35478, 2 (Corte Suprema de Nuevo México [México], 2016).

Pretty v. United Kingdom (TEDH, 2002).

Oregon Death With Dignity Act (Asamblea Legislativa de Oregón [Estados Unidos], 1994).

Patient Choice and Control at the End of Life (Legislatura del Estado de Vermont [Estados Unidos], 2013).

Pretty (Appellant) v. Director of Public Prosecutions (Respondent) and Secretary of State for the Home Department (Interested Party) (Cámara de los Lores [Reino Unido], 2002).

Pretty v. United Kingdom (TEDH, 2002).

Proyecto de ley sobre la negativa de tratamientos sanitarios y legitimidad de la eutanasia (Cámara de Diputados [Italia], 10 de marzo de 2022). https://www.camera.it/leg18/126?tab=&leg=18&idDocumento=0002

Proyecto de ley que regula el suicidio asistido (20/2332) (Parlamento [Alemania], 21 de junio de 2022). https://dserver.bundestag.de/btd/20/023/2002332.pdf

Queensland Assisted Dying Act (Parlamento de Queensland [Australia], 2021).

R (on the application of Nicklinson and another) v Ministry of Justice (Corte Suprema [Reino Unido], 2014).

Resolución 1416 (Ministerio de Salud [Colombia], 2015).

Resolución 971 (Ministerio de Salud [Colombia], 2021).

Rodríguez v. British Columbia, (AG), 3 SCR 519 (Corte Suprema [Canadá], 1993).

Sentencia C-239/1997 (Corte Constitucional [Colombia], 1997).

Sentencia T-970/2014 (Corte Constitucional [Colombia], 2014).

Sentencia T-544/2017 (Corte Constitucional [Colombia], 2017).

Sentencia C-233/2021 (Corte Constitucional [Colombia], 2021).

Sentencia C-164/2022 (Corte Constitucional [Colombia], 2022).

Sentenza 242/2019 (Tribunal Constitucional [Italia], 22 de noviembre de 2019).

Urteil BGE 133 I 58 S. 59 - 2A.48/2006 / 2A.66/2006 (Tribunal Federal [Suiza], 3 de noviembre de 2006).

Vacco v. Quill, 521 U.S. 793 (Corte Suprema [Estados Unidos], 1997).

Voluntary Assisted Dying Act (Parlamento de Victoria [Australia], 2017).

Washington Death With Dignity Act (Legislatura del Estado de Washington [Estados Unidos], 2008).

Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (Corte Suprema [Estados Unidos], 1997).

Recibido: 07/10/2022
Aprobado: 03/02/2023

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202302.002
CC BY
DERECHO PUCP
N° 91, 2023
diciembre-mayo
pp. 43-83
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Manipulando genes y cerebros: la bioética y el derecho ante la mejora humana

Manipulating Genes and Brains: Bioethics and Law in the face of Human Enhancement

VANESA MORENTE PARRA*
Universidad Pontificia Comillas (España)

Resumen: En el presente artículo se analiza el papel de la bioética y el derecho ante el desarrollo de las actuales técnicas de intervención meliorativa sobre el genotipo y el cerebro. Con el desarrollo de la técnica de CRISPR/Cas9 en los últimos años, un individuo podría mejorar sus condiciones genéticas manipulando sus células somáticas. No obstante, el interés doctrinal se ha centrado más en la línea germinal pues, a diferencia de la anterior —que se extingue con el fallecimiento—, tiene la capacidad para afectar al genoma de la descendencia. Del mismo modo, con las nuevas técnicas de BCI, un individuo podría conectar su cerebro a una IA con la finalidad de estimular y potenciar determinadas áreas cerebrales. Sin embargo, tanto desde la bioética como desde el derecho parece inferirse una prohibición general de intervenciones meliorativas. ¿Qué argumentos racionales sostienen esta prohibición? ¿Es el cuerpo humano un bien indisponible para el individuo? ¿Se trata de una limitación injustificada de la autonomía de la voluntad?

Palabras clave: Manipulación, edición genética, mejora humana, CRISPR/Cas9, genoma humano, cerebro, autonomía, neuroderechos, bioderechos, bioética

Abstract: This article analyzes the role of bioethics and law in the face of the development of meliorative intervention techniques on the genotype and the brain. With the development of the CRISPR/Cas9 technique in recent years, an individual could enhance his genetic conditions by manipulating his somatic cells. Similarly, with the new BCI techniques, an individual could connect his or her brain to an AI in order to stimulate and enhance certain brain areas. However, both bioethics and law seem to infer a general prohibition of meliorating interventions. What rational arguments support this prohibition? Is the human body an unavailable asset for the individual? Is individual freedom and autonomy unjustifiably limited by it?

Keywords: Manipulation, gene editing, human enhancement, CRISPR/Cas9, human genome, brain, autonomy, neurorights, biorights, bioethics

* Licenciada y doctora en Derecho por la Universidad Carlos III (España). Profesora de la Universidad Pontificia Comillas ICADE de Madrid (España).
Código ORCID: 0000-0003-0168-6510. Correo electrónico: vmorente@comillas.edu

CONTENIDO: I. LA ERA DE LA BIOTECNOLOGÍA: EL CONOCIMIENTO GENÉTICO.- I.1. LAS TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN Y MANIPULACIÓN DEL GENOMA HUMANO.- I.2. ¿TERAPIA O MEJORA? DERRIBANDO LA FRONTERA.- II. LA ERA DE LA NEUROCIENCIA: EL CONOCIMIENTO SOBRE EL CEREBRO.- II.1. LAS TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN Y MANIPULACIÓN DEL CEREBRO HUMANO.- II.2. *BRAIN-COMPUTER INTERFACE* O HACIA LA «INTELIGENCIA HÍBRIDA».- III. LA BIOÉTICA Y EL DERECHO ANTE LA MANIPULACIÓN DEL CUERPO HUMANO.- III.1. UN ANÁLISIS DESDE LOS PRINCIPIOS BIOÉTICOS: DE LA AUTONOMÍA A LA RESPONSABILIDAD.- III.2. UN ANÁLISIS DESDE EL DERECHO: DE LOS BIODERECHOS A LOS NEURODERECHOS.- III.3. EL GENOMA Y EL CEREBRO COMO BIENES INDISPONIBLES. LOS LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

I. LA ERA DE LA BIOTECNOLOGÍA: EL CONOCIMIENTO GENÉTICO

Qué duda cabe de que la primera mitad del siglo XX estuvo dominada por el imperio de la física y la química, de tal manera que el centro del conocimiento científico se situó en el átomo y en la posibilidad de su tratamiento y manipulación, siendo en la deriva de esta avidez técnica y científica donde se crea, entre otras cosas, la bomba atómica. Sin embargo, el desarrollo científico-técnico de la segunda mitad del siglo XX encontró nuevos campos de acción en la física cuántica, la informática y, por supuesto, la genética y la biología molecular, que continúan desarrollándose fuertemente en el siglo actual. Tanto es así que ningún otro periodo de la historia ha estado más impregnado por las ciencias naturales ni ha sido tan dependiente de ellas como el siglo XX (Hobsbawm, 2000, pp. 516 y ss.).

En 1953 dos jóvenes investigadores, James Watson y Francis Crick, de 23 y 35 años, respectivamente, estudiaban la estructura de las proteínas para su doctorado en biofísica cuando descubrieron la estructura de doble hélice del ADN, que sería la clave para entender cómo se copia la información genética (Watson & Crick, 1953, pp. 737-738). Podría afirmarse entonces que la era de la biotecnología arranca en la segunda mitad del siglo XX y continua hasta nuestros días, constituyendo un nuevo paradigma global dominante en todos los campos del saber, que sucede así al precedente de la Revolución Industrial. El siglo de la biotecnología, según Rifkin (1999), se estructura en torno a lo que el autor mencionado define como una «nueva matriz operativa» (pp. 25-26). Este nuevo paradigma o matriz operativa, en la que confluyen fuerzas tecnológicas, sociales y económicas, está compuesta por siete elementos, cuya unión constituye el armazón de una era económica nueva, a saber: a) la capacidad de aislar, identificar y recombinar los genes hace que por primera vez podamos disponer del acervo genético como materia prima básica de la actividad económica futura; b) la concesión de

patentes sobre genes, líneas celulares, tejidos, órganos y organismos sometidos a la ingeniería genética y los procesos que se emplean para alterarlos da a los mercados el incentivo comercial para explotar los nuevos recursos; c) la posibilidad de crear una naturaleza bioindustrial producida artificialmente y destinada a reemplazar la pauta evolutiva de la naturaleza; d) el conocimiento del mapa genético humano, los nuevos avances en el cribado genético, la terapia génica somática, la inminente ingeniería genética, etc., pueden allanar el camino para la alteración completa de la especie humana y el nacimiento de una civilización eugenésica impulsada por la economía; e) la genética de la conducta humana o sociobiología, que antepone la naturaleza a la crianza; f) la conexión de la informática con la biotecnología hasta el punto de que «las técnicas de la computación y las genéticas se funden en una nueva y poderosa realidad tecnológica»; y, por último, g) una nueva concepción cosmológica de la evolución, que ofrece un marco de legitimidad al siglo de la biotecnología al sugerir que esta nueva forma de reorganizar nuestra economía y nuestra sociedad es una ampliación de los principios y las prácticas de la propia naturaleza y, por lo tanto, está justificada (pp. 25-26).

Quizá sea un tanto exagerado considerar a la biotecnología actual como un nuevo paradigma científico ya que, en verdad, la era biotecnológica del siglo XX no surge rompiendo con la etapa anterior, sino que supone la evolución de un proceso acumulativo de conocimientos previos. No se habría podido etiquetar a la segunda mitad del siglo XX y a lo que ha transcurrido del siglo XXI como «era de la biotecnología» sin el desarrollo de ciertas técnicas creadas y perfeccionadas en la era industrial. De hecho, Rodríguez Merino (2008) opina que la era biotecnológica comienza ya en la época de la Ilustración, pues afirma que el siglo XVIII viene marcado por una filosofía que, además de ilustrar, pone en movimiento esa Ilustración; esto es, revoluciona y, como consecuencia, transforma. Esta filosofía de la transformación se puede observar en todos los campos científicos y técnicos y, de una manera muy especial, en el biotecnológico, entendiendo por tal «aquel uso racionalmente controlado de la tecnología y la ciencia experimental aplicadas a la transformación y explotación de la materia viva por lo vivo» (pp. 34-38).

A la luz de esta concepción amplia y con perspectiva histórica de la biotecnología, podemos concluir que la biotecnología actual o moderna se proyecta fundamentalmente sobre el ámbito biomédico en el que encuentra dos aplicaciones concretas. Una primera aplicación sobre el genoma humano que tiene una finalidad meramente analítica o diagnóstica, y que viene determinada por los análisis genéticos —*screening* genético—; y una segunda aplicación sobre el material genético que tiene una finalidad de intervención y con la que se busca la modificación del «bios» humano a través de la utilización de las diferentes

ingenierías genéticas y terapias génicas. La Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de la Unesco, de 16 de octubre de 2003, entiende por análisis genético aquel «procedimiento destinado a detectar la presencia, ausencia o modificación de un gen o cromosoma en particular, lo cual incluye las pruebas indirectas para detectar un producto genético u otro metabólico específico que sea indicativo ante todo de un cambio genético determinado» (art. 2, num. xii).

Es decir, se trata del procedimiento destinado a detectar alguna alteración genética para la identificación de «afectado» o «no afectado», o de «portador» de un defecto genético o de variantes genéticas que puedan predisponer al desarrollo de una enfermedad específica (Baiget Bastús, 2011, p. 29). Dentro de las pruebas diagnósticas que constituyen el análisis genético podemos destacar dos categorías. En primer lugar, encontramos las pruebas de detección genética o *genetic screening*, en las que podemos diferenciar, a su vez, dos tipos de análisis: los análisis predictivos o de detección de enfermedades graves, tanto presintomáticas como de susceptibilidad; y un segundo tipo, donde encontramos el diagnóstico genético preimplantacional, el análisis prenatal y el posnatal. En segundo lugar, encontramos las pruebas de control genético o *genetic monitoring* dirigidas a la detección de posibles mutaciones genéticas sobrevenidas (Morente Parra, 2014, pp. 32-33).

Si bien los análisis genéticos han traído consigo un avance imposible de cuestionar en el ámbito diagnóstico de la biomedicina actual, no suponen una «invasión» en el material genético humano, en el soma humano. Como mucho, podemos afirmar que suponen una nueva amenaza para la intimidad y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, pero no a la dimensión física o corporal del ser humano, que es en la que nos vamos a centrar en el presente trabajo. Por ello, lo que aquí nos preocupa es la aplicación «intervencionista» o «manipuladora» de la biotecnología actual, que viene determinada por las técnicas de intervención o de edición genética, más concretamente por la técnica de CRISPR/Cas9, cuyo análisis vamos a abordar en el siguiente apartado.

I.1. Las técnicas de intervención y manipulación del genoma humano

Según algunos autores, podemos entender que la categoría general «manipulación genética» engloba tres técnicas de intervención: a) la mejora genética de animales y plantas; b) la ingeniería genética molecular; y c) la manipulación genética humana (Lacadena Calero, 1988, p. 137; Rodríguez-Drincourt Álvarez, 2002, p. 36). Dentro de esta última categoría podemos ubicar lo que se ha denominado «intervenciones sobre el genoma humano», que pueden ser de dos tipos en función de

sus objetivos: a) intervenciones terapéuticas, si tienen como finalidad corregir algún defecto o anomalía genética; y b) intervenciones de mejora, si tienen como único objetivo realzar o potenciar algún rasgo del individuo intervenido. A su vez, estas intervenciones pueden realizarse sobre células somáticas o germinales —células especializadas o células reproductivas, respectivamente—, por lo que finalmente tenemos cuatro tipos posibles de intervenciones: a) terapia génica germinal, b) terapia génica somática, c) intervenciones genéticas sobre células somáticas y d) intervenciones genéticas sobre células germinales.

La terapia génica se utilizó por vez primera en 1990 para tratar a una niña de cuatro años que padecía una grave enfermedad inmunológica. Esta enfermedad se debía a una deficiencia de la enzima denominada adenosin-desaminasa (ADA) que convertía a la niña en un ser vulnerable a todo tipo de infecciones. A este primer ensayo clínico le siguieron otros, también realizados con niños enfermos de inmunodeficiencia combinada (niños burbuja) y de fibrosis quística, dos patologías monogénicas (Feito Grande, 1999, p. 113). La terapia génica, en un sentido amplio, consiste en la práctica de «una técnica terapéutica mediante la cual se inserta ADN funcional en las células de un paciente humano para corregir un defecto genético o para dotar a las células de una nueva función» (Lacadena Calero, 2001, p. 8), o en la terapia que se vale de la manipulación directa y deliberada —reparar *in situ* o *in vivo*— de material genético en un paciente humano con la intención de corregir un defecto genético específico.

En el año 2020, Jennifer Doudna y Emmanuelle Charpentier (2014) fueron galardonadas con el Premio Nobel de Biología por el desarrollo de las «tijeras» genéticas conocidas como CRISPR/Cas9. Seis años antes, ambas investigadoras habían publicado su hallazgo en la revista *Science*, cambiando para siempre la ciencia de la edición genómica (pp. 3 y ss). CRISPR es una región del ADN de algunas bacterias que actúa como mecanismo inmunitario frente a los virus. Dicha región del ADN de la bacteria posee la especial capacidad de reconocer virus invasores y de desplegar sobre ellos una enzima encargada de dividirlos y de utilizar sus fragmentos para inmunizar a la bacteria ante posibles invasiones futuras del mismo patógeno (Montoliu, 2019, pp. 58 y ss.). Así, la enzima Cas9 es utilizada a modo de «tijeras moleculares» para cortar la secuencia de ADN de organismos vivos con gran precisión, relativa seguridad y bajo coste económico (Lacadena Calero, 2017, p. 3). La técnica CRISPR/Cas9 se vale de dos herramientas: la molécula de ARN, que presenta una secuencia complementaria con la secuencia diana contra la que va dirigida; y la endonucleasa Cas9, que corta el ADN en el lugar indicado por la molécula de ARN. Por tanto, en la técnica CRISPR/Cas9 los científicos diseñan una molécula de ARN complementaria a la secuencia de ADN que quieren editar y añaden una proteína Cas9, que actúa como

unas «tijeras» capaces de encontrar el tramo de ADN deseado y cortarlo, añadiendo seguidamente otro fragmento de ADN sintético (Montalvo Jaaskelainen, 2020, p. 40).

La técnica CRISPR/Cas9 supone todo un avance en la ciencia de la edición genética porque es mucho más barata que otras técnicas de terapia o intervención genética y, además, es muy sencilla. De momento, se ha aplicado con resultados tímidamente satisfactorios en la ganadería para obtener lo que Lluís Montoliu (2016) denomina «animales mutantes», ya que se han conseguido ovejas con mayor masa muscular y cerdos más seguros para xenotrasplantación (pp. 65 y ss.); sin embargo, no ha estado exenta de problemas. Como advierte Antonio Diéguez (2017) el problema principal que presentaba la técnica CRISPR/Cas9 es que en pruebas realizadas con monos los resultados buscados expresamente se consiguieron solo en un 20 % de los casos, lo que no ha supuesto un obstáculo para editar genéticamente no solo a ovejas y cerdos, sino también a perros, cabras, conejos y ratas (p. 122).

De momento, la técnica CRISPR/Cas9 no termina de salir de su fase clínica debido a que aún presenta varios problemas técnicos. Uno de los más recurrentes es el de los efectos fuera de la diana génica (*off target effects)*. Seis meses después de haber conocido que las herramientas CRISPR funcionaban en células eucariotas, algunos científicos manifestaron públicamente su preocupación por la aparición de muchas alteraciones no deseadas en diversos lugares del genoma con el que se había transferido los reactivos en un cultivo. El problema estaba en que esas células de cultivo habían sido sobreexpuestas a Cas9, lo que provocó que la nucleasa acabara detectando secuencias similares, pero no idénticas, a las de la guía ARN, y acabara cortándolas y generando mutaciones no deseadas (Montoliu, 2019, pp. 154 y ss.).

No obstante, parece que desde 2019 hay algo más de esperanza en que la técnica CRISPR se pueda aplicar en humanos sin el riesgo de que se produzca mosaicismo. David Liu, investigador del Broad Institute del MIT y Harvard, ha creado un proceso innovador sobre edición de bases y edición de calidad. Los editores de bases evitan tener que cortar las dos cadenas de ADN, ya que logran sustituir una letra por otra (A, C, G o T). Se trata de una especie de borrador o típex molecular que modifica y cambia letras del código genético. A este avance se ha unido más recientemente el *prime editing* o edición de calidad, que hace una función similar, pero logrando sintetizar ADN a partir de ARN (Anzalone *et al.*, 2019, p. 3). Los dos nuevos sistemas mejoran la precisión y versatilidad de los editores de bases frente al «mosaicismo» y los problemas asociados al mismo que, como hemos visto, inquietaban a los científicos.

Si el nuevo método de uso de la técnica CRISPR/Cas9 anunciado por David Liu se consolida los genetistas tendrán la capacidad de intervenir

en el propio genotipo del paciente, eliminando la alteración o anomalía desde su propia base genética, lo que tiene un doble efecto, pues no solo curará la patología concreta, sino que evitará el tratamiento médico que aquella lleve aparejado. Precisamente por ello, esta técnica, basada en la reparación *in situ* e *in vivo* del material genético, se ha convertido ya en la gran esperanza terapéutica del siglo XXI (Miguel Beriain, 2008, p. 269). Sin embargo, solo puede aplicarse sobre células somáticas, tal y como nos advierte el artículo 13 del Convenio sobre derechos humanos y biomedicina del 4 de abril de 1997 —conocido como Convenio de Oviedo—, que prohíbe la intervención sobre células germinales. Si la técnica de la «reparación de genes» a través de la edición genómica se aplicase directamente sobre las células germinales o reproductoras —o sobre el embrión humano—, tendría como consecuencia inmediata la prevención de alteraciones o anomalías genéticas que podrían heredar los descendientes. Su práctica podría suponer, en el mejor de los casos, la erradicación de patologías que tengan una base genética y que sean potencialmente transmisibles a la futura descendencia, antes incluso de que se desarrollen.

Pero, si su finalidad es terapéutica y beneficiosa para la especie humana, ¿por qué prohibirla? El argumento fuerte que justifica la prohibición de las intervenciones genéticas sobre células germinales se apoya en la imposibilidad actual de dimensionar en qué medida la especie humana podría verse afectada por la erradicación de ciertas patologías de origen genético. David Suzuki y Peter Knudtson (1999) ponen de manifiesto la ambivalencia de algunos genes, como es el caso del gen que provoca la anemia falciforme —una patología de naturaleza monogénica—. Se han realizado algunos estudios en el África tropical que han evidenciado que cerca del 30 % de la población nativa de algunas áreas son heterocigotos con el rasgo asintomático de la anemia falciforme. Este elevado porcentaje se debe a que la presencia de este gen les hace más resistentes a una enfermedad muy común en estas áreas geográficas: la malaria. Suzuki y Knudtson se plantean qué consecuencias tendría para esta población erradicar el gen defectuoso de la anemia falciforme a través de la práctica de la terapia génica en línea germinal. Es decir, se cuestionan hasta qué punto está moralmente justificada una acción benevolente —en atención al principio biomédico de beneficencia— que podría generar un efecto indirecto adverso o perjudicial para la especie humana (pp. 178-179).

La edición genómica a través de la técnica CRISPR/Cas9 no solo está ayudando a la medicina en su avance preventivo y terapéutico, sino que también abre una puerta prometedora a la mejora genética. De ahí que la Comisión Presidencial de Bioética de los Estados Unidos de América publicara un informe titulado *Beyond therapy, Biotechnology and the pursuit of happiness* en octubre de 2003, en el que advertía que

la biomedicina nos ofrece en la actualidad no solo la posibilidad de eliminar enfermedades (*screening out*), sino que también nos ofrece la posibilidad de seleccionar lo mejor (*choosing in*) e, incluso, yendo más allá, de rediseñarnos para lo mejor (*fixing up*) (Montalvo Jaaskelainen, 2020, p. 41).

Que la técnica CRISPR/Cas9 puede ser usada con fines únicamente de mejora no es una mera sospecha, sino un hecho consumado. La práctica totalidad de la comunidad científica ha condenado los usos «meliorativos» de dicha técnica, sobre todo desde que en 2018 el investigador chino He Jiankui anunció que había modificado el gen CCR5 de los embriones de dos futuras niñas a través de la técnica CRISPR/Cas9 para conseguir la inmunidad al virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), del que el padre era portador. Henry Greely fue uno de los muchos científicos que se manifestaron rotundamente en contra de esta práctica, apoyando la justificación de su repulsa sobre cinco problemas graves que, según él, presenta el caso de He Jiankui. Greely (2019) entiende que el experimento del investigador chino es prematuro y profundamente contrario a la bioética por cinco motivos: presenta un manifiesto desequilibrio en la relación riesgo/beneficio que se da en todo procedimiento de investigación científica; la obtención del consentimiento informado es, cuando menos, cuestionable; el proceso de aprobación de la intervención es profundamente confuso; hubo mucho secretismo en torno a dicho proceso; y, por último, porque supone una palmaria violación del presunto consenso ético internacional en relación con esta práctica (p. 151). Pero ¿por qué este caso provocó una repulsa tan unánime y contundente de la comunidad científica? La razón principal es que los embriones de las gemelas chinas estaban sanos; es decir, en realidad se trataba de una mejora genética en sentido estricto que ha creado una estirpe de humanos distinta, ya que su gen CCR5 ha sido modificado para ser resistente a la infección por VIH y no solo en las gemelas chinas, sino en toda su descendencia. Este lamentable suceso provocó que dieciocho científicos y expertos en bioética de prestigio internacional publicaran un artículo en la revista *Nature* el 13 de marzo de 2019 en el que se clamaba por una moratoria de cinco años en cualquier investigación encaminada a la modificación de la línea germinal del genoma humano, excluyendo las modificaciones de embriones que no van a ser implantados (Lander *et al.*, 2019, pp. 165-168).

Lo que cabe preguntarse ahora es si hubiera cambiado algo en la opinión científica internacional manifestada tras el caso Jiankui si esta edición genómica de «mejora» —término discutible en este caso— se hubiera realizado sobre las células somáticas de un adulto que ha manifestado su consentimiento tras haber sido rigurosamente informado al respecto. ¿Dónde está el problema entonces? ¿Está en el tipo de célula que se

interviene o en la finalidad meliorativa buscada con la edición genómica? Intentaremos responder a esta pregunta en el siguiente apartado.

I.2. ¿Terapia o mejora? Derribando la frontera

A la luz de lo expuesto, parece que el caso de He Jiankui incurría en un doble ilícito ético: haber aplicado la técnica CRISPR/Cas9 sobre las células germinales —en el estado embrionario, las células aún no están diferenciadas— y haberlo hecho con una finalidad meliorativa[1]. Pero, lo que podemos comprobar con el caso expuesto es que, por un lado, tanto la intervención y edición genética con finalidad terapéutica como la meliorativa se basan en el mismo procedimiento técnico; y, por otro lado, que la frontera entre la terapia y la mejora queda muy desdibujada. En relación con el ámbito terapéutico, existe el inconveniente de que ni siquiera se puede contar con un catálogo cerrado de lo que entendemos por patológico o anómalo, ya que, como advierte Victoria Camps (2002), la barrera entre lo patológico y lo que no lo es no es estática, sino que cambia con el paso del tiempo y de acuerdo con las necesidades, preferencias subjetivas, intereses económicos o el nivel de bienestar social alcanzado (p. 59). A este respecto, algunos autores han sugerido elaborar listados de enfermedades como la solución menos mala (Romeo Casabona, 1994, p. 193; Romeo Malanda, 2006, pp. 200-202). En relación con el ámbito meliorativo, tampoco encontramos certezas, pues como bien señala Montalvo Jaaskelainen (2020), ni existen genes específicos cuya manipulación nos garantice la mejora o perfección del sujeto intervenido, ni existen técnicas biotecnológicas de mejoramiento en sí, sino que depende de los usos que se hagan (pp. 119 y ss.). Sin embargo, Lema Añón (2015) afirma que, si bien no podemos establecer una frontera clara y estática entre la terapia y la mejora ante algunos casos difíciles, sí podemos alcanzar una definición más o menos indiscutible de mejora a la luz de algunos casos «fáciles», como el de la hormona del crecimiento. Lema Añón utiliza este ejemplo como el «caso paradigmático» que nos permite diferenciar entre terapia y mejora, pues esta hormona puede emplearse tanto en personas que presentan una anomalía en su desarrollo corporal diagnosticada por un médico —en este caso, el uso de la hormona tiene una finalidad terapéutica— como en personas que, sin tener ningún problema de crecimiento, no alcanzan el estándar de una altura óptima para una sociedad dada, en cuyo caso el uso de la hormona tendría una finalidad meliorativa (pp. 370 y ss.).

Sin embargo, una golondrina no hace verano; es decir, un solo caso no nos proporciona certeza conceptual al respecto. Este es precisamente uno de los argumentos fuertes de los defensores del *human enhancement*, que consiste en concluir que, si no hay posibilidad de

1 Véase la Declaración del Comité de Bioética de España sobre la edición genómica en humanos de 2019.

establecer una diferencia conceptual clara entre lo que es terapéutico y lo que es meliorativo, tampoco es posible sostener argumentos éticos sustancialmente diferentes para ambas finalidades (Bostrom & Roache, 2008, p. 123). Es decir, si aceptamos éticamente la terapia y esta no puede diferenciarse claramente de la mejora, entonces debemos aceptar moralmente también la mejora de la especie humana a través de las intervenciones genéticas. No obstante, advierte López Frías (2013), el hecho de que no sea fácil definir el manido concepto de mejora no significa que haya de asumirse acríticamente la teoría continuista propia de los defensores del biomejoramiento. Los teóricos del biomejoramiento o del *human enhancement*, como Savulescu, Bostrom, Buchanan o Harris, justifican moralmente la deriva perfeccionista de la biotecnología actual, en atención a que el ser humano siempre ha buscado y aplicado a su vida diaria técnicas o tecnologías que le han facilitado o mejorado la vida (Harris, 2007, p. 39). Por lo tanto, el concepto de mejora que manejan estos autores es muy amplio y engloba cualquier tipo de innovación tecnológica, desde la invención de la agricultura hasta las aplicaciones biomédicas actuales, siempre que se incremente la felicidad de los individuos (López Frías, 2013, pp. 216-217 y 224). La corriente científica y filosófica que defiende el biomejoramiento entiende, por tanto, que no es posible trazar una línea divisoria entre lo terapéutico y lo meliorativo, pues en realidad el mejoramiento es una forma de terapia y la terapia una forma de mejora (Diéguez, 2017, p. 126). Con ello pretenden diluir cualquier tipo de análisis o crítica moral sobre las intervenciones genéticas meliorativas, ya que, si aceptamos la intervención o manipulación del genoma con una finalidad terapéutica, indirectamente estamos aceptando la mejora. De esta forma, la búsqueda de la mejora se torna incluso en obligación moral, como lo es la intervención terapéutica (Savulescu, 2005, pp. 37-38).

Esta corriente de pensamiento, defensora de la mejora genética, es denominada «bioprogresista» por Llano Alonso (2020) y está representada por pensadores —además de los ya citados— de gran predicamento, como Allen Buchanan o Yuval Harari. Del otro lado, que Llano Alonso denomina «bioconservadurismo», encontramos autores también de reconocido prestigio internacional como Francis Fukuyama o Michael Sandel (pp. 182 y ss.). Si bien los denominados «bioconservadores» esgrimen diferentes tipos de argumentos, convergen en un rechazo común y frontal contra la supuesta libertad de los padres de elegir a la carta las características genéticas de sus futuros hijos; y, sobre todo, contra la creación de un mercado de genes al amparo de lo que denominan la «eugenesia liberal». Los bioconservadores aseveran que los padres que eligen las características genéticas de sus futuros hijos pretenden sortear el azar biológico que rige la vida de todos los seres humanos, convirtiéndose así en «hacedores» y no en

«progenitores» de su descendencia. El hijo tendría un destino genético diseñado y determinado por sus propios padres sin posibilidad de réplica. Se produce así la ruptura del equilibrio intergeneracional entre progenitores y descendencia (Habermas, 2002, pp. 85-91). En esta misma línea, Michael Sandel (2007) asevera que las relaciones entre progenitores y descendencia deberían estar basadas en pilares morales básicos de una sociedad justa: el amor incondicional y la apertura a lo recibido en la crianza. Para Sandel, cambiar nuestra naturaleza para encajar mejor en el mundo es la mayor pérdida de libertad posible, hasta el punto de que la mejora genética individual «nos aparta de la reflexión crítica del mundo y aplaca nuestro impulso hacia la mejora social y política» (p. 152).

La práctica totalidad de los pensadores «bioconservadores» se aferran al argumento de la naturaleza humana como aquel conjunto de cualidades psicofísicas que, aun habiendo sido objeto de evolución biológica, convierten al ser humano en un ser único, claramente diferenciado del resto de animales. Si bien los defensores de una naturaleza humana identificable no lo hacen en los mismos términos, sí coinciden en defender que nuestra razón y nuestra consciencia nos habrían convertido en un ser vivo singular que, entre otras cosas, es capaz de empatizar con sus congéneres y de relacionarse con ellos de manera pacífica a través de la creación de una comunidad basada en unos valores éticos compartidos y en procesos políticos consensuados. Sin embargo, a la luz de algunos estudios observacionales y experimentales realizados con primates, parece que nuestras acciones y juicios morales, basados en la libertad individual y en la consciencia racional y emocional del «otro», no son exclusivamente humanas. Algunos simios han dado claras muestras de poseer una consciencia moral básica, lo que implica necesariamente cierta dimensión de alteridad o empatía y, por consiguiente, de juicio moral (De Waal, 2007, pp. 47 y ss.). Además, no solo los simios han dado reiteradas muestras de poseer una racionalidad creadora de pensamientos, creencias y razones para la acción, también los delfines lo han hecho en numerosos estudios observacionales, ampliando así el espectro de animales inteligentes no humanos (MacIntyre, 2001, pp. 35 y ss.). Podríamos concluir entonces que, en principio, no habría algo así como un conjunto de cualidades exclusivamente humanas que delimiten un bien indisponible por parte de la ciencia y la técnica.

Entonces, solo cabe plantearse la pregunta que formula Antonio Diéguez (2021) cuando llega a este punto de su razonamiento: ¿cuál es el criterio al que acudir a la hora de decidir si una determinada manipulación tecnológica realizada en un ser humano es o no moralmente aceptable? (p. 127). Diéguez responde a su pregunta afirmando que no hay una respuesta única y general, sino que el juicio de corrección o incorrección moral habrá de formularse sobre cada caso concreto (p. 128). Es decir,

ante la ausencia de certezas, debería primar el método casuístico en lugar de los juicios éticos o jurídicos de carácter absoluto. Para realizar ese juicio crítico del caso concreto desde la perspectiva ética, nada mejor que acudir a los principios clásicos de la bioética: autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia. Aunque también se adoptará la perspectiva de dos principios jurídicos que han tenido mucho predicamento en el ámbito bioético: el principio de precaución y el de responsabilidad. Por su parte, el juicio o la crítica jurídica se hará no desde la perspectiva de los derechos fundamentales, sino desde la perspectiva de la disponibilidad o indisponibilidad, por parte del sujeto titular, de los bienes jurídicos que se protegen. Sirva como ejemplo el caso de la legislación española, que se ha pronunciado sobre el particular de una forma taxativa, optando claramente por una posición bioconservadora estricta que no solo declara ilícita la manipulación de genes humanos que altere el genotipo —salvo si la finalidad es eliminar o disminuir taras o enfermedades graves—, sino que la persigue y castiga penalmente con pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años (Código Penal español, 1995, art. 159.1). Es decir, en la legislación española se veda especialmente —con amenaza de sanción penal— cualquier terapia génica practicada tanto sobre embriones o fetos humanos como sobre seres humanos ya nacidos.

II. LA ERA DE LA NEUROCIENCIA: EL CONOCIMIENTO SOBRE EL CEREBRO

Si hay un discurso que impera sobre los demás y del que hace eco la prensa prácticamente a diario es el científico. Las ciencias naturales, tales como la biología, la química, la física —especialmente la física cuántica— y la neurología parecen estar en disposición de proporcionar las respuestas a las preguntas que se ha planteado la humanidad a lo largo de su historia. Esto ha provocado el crecimiento exponencial de la confianza colectiva en el poder analítico y explicativo de las ciencias naturales, así como la consiguiente consolidación de un marco cultural creado a partir de un conocimiento creciente sobre la naturaleza humana. Tanto es así que actualmente hay dos ciencias naturales que gozan de una hegemonía incuestionable: la genética y la neurociencia. Hoy es prácticamente imposible aproximarse a cualquier fenómeno natural o social que no esté vinculado de alguna manera con los genes o el cerebro. Si nos centramos en la neurociencia, ha de reconocerse que esta goza de un inusitado acogimiento mediático y social, incluso encontrándose aún en ciernes. La neurociencia está de moda (Feito Grande, 2018, p. 2). Y es cierto que hay que reconocerle el mérito de haber provocado la revisión y renombramiento de algunas de las disciplinas humanísticas y sociales tradicionales, como sucede con la neurofilosofía, la neuroética, la

neuropolítica y el neuroderecho. De ahí que algunos científicos hablen incluso de «neurocultura», como es el caso de Francisco Mora (2007), que entiende por tal «una reevaluación lenta de las humanidades, o si se quiere, un reencuentro, esta vez real y crítico, entre ciencias y humanidades». Afirma este autor que se trata de un encuentro entre la neurociencia, que es el conjunto de saberes y conocimientos sobre cómo funciona el cerebro, obtenido desde las más variadas y diversas disciplinas científicas, y el producto de ese funcionamiento, que es el pensamiento y la conducta humanos (p. 24).

El problema es que la «neurocultura» está maximizando los rigores cientificistas con la finalidad de desvincular al conocimiento humano de la magia y el misterio; es decir, con la finalidad de vaciar de contenido a la ética, la religión, la política y el derecho. Varios autores, entre los que se encuentran Pinker, Gazzaniga y Damasio, niegan la existencia de la mente, del espíritu y de la libertad individual por entender que todas estas cualidades que creemos esencialmente humanas no son más que productos de nuestro cerebro racional. De hecho, el último autor mencionado soporta su teoría de la «invención» del yo subjetivo por el cerebro en una hipótesis de trabajo de carácter fisiológico. Según Damasio (2010), el cerebro construye el «yo subjetivo» de manera escalonada o por etapas, de tal forma que el proceso de creación del «yo» comienza con las representaciones del encéfalo, prosigue con las interacciones del encéfalo con el organismo y concluye con una sobreabundancia de pulsos del sí mismo central que delimitan un «sí mismo autobiográfico» (pp. 277-279). Por ello, la conclusión a la que llegan muchos neurocientíficos es que tanto la moral como la religión, la política o el derecho serían fruto de conexiones neuronales determinadas. Desde este prisma reduccionista, el cerebro, como consecuencia de su composición y sus conexiones internas, explica por sí mismo nuestros anhelos espirituales, de tal modo que la religiosidad o espiritualidad tendrían, en todo caso, una explicación neurológica.

En una sociedad como la actual, donde la reflexión humanística es residual y a veces anecdótica, tanto la genética como la neurología se presentan al gran público como las «ciencias del todo», como las únicas ciencias que están en disposición de explicar los fundamentos últimos del comportamiento humano. Y esto es cierto solo para el ámbito biológico. Sin embargo, una cosa es que la ciencia genética y la neurología expliquen los fundamentos biológicos del ser humano, y otra cosa distinta es que se puedan formular juicios reduccionistas tales como «somos lo que nuestros genes determinan que seamos» o «somos todo lo que son nuestras neuronas y sus interacciones determinan». Estas afirmaciones tienen una clara vocación reduccionista y simplificadora que pretende proporcionar una explicación última y fundamental de la complejidad del ser humano. Un exceso de entusiasmo científico

puede llevarnos a un absolutismo tal que no se deje espacio a otro tipo de análisis sobre la naturaleza humana. Si todo lo que somos son genes y cerebro, y lo podemos controlar a través de la ciencia, ¿qué sentido tendrán otros saberes y conocimientos como la ética, la política o el derecho? Si todo lo que somos es materia biológica, la manipulación de los genes y los cerebros sería entonces la única política pública posible en los nuevos totalitarismos.

II.1. Las técnicas de intervención y manipulación del cerebro humano

Si desde que comenzó el siglo XXI la informática, la genética y la neurociencia —y las tecnologías convergentes: nanotecnología, biotecnología, informática y ciencias cognitivas (NBIC)— han gozado de todo el protagonismo mediático, desde hace apenas dos años la neurociencia está de rabiosa actualidad, fundamentalmente por dos sucesos de impacto mundial. El primero de ellos tuvo lugar en 2020, cuando el mundo aún estaba sumergido en la pandemia de COVID-19. Elon Musk presentó a Gertrude y a Pager, una cerda y un mono, respectivamente, a los que habían colocado un implante extracraneal que conectaba sus cerebros con un ordenador. Los casos de Gertrude y Pager se basan en lo que se ha dado en llamar *brain-computer interface* (BCI, por sus siglas en inglés), que consiste en la creación de interfaces entre cerebro orgánico y máquina, robot o inteligencia artificial (De Asís Roig, 2018, pp. 35-36). Esta técnica puede tener una funcionalidad unidireccional en el sentido cerebro-máquina, a través de la cual el cerebro biológico controla a la máquina inteligente o robot; o unidireccional en el sentido contrario máquina-cerebro, que consiste en que el *software* introduzca determinada información en el cerebro orgánico. Actualmente, los implantes extracraneales de Neuralink no se han podido probar en humanos al no haber obtenido la autorización necesaria de la Food and Drug Administration (FDA, por sus siglas en inglés) después de que varios de los animales sometidos a las pruebas de laboratorio fallecieran de manera inexplicable.

El segundo suceso de impacto mundial tiene una doble dimensión: una dimensión científica y otra político-jurídica. La parte científica viene dada por el denominado BRAIN Project —Brain Research through Advancing Innovative Neurotechnologies—, que se está desarrollando desde hace una década en la Universidad de Columbia (Nueva York). En el año 2013, el neurólogo Rafael Yuste y su equipo de investigadores consiguieron la financiación necesaria de la Administración Obama para poner en marcha el que desde entonces se conocería como el Brain Project. Poco después de su puesta en marcha arrancó el Human Brain Project, que es el proyecto financiado por la Unión Europea (UE). Ambos proyectos han dado origen a lo que se ha denominado

Big Science, que nació a mediados del pasado siglo y tiene como objetivo mapear y cartografiar la actividad neurológica a través de técnicas de neuroimagen para poder descifrar así la interconexión neuronal del cerebro humano. También varios proyectos se centran en los tres niveles de conocimiento científico que, según el fisiólogo Francisco Rubia (2009), se dan actualmente sobre el cerebro humano (pp. 151-152). Estos son un nivel de conocimiento superior que explica la función de las grandes áreas cerebrales: lóbulo frontal, lóbulo parietal, etc.; un nivel de conocimiento intermedio que describe lo que ocurre en las asociaciones de cientos de neuronas —hay que tener en cuenta que el cerebro tiene cerca de cien mil millones de neuronas—; y un nivel de conocimiento inferior que abarca los procesos celulares y moleculares de manera aislada.

El propósito del Brain Project al centrarse en estos tres niveles de conocimiento es descifrar el lenguaje de las neuronas y sus intrincadas conexiones. Es decir, pretende conocer el comportamiento del cerebro humano a través de su observación directa. Gracias a la imaginería cerebral, que observa la actividad del cerebro a través de estímulos externos, se pueden llegar a ubicar en las diferentes áreas del cerebro las manifestaciones de algunas enfermedades neurológicas y psiquiátricas que por el momento no tienen cura, como el Parkinson, la depresión, la enfermedad de Alzheimer o la esquizofrenia. Las técnicas de neuroimagen suelen agruparse en dos grandes bloques, atendiendo a los diferentes parámetros que definen la actividad neuronal. El primer bloque está integrado por aquellas imágenes que se basan en registros de los campos eléctricos y/o magnéticos de la actividad neuronal, como la electroencefalografía y la magnetoencefalografía. El segundo bloque está integrado por aquellas que estudian las modificaciones hemodinámicas y/o metabólicas que acompañan a la actividad neuronal, donde se encuentran la tomografía y la imaginería por resonancia magnética funcional (IRMf) (Rodríguez Serón, 2006, p. 81). El objeto de esta prueba diagnóstica es pasar al plano de la intervención o terapia focalizada en la zona afectada a través de estímulos extracraneales.

Si bien la finalidad de este proyecto es eminentemente terapéutica, han sido los mismos investigadores los que han dado la voz de alarma en relación con los peligros potenciales que se pueden derivar de este nuevo poder sobre el cerebro humano, siendo esta la dimensión jurídico-política de este segundo suceso mundial. De esta manera, y emulando a los científicos que lideraron el Proyecto Manhattan —que dio origen a la bomba atómica—, los investigadores del Brain Project advierten de la necesidad de reconocer y garantizar en sede internacional un nuevo catálogo de derechos humanos denominado por ellos mismos «neuroderechos» (Yuste *et al.*, 2021, p. 156), los que tendremos ocasión de analizar en lo sucesivo.

II.2. *Brain-computer interface* o hacia la «inteligencia híbrida»

La interacción entre cerebro y máquina o inteligencia artificial (IA) a través de la creación de interfaces como la comentada en el acápite anterior supone para muchos la mejor y más clara alternativa a una posible sustitución futura de la humanidad por parte de la IA. El lema para los entusiastas de la BCI sería algo así como «si no puedes con tu enemigo, únete a él». Actualmente, hay muchas voces que auguran no solo la equiparación entre la inteligencia humana y la IA a través de lo que se ha dado en llamar «el momento de la singularidad» —*Artificial General Intelligence*—, sino que, incluso, afirman que se alcanzará un momento de superación de la inteligencia humana por parte de la IA —*Artificial Super Intelligence*— (Llano Alonso, 2018, pp. 94-95). No obstante, parece más plausible —e incluso podría decirse que más deseable— una hibridación entre inteligencia orgánica e inorgánica que nos permita sortear el reemplazo de «especies», aunque tengamos que asumir por ello un cambio radical y profundo de la propia naturaleza humana (Morente Parra, 2021, pp. 260-261).

Si entendemos la naturaleza humana en un sentido clásico, como autonomía de la voluntad y autoconsciencia, ¿en qué medida se verían ambas cualidades humanas condicionadas o afectadas por la creación de interfaces entre el cerebro humano y la IA? La respuesta a esta pregunta va a depender de dos condiciones previas básicas, una de carácter ideológico y la otra de carácter teleológico. La primera se encuentra relacionada con el esquema ideológico o marco filosófico del que parta nuestro juicio crítico a la hora de valorar las consecuencias de la hibridación entre cerebro humano y la IA. Si asumimos los postulados del transhumanismo, la respuesta será positiva —a excepción de algunas voces críticas, aunque no contrarias, como la de Julian Savulescu (2012, pp. 213 y ss.)—, ya que la interconexión de los cerebros humanos con la IA nos hará más inteligentes, más capaces y, por consiguiente, más libres. La segunda condición previa está relacionada con la finalidad de la interconexión cerebro humano e IA y pretende dar respuesta al para qué de la hibridación. Es decir, debemos intentar saber previamente si la generación de interfaces ser humano-IA está pensada para potenciar nuestras capacidades cognitivas e intelectuales —lo que se denomina «mejora cognitiva»—, o incluso para poder valernos de robots a los que dirigir con impulsos cerebrales; o si, por el contrario, está ideada para controlar y dirigir nuestras decisiones y, por consiguiente, someter nuestra voluntad a la IA. Parece obvio rechazar esta última opción, aunque seguramente haya razones comerciales e incluso militares para explorar esta posibilidad a futuro.

Sin embargo, teorizar sobre cómo será la relación futura entre el ser humano y la IA no conlleva asumir una posición normativa al respecto.

Eso sería tanto como asumir el imperativo tecnológico que nos exige moralmente la mejora de la especie humana a través de cualquier técnica, desde la mejora genética hasta a la interconexión entre el cerebro humano y la IA. El imperativo tecnológico se encuentra estrechamente relacionado con un «desarrollismo» ilimitado que tiene como fin llevar a la humanidad a las cotas más elevadas de su perfección como especie. Esta idea se hermana, claro está, con el desarrollo genético en las posiciones más optimistas del transhumanismo. Algunas voces dentro del movimiento pro «*enhancement*» entienden que la mejora individual —genética y cognitiva— puede tener incluso un efecto positivo para la sociedad, como sucede con la mejora moral. Es decir, si los canales culturales no han resultado ser eficaces como proceso civilizatorio, por qué no probar con la mejora moral de los individuos a través de intervenciones genéticas y cognitivas (Persson & Savulescu, 2008, p. 168).

Al igual que las intervenciones genéticas, las técnicas de intervención cerebral pueden tener también dos finalidades. La primera es terapéutica y viene protagonizada por el Brain Project y el Human Brain Project, que están intentando desarrollar aplicaciones para enfermedades neurodegenerativas y patologías psíquicas. La segunda puede estar más relacionada con el desarrollo de «supercualidades» cognitivas e intelectuales —quizá las aplicaciones desarrolladas por Neuralink— que tienen una finalidad meliorativa o meramente lúdica. La naturaleza de la finalidad perseguida —terapéutica o meliorativa— tendrá como consecuencia el cambio de sujeto afectado. En el primer caso, hablamos de personas que padecen alguna patología psiquiátrica o neurológica, mientras que en el segundo caso hablamos de consumidores que quieren dar el salto de las gafas de realidad virtual al implante extracraneal con conexión a internet.

Llegados a este punto, solo queda preguntarse: ¿qué tienen que decir la ética y el derecho sobre estas intervenciones?

III. LA BIOÉTICA Y EL DERECHO ANTE LA MANIPULACIÓN DEL CUERPO HUMANO

Una teoría general y bien acabada de la bioética entiende que esta es la disciplina deliberativa previa y necesaria a cualquier proceso jurídico que pretenda regular las aplicaciones biotecnológicas a la vida, en general, y al ser humano, en particular. La bioética coincide con la dimensión crítica de la ética y con su vocación de convertirse en ética legalizada, es decir, en bionomía jurídica. Una bioética basada en valores como la libertad, la igualdad y la solidaridad se convertirá, una vez que haya sido incorporada al ordenamiento jurídico positivo, en bionomía jurídica, siendo su máxima expresión los derechos fundamentales. Esto pone de

manifiesto la relación necesaria que debe darse entre bioética y derecho en el contexto del Estado social y democrático de derecho, pues ambas deben entenderse como disciplinas complementarias en cualquier proceso público de reflexión crítica cuyo objeto sea una regulación jurídica que aglutine el mayor consenso social posible y genere certeza a la ciudadanía.

La conexión entre bioética, bionomía jurídica y derechos fundamentales (Lema Añón, 2007, p. 30) se estrecha en torno a los valores propios de la modernidad: libertad, igualdad y solidaridad o justicia. Estos valores delimitan el marco axiológico en el que debe darse el debate público y racional y que, en todo caso, deberá transformarse en el discurso de los derechos fundamentales, cuya justificación última se encuentra en el valor basal de la dignidad humana.

En el contexto de los Estados constitucionales, la bioética asume tanto el esquema cultural de los derechos fundamentales, cuyo epicentro se sitúa en la dignidad humana, como el de la teoría ética principialista, que tanto predicamento ha tenido en el ámbito biomédico y clínico occidental. Dentro de este marco axiológico de referencia se dan, fundamentalmente, dos posiciones éticas ante las técnicas que nos permitirán intervenir y manipular en un futuro próximo tanto nuestros genes como nuestros cerebros. Por un lado, encontramos las posiciones liberales —a las que anteriormente nos hemos referido como «bioprogresistas»—, basadas en la autonomía personal, en la libertad de empresa y en el libre mercado; y, por otro lado, están las posiciones conservadoras —a las que nos hemos referido como «bioconservadoras»—, que anteponen el interés público, el bien común, o un interés superior a la autonomía de la voluntad. Dependiendo de qué posición ética —que, finalmente, obedece a una teoría ética— adopte la mayoría, así quedará reflejado en el sistema jurídico de referencia. Si la posición moral adoptada es liberal —lo que sucede en la mayoría de los países en relación, por ejemplo, con las técnicas de reproducción humana asistida—, la legislación será progresista; sin embargo, si la posición moral es conservadora, la regulación jurídica será también proteccionista —es lo que sucede, por ejemplo, con el consumo de drogas—. En cualquier caso, todas las posiciones, sean progresistas o conservadoras —simplificando mucho el espectro ideológico—, encuentran argumentos para justificarse en el mismo acervo axiológico, que no es otro que el de los derechos fundamentales y la dignidad humana, ya sea para reforzar esta última o para negarla. Este marco ético es, precisamente, el que surte de contenido a la bioética y al derecho propio de los Estados constitucionales occidentales, que —no podía ser de otro modo— son democracias liberales donde priman las libertades públicas y los derechos fundamentales. En los márgenes de este esquema cultural, vamos a analizar en el siguiente epígrafe cuál es la respuesta de la bioética y del derecho ante la potencial amenaza de una tecnología

que, previsiblemente, permitirá al ser humano manipular tanto su genoma como su cerebro.

III.1. Un análisis desde los principios bioéticos: de la autonomía a la responsabilidad

La reflexión bioética se ha basado tradicionalmente en la teoría ética principialista al entenderse esta como una ética ecléctica situada entre el utilitarismo y la ética kantiana. El principialismo, afirma Gracia Guillén (1989), deriva directamente de lo que él denomina «utilitarismo blando» o «utilitarismo corregido» (pp. 278-279). Si el cálculo de utilidades propio del utilitarismo duro se aplicase al ámbito biomédico sin correcciones —es decir, en su versión pura—, tendría como consecuencia situaciones injustas e inequitativas. Para que se pueda alcanzar resultados equitativos en el ámbito biomédico a través de la aplicación del principio de utilidad, es necesario adoptar un utilitarismo de reglas. Estas reglas, como indica el profesor Gracia Guillén, podrían cifrarse en el «respeto a las personas», el «bienestar» y la «equidad», que además no se van a entender como principios deontológicos de carácter absoluto, sino simplemente como principios normativos obligatorios *prima facie* (p. 279).

El principialismo se ha fortalecido en el ámbito biomédico e investigador, campo de reflexión en el que tiene especial acomodo, a través de dos vías: una vía institucional, donde se halla el *Informe Belmont* (1979); y una vía teórica, donde se encuentra la tesis de Beauchamp y Childress. Atendiendo a la breve extensión del presente análisis, vamos a centrarnos únicamente en la fuente institucional que nos proporciona el mencionado informe. En dicho informe se consagran tres principios básicos, que son los siguientes: a) principio de respeto a las personas, también conocido como «principio de autonomía»; b) principio de beneficencia; y c) principio de justicia.

El primero de los principios éticos básicos que se reconocen en el *Informe Belmont* es el de respeto a las personas o principio de respeto a la autonomía personal, dentro del cual se incluyen dos convicciones morales fundamentales. La primera, derivada de la ética kantiana, es que todos los individuos deben ser tratados como agentes autónomos. Si bien para Kant la libre voluntad es condición de posibilidad de la dignidad, de ello no se deriva que el grado efectivo de capacidad en el ejercicio de la voluntad libre determine una graduación de la dignidad asignable, pues es la condición de ser racional —y no la eficiencia en la actualización de la condición— la que da lugar a la atribución de la dignidad. De ahí que también se entienda que las personas con discapacidad intelectual son igualmente dignas, lo que entronca con la segunda convicción, que afirma que todas las personas cuya autonomía se encuentra «disminuida»

(o comprometida) tienen derecho a la protección. Si se entiende que «una persona autónoma es aquella que tiene la capacidad de deliberar sobre sus fines personales, y de obrar bajo la dirección de esta deliberación» (punto 1), lo que implica tener capacidad de autodeterminación, entonces respetar la autonomía personal significa «dar valor a las consideraciones y opciones de las personas autónomas, y abstenerse a la vez de poner obstáculos a sus acciones a no ser que éstas sean claramente perjudiciales para los demás» (punto 1). Aunque puedan encontrarse matices conceptuales entre las diferentes teorías que han abordado la autonomía personal, prácticamente todas admiten que existen dos condiciones esenciales para que las acciones de una persona sean autónomas. El individuo debe gozar de libertad externa; es decir, debe encontrarse libre de influencias ajenas que puedan afectar de algún modo sus acciones o decisiones, e incluso que puedan llegar a someter su voluntad. Del mismo modo, el individuo debe gozar de libertad interna; es decir debe ser psicológicamente libre para decidir sobre cualquier aspecto, asumiendo la responsabilidad de dichas decisiones. Es lo que en derecho se ha venido a denominar «capacidad de obrar», a través de la que se interpreta que el individuo actúa o no actúa de forma intencionada y comprensiva de las consecuencias que de tal actuación (acción) u omisión puedan derivarse.

El segundo de los principios enumerados en el *Informe Belmont* es el de beneficencia. Frecuentemente, se ha entendido por beneficencia aquellos actos de bondad o caridad que no atienden a una obligación estricta; sin embargo, el informe entiende que la beneficencia, en el contexto de la experimentación e investigación biomédica, deriva de una obligación más estricta. El principio de beneficencia contiene dos reglas generales: la primera es no causar daños —proveniente del principio hipocrático *primum non nocere*— y la segunda, maximizar los beneficios y disminuir los daños posibles. Si bien el *Informe Belmont* no reconoce la no maleficencia como principio autónomo por entender que es una parte esencial y constitutiva del principio de beneficencia, autores relevantes en el discurso bioético como Beauchamp y Childress (1999), a los que ya nos hemos referido anteriormente, sí lo hacen al entender que el mandato ético que obliga a evitar el mal es de carácter universal y objetivo, mientras que la búsqueda del bien es de naturaleza subjetiva (p. 181).

El tercer y último de los principios recogidos en el informe es el principio de justicia, a través del cual se plantea la siguiente cuestión: ¿quién debe ser el beneficiario de la investigación y quién debería sufrir sus cargas? Es decir, ¿cómo se procede a una distribución equitativa de beneficios y cargas? Para intentar resolver estas cuestiones se han dado diferentes formulaciones —ampliamente aceptadas— sobre lo que ha de entenderse por una justa distribución de bienes y cargas, a saber:

a) a cada persona una parte igual, b) a cada persona según su necesidad individual, c) a cada persona según su propio esfuerzo, d) a cada persona según su contribución a la sociedad y e) a cada persona según su mérito.

Entonces, ¿cómo podríamos juzgar las intervenciones de mejora sobre nuestros genes y cerebros, atendiendo a los principios del *Informe Belmont*?

La primera cuestión que debemos tener en cuenta es que los principios han de interpretarse y aplicarse de manera conjunta e integral; esto es, no cabe atender únicamente a la autonomía de la voluntad y dejar de lado la exigencia de beneficencia o equidad. La segunda cuestión que debemos tener en cuenta es que estos principios se aplican *prima facie*; es decir, solo proporcionan una respuesta *ab initio*, pues ofrecen únicamente un punto de partida en la argumentación ética que, en todo caso, ha de ser concretado a través de reglas más precisas.

Partiendo de estos prerrequisitos, solo nos queda aferrarnos a las diferencias conceptuales anunciadas previamente para emitir un juicio basado en los principios del *Informe Belmont*: terapia o mejora, por un lado; y, por el otro, intervenciones y manipulaciones practicadas sobre células somáticas o germinales. De esta forma, si las intervenciones se entienden como accesibles a todos los ciudadanos —porque son prestadas por el sistema nacional de salud, por ejemplo— y tienen una naturaleza terapéutica, se torna bastante complicado posicionarse en contra, ya que concurre la aplicación de los tres principios: autonomía, beneficencia y justicia. Sin embargo, si solo se puede acceder a las intervenciones o manipulaciones genéticas o neurológicas a través del libre mercado, pagando un precio elevado —acceso inequitativo—, y si estas intervenciones tienen una mera finalidad meliorativa —eugenesia liberal— y, además, se efectúan sobre células germinales —afectando al genoma humano—, entonces, parece sencillo asumir los argumentos bioconservadores y reivindicar la protección jurídica de la integridad personal y del genoma como patrimonio de la humanidad (Romeo Casabona, 2002b, p. 145). Esta posición bioconservadora, según la clasificación ideológica manifestada líneas atrás, se basa también en otros dos principios cruciales que, aunque provenientes del ámbito jurídico, han tenido un perfecto acomodo en el discurso bioético —sobre todo en el de la bioética global—, y que son el principio de precaución y de responsabilidad.

El principio de precaución aparece por vez primera en el panorama internacional en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente celebrada en Estocolmo en 1972, luego en la Segunda Conferencia Internacional sobre Protección del Mar del Norte de 1987 y también en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y

el Desarrollo de 1992. En esta última norma se define el principio de precaución del siguiente modo:

> Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el enfoque de la precaución de acuerdo con sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica plena no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas costo-efectivas para prevenir la degradación medioambiental (principio 15).

A pesar de esta definición, el contenido concreto del principio de precaución sigue presentándose vago y excesivamente indeterminado en la práctica. Esto último complica su uso como guía para la toma de decisiones concretas, pudiendo ser incluso invocado para justificar decisiones opuestas en el contexto de una misma situación. Quizá con la finalidad de conseguir una mayor concreción del principio de precaución se aprobó la Comunicación de la Comisión Europea sobre el principio de precaución COM (2000)1, del 2 de febrero del año 2000, donde se determinan cinco puntos de concreción. En primer lugar, ha de procurarse la proporcionalidad de las medidas adoptadas, de tal manera que estas no habrán de exceder del nivel deseado de protección del mismo modo que no deben perseguir el riesgo cero (criterio de proporcionalidad). Es decir, el principio de precaución solo debe aplicarse ante aquellas situaciones de riesgo en las que hay bases lógicas para considerar que los daños eventuales serían graves e irreversibles en un contexto de incertidumbre científica, lo que no sucede en los casos que aquí se están analizando. En segundo lugar, las medidas adoptadas no deben ser discriminatorias, en el sentido de que deben tratarse idénticamente las situaciones iguales y de manera desigual las dispares (criterio de no discriminación). En tercer lugar, las medidas deben ser consistentes, de tal manera que perduren en el tiempo (criterio de conciencia). En cuarto lugar, debe llevarse a cabo un exhaustivo examen de los costes y beneficios de intervenir o no. Precisamente porque la aplicación del principio de precaución es costosa social y económicamente, los riesgos que han de tenerse en cuenta han de ser grandes y posibles (criterio de oportunidad o de cálculo de costes y beneficios). Y, en quinto y último lugar, las medidas deben ser de naturaleza provisional, de tal manera que puedan revisarse los desarrollos científicos, adoptando las disposiciones adecuadas a los nuevos datos científicos.

Por su parte, el principio de responsabilidad se basa, necesariamente, en una relación entre el sujeto y el objeto implicados en dicha dinámica asimétrica, de tal manera que tiene que existir un sujeto responsable y un destinatario de dicha responsabilidad. Pero ¿cuál es el fundamento ético de dicha relación de dependencia o asimetría en el contexto de la bioética? A esta pregunta pretendió responder Hans Jonas (1995) en

su famosa obra titulada *El principio de responsabilidad*, en la que afirmaba que todas las teorías éticas desarrolladas hasta la llegada de la sociedad biotecnológica compartían una serie de premisas básicas que podían concretarse en el entendimiento de la naturaleza humana como algo inmutable. Esa naturaleza o condición humana fija venía a facilitar tanto la delimitación de lo que había de entenderse por «bien humano» como el alcance que podía y debía tener la acción humana (p. 23). No obstante, la sociedad biotecnológica actual ha venido a desarrollar y potenciar las acciones del ser humano en el campo de la ciencia y la técnica, haciendo prácticamente inservibles los parámetros éticos tradicionales para la construcción de un juicio ético monolítico. La ética de la responsabilidad viene a proporcionar no un contenido moral concreto, sino un procedimiento de decisión basado en la observancia y atención a las consecuencias que nuestras acciones actuales podrían generar en las generaciones venideras. De ahí que la Unesco publicara el 12 de noviembre de 1997 la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras, donde se declara como deber moral de las generaciones actuales preservar la vida en la Tierra, el medio ambiente, así como el genoma humano y la diversidad biológica, con la finalidad de garantizar la plena salvaguarda de las necesidades y los intereses de las generaciones futuras. Este razonamiento ético, por tanto, se vale del método de la representación actual de los efectos remotos de nuestras acciones biomédicas en curso, aunque siempre dentro del marco de lo posible y no de lo seguro. Como apunta Jonas, solo a la luz de los sucesos probables pueden aparecer nuevos principios morales que hasta el momento eran desconocidos por innecesarios (p. 69).

Todos los principios aplicables en el marco deliberativo de la bioética son de observación obligatoria *prima facie*, es decir, en abstracto, en un primer momento; sin embargo, en una segunda fase, hay que aplicarlos al caso concreto a través de su ponderación. Los principios *per se* son herramientas orientadoras, brújulas que pretenden guiar nuestras actuaciones y decisiones por el curso de acción correcto. No obstante, cuando llegamos al dilema moral, hay que ponderar el peso de los principios en juego y, solo después de ese ejercicio de mensura y calibrado, podemos llegar a la conclusión de que un principio prevalece por encima de otro; por ejemplo, la autonomía sobre la beneficencia.

III.2. Un análisis desde el derecho: de los bioderechos a los neuroderechos

La deliberación bioética, como ya se ha mencionado líneas atrás, se articula en torno a principios y reglas concretas consagradas en una batería de instrumentos normativos que tiene dimensión internacional. En relación con los dos asuntos bioéticos que aquí estamos tratando

—manipulaciones genéticas somáticas e intervenciones sobre el cerebro humano—, hemos de atender a las siguientes normas internacionales: la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (DUGHDH), ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de noviembre de 1997; el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (CDHB), firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997; y, por último, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (DUBDH) de la Unesco, del 19 de octubre de 2005.

La DUGHDH tiene como objetivo principal evitar cualquier tipo de «discriminación genética», afirmando que cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y sus derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas. La DUGHDH reconoce tanto el derecho a conocer la información genética —previa evaluación rigurosa de los riesgos y de los beneficios— como a no conocerla a través de la consagración del «derecho a no saber» (art. 5, lit. c). Por último, en su artículo 11 declara que, en relación con las técnicas de intervención genética, no se llevarán a cabo prácticas contrarias a la dignidad humana.

Por su parte, el Convenio de Oviedo (1997) determina en su artículo 1 que las partes firmantes protegerán al ser humano en su dignidad e identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. El Convenio dedica todo un capítulo al genoma humano, destacando que «únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia» (art. 13). Si bien se cierra la posibilidad de cualquier intervención genética sobre células germinales —tanto somática como de mejora—, no parece que sea así en el caso de las intervenciones de mejora en la línea somática. El artículo 13 del Convenio de Oviedo también prohíbe la terapia génica germinal tanto meliorativa como curativa, puesto que se estaría modificando a su vez el patrimonio genético de la descendencia, lo que ha sido apoyado por algunos autores (Romeo Casabona, 1999, p. 53). Por el contrario, otros autores justifican las intervenciones en la línea germinal si estas tienen una clara finalidad terapéutica (De Miguel Beriain & Payán Ellacuria, 2019, p. 86). Esta postura, menos proteccionista de la línea germinal, encuentra su justificación en el hecho probado de que algunos tratamientos médicos, como la quimioterapia, pueden afectar indirectamente a la línea germinal del paciente. Esto es precisamente lo que advierte el artículo 92 del Informe Explicativo del Convenio de Oviedo (1997) en relación con su artículo 13 al reconocer que

> El artículo no prohíbe las intervenciones de tipo somático que podrían tener efectos secundarios no deseados en la línea germinal. Tal puede ser el caso, por ejemplo, de ciertos tratamientos de cáncer por radio o quimioterapia, que pueden afectar al sistema reproductor de la persona que se somete al tratamiento.

Esto es, el IECDHB se refiere a la admisibilidad de intervenciones o tratamientos con finalidad terapéutica (no meliorativa) y cuyos resultados no sean buscados, pretendidos o queridos —como sí acontecería en el caso de la mejora con consentimiento del sujeto—.

Por su parte, el artículo 7 del CDHB determina, en relación con las intervenciones en el cerebro, que

> La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso.

Esto es, las intervenciones sobre el cerebro deben ser consentidas, aunque en defecto de consentimiento expreso podría estar justificada la intervención cuando concurriese un riesgo grave y perjudicial para la salud del sujeto potencialmente intervenido, a menos que la ley estatal diga lo contrario.

Por último, la DUBDH de la Unesco, en su artículo 8, establece que «Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos».

Estas tres normas internacionales tienen por objeto proteger el bien jurídico «integridad personal», ya sea en su vertiente genética o en la psíquica —y psicológica—, en pro del bien superior y último de la dignidad humana. Es decir, los bienes jurídicos protegidos en tales normas son los bienes tradicionalmente custodiados —también en sede constitucional— de la integridad personal y del libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, algunos estudiosos de la materia han inferido de estas declaraciones una nueva generación de derechos, los denominados «bioderechos», que formarían parte de la catalogada como cuarta generación de derechos (Pérez Luño, 2006, pp. 28-33). De hecho, hay autores que abogan por aglutinarlos bajo el término «bioconstitución» (Romeo Casabona, 2021, p. 196).

Dentro de los denominados bioderechos encontraríamos el derecho a la intimidad genética, el derecho a la autodeterminación sobre la información genética o *habeas genoma*, el derecho a conocer o no nuestro patrimonio genético a través de un análisis genético, el derecho a la integridad genética y el derecho a la identidad genética, que estaría relacionado con la prohibición de la clonación reproductiva —prohibida *ex* DUGHDH (1997, art. 11)—. El bien jurídico protegido en todos ellos es la integridad e identidad del patrimonio genético de todo individuo. Por su parte, el sujeto titular de los bioderechos es el individuo que potencialmente puede ser afectado por las técnicas de intervención y manipulación genética, aunque en la mayoría de los casos el sujeto a editar genéticamente será el embrión que, como sabemos, no es titular de derechos, sino objeto de protección jurídica. A este respecto, sirvan como ejemplo de la concepción gradualista del embrión las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional español: STC 53/1985, del 11 de abril de 1985; 212/1996, del 19 de diciembre de 1996; y 116/1999, del 17 de junio de 1999.

Por el contrario, los denominados neuroderechos no son derechos emergentes inferidos de normas internacionales, entre otras cuestiones, porque la Unesco aún no ha aprobado ningún instrumento internacional sobre neurociencia y derechos humanos. Lo único con lo que contamos a nivel global es con un informe aprobado en 2021 por el Comité Internacional de Bioética de la Unesco, que se refiere expresamente a los neuroderechos como un nuevo catálogo de derechos humanos cuya aprobación y garantía es necesaria en atención a los nuevos riesgos que se plantean desde las aplicaciones neurocientíficas. Según el mencionado informe, las neurotecnologías posibilitan el registro y la transmisión de datos neuronales, y abren potencialmente el acceso a informaciones almacenadas en el cerebro que, si bien *a priori* van a ser objeto de aplicación y desarrollo en el ámbito médico, tienen un innegable potencial en el ámbito de la industria, el *marketing* y el juego. En atención al reto que supone la aplicación de las diferentes neurotecnologías, sobre todo fuera del ámbito médico, la Unesco acaba de publicar un informe titulado *The risks and challenges of neurotechnologies for human rights* (2023). En dicha monografía se pone el foco en la necesaria gobernabilidad democrática de los nuevos medios neurotecnológicos de los que nos provee la ciencia, en el fortalecimiento y la ampliación del debate público sobre los usos posibles y deseables de los mismos y, sobre todo, en el necesario respeto a los derechos fundamentales y las libertades públicas que nos hemos reconocido y garantizado —en mayor o menor grado— en los últimos setenta años.

Sin embargo, todos estos instrumentos normativos no dejan de ser meras recomendaciones de un órgano internacional cuyas disposiciones no son vinculantes, conclusión a la que llegaron Marcello Ienca y Roberto

Andorno (2017) después de analizar las principales normas de derechos humanos. Ambos autores manifiestan que, si las normas vigentes no son suficientes para protegernos frente a la neurotecnología, será necesario adaptar los derechos existentes a los nuevos desafíos o crear nuevos derechos. Del mismo modo, los propios investigadores del Brain Project, ante la ausencia de un marco normativo internacional de carácter obligatorio, abrieron una rueda de conversaciones con representantes políticos de diferentes Estados con la finalidad de que estos incorporaran en sus propios ordenamientos jurídicos los denominados «neuroderechos». El primer país en el que estas conversaciones surtieron efecto fue Chile, donde se incorporó un catálogo de neuroderechos en el borrador de la nueva Constitución, que aún no ha sido refrendado por la ciudadanía. Este nuevo catálogo de derechos fundamentales estaría integrado por los siguientes cinco neuroderechos: el derecho a la privacidad mental, el derecho a la identidad personal, el derecho al libre albedrío —equivalente al derecho al libre desarrollo de la personalidad—, el derecho al acceso equitativo al aumento de la cognición y, por último, el derecho a la protección de sesgos, que pretende garantizar una conexión cerebro humano-máquina sin discriminación por razón de sexo, raza, religión o ideología.

Frente a este contexto, cabe preguntar: ¿protegen estos derechos emergentes bienes jurídicos nuevos y que, por consiguiente, no gozan de protección jurídica actualmente? ¿Es oportuna y necesaria su consagración a través de una declaración de la Unesco?

Ha de advertirse que se puede responder a estas preguntas de manera distinta, dependiendo de la perspectiva de análisis que adoptemos ante las mismas. Desde una perspectiva estrictamente jurídica —que es la que aquí se adopta—, la respuesta a las preguntas planteadas ha de ser negativa si atendemos a los mejores argumentos que se han vertido, sobre todo, en relación con los neuroderechos (De Asís Roig, 2022, pp. 60 y ss.).

Ni los bioderechos ni los neuroderechos protegen nuevos bienes jurídicos. En el caso de los bioderechos, el bien jurídico a proteger es la integridad e identidad genética del individuo; es decir, la tradicional integridad física. Por su parte, en el caso de los neuroderechos, el bien jurídico a proteger es la integridad cerebral o inviolabilidad del cerebro, que forma parte del bien jurídico integridad física o corporal y del bien jurídico libre desarrollo de la personalidad. Asumiendo que la práctica de algunas aplicaciones tecnológicas y biomédicas pone de manifiesto la especial vulnerabilidad del patrimonio genético y de la identidad personal, entendida esta como identidad psicológica o mental, estos bienes jurídicos tienen perfecto encaje en la estructura propia de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la integridad e identidad personal.

Tanto la protección del patrimonio genético como la protección de la integridad cerebral y mental suponen especificaciones —en un sentido débil— de dos bienes jurídicos ya protegidos: la integridad personal y el libre desarrollo de la personalidad, entendido como autonomía de la voluntad o autodeterminación. Esta es la conclusión que puede inferirse del planteamiento de Jan-Christoph Bublitz (2013) al delimitar un derecho a la «libertad cognitiva y mental» (*cognitive liberty*) con vistas a reforzar su protección frente a intromisiones estatales (pp. 9 y ss.). No se trataría tanto de una propuesta de creación de nuevos derechos como de la identificación de un aspecto o una vertiente de derechos ya reconocidos, cuya vulneración entraña una mayor injerencia en la libertad individual o en la autonomía entendida como *agency*. De hecho, Bublitz (2022) es uno de los autores más críticos con la propuesta de reconocimiento y garantía de un nuevo catálogo de derechos humanos o neuroderechos. En un trabajo reciente plantea siete argumentos críticos contra los neuroderechos, que son los siguientes: el primero es la falta de un debate académico al respecto; el segundo es el problema de la inflación, lo que provoca que los derechos pierdan eficacia y rigor; el tercer argumento ataca la incompetencia jurídica de quienes los plantean; el cuarto es la deriva de no tomarse los derechos en serio, lo que estaría relacionado con el segundo argumento; el quinto se sitúa en la falta de comprobación de la primera hipótesis —es decir, que la normativa vigente es ineficiente para proteger los bienes jurídicos que están en juego—; el sexto argumento es sobre la presencia excesiva —quizá impostada— de lo «neuro»; y, finalmente, el séptimo argumento se proyecta sobre las consecuencias imaginadas que, para el autor, tienen más que ver con la ciencia ficción que con la ciencia real (pp. 7 y ss.).

En esta misma línea negacionista de los neuroderechos se sitúan otros autores con argumentos similares, que podemos entender como complementarios a los ya expuestos por Bublitz. El primero es el planteado por Rebollo Delgado (2005) al afirmar que la configuración singular de un derecho fundamental proviene de su objeto y no de las múltiples formas en que se lesiona; es decir, las posibilidades de lesión son muchas y variadas, pero el bien jurídico a proteger sigue siendo el mismo (pp. 137-138). El segundo es el argumento antiinflacionista que ha sostenido tradicionalmente Romeo Casabona (2002a) —aunque en su caso es en relación con los bioderechos— al afirmar que la creación incontrolada de nuevos derechos fundamentales supondría una inflación jurídica que haría ineficaz el subsistema de derechos humanos (p. 287).

Para absorber la realidad biotecnológica desde los parámetros de los derechos fundamentales ya consagrados en nuestros ordenamientos jurídicos, se presenta necesario y urgente un proceso de interpretación jurídica capaz de neutralizar los nuevos retos y amenazas que puedan acechar a los bienes jurídicamente protegidos. Es importante recordar

que los derechos, como principios que son, tienen una naturaleza vaga e indeterminada que los hace versátiles para proteger la dignidad humana, adaptándose a las exigencias de los tiempos biotecnológicos. En cualquier caso, los derechos fundamentales se erigen como garantes de la dignidad humana ante posibles violaciones y ataques a la misma por parte de un tercero. Es decir, la garantía y protección que ofrecen los derechos se despliega cuando el sujeto no ha consentido una intervención genética o cerebral; pero, si consiente de manera informada, el blindaje de los derechos fundamentales debe decaer en favor de la autodeterminación individual.

Por el contrario, las respuestas a las preguntas planteadas arriba serán afirmativas —ha de aprobarse un instrumento normativo internacional que reconozca y garantice tanto los bioderechos como los neuroderechos— si entendemos que el propósito de la reivindicación de estos nuevos derechos tiene un carácter meramente (bio)político. Si lo que se pretende es ampliar el espacio de indisponibilidad de algunos bienes jurídicamente protegidos en pro del bien común, entonces los nuevos derechos estarán justificados como herramientas defensivas frente a un desarrollismo tecnológico potencialmente desregulado o infrarregulado, según el caso del que se trate. En cualquier ordenamiento jurídico los bienes indisponibles escapan a la libre autodeterminación individual en beneficio del paternalismo estatal. En este caso, tanto los bioderechos como los neuroderechos vendrían a ampliar el espectro de acciones que quedan fuera del control o de la autodeterminación individual, tales como la vida, la salud y la integridad física.

Varios autores han señalado cuáles son los bienes jurídicos que deben protegerse especialmente dentro del elenco de los nuevos derechos. Uno de ellos es el derecho a la identidad personal (Genser *et al.*, 2022, p. 16) y el otro es el derecho a la libertad cognitiva, entendido este como «el derecho a la libertad de controlar la propia conciencia y el proceso de pensamiento» (Boire, 1999/2000, pp. 7 y ss.; Sententia, 2004, p. 221). Lo que se pretende con el reconocimiento y la garantía de estos derechos emergentes no es tanto proteger bienes jurídicos que, de hecho, ya están protegidos por nuestros ordenamientos constitucionales y por la legalidad internacional, sino otorgar a los poderes públicos una justificación para limitar la autonomía de la voluntad en estos casos. En determinados aspectos, ni siquiera el consentimiento es suficiente para hacer ceder ante una prohibición jurídica. Esto se ve claramente en algunas cuestiones relacionadas con la vida, la salud o la integridad física; por ejemplo, la maternidad subrogada, la prostitución, la donación de órganos, las relaciones sadomasoquistas o la eutanasia. En su lugar, se impone el proteccionismo propio del paternalismo jurídico —o incluso del perfeccionismo moral—, que adopta su forma positiva a través de los derechos fundamentales y su forma negativa a través del derecho

penal. Es decir, la norma constitucional reconoce y garantiza en sentido positivo los bienes que —entendemos— ameritan una protección jurídica especial y en grado máximo —la vida, la libertad ambulatoria, la salud pública, la integridad física o corporal, etc.—, mientras que el Código Penal persigue y sanciona la violación de estos bienes, incluso mediando el consentimiento en algunos casos. De hecho, el propio Preámbulo del Código Penal español de 1995 entiende acertado el hecho de concebirlo como «la Constitución negativa». En esta línea, el artículo 159.1 de dicho Código tipifica cualquier intervención sobre el genoma que pueda tener una finalidad meliorativa en los siguientes términos:

> Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo.

Este tipo penal excluye la posibilidad de que el consentimiento del sujeto afectado pueda atenuar la pena, pues al editarse la línea germinal se estaría afectando al genoma humano, que, como patrimonio de la humanidad, es un bien de carácter supraindividual y, por consiguiente, indisponible por el sujeto (Benítez Ortúzar, 1997, p. 444; Romeo Casabona, 2004, p. 513; Muñoz Conde, 2019, p. 136).

Para justificar aún más esta prohibición general, se podría argumentar que en la gran mayoría de intervenciones genéticas el sujeto potencialmente afectado es el embrión, lo que implica que, por un lado, haya un elevado riesgo de afectar la línea germinal, ya que en el embrión no están diferenciadas las células somáticas de las germinales; y, por otro lado, que, al tratarse de un embrión, el Estado debe velar por la integridad física de dicho sujeto, que no es sujeto de derechos, pero sí es objeto de protección jurídica.

Sin embargo, aquí sostenemos que esta prohibición general no debería ser aplicable al supuesto de edición genómica sobre células somáticas con finalidad meliorativa, so pena de caer en un paternalismo injustificado o, lo que sería aún peor, incurrir en perfeccionismo moral. Del mismo modo, en el caso de las intervenciones cerebrales que tengan como finalidad potenciar o mejorar el cerebro humano a través de la técnica de BCI, no estaría justificada su prohibición absoluta si el sujeto intervenido es una persona mayor de edad y con plena capacidad de obrar que ha emitido un consentimiento expreso, informado y libre.

A explorar la frontera entre la autonomía de la voluntad y el deber del Estado por conservar los bienes comunes en un posible escenario de edición del cuerpo y de la mente vamos a dedicar el siguiente apartado.

III.3. El genoma y el cerebro como bienes indisponibles. Los límites a la autonomía de la voluntad

Vamos a abordar aquí la justificación ética y jurídica de la prohibición general e indirecta de las intervenciones genéticas —sobre células somáticas— y cerebrales con finalidad meliorativa efectuadas sobre un sujeto mayor de edad y con plena capacidad de obrar que ha manifestado su consentimiento libre, expreso, específico, informado e inequívoco (Reglamento UE 2016/679, 27 de abril de 2016, art. 4.11). Ya hemos visto cómo el artículo 13 del Convenio de Oviedo prohíbe indirectamente las intervenciones sobre el genoma humano con un propósito meliorativo al advertir que solo estarán permitidas las intervenciones que tengan un fin preventivo, diagnóstico o terapéutico. En el mismo sentido, la DUGHDH determina que todas las intervenciones sobre el genoma deberán tener como objetivo mejorar la salud del sujeto intervenido. De momento no hay normativa internacional que aborde las intervenciones sobre el cerebro, pero es de esperar que vayan en esta misma línea.

El mandato que se le da a los Estados miembros desde estas normas internacionales es que sus ordenamientos jurídicos deberían prohibir cualquier intervención sobre el cuerpo humano que no tenga una finalidad terapéutica. Pero ¿en qué argumentos se basa esta prohibición general que tiene como efecto inmediato limitar, cuando no anular la autonomía de la voluntad individual? ¿Está racionalmente justificado limitar la autonomía de la voluntad de un sujeto adulto con plena capacidad de obrar que decide someterse a una mejora genética o cerebral?

Estas prohibiciones o limitaciones de la autonomía de la voluntad podrían encontrar su argumentación última en los mismos principios de la bioética —autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia—, así como en algunos principios jurídicos como el de precaución y el de responsabilidad, los cuales han sido abordados anteriormente. Un primer argumento podría encontrar su anclaje axiológico en tres de los principios básicos de la bioética clínica: el respeto a la autonomía individual, la elusión del mal o perjuicio propio o ajeno, y la búsqueda de la actuación benevolente. La prohibición indirecta de la mejora corporal o mental estaría basada en lo que podríamos denominar «una voluntad sospechosa» de estar viciada. Se sospecha de la libre voluntad de la persona que quiere «mejorarse» porque se presume que las razones que la mueven no son racionales ni verdaderamente libres, sino emocionales y coaccionadas por una ideología consumista y perfeccionista que, además, se critica. Se desconfía de la licitud del consentimiento informado en el contexto de la mejora porque se presume la incapacidad básica del sujeto afectado, que consiente por desinformación, pulsión o

irracionalidad; de ahí que el Estado tenga que protegerle de sí mismo (Ramiro Avilés, 2006, pp. 224 y ss.).

Por tanto, la prohibición indirecta de la mejora tiene dos consecuencias inmediatas: una es la desconsideración del consentimiento libremente prestado, y otra el rechazo a conductas o acciones moralmente reprobables. Un buen ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 155 del Código Penal español, donde se establece que «En los delitos de lesiones, si ha mediado consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados». A reglón seguido, el artículo 156 determina que

> No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

En el primer caso, el libre consentimiento atenúa la sanción, pero no la anula, ya que lo que se persigue es la acción en sí misma, por entenderla moralmente reprobable. En otras palabras, se sanciona una acción que se entiende menos grave por estar consentida, como podría ser el caso de la manipulación genética sobre células somáticas —o intervenciones cerebrales— de adultos que consienten, aunque se sigue castigando una acción reprobable. De hecho, los autores que se oponen a la proyección del delito de manipulación genética a los supuestos de intervención sobre la línea somática señalan precisamente el delito de lesiones como el contexto legal adecuado para abordar la incriminación de la manipulación genética, que tiene por objeto a seres humanos ya nacidos que consienten libremente (Romeo Casabona, 2004, p. 279). Sin embargo, en el segundo caso, el consentimiento es plenamente válido porque la acción que consiente se entiende moralmente correcta y socialmente beneficiosa.

Es decir, el límite de la acción voluntaria no es el potencial daño material a terceros, sino la potencial afectación a los estándares morales de corrección que imperen en la comunidad. Esta limitación supone para Muñoz Conde (2019) el recurso a «valoraciones morales no del todo compatibles con el derecho al libre desarrollo de la personalidad que consagra el artículo 10 de la Constitución española» (p. 155).

La prohibición indirecta de la mejora busca, en cualquier caso, el beneficio colectivo —de la especie humana, se entiende— a través de la preservación de la integridad genética y cerebral, asumiendo

que estos bienes deben quedar fuera del libre mercado. Se trata de un argumento comunitarista que impone una idea de lo correcto frente al argumento liberal del respeto a la autonomía de la voluntad que no daña a terceros. Y ya hemos comprobado que una mejora sobre células somáticas, o una mejora cerebral, no supone ningún riesgo para terceros. Sin embargo, las posiciones contrarias a liberalizar la mejora corporal y cerebral entienden que se produce un daño a terceros cuando el reparto de la mejora no es equitativo; esto es, cuando falla la justicia distributiva de los recursos médicos y sanitarios, lo que entronca con otro de los principios bioéticos: el de justicia. Hay autores como Peter Singer, Ronald Dworkin y John Harris que pueden ser incluidos en lo que se ha denominado la «eugenesia liberal igualitaria», pues en sus planteamientos tienen en cuenta los posibles efectos inequitativos de la genética perfectiva. Ninguno de los tres autores destacados encuentra argumentos morales sólidos como para rechazar las intervenciones genéticas de mejora, al menos desde una perspectiva individualista; no obstante, advierten sobre posibles situaciones de desigualdad social si la eugenesia quedara en manos del mercado, aunque los criterios de justicia utilizados por cada uno de ellos para mitigar estas situaciones de inequidad son diferentes. Peter Singer (2002) argumenta que dejar la mejora genética en manos del libre mercado puede acabar con un principio básico y fundamental dentro del sistema liberal: el principio de igualdad de oportunidades. Puesto que las técnicas de mejora genética estarán solo al alcance de unos pocos adinerados, las diferencias económicas se tornarán en diferencias genéticas «y el reloj se retrasará siglos en la lucha por superar a la aristocracia» (pp. 37-38). Por su parte, Dworkin (2003) afirma que el Estado no puede prohibir —a menos que exista un daño a terceros— la legítima ambición del ser humano de procurar que las vidas de las futuras generaciones sean más largas y plenas. El Estado únicamente habrá de decidir cuál es el mejor modo de proteger los intereses de los particulares y cómo resolver equitativamente los conflictos de intereses. Quizá, prosigue el autor, sería posible regular los diferentes usos que se pueden hacer de las intervenciones de mejora. Sin embargo, esta regulación no debería ser excesivamente restrictiva —como expresa Dworkin, «no hay que buscar el aumento de la igualdad mediante una nivelación hacia abajo» (p. 72)—, ya que es probable que de las técnicas genéticas, que en la actualidad podrían estar disponibles únicamente para los ricos, se puedan derivar consecuencias generales muy positivas. Por último, John Harris (1998) afirma que «si es justo evitar el sufrimiento causado por la deformidad o la desfiguración, ¿puede ser injusto seleccionar e introducir mediante ingeniería rasgos físicos que por alguna causa admiramos o nos gustan?» (p. 248). Además, el autor prosigue planteándose que si cuestiones tales como el color de los ojos o el color de pelo no son importantes, ¿por qué no dejar a los padres que las elijan? Y si efectivamente son cuestiones importantes, ¿por qué dejarlas

al azar de la genética? Harris asume el hecho de que una selección y potenciación sistemática de ciertas características genéticas humanas podría generar una subespecie de «superseres», biológicamente mejores y superiores a los actuales seres humanos (p. 255).

Si bien este es un riesgo potencial cierto, no se trata de un argumento basal, sino de un argumento de segundo orden, pues no se está rechazando la mejora por ser «mala» o «incorrecta», sino porque no puede llegar a todos sus demandantes potenciales. Desafortunadamente, la terapia génica y la terapia cerebral tampoco llegan ni llegarán a todos los individuos que la necesiten y no por ello se prohíbe su desarrollo y aplicación. No cabe, por tanto, un argumento que promueva la prohibición o restricción de la mejora genética o cerebral por ser potencialmente cara e inasequible para todos los ciudadanos. En cualquier caso, la exigencia de equidad en el acceso a los recursos tecnológicos debe proyectarse sobre el ámbito sanitario y terapéutico, que aún supone una cuenta pendiente en muchos países del mundo.

Por último, los argumentos basados en los principios de precaución y responsabilidad son, quizá, los que mejor acomodo han tenido en el discurso contrario a la liberalización de la mejora por entender que desconocemos los riesgos y los efectos secundarios, o los daños colaterales, de la intervención en el genoma y sobre el cerebro humano para las generaciones actuales y para las futuras. Como hemos analizado anteriormente, la ética de la responsabilidad viene a proporcionar un procedimiento de decisión basado en la observancia y atención a las consecuencias que nuestras acciones actuales podrían generar en las generaciones venideras. Dicha ética, en el contexto de las biotecnologías y de las tecnologías aplicables al conocimiento y la manipulación del cerebro humano, debe representar los efectos remotos de aquellas acciones y, además, debe moverse en el plano de lo posible y no de lo seguro. Esto nos indica que el principio de responsabilidad tendría aplicación, en todo caso, en la manipulación de células germinales, pero no en la edición de células somáticas de un humano adulto que ha consentido lícitamente y en ningún caso sobre la manipulación del cerebro de un humano concreto que ha consentido libremente. De tal forma que, en los casos que aquí nos conciernen, el principio de responsabilidad no aplica debido a que no hay una afectación potencial a las generaciones futuras.

Por su parte, el principio de precaución exige mesura ante las posibles consecuencias nocivas de la manipulación de genes y cerebros. Sin embargo, ya hemos visto cómo este celo excesivamente cauto no se aplica en relación con tratamientos como la quimioterapia, que en muchas ocasiones produce efectos secundarios graves y no por ello deja

de recomendarse como tratamiento médico frente al cáncer[2]. Además, afirma Miguel Beriain (2019), la prohibición legal de las intervenciones meliorativas genéticas —y nosotros añadimos, cerebrales— puede llevar a la creación de un «mercado negro de la mejora» imposible de controlar (p. 60).

Toda esta batería argumentativa contraria a la mejora voluntaria tiene como objetivo delimitar un coto vedado a la libertad a través de la consagración del cuerpo y de la mente como bienes indisponibles por el individuo en beneficio de una idea de «bien común». En nuestro ordenamiento jurídico no hay una manifestación expresa sobre la indisponibilidad de determinados bienes; sin embargo, es un mandato inferido de nuestra Constitución el hecho de que el Estado deba velar por la vida, la integridad física y la salud de sus ciudadanos. Para ello, el Estado adopta un conjunto de medidas legales, fundamentalmente de carácter penal, dirigidas a perseguir y sancionar las conductas antijurídicas que puedan menoscabar los bienes mencionados. Encontramos buenos ejemplos en la donación de órganos entre vivos, las relaciones sadomasoquistas, la eutanasia, etc. No obstante, sí se prevén sanciones en relación con la prostitución y la gestación subrogada, que encuentran su justificación última en el valor de la dignidad humana. En el caso español, si bien la prostitución como tal no está prohibida, sí se sanciona a quienes, con o sin fines lucrativos, conminen a terceros a ejercer esta actividad, como sucede con el proxenetismo (Código Penal español, 1995, art. 187), contemplándose sanciones para quienes la ejerzan en la Ley Orgánica 4/2015, del 30 de marzo de 2015, de protección de la seguridad ciudadana. Sucede lo propio con la maternidad subrogada, pues aunque no está prohibida expresamente, el contrato que la suscribe no surte efecto por ser nulo de pleno derecho (Ley 14/2006, 26 de mayo de 2006, art. 10.1).

Pero ¿está en riesgo la dignidad humana en las intervenciones genéticas de mejora sobre células somáticas y en las intervenciones cognitivas siempre que concurra el libre consentimiento del sujeto intervenido? A nuestro parecer, no se afecta de ninguna manera la dignidad humana del intervenido, pues este está consintiendo libremente una acción clínica que tiene el fin benevolente de mejorar sus condiciones físicas e intelectuales, y que, además, también puede tener consecuencias beneficiosas para la sociedad. De esta forma, podría incluso plantearse si sería lícito, en términos morales y jurídicos, que el Estado promoviera la mejora cognitiva y moral de carácter voluntario para aquellas personas que pueden suponer una amenaza real para el colectivo (Gómez Lanz, 2021, pp. 569 y ss.). Si no hay coacción ni daño individual ni colectivo, las intervenciones han de entenderse

2 Ver página 67.

inocuas; es decir, no cabe sobre las mismas una prohibición general por parte del Estado, a menos que estemos dispuestos a asumir medidas paternalistas injustificadas. Una prohibición general de la mejora —genética y cognitiva— solo podría basarse en la idea proteccionista o paternalista de que el cuerpo humano es un bien indisponible para los individuos, lo que tendría como consecuencia inmediata la limitación injustificada del libre desarrollo de la personalidad, que es uno de los pilares fundamentales de la democracia liberal.

REFERENCIAS

Baiget Bastús, M. (2011). Análisis genéticos (técnico). En C. M. Romeo Casabona (dir.), *Enciclopedia de Bioética y Bioderecho* (pp. 29-30). Granada: Comares.

Beauchamp, T. L., & Childress, J. F. (1999). *Principios de ética biomédica*. Barcelona: Masson.

Benítez Ortúzar, I. F. (1997). *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*. Madrid: Edersa.

Boire, R. G. (1999/2000). On cognitive liberty (part 1). *Journal of Cognitive Liberties*, *1*(1). https://www.cognitiveliberty.org/ccle1/1jcl/1jcl7.htm

Bostrom, N., & Roache, R. (2008). Ethical issues in Human Enhancement. En J. Ryberg, T. Petersen y C. Wolf (eds.), *New Waves in Applied Ethics* (pp. 120-152). Londres: Pelgrave Macmillan.

Bublitz, C. (2013). My Mind Is Mine!? Cognitive Liberty as a Legal Concept. En E. Hildt y A. Francke (eds.), *Cognitive Enhancement: An Interdisciplinary Perspective* (pp. 233-264). Berlín: Springer.

Bublitz, C. (2022). Novel Neurorights: From Nonsense to Substance. *Neuroethics*, (15). https://link.springer.com/article/10.1007/s12152-022-09481-3

Camps, V. (2002). ¿Qué hay de malo en la eugenesia? *Isegoría*, (27). https://doi.org/10.3989/isegoria.2002.i27.554

Damasio, A. (2010). *Y el cerebro creó al hombre*. Barcelona: Booket.

De Asís Roig, R. (2018). Robótica, inteligencia artificial y Derecho. *Revista de privacidad y derecho digital*, *3*(10), 27-77.

De Asís Roig, R. (2022). Sobre la propuesta de los neuroderechos. *Derechos y Libertades*, *II*(47), 51-70.

De Miguel Beriain, I. (2008). ¿Existe un derecho a la identidad genética? *Arbor. Ciencia, pensamiento y cultura*, *184*(730), 261-276.

De Miguel Beriain, I. (2019). ¿Modificar o no modificar el genoma de nuestra descendencia? Algunos comentarios a raíz de la Declaración del Comité de Bioética de España sobre la edición genómica en humanos. *Revista de Bioética y Derecho*, (47), 55-75. https://doi.org/10.1344/rbd2019.0.29200

De Miguel Beriain, I., & Payán Ellacuria, E. (2019). Retos éticos y jurídicos que plantea la edición genética embrionaria a la luz del marco legal vigente en el ámbito europeo: una mirada crítica. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (35), 71-92.

De Montalvo Jaaskelainen, F. (2020). *Bioconstitucionalismo. Una reflexión sobre la edición genómica desde (y para) la teoría del derecho constitucional*. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters.

Diéguez, A. (2017). *Transhumanismo: La búsqueda tecnológica del mejoramiento humano*. Barcelona: Herder.

Diéguez, A. (2021). *Cuerpos inadecuados. El desafío transhumanista a la filosofía*. Barcelona: Herder.

De Waal, F. (2007). *Primates y filósofos: La evolución de la moral del simio al hombre*. Barcelona: Paidós.

Doudna, J. A., & Charpentier E. (2014). The new frontier of genome engineering with CRISPR-Cas9. *Science*, *346*(6213), 1077-1086. https://osu-wams-blogs-uploads.s3.amazonaws.com/blogs.dir/2501/files/2016/11/The-new-frontier-of-genome-engineering-with-CRISPR-Cas9.pdf

Dworkin, R. (2003). *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*. Barcelona: Paidós.

Feito Grande, L. (1999). *El sueño de lo posible. Bioética y terapia génica*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.

Gómez Lanz, J. (2021). Mejoramiento humano y responsabilidad penal: nuevos retos para la política criminal en el tratamiento de la culpabilidad y la peligrosidad criminal. *Política Criminal*, *16*(32). http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992021000200557

Gómez Rivero, M. C. (2008). *La responsabilidad penal del médico*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Habermas, J. (2002). *El futuro de la naturaleza humana*. Barcelona: Paidós.

Harris, J. (2007). *Enhancing evolution. The Ethical Case for Making Better People*. Princeton University Press.

Hobsbawm, E. (2000). *Historia del siglo XX*. Buenos Aires: Crítica.

Ienca, M., & Andorno, R. (2017). *A New Category of Human Rights: Neurorights*. BMC. http://blogs.biomedcentral.com/bmcblog/2017/04/26/new-category-human-rights-neurorights

Jonas, H. (1995). *El principio de responsabilidad. Ensayos de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder.

Lacadena, J. R. (1988). Manipulación genética. En J. Gafo (ed.), *Ética y biotecnología* (pp. 133-176). Madrid: Universidad Pontificia Comillas.

Lacadena, J. R. (2001). Las intervenciones en el genoma humano: un enfoque genético. En C. M. Romeo Casabona (ed.), *Genética y Derecho Penal* (pp. 1-16). Granada: Comares.

Lacadena, J. R. (2017). Edición genómica: ciencia y ética. *Revista Iberoamericana de Bioética*, (3). https://doi.org/10.14422/rib.i03.y2017.004

Lema Añón, C. (2007). Bionomía, Bioética y derechos fundamentales. En J. J. Tamayo Acosta (ed.), *Bioética y Religión* (pp. 29-56). Madrid: Dykinson.

Lema Añón, C. (2015). Intervenciones biomédicas de mejora, mejoras objetivas y mejoras discriminatorias: De la eugenesia al darwinismo social. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (49), 367-393. https://doi.org/10.30827/acfs.v49i0.3289

Llano Alonso, F. H. (2018). *Homo Excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

López Frías, F. J. (2013). Continuidad de las innovaciones tecnológicas: el reto de las intervenciones biomédicas de mejora humana. *Isegoría*, (48), 213-227. https://doi.org/10.3989/isegoria.2013.048.12

MacIntyre, A. (2001). *Animales racionales y dependientes*. Barcelona: Paidós.

Montoliu, L. (2016). La revolución Crispr también en la granja. *Revista Profesión Veterinaria*, *22*(86), 62-69.

Montoliu, L. (2019). *Editando genes: recorta, pega y colorea. Las maravillosas herramientas CRISPR*. Pamplona: Next Door Publishers.

Mora, F. (2007). *Neurocultura*. Madrid: Alianza.

Morente Parra, V. (2014). *Nuevos retos biotecnológicos para los derechos fundamentales*. Granada: Comares.

Morente Parra, V. (2021). La inteligencia híbrida: ¿hacia el reconocimiento y garantía de los neuroderechos? En F. H. Llano Alonso y J. Garrido Martín (coords.), *Inteligencia Artificial y Derecho. El jurista ante los retos de la era digital* (pp. 259-277). Cizur Menor, Navarra: Aranzadi.

Muñoz Conde, F. (2019). *Derecho Penal. Parte especial* (22.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Pérez Luño, A. (2006). *La tercera generación de derechos humanos*. Cizur-Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.

Ramiro Avilés, M. A. (2006). A vueltas con el paternalismo jurídico. *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, (15), 85-108.

Rebollo Delgado, L. (2005). *El derecho fundamental a la intimidad*. Madrid: Dykinson.

Rifkin, J. (1999). *El siglo de la biotecnología*. Barcelona: Crítica.

Rodríguez-Drincourt Alvarez, J. R. (2002). *Genoma humano y Constitución*. Madrid: Civitas.

Rodríguez Merino, J. M. (2008). *Ética y derechos humanos en la era biotecnológica*. Madrid: Dykinson.

Rodríguez Serón, A. (2006). El impacto de las nuevas técnicas de imaginería cerebral en la filosofía ¿Una nueva concepción de la persona? En *Genes y Máquinas. Aspectos éticos y sociales de las biotecnologías y las tecnologías de la información* (pp. 79-95). Málaga: Thema.

Romeo Casabona, C. M. (2002a). La genética y la biotecnología en las fronteras del Derecho. *Acta Bioethica*, *VIII*(2), 283-297.

Romeo Casabona, C. M. (2002b). *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*. Bilbao y Granada: Comares.

Romeo Casabona, C. M. (2004). *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*. Granada: Comares.

Rubia, F. J. (2009). *El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica*. Barcelona: Crítica.

Sánchez Ron, J. M. (2000). *El siglo de la Ciencia*. Madrid: Taurus.

Sandel, M. (2007). *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*. Barcelona: Marbot.

Savulescu, J. (2005). New breeds of humans: the moral obligation to enhance. *Reproductive BioMedicine Online*, *10*(1), 36-39. https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/15820005/

Savulescu, J. (2012). *¿Decisiones peligrosas? Una bioética desafiante*. Madrid: Tecnos.

Sententia, W. (2004). Neuroethical considerations: cognitive liberty and converging technologies for improving human cognition. *Annals of the New York Academy of Science*, *1013*, 221-228.

Suzuki, D., & Knudtson, P. (1999). *GenÉtica. Conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos*. Madrid: Tecnos.

United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Unesco), University of Milan-Bicocca, & State University of New York Downstate (2023). *The risks and challenges of neurotechnologies for human rights*. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000384185

Watson, J., & Crick, F. (1953). A Structure for Deoxyribose Nucleic Acid. *Nature* (3), 737-738.

Yuste, R., Genser, J., & Herrmann, S. (2021). It's Time for Neuro-Rights. *Horizons*, (18), 154-164. https://www.cirsd.org/en/horizons/horizons-winter-2021-issue-no-18/its-time-for-neuro--rights

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Constitución española (1978).

Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina [«Convenio de Oviedo»] (Consejo de Europa, 4 de abril de 1997). https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=164

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la ONU, junio de 1992). https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm

Declaración del Comité de Bioética de España sobre la edición genómica en humanos (2019). https://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/declaracion-del-comite-de-bioetica-de-espana-sobre-la-edicion-genomica-en-humanos

Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (Unesco, 16 de octubre de 2003). https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112_spa

Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras (Unesco, 12 de noviembre de 1997). https://es.unesco.org/about-us/legal-affairs/declaracion-responsabilidades-generaciones-actuales-generaciones-futuras

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (Unesco, 19 de octubre de 2005). https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_spa

Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (ONU, 11 de noviembre de 1997). https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/universal-declaration-human-genome-and-human-rights

Informe Belmont (Comisión Nacional para la Protección de Sujetos Humanos de Investigación Biomédica y de Comportamiento, 18 de abril de 1979). https://www.hhs.gov/sites/default/files/informe-belmont-spanish.pdf

Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal español.

Ley Orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana (30 de marzo de 2015).

Ley 14/2006 Técnica de Reproducción Humana Asistida (26 de mayo de 2006).

Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal (Jefatura del Estado [España], 23 de noviembre de 1995). https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf

Proyecto de Constitución de la República de Chile de noviembre de 2023.

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, RGPD (Parlamento Europeo y Consejo Europeo, 27 de abril de 2016).

Report of the International Bioethics Committee of Unesco (IBC) on the ethical issues of neurotechnology (Comité Internacional de Bioética, 2021). https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000378724

Recibido: 30/04/2023
Aprobado: 21/08/2023

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202302.003
CC BY
DERECHO PUCP
N° 91, 2023
diciembre-mayo
pp. 85-124
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Reflexiones sobre los fundamentos de la responsabilidad civil médica por *wrongful life*. ¿La vida como daño?

Reflections on the Foundations of Medical Malpractice Liability for Wrongful Life. Life as Harm?

CÉSAR EDWIN MORENO MORE*
Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Resumen: La frustración de las expectativas que genera el incesante avance de la ciencia y técnica médicas ha llevado a la búsqueda constante de una compensación. En este contexto, se han presentado acciones legales conocidas como *wrongful birth* y *wrongful life* con relación al nacimiento de menores con discapacidades. Mientras que las primeras son reconocidas en los sistemas jurídicos en donde estas acciones se han planteado, las segundas son denegadas de manera general, generando no obstante diversas dudas y cuestionamientos. En la presente investigación se analizan los argumentos que se emplean en diferentes sistemas jurídicos para negar el acogimiento de las acciones de *wrongful life*, cuestionando su fundamentación. Este tema es especialmente complejo no solo desde un punto de vista jurídico, sino también principalmente bioético, ya que su análisis implica una apreciación del valor de la propia vida humana. En su desarrollo hemos utilizado un método de investigación cualitativo, prestando atención a los distintos ordenamientos jurídicos tanto de *civil law* como de *common law*. La investigación se divide en dos partes: la primera contextualiza la problemática y la segunda se enfoca en su desarrollo, describiendo el origen y la evolución de las acciones de *wrongful life*, su circulación en diversos ordenamientos, su negación generalizada en la mayoría de ellos y el análisis crítico de los argumentos que se manifiestan para negar su reconocimiento.

Palabras clave: Vida como daño, responsabilidad civil médica, concebido, *wrongful life*, *wrongful birth*

Abstract: The frustration of the expectations generated by the incessant advance of medical science and technology has led to a constant search for compensation. In this context, legal actions known as wrongful birth and wrongful life have been presented regarding the birth of minors with disabilities. While the former are recognized in the legal systems where these actions have been raised, the latter are generally denied, generating various doubts and questions. In this research, the arguments used in different legal systems to deny the acceptance of wrongful life actions are analyzed, questioning their foundation. This topic is especially complex not only from a legal standpoint but also primarily from a bioethical perspective, as its analysis

* Profesor de Derecho Privado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú), magíster en Derecho Privado Europeo por la Università Mediterranea di Reggio Calabria (Italia), y magíster en Derecho Sanitario y Bioética por la Universidad Castilla-La Mancha (España).
Código ORCID: 0000-0002-7412-9240. Correo electrónico: c.moreno@pucp.edu.pe

involves an appreciation of the value of human life itself. In its development, we have used a qualitative research method, paying attention to the different legal systems of both civil law and common law. The research is divided into two parts: The first contextualizes the problem and the second focuses on its development, describing the origin and evolution of wrongful life actions, their circulation in various legal systems, their general denial in most of them and the critical analysis of the arguments manifested to deny their recognition.

Keywords: Life as harm, medical malpractice, conceived, wrongful life, wrongful birth

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ESCENARIO PRENATAL.- II.1. ACCIONES RELATIVAS AL NACIMIENTO DE UN MENOR.- II.1.1. ACCIÓN DE *WRONGFUL CONCEPTION*.- II.1.2. ACCIÓN DE *WRONGFUL BIRTH*.- II.1.3. ACCIÓN DE *WRONGFUL LIFE*.- II.2. ACCIONES POR DAÑOS PRENATALES.- III. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA POR *WRONGFUL LIFE*.- III.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN.- III.2. CIRCULACIÓN DE LAS ACCIONES DE *WRONGFUL LIFE*.- III.3. NEGACIÓN GENERALIZADA EN LOS DIFERENTES ORDENAMIENTOS.- III.3.1. DERECHO ALEMÁN.- III.3.2. DERECHO INGLÉS.- III.3.3. DERECHO AUSTRALIANO.- III.3.4. DERECHO SUDAFRICANO.- III.3.5. DERECHO FRANCÉS.- III.4. ARGUMENTOS EMPLEADOS PARA NEGAR SU ACOGIMIENTO.- III.4.1. INEXISTENCIA DE DAÑO REPARABLE.- III.4.2. IMPOSIBILIDAD DE DETERMINAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.- III.4.3. INEXISTENCIA DE UN DEBER DEL MÉDICO FRENTE AL MENOR.- III.4.4. INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El constante desarrollo de la medicina, que propicia no solo el mejoramiento de los tratamientos médicos, sino incluso la cura de las enfermedades, genera nuevas expectativas en la sociedad, cuya frustración abre las puertas de la búsqueda incesante de una compensación[1].

El avance médico en las técnicas de detección de enfermedades, síndromes y defectos cromosómicos durante las últimas décadas, así como el contemporáneo reconocimiento de nuevos derechos y libertades en diversos ordenamientos del mundo, como el derecho de los padres a terminar con el embarazo, ha generado una ola de pedidos resarcitorios relativos al nacimiento de menores con discapacidades, tanto de parte de los padres como de los propios hijos[2]. A estos se les

1 Según Blahuta (2017) no solo las nuevas tecnologías, sino también el progreso de la filosofía y, específicamente, los estudios de justicia social, permiten que se argumente sobre casos de daños mucho más polémicos (p. 768).

2 La ingeniería genética constituye un claro ejemplo, ya que esta genera nuevas expectativas y, por ende, nuevas posibilidades de reclamos de daños. Al respecto, véase Roa (2021, pp. 300 y ss.).

ha denominado, no sin cierta ambigüedad, acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, respectivamente.

Con relación a las primeras, los distintos ordenamientos en donde se permite el aborto libre o por motivo embriopático y/o eugenésico las han reconocido, aun cuando no sin hesitación[3]. Es, sin embargo, respecto a las segundas que en los diversos ordenamientos, tanto de *civil law* como de *common law*, se presentan más dudas y cuestionamientos, lo cual ha llevado a su denegación general.

Ahora bien, el tema de la responsabilidad civil médica por *wrongful life* es uno especialmente complejo no solo por cuanto respecta a razones estrictamente jurídicas, sino también y sobre todo bioéticas. El primer aspecto de la complejidad implica problemas relativos a la existencia de un daño relevante, a la liquidación de los daños y perjuicios, a la existencia de un deber frente al menor y, por último, al nexo causal. El segundo aspecto de la complejidad, no obstante, es mucho más delicado, pues implica una apreciación del valor de la vida misma, comprometiendo así las convicciones o incluso la cosmovisión del operador[4]. Esto último se ve reflejado en la diversidad de soluciones que cada ordenamiento jurídico le reserva[5].

Ambos aspectos de esta complejidad se pueden apreciar con mayor nitidez cuando se comparan sistemas que tienen un origen en común o que forman parte de la misma tradición jurídica. Por poner un ejemplo, mientras que en el ordenamiento holandés se acogen las acciones de *wrongful life*, en el ordenamiento sudafricano la solución es completamente contraria (Mukheibir, 2005, p. 753; Giesen, 2009, p. 258). La respuesta a dicha diferencia puede encontrarse en alguno de los términos de dicha complejidad, siendo no obstante el segundo el que, en ocasiones, termina condicionando al primero[6].

Esta distinción entre los regímenes jurídicos foráneos causa interés porque permite apreciar los argumentos de fondo que los diferentes ordenamientos manifiestan ante la solución de un mismo problema y,

3 La doctrina es unánime al considerar que la permisión del aborto libre, o por lo menos eugenésico, constituye un presupuesto necesario para la discusión de estas acciones. Al respecto, ver Macía Morillo (2007, p. 16).

4 Lo resaltan Giesen (2009, p. 258) y Steininger (2010, p. 125).

5 Tal vez bajo la presencia de lo que Sacco y Rossi (2019) han denominado «criptotipo», vale decir, «un modelo no verbalizado que actúa sobre la demostración y la decisión de una cuestión jurídica» (p. 118). Coincide, en este sentido, Giesen (2009) al afirmar que «es, en cambio, el peso que recibe determinado argumento en determinado *ambiente* o *trasfondo cultural* lo que decide la cuestión. Por tanto, son las *políticas del sistema de la responsabilidad civil* lo que gobierna los resultados y soluciones alcanzados en este tipo de casos» (p. 250).

6 Es interesante advertir que, cuando se comparan los sistemas holandés y sudafricano, la respuesta a la diferencia de tratamiento de las acciones de *wrongful life* se encuentra en la propia cosmovisión de sus sociedades. En ese sentido, por ejemplo, Mukheibir (2008) opina que, en una sociedad como la holandesa, «en donde el anciano puede solicitar la eutanasia simplemente porque ya no desea vivir, no sorprende que un demandante que pida resarcimiento porque no fue abortado pueda tener éxito» (p. 519).

por ende, vislumbrar aquellos argumentos bioéticos que se esconden tras la pantalla de las argumentaciones formales (Alpa, 2010, p. 183).

La presente investigación tiene por objetivo identificar los argumentos que se utilizan en los diferentes sistemas para negar el acogimiento de las acciones de *wrongful life*, analizarlos críticamente y cuestionar su fundamentación.

En el desarrollo de la presente investigación se ha seguido un método cualitativo. Hemos revisado las distintas opiniones y argumentos de expertos a través de la técnica del análisis documental; en específico, mediante la revisión de literatura especializada y de resoluciones judiciales. Además, hemos realizado una investigación de tipo comparativo, tomando en consideración a distintos ordenamientos tanto de *civil law* como de *common law*. La lógica interna que se ha seguido va de lo general a lo particular, iniciando por la distinción entre los daños relativos al nacimiento de un menor y los daños prenatales para desarrollar luego el argumento propio de la problemática planteada.

De esta manera, hemos decidido dividir la presente investigación en dos partes. La primera está dedicada a contextualizar la exposición y la problemática. En esta se aborda la responsabilidad civil por los daños relativos al nacimiento de un menor, que comprenden las hipótesis de *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*; y su distinción respecto de otras hipótesis en las que la conducta del médico es la causa directa del daño. La segunda está dedicada específicamente al desarrollo de nuestra problemática. Se describe el origen y la evolución de las acciones de *wrongful life*, su circulación en los diferentes ordenamientos, la negación generalizada en la mayoría de ellos y, por último, se describe y analiza críticamente cada uno de los argumentos que doctrina y jurisprudencia manifiestan para negar el reconocimiento de estas acciones.

Nosotros consideramos que la acción de *wrongful life*, en contracorriente de la opinión mayoritaria, no es ajena a la lógica de la responsabilidad civil. Muy por el contrario, si la responsabilidad civil es concebida como un instrumento para la administración de los costes sociales y no como un conjunto de reglas que responden a dogmas herméticos, es posible y hasta necesario el reconocimiento de esta acción. También debemos reconocer que la responsabilidad civil no es la vía más idónea para la compensación de este tipo de daños; no obstante, hasta que no exista un sistema eficiente de redistribución de daños a través de un sistema de justicia social, la responsabilidad civil será la indicada para cumplir esta tarea.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ESCENARIO PRENATAL

La etapa prenatal ha sido el escenario perfecto para la búsqueda de un resarcimiento, tanto por parte de los padres como de los hijos, por los hechos realizados por los médicos tratantes, extendiéndose inclusive el mismo a la etapa de la preconcepción. En dicho escenario se presentan distintas hipótesis dañosas, cuyas características diversas ameritan un tratamiento diferenciado. A pesar de ello, la experiencia ha demostrado que la línea divisoria entre estas no ha sido respetada por la judicatura de los distintos ordenamientos en donde estas se han presentado, la cual ha mezclado las hipótesis, aplicando a unas la lógica interna de las otras (Strasser, 2021, p. 221).

En ese sentido, debe distinguirse entre aquella gama de hipótesis en las que el médico tratante, por no comunicar a los padres información relevante, les niega la posibilidad de decidir sobre la suerte del embarazo; y aquella otra en la que el médico tratante, por la realización u omisión de ciertos procedimientos y/o tratamientos médicos, determina la discapacidad o afección del concebido[7]. La primera serie de hipótesis incluye los casos de *wrongful conception, wrongful birth* y *wrongful life*. La segunda, por su parte, incluye las hipótesis de daños prenatales.

La diferencia es marcada si se considera, por una parte, a los casos de *wrongful birth* y *wrongful life*, y por la otra a los daños prenatales. Mientras que en los primeros la conducta del médico no determina la discapacidad del concebido, ni puede prevenir o mejorar su condición, en la otra serie de hipótesis es el propio médico quien causa de manera exclusiva la afección o discapacidad del menor[8].

II.1. Acciones relativas al nacimiento de un menor

Las acciones de *wrongful conception, wrongful birth* y *wrongful life* presentan un elemento en común: en todas estas los daños reclamados están referidos al nacimiento de un menor (Steininger, 2010, p. 126). En otras palabras, en todas estas el propio nacimiento es invocado con relación a los daños (Todd, 2005, p. 525).

7 La literatura no es unánime al definir ambas categorías, no obstante, sí advierte la necesidad de su distinción. Así, mientras Collins (1983) denomina *prenatal torts* a las segundas (p. 677), Strasser (2021) usa dicha denominación para a las primeras (p. 222). Pollard (2004), por su parte, denomina a las segundas *prenatal harms* (p. 329).

8 Tal como precisa Pollard (2004), «la distinción se basa en el concepto de que, en los casos de daños prenatales, si no hubiese sido por la negligencia, no se le habría causado ningún daño al feto. En comparación con los casos de *wrongful life*, la premisa subyacente es que, a pesar de la negligencia, el defecto aún habría ocurrido en el menor porque este preexiste al acto negligente» (p. 329). En el mismo sentido, Stein (2010) señala: «En las demandas de *wrongful birth* y *wrongful life*, la negligencia del médico conduce al *nacimiento* de un menor discapacitado, un menor que supuestamente no habría nacido si el médico hubiese advertido correctamente a los padres. Esta es claramente distinguible de los daños prenatales en donde la negligencia del médico causa al feto el padecimiento de determinado daño *in utero*, no obstante, de no haber sido por la negligencia del médico, el menor habría nacido "física y psicológicamente sano"» (p. 1130).

Evidentemente, entre ellas existen diferencias relativas a la legitimación para reclamar los daños (sean los padres o el menor), al daño reclamado, a la extensión del resarcimiento y a la eficiencia causal de la conducta del médico, entre otros aspectos. No obstante, un punto debe quedar claro: mientras que en las acciones de *wrongful conception* y *wrongful birth* la legitimación corresponde a los padres, en las acciones de *wrongful life* esta corresponde al menor. Veamos cada una de estas.

II.1.1. Acción de *wrongful conception*

Se entiende por *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*[9] aquella acción resarcitoria ejercida a título propio por los padres de un menor que vino al mundo sano a causa de una negligencia médica que determinó su concepción. Las hipótesis comprendidas como causa de los daños reclamados bajo este concepto van desde los procedimientos de contracepción, esterilización o aborto fallidos hasta la falta de diagnosis del embarazo (Collins, 1983, p. 694; Jackson, 1995, pp. 594-595; Giesen, 2009, p. 259).

Inicialmente, estas acciones eran rechazadas por las cortes. Asimismo, consideraciones bioéticas negaban la idea de que la propia existencia de un menor no deseado o planificado fuera un daño por el cual el derecho otorgase un resarcimiento (Collins, 1983, p. 692; Van Dam, 2013, p. 194). En ese sentido, algunas cortes del *civil law*, como la Cour de Cassation o el Bundesverfassungsgericht, llegaron a indicar inclusive que el resarcimiento por los costos de manutención de un menor no deseado era contrario a la dignidad del menor (Van Dam, 2013, p. 194).

Más tarde, esta actitud cambiaría. *Custodio c. Bauer* (1967) fue el primer caso en el que se reconoció una acción de *wrongful conception* a los padres por traer al mundo a un menor no planeado. En el caso en específico, se demandó contractual y extracontractualmente a un médico por haber practicado una esterilización que se reveló ineficaz. Aunque en este la Corte no reconoció más que *nominal damages*[10], dispuso que «es teóricamente posible para los padres recobrar todos los daños próximos previsibles y razonablemente causados por la conducta del dañador, incluido el costo de crianza de un menor no planeado» (Collins, 1983, p. 692).

Con *Troppi c. Scarf* (1971) los elementos de esta acción empezaron a delimitarse. En este caso el daño fue causado por la errónea prescripción

9 Tal como precisa Steininger (2010), no existe unanimidad en la distinción entre *wrongful conception* y *wrongful pregnancy* (p. 126). La jurisprudencia norteamericana las identifica. Así, por ejemplo, en *Walker by Pizano c. Mart* (1990), *Kush c. Lloyd* (1992) y *Willis c. Wu* (2004) se usan indistintamente ambos conceptos.

10 Los *nominal damages* son sumas que las cortes de *common law* reconocen por la mera violación de determinados derechos. Su función no es compensatoria, sino más bien vindicativa. Estos no necesitan ser probados y solo se otorgan ante determinados tipos de hechos ilícitos que son considerados accionables *per se* (Von Bar, 2005, p. 11).

de un tranquilizante (Nardil) en lugar de un anticonceptivo oral (Norinyl). La Corte reconoció a los padres un resarcimiento ordinario común a toda acción en *tort*, sin exigirles la mitigación del daño a través del aborto o la adopción del menor (Collins, 1983, p. 693).

Aun cuando esta acción es ampliamente reconocida por las cortes, tanto de *common law* como de *civil law*, hay discusión sobre la extensión del daño resarcible[11]. Por lo general, las cortes toman en consideración ciertos criterios extralegales para la determinación del resarcimiento. Así, estas consideran si la sociedad en cuestión tiene interés en alentar una actitud de reverencia por la vida humana, hacer responsables a los padres por el cuidado de los hijos que traen al mundo, mejorar la calidad de la existencia humana, proteger los derechos reproductivos de las personas, hacer responsables a los dañadores por los daños que causan y alentar una atención médica competente para todos (Collins, 1983, p. 695).

Inicialmente, las cortes adoptaron la postura de que el nacimiento de un menor era un beneficio para sus padres, protegiendo de esta forma el interés de la sociedad en la vida e imponiendo la visión tradicional de la responsabilidad parental. Sin embargo, luego del reconocimiento de los derechos reproductivos de las personas, las cortes se plantearon el problema de hasta dónde se podría transferir al dañador el costo de la crianza de un menor no planificado (Collins, 1983, p. 696). Las cortes sopesan el beneficio que representa la vida del menor y, de esta manera, restringen la extensión del resarcimiento. Así, los caminos tomados por los diferentes sistemas son variados. Por una parte, las cortes estadounidenses no reconocen los costos de crianza del menor no planificado[12], sino solo aquellos relativos a las atenciones prenatales, los costos médicos y gastos por hospitalización, además de la pena y el sufrimiento, así como los costos de los procedimientos de esterilización subsecuentes (Hermanson, 2019, p. 520). Por la otra, mientras que las cortes alemanas consideran que se debe resarcir el daño patrimonial y el daño no patrimonial entendido como daño físico (*Körperverletzung*) de la madre, sea que el menor nazca sano o no, y el derecho inglés reconoce como daño patrimonial un *nominal damages* más una compensación por la pena y el sufrimiento por las inconveniencias del embarazo y el

11 Por cuanto respecta al derecho holandés, el primer caso en que se reconoció este tipo de acciones fue el conocido bajo el nombre de *Missing IUD*, ventilado ante la Corte Suprema de Holanda el 21 de febrero de 1997. En este caso, el médico extrajo el implante anticonceptivo de la demandante sin informarle al respecto y sin reemplazarlo.
Para el derecho italiano, el primer caso relevante fue decidido por el Tribunale di Padova el 9 de agosto de 1985. En este, el menor nació como resultado de un aborto fallido, en donde el médico omitió someter a la paciente a mayores análisis para determinar si el embarazo no deseado había sido realmente interrumpido. Al respecto, ver Pozzo (1999, pp. 251 y ss.).

12 En este aspecto hay coincidencia con lo que ocurre en las cortes inglesas. Comparar con Deakin *et al*. (2013, p. 195).

nacimiento si el menor nace sano; el derecho francés es más estricto al no reconocer el daño patrimonial si el menor nace sano[13].

II.1.2. Acción de *wrongful birth*

Una acción de *wrongful birth* es aquella en la cual los padres reclaman a título propio un resarcimiento por haber traído al mundo a un menor con discapacidades a causa de la omisión del médico de informarles acerca de esta condición antes de la concepción o durante el embarazo. Son dos los elementos caracterizadores de estas últimas y que las distinguen de las acciones de *wrongful conception*. Primero, en estas el menor nace con discapacidades[14]; segundo, en sentido estricto, el daño reclamado no es una concepción no deseada, sino el no haber podido decidir sobre la suerte del embarazo[15].

Tal como ocurría para las acciones de *wrongful conception*, en un primer momento las cortes eran reacias a admitir una acción de *wrongful birth*. Esencialmente, las razones para su denegación eran dos (Andrews, 1992, p. 153). Por una parte, no se identificaba una relación de causalidad entre la conducta del médico y la discapacidad del menor; por la otra, se consideraba que esta acción contravenía la prohibición del aborto[16].

Sin embargo, esta actitud fue cambiando progresivamente por la presencia de dos sucesos (Hermanson, 2019, p. 525). Primero, el avance de la medicina permitió una detección más precisa y una mayor prevención de los defectos y las anormalidades congénitas, dando como resultado nuevas expectativas en los pacientes; y, segundo, el reconocimiento del derecho a terminar con el embarazo determinó el surgimiento de nuevas libertades y, en consecuencia, nuevos derechos e intereses a ser tutelados[17]. Actualmente, estas acciones son

13 Tal como precisan Viney y Jourdain (2013, p. 29), la jurisprudencia francesa «establece el principio según el cual el nacimiento de un menor no es, para sus padres, un daño indemnizable, sin perjuicio de la posibilidad de constatar un daño específico, distinto del nacimiento considerado en sí mismo», entendiendo por este daño específico «un sufrimiento específico causado a la madre en ocasión de este nacimiento».

14 A pesar de que actualmente jurisprudencia y doctrina están de acuerdo en que la condición de discapacidad del menor es el elemento que distingue a ambas acciones, algunos insisten en tratarlas de manera indistinta. Así, por ejemplo, Steininger (2010) señala: «En los casos de *wrongful birth*, los padres de un menor que no habría nacido de no haber sido por la negligencia del médico demandan compensación. No es decisivo si el menor nació con discapacidades o no, o si la negligencia ocurrió antes o después de la concepción» (p. 126).

15 Macía Morillo (2003) precisa que en las acciones de *wrongful birth* se parte de una voluntad de concebir o llevar a término el embarazo, sin embargo, esta voluntad no se forma correctamente, al no haber el médico tratante informado a la paciente sobre los defectos —o posibles defectos— del embrión (p. 45).

16 Ambas razones fueron aducidas en *Gleitman c. Cosgrove* (1967).

17 En efecto, esta acción tuvo una aceptación mucho más amplia luego de que en 1973 la Supreme Court of the United States en *Roe c. Wade* el derecho al aborto dentro del primer trimestre del embarazo. Sin embargo, es necesario precisar que en Estados Unidos la suerte de estas acciones dependerá de los efectos que cause en los diferentes estados el caso *Dobbs c. Jackson Women's Health Organization* (2022), decidido recientemente por la Supreme Court of the United States. Según esta decisión, la Constitución estadounidense no regula ni prohíbe el aborto. Tal como han señalado Day y Weatherby (2022), se teme que esta decisión marque el inicio del despojo de muchas libertades fundamentales de larga data (p. 28).

ampliamente reconocidas[18], aun cuando se restringe su aplicación a los casos en los que los menores nacen con graves discapacidades[19].

Por cuanto concierne al derecho afectado, tal como se aclara en *Willis c. Wu* (2004), en este tipo de acciones los padres reclaman haber sido privados del derecho de tomar una decisión oportuna sobre la prevención o el término del embarazo. Efectivamente, el fundamento del reconocimiento de estas acciones radica en el derecho de los padres de controlar su reproducción y de determinar la forma del menor que traerán al mundo (Collins, 1983, p. 691)[20]. En otras palabras, se trata del derecho de autodeterminación de los padres (Sánchez González, 2018, pp. 465 y ss.).

Con relación a la extensión del resarcimiento, la tendencia es muy variada en los distintos ordenamientos. Mientras que algunas jurisdicciones estadounidenses reconocen una amplitud de conceptos como costos hospitalarios, costos extraordinarios por la crianza del menor, costos extraordinarios asociados a los tratamientos médicos del menor, la pérdida de ingresos de los padres y el daño no patrimonial; otras limitan dichos conceptos, lo que ha dado lugar a una práctica de *forum shoping* (Whitney & Rosenbaum, 2011, p. 204). Por cuanto respecta a las cortes de *civil law*, se reconoce una tendencia generalizada a compensar los daños no patrimoniales como consecuencia de la vulneración del derecho a la autodeterminación de la madre (Bagińska, 2010, p. 202).

II.1.3. Acción de *wrongful life*

En términos generales, una acción de *wrongful life* es aquella en la que un menor pretende un resarcimiento a causa de su mera existencia (Hughes, 1987, p. 572). Para ser más precisos, en estos casos el menor nace gravemente enfermo o severamente discapacitado porque su madre no terminó con el embarazo al no haber sido correctamente informada por su médico tratante, antes o después de la concepción, acerca de los riesgos que corría el menor de padecer una enfermedad hereditaria o presentar algún defecto genético (Van Dam, 2013, pp. 199-200), omisión que, de no haber ocurrido, habría evitado el nacimiento del menor (Giesen, 2009, p. 259; Steininger, 2010, p. 126). Tal como ha sido precisado, «en este grupo de casos, los demandantes básicamente argumentan que estos habrían estado mejor si no hubiesen nacido» (Steininger, 2010, p. 126).

18 De conformidad con *Plowman c. Fort Madison Comty Hosp*. (2017), en Estados Unidos la mayoría de los estados reconocen este tipo de acciones.

19 Este dato es resaltado por Whitney y Rosenbaum (2011), quienes consideran que su extensión a los defectos genéticos menores implicaría cuestiones bioéticas, como el reconocimiento de la eugenesia aplicada, en donde las personas genéticamente no aptas estarían sometidas a eliminación (p. 171).

20 Van Dam (2013) habla de una afectación del derecho a la autodeterminación de los padres (p. 194). Por su parte, Hermanson (2019) considera que el derecho afectado es la autonomía reproductiva (p. 526).

Por otra parte, no se ha dejado de resaltar lo confuso de la expresión, ya que lo injusto no es la propia vida del menor, sino la conducta del dañador causada antes de que el menor «venga a la vida» —es decir, nazca— (Van Dam, 2013, p. 198)[21].

La principal diferencia entre estas y las acciones de *wrongful birth* radica en la titularidad de la acción. En las primeras, la titularidad la tiene el menor; en las segundas, los padres[22].

II.2. Acciones por daños prenatales

A diferencia de las anteriores, las acciones por daños prenatales (*prenatal torts*), sin importar si el daño se concretizó antes de la concepción o durante el embarazo (Von Bar, 2005, p. 72), son aquellas en las que los padres, a título propio o en representación del menor, reclaman los daños causados al menor por un tratamiento médico mal ejecutado que se revela con el nacimiento.

A diferencia de las acciones relativas al nacimiento del menor, la conducta del médico es causalmente eficiente para la producción del daño. En estas «el demandante alega que, de no haber sido por la negligencia del demandado, el menor habría vivido una mejor vida» (Strasser, 2021, p. 237).

En estos casos las hipótesis más recurrentes son la sobreexposición a algún tratamiento radioactivo o a algún fármaco. En ese sentido, el daño alegado no está referido al nacimiento con discapacidades, sino a la producción de dichas discapacidades a causa del tratamiento médico.

Ahora bien, en los distintos ordenamientos la discusión sobre estas acciones está referida al estatus del damnificado, ya que cuando el daño se produjo, este aún no nacía. En otras palabras, su reconocimiento dependerá de si se considera al damnificado como un sujeto pasible de ser dañado de manera autónoma e independiente[23].

III. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA POR *WRONGFUL LIFE*

Ya hemos indicado que la acción de *wrongful life* consiste en una pretensión resarcitoria que realiza un menor discapacitado por el hecho mismo de existir, en contra del médico tratante de la madre al no haber informado a esta última de los defectos o enfermedades del menor, omisión que determinó que la madre lleve a término el embarazo.

21 Este autor prefiere usar el concepto de *not prevented prenatal harm*.

22 Tal como precisa Giesen (2009): «Para mí, la principal diferencia entre las posibles causas de acción en *wrongful birth* y *life* no radica en los posibles tipos de daños (los que pueden diferir, incluso dentro de la categoría de los *wrongful birth cases*) sino en quién es el que realmente puede demandar: los padres o el menor por sí mismo» (p. 259).

23 Para un análisis sobre la cuestión, ver Busnelli (2004, p. 552).

De manera que, para ser amparada por el ordenamiento en donde se plantee, se deberán presentar todos los extremos necesarios que las reglas de responsabilidad civil exijan. Sin embargo, toda vez que el menor alega que su daño tiene su causa inmediata en el hecho de no haber sido abortado por su madre, el presupuesto indefectible para tan siquiera plantearse esta problemática será el reconocimiento del derecho de la madre a interrumpir el embarazo. Esto explica el por qué estas acciones tienen su origen, se han desarrollado y se hacen presentes en aquellos ordenamientos en donde la madre puede abortar libremente o bajo determinadas circunstancias (aborto eugenésico y/o embriopático)[24], y por qué su presencia es limitada o nula en el caso contrario[25].

A continuación, brindaremos un panorama acerca del origen, desarrollo y difusión de la acción de *wrongful life*; indicaremos sumariamente los pronunciamientos de aquellas cortes que la han acogido; y, luego, brindaremos un panorama de aquellas jurisdicciones que la han rechazado. Por último, analizaremos críticamente los argumentos que se han utilizado para su rechazo.

24 Tal como se puede entrever en el razonamiento de *Curlender c. Bio-Science Laboratories* (1980). Por cuanto respecta al ordenamiento peruano, el único aborto que está permitido expresamente por el Código Penal (1991, art. 119) es el aborto terapéutico. Sin embargo, en la sentencia del IX Juzgado Constitucional del 21 de enero de 2015 (Exp. 21486-2011), se reconoce el resarcimiento por el daño causado a Noelia Karin Llantoy a cargo del Estado peruano por no habérsele permitido abortar a un embrión anencefálico. Lo particular de este pronunciamiento es que se emite en aplicación del dictamen contenido en la Comunicación N.° 1153/2003, del 24 de octubre de 2005, del Comité de Derechos Humanos de la ONU, el cual reconoce, conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) —vigente en el Estado peruano desde el 3 de enero de 1981—, el derecho de la madre a abortar cuando no permitirlo —como en el caso en específico— constituya una violación a los artículos 7 y 17 del Pacto. En consecuencia, se pude considerar que el aborto eugenésico y/o embriopático está permitido en el ordenamiento peruano en aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo cual abriría las puertas para que en sede nacional se empiece a discutir acerca de la posibilidad de amparar demandas por *wrongful birth* o, incluso, por *wrongful life*.

25 En el ordenamiento peruano solo se ha presentado una demanda por *wrongful life*. Se trata del caso resuelto en apelación por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Tacna, del 13 de julio de 2013 (Exp. 00001-2013). En este, el demandante, Santiago Hermosilla Cusihuamán, nació padeciendo de osteogénesis imperfecta. Se alegó que los padres no fueron informados acerca de su condición durante la fase temprana del embarazo, ni se practicaron los procedimientos de diagnóstico necesarios para su detección. La Sala no acogió la demanda, ya que consideró que no existía nexo causal entre el hecho de los demandados y el estado de salud del demandante: «la enfermedad del demandante no se debe a una negligencia grave médica, pues como se ha señalado, si al demandante actualmente le aqueja dicha enfermedad, ello se debe a una alteración congénita, heredado por sus padres, mas no por una mala praxis de los médicos que la atendieron a Francisca Cusihuamán Vilca de Hermosilla (madre del demandado)». Cabe advertir que esta sentencia fue recurrida en casación; no obstante, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, con sentencia del 7 de enero de 2014 (Cas. N.° 3904-2013), declaró improcedente el recurso, coincidiendo con la sentencia de vista en que no existe nexo causal: «la enfermedad que padece el recurrente Santiago Hermosilla Cusihuamán proviene de una afección genética causada por una mutación de los genes que codifican las cadenas de colágeno, lo cual en ningún caso puede ser atribuible a una negligencia médica, tanto más, si la falta de diligencia médica en el diagnóstico y tratamiento brindado que denuncian los recurrentes no se encuentra debidamente acreditado con medio probatorio alguno». Con relación a este caso, pueden verse las reflexiones críticas de León Hilario (2017, pp. 651 y ss.), quien sin embargo llega a la conclusión de que, al no estar reconocida en el ordenamiento peruano la libertad de aborto, «no cabe postular ninguna tutela resarcitoria por el nacimiento en sí mismo» (p. 653); y de Gabriel Rivera (2013), quien señala: «Con relación al caso peruano, consideramos que no se podría hablar de "un perjuicio de haber nacido", puesto que el aborto —al menos en el Perú y en la actualidad— nunca se ha presentado como una posibilidad de elección» (p. 215).

III.1. Origen y evolución

El concepto de *wrongful life* aparece invocado por primera vez en el caso *Zepeda c. Zepeda* (1963), en el que un menor físicamente sano reclamaba a su padre su condición de discapacidad social de hijo ilegítimo[26]. No obstante, como más tarde sería precisado, en realidad, en casos como este en los que se reclama la falta de estatus social, lo que se presenta es una demanda por *dissatisfied life* (Cohen, 1978, p. 212; Hughes, 1987, p. 572).

Será, antes bien, *Gleitman c. Cosgrove* (1967) el primer caso en el que se plantearía una acción de *wrongful life* bajo las características que actualmente se le reconocen[27]. Sandra Gleitman, madre del menor, informó al demandado que había contraído rubeola en los primeros meses del embarazo y le consultó si esto afectaría o no al hijo que estaba gestando. El demandado le señaló, en varias oportunidades, que esta condición no tendría efectos en el menor; sin embargo, el menor nació con graves discapacidades auditivas y visuales. A pesar de ello, la Corte desestimó la acción de *wrongful life* con base en dos argumentos. Primero, consideró que las condiciones del menor no fueron el resultado de la conducta de los demandados; en otras palabras, no existe nexo causal entre el hecho de los demandados y el daño padecido por la víctima. Según la Corte, en este caso «no está en discusión que cualquier cosa que los demandados pudieran haber hecho no habría disminuido la posibilidad de que el menor naciera con defectos. La conducta de los demandados no fue la causa de la condición del menor demandante» (*Gleitman c. Cosgrov*, 1967). Segundo, es imposible determinar el monto del resarcimiento. En opinión de la Corte: «El demandante nos estaría obligando a medir la diferencia entre su vida con defectos con el vacío absoluto de la no existencia, empero, es imposible realizar dicha determinación» (*Gleitman c. Cosgrove*, 1967). Después, *Stewart c. Long Island College Hospital* (1972)[28], *Dumer c. St. Michael's Hospital* (1975)[29],

26 Así, por ejemplo, Brantley (1976), quien refiriéndose al caso *Zepeda* c. *Zepeda* (1963), señala: «En efecto, la frase "wrongful life" se originó en casos como este» (p. 146). Un caso similar en el pedido, más no en los hechos, es *Williams c. State of New York* (1966), en el que el menor nació producto de la violación a su madre mientras esta era paciente del Hospital Estatal de Nueva York, razón por la cual demandaba haber sido privado de sus derechos de propiedad, de haber tenido una niñez y vida normal, del cuidado, apoyo y crianza paternos y, lo más importante, de cargar con el estigma de ser un hijo ilegítimo.

27 Tal como precisa Hughes (1987), *Gleitman c. Cosgrove* es el primer caso verdadero de *wrongful life* (p. 575).

28 Caso en el que la madre, quien había sido infectada con rubeola, por consejo de los demandados, no terminó con el embarazo, dando a luz a un menor con serias discapacidades físicas y mentales.

29 Caso en el que la madre, Carol Dumer, fue diagnosticada con una reacción alérgica cuando en realidad se trataba de rubeola. Al tiempo del diagnóstico erróneo, la demandante llevaba aproximadamente un mes de embarazo. La menor, Tanya Dumer, nació meses después padeciendo de retardo físico y mental permanente, cataratas y malfuncionamiento del corazón.

Karlsons c. Guerinot (1977)[30], *Gildiner c. Thomas Jefferson University Hospital* (1978)[31] y *Berman c. Allan* (1979)[32] siguieron esta tendencia.

Sin embargo, *Park c. Chessin* (1977) marcaría un cambio de ruta, siendo el primer caso en el que se acogerá esta acción. En junio de 1969, Hetty Park dio a luz a un menor que solo vivió cinco horas debido a que padecía de poliquistosis renal, un trastorno hereditario. Posteriormente, junto a su esposo, buscó consejo médico a fin de saber si en un próximo embarazo su futura descendencia sufriría también del mismo mal. Los demandados les informaron que las probabilidades eran prácticamente nulas, al no ser este padecimiento uno de tipo hereditario. Con base en esta información errónea, Hetty Park quedó embarazada una vez más. En julio de 1970 dio a luz a Lara Park, quien también nació con poliquistosis renal, muriendo dos años y medio después a causa de la enfermedad. En esta ocasión, a pesar de reconocer el hecho de que esta acción no cuenta con el favor de las cortes y los distintos argumentos que estas dan para dichos efectos, la Corte consideró, por el contrario, que eran muy importantes el contexto y las particularidades del caso para dar una solución. Por ello, su argumento parte de la configuración y el reconocimiento del derecho de los padres a no tener hijos, el cual comprende aquellos casos en los que se ha determinado con razonable certeza médica que el menor nacerá con deformidades. Así, la violación de dicho derecho también será contraria «al derecho fundamental del menor a nacer como un ser humano completo y funcional» (*Park c. Chessin*, 1977). En base a estas consideraciones, la Corte acogió la demanda del menor, reconociendo el resarcimiento por los «perjuicios, dolor consciente y sufrimientos causados por la negligencia de los demandados» (*Park c. Chessin*, 1977).

A pesar de ello, esta sentencia sería revocada por *Becker c. Schwartz* (1978), en la que se dispuso que las acciones de *wrongful life* no pueden ser amparadas, ya que los menores no sufren ningún daño jurídicamente cognoscible, no existe el derecho fundamental de nacer como un ser humano completo y funcional, y es imposible determinar el monto del resarcimiento. Los fundamentos de esta sentencia fueron seguidos por *Elliott c. Brown* (1978) y *Speck c. Finegold* (1981).

30 Caso en el que, por la falta de información de los médicos respecto a la existencia de prueba de amniocentesis y la desconsideración de las condiciones médicas de la madre (37 años, sufría de hipotiroidismo y había dado a luz previamente a un niño deforme), esta dio a luz a un niño con síndrome de Down.

31 Caso en el que la prueba de amniocentesis falló al detectar durante el embarazo de la madre, Linda Gildiner, la presencia de la enfermedad de Tay-Sachs en el concebido. A causa de este resultado, que se revelaría erróneo, el demandado aconsejó a los padres continuar con el embarazo. Andrew Lane Gildiner nació el 14 de agosto de 1974 padeciendo de dicha enfermedad.

32 Caso en el que, por la omisión de información acerca de la prueba de amniocentesis, Shirley Berman dio a luz a Sharon, quien padecía de síndrome de Down. Lo peculiar de esta sentencia es que, a pesar de negar el resarcimiento a Sharon por *wrongful life*, consideró que no condenar al demandado sería una perversión de la justicia.

Luego de que *Park c. Chessin* abriera la posibilidad del acogimiento de estas acciones, el siguiente caso en donde se las reconoció fue *Curlender c. Bio-Science Laboratories* (1980). En este, los padres de la menor, Phillis y Hyam Curlender, buscaron a los demandados para la realización de ciertas pruebas con el fin de determinar si alguno de ellos portaba el gen de la enfermedad de Tay-Sachs. Los demandados brindaron información incorrecta a los padres, quienes en base a esta decidieron concebir a la menor. La información se reveló incorrecta cuando, al nacer la menor, Shauna Curlender, se hizo evidente que esta padecía dicho mal. La Corte consideró que al estar presente el elemento del daño, consistente en una vida con defectos en lugar de en los defectos considerados en sí mismos, la menor tiene derecho a no nacer y así «obtener resarcimiento por la pena y el sufrimiento que soportará durante la vida limitada disponible para un menor como tal y todo daño patrimonial resultado de su condición deteriorada» (*Curlender c. Bio-Science Laboratories*, 1980).

El razonamiento de esta sentencia sería reafirmado en *Turpin c. Sortini* (1982), precisando el monto resarcitorio. En este caso, los padres del menor, James y Donna Turpin, tuvieron un primer hijo, Hope, quien nació con deficiencias auditivas. Sin embargo, el demandante, consultado por los padres, les informó que esta condición era una limitación auditiva normal; no obstante, como más tarde se reveló, en realidad era una deficiencia hereditaria. Los padres, confiando en esta primera diagnosis, decidieron tener un segundo hijo, Joy, quien también padeció de la misma condición. Los padres alegaron que, de haber conocido que la sordera de Hope era hereditaria, no habrían concebido a Joy. El razonamiento de la Corte para acoger esta demanda se basa esencialmente en considerar que, primero, existe un daño causado al menor y, segundo, que la determinación del resarcimiento no tiene por qué ser impedida por la consideración de la vida como un bien más valioso que la no vida. Respecto al primer punto, la Corte sostiene que cuando el demandado falla negligentemente al diagnosticar una enfermedad hereditaria, este daña tanto al menor potencial como a sus padres, privándolos de información que podría ser necesaria para determinar si, en interés del menor, este nacerá con defectos o no nacerá (*Turpin c. Sortini*, 1982). Respecto al segundo, la Corte considera que, si bien en términos generales «nuestra sociedad y nuestro sistema jurídico incuestionablemente dan a la vida humana el valor más alto», no es cierto que «bajo todas las circunstancias la "vida deteriorada" es "preferible" a la "no vida"». Aun cuando la Corte niega los *general damages*[33], ya que estos «no pueden en ningún sentido significativo compensar al demandante por la pérdida de oportunidad de no nacer», sí reconoce

33 Que, bajo el caso en específico, se sustanciaban en el resarcimiento de la pena y el sufrimiento de las aflicciones hereditarias del menor. Para la distinción entre *general* y *special damages*, consultar Deakin *et al*. (2013, p. 794).

los *special damages*, es decir, el resarcimiento de los costos extraordinarios relativos a los tratamientos educativos y médicos especiales que tendrá que solventar el menor durante su vida. Los alcances de *Turpin* serían precisados en *Andalon c. Superior Court* (1984)[34], en el que la Corte enfatizó que los *general damages* se limitan a la pena y el sufrimiento, mientras que no es posible reconocer los daños por la pérdida de la capacidad de generar ingresos.

Actualmente, solo las jurisdicciones estadounidenses de California[35], Washington[36], Nueva Jersey[37] y Maine[38], siguiendo esencialmente a *Turpin*, reconocen la responsabilidad del médico por *wrongful life*[39]. Por el contrario, la mayoría de las jurisdicciones estadounidenses ha rechazado consistentemente estas acciones bajo distintos argumentos. Si bien algunas de estas se han centrado en negar la existencia de los requisitos para la configuración de la responsabilidad civil del médico advirtiendo, por ejemplo, la inexistencia de un daño, la imposibilidad de calcular el resarcimiento (Hensel, 2005, p. 161) o, también, como se advierte en *Willis c. Wu* (2004), que «en realidad el médico no causó la afección o defecto congénito»; no se ha dejado de resaltar que, en ocasiones, el fundamento del rechazo son las implicancias filosóficas o éticas de esta acción (Andrews, 1992, p. 157).

III.2. Circulación de las acciones de *wrongful life*

Las acciones de *wrongful life* han sido planteadas en aquellos ordenamientos en donde el aborto está permitido. La gran mayoría de

34 Caso en el que el médico omitió informar a los padres, Ruth y Adolph Andalon, sobre la existencia de la prueba de amniocentesis. Como consecuencia, los padres trajeron al mundo a Ryan, un menor que padecía de síndrome de Down.

35 El estado de California reconoció esta acción en *Gami c. Mullikon Medical Center* (1993), caso en el que el menor, Nandini, a causa de la negligencia del médico tratante de la madre al no comunicarle que la prueba de alfafetoproteína reveló que su sangre era inadecuada para la prueba y tampoco practicarle una segunda prueba, nació con hidrocefalia congénita y espina bífida.

36 El estado de Washington reconoció esta acción en *Harbeson c. Parke-Davis, Inc.* (1983), caso en el que la madre, quien sufría de epilepsia, luego de traer al mundo a su primer hijo, que nació sano, consultó a los médicos sobre el riesgo que implicaría concebir a un segundo hijo a causa del medicamento que esta consumía para controlar sus convulsiones (Dilantin). Estos le indicaron que dicho medicamento causa paladar hendido e hirsutismo temporal. Confiando en esta información, la demandante salió embarazada dos veces más, trayendo al mundo a Elizabeth en abril de 1974 y a Christine en mayo de 1975. Durante el embarazo, la madre continuó consumiendo Dilantin. Posteriormente, se reveló que ambas menores sufrían del síndrome de hidantoína fetal, un padecimiento que les causa una serie de deficiencias físicas.

37 El estado de New Jersey reconoció esta acción en *Procanik by Procanik c. Cillo* (1984), caso en el que los demandados no diagnosticaron la rubeola que la madre, Rosemary Procanik, había contraído durante el primer trimestre del embarazo. Como resultado, Peter Procanik nació padeciendo el síndrome de rubeola congénita.

38 Aunque en esta jurisdicción no se han presentado casos ante los tribunales, el Maine Insurance Code contiene una regla que permite su acogimiento.

39 Cabe resaltar que en *Azzolino c. Dingfelder* (1984), la North Carolina Court of Appeal acogió la demanda del menor, Michael Azzolino, por haber nacido con síndrome de Down a causa de la omisión de información del médico tratante respecto de la existencia de la prueba de amniocentesis. Sin embargo, la Supreme Court of North Carolina, con sentencia del 1 de diciembre de 1985, revocó esta decisión, indicando simplemente que este tipo de pretensiones no son amparables bajo dicha jurisdicción.

estos las han rechazado; no obstante, algunos pocos las han reconocido. Francia (en un primer momento), Holanda y España son ejemplos emblemáticos de estos últimos.

En Francia, el conocido como *arrêt Perruche* (2000) es uno de los pocos casos en los que la Cour de Cassation reconoció las acciones de *wrongful life*[40]. Los hechos fueron los siguientes: la madre de Nicolas Perruche contrajo rubeola durante el embarazo, a pesar de que el médico le había informado que ella estaba inmunizada. Como resultado, Nicolas Perruche manifestó problemas neurológicos y sensoriales que sugerían una rubeola congénita. La Cour de Cassation, a diferencia de la primera vez en que se pronunció sobre el caso[41], reconoció directamente el resarcimiento de Nicolas Perruche: «este último puede demandar la reparación del perjuicio resultante de esta discapacidad y causado por las falencias consideradas» (*Nicolas Perruche c. Caisse primaire d'assurance maladie de l'Yonne*, 2000). Aun cuando pueda ser dudoso en qué consiste esta reparación de la que habla la Corte, dado el carácter lacónico con el que usualmente esta suele expresarse, se ha precisado que «lo que los jueces han pretendido reparar no es la vida misma, sino (principalmente) las consecuencias económicas de las graves alteraciones corporales» (Markesinis, 2001, p. 89).

Con posterioridad, la Cour de Cassation confirmaría esta decisión, limitando sus alcances a aquellos casos en los que se presenten las condiciones que permitan un aborto legal[42]. A pesar de ello, como veremos, el rumbo que se tomará en el ordenamiento francés, debido a la intervención del legislador, será uno muy distinto.

Por su parte, la Suprema Corte de Holanda (Hoge Raad), en el caso *Leids Universitair Medisch Centrum c. Kelly Molenaar* (2005) —caso *Kelly*—, admitió por primera vez este tipo de acciones. En este, la menor (Kelly) nació con graves discapacidades, las cuales eran el resultado de defectos genéticos cromosómicos de naturaleza hereditaria provenientes de la línea paterna. Durante el embarazo, la madre de Kelly informó al obstetra sobre la condición de un pariente de su marido, quien sufría de dichos defectos cromosómicos. La madre consultó al obstetra si era necesario hacerse algunas pruebas de descarte (amniocentesis); no obstante, el obstetra consideró que no se precisaba de ello. Adicionalmente, se

40 Tal como informan Viney y Jourdain (2013), con anterioridad la Cour de Cassation ya había tomado una decisión en dicho sentido en dos casos decididos el 26 de marzo de 1996 (p. 33). De hecho, uno de estos, precisamente el decidido por la Chambre Civile 1 (N.° de pourvoi: 94-11.791, 94-14.158), se trataba del mismo caso *Perruche* en la primera ocasión en que la Cour de Cassation se pronunció sobre este.

41 Como habíamos indicado, la Chambre Civile 1 de la Cour de Cassation, con sentencia del 26 de marzo de 1996, ya había casado y anulado la sentencia de la Cour d'appel de Paris, que negaba el resarcimiento a Nicolas Perruche. Sin embargo, tras reconocer la existencia de la relación de causalidad entre las falencias cometidas y el daño causado al demandante, se limitó a reenviar la causa a la Cour d'appel d'Orléans.

42 Sentencia de la Assemblée Plénière de la Cour de Cassation del 13 de julio de 2001.

debe tomar en cuenta que la mujer de un pariente de su marido, que sufría el mismo defecto cromosómico y que estaba embarazada durante el mismo periodo, sí fue sometida a dicha prueba bajo la supervisión del mismo obstetra. La madre alegó que, de haber sido informada de la condición de Kelly, habría optado por el aborto[43]. La Corte decidió reconocer el resarcimiento del daño a Kelly, además de al padre y a la madre, otorgando una compensación por el costo de vida y los costos relativos a sus discapacidades, así como por el daño no patrimonial por el sufrimiento. A diferencia de Francia, el legislador holandés no intervino para corregir la tendencia iniciada por la Hoge Raad y, antes bien, está conforme con dicha solución (Giesen, 2009, p. 263).

> Por cuanto respecta al ordenamiento español[44], a pesar de que en términos generales la jurisprudencia rechaza esta acción[45], el Tribunal Supremo Español las ha reconocido en dos pronunciamientos. En el primero de ellos, la madre acudió al Hospital General de Elda con la finalidad de someterse a una prueba de amniocentesis. Le informaron que, según esta prueba, los valores del cariotipo eran normales; sin embargo, tal como se reveló más tarde, la prueba se realizó respecto de una muestra distinta a la extraída a la madre, naciendo el menor con síndrome de Down. La sala de instancia reconoció, además del resarcimiento a cada uno de los padres, la suma de mil quinientos euros mensuales a favor del menor desde la fecha de su nacimiento, siendo confirmada en dicho extremo por el Tribunal Supremo. Al respecto, es interesante notar que, en un pasaje de la sentencia, el Tribunal Supremo, de manera muy similar a la Cour de Cassation y la Hoge Raad, advierte que «[…] los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización» (STS 3364/2010, 16 de junio de 2010)[46].

El segundo de los pronunciamientos, bajo el mismo fundamento[47], reconoce al menor la suma de doscientos mil euros por concepto de

43 Los hechos del caso son narrados con gran precisión por Hondius (2005, pp. 111 y ss.) y Mukheibir (2005, p. 754).

44 La STS 3999/1997 del 6 de agosto de 1997, a pesar de ser la primera en la que se hace referencia a la acción de *wrongful life*, no resuelve una reclamación en dicho sentido, sino propiamente una acción de *wrongful birth*.

45 Así, por ejemplo, la STS 3752/2015 del 15 de septiembre de 2015, haciendo referencia a pronunciamientos anteriores, descarta la viabilidad de este tipo de acción porque la omisión de información no afecta al menor, sino a los padres; y porque no puede considerarse al nacimiento bajo condiciones de discapacidad como un daño en sí mismo.

46 Para un análisis del caso, ver Mazzilli (2012, pp. y 79 ss.).

47 En realidad, en ambas sentencias el fundamento es extraído de la STS 5899/2008 del 4 de noviembre de 2008. En este caso la madre reclamaba, además del daño moral, el pago de una renta vitalicia a favor de su hija ascendiente a novecientos uno euros mensuales. En otras palabras, además de la acción de *wrongful birth*, ejercía en representación de su hija la acción de *wrongful life*. Cabe resaltar que el Tribunal Supremo, si bien estima que es posible resarcir los gastos extraordinarios

sobrecoste de su crianza y educación (STS 1673/2012, 20 de marzo de 2012)[48].

III.3. Negación generalizada en los diferentes ordenamientos

Como habíamos indicado, la mayoría de los sistemas en donde se han presentado demandas de resarcimiento por *wrongful life* las han rechazado, no obstante, bajo argumentos similares (Giesen, 2009, p. 264). A continuación, sin ánimos de exhaustividad, indicaremos de manera sintética los principales hechos, así como los argumentos que se utilizaron para su rechazo.

III.3.1. Derecho alemán

Comencemos por el sistema alemán. El primer caso de *wrongful life* que el Bundesgerichtshof (BGH) conoció[49] fue uno del 18 de enero de 1983 en el cual la demandante (la menor) reclamaba los daños que le había causado el ginecólogo de su madre al no diagnosticar la rubeola que esta última contrajo durante las primeras semanas del embarazo, lo cual determinó que esta naciera con su salud gravemente comprometida. La Corte consideró que, bajo el ordenamiento alemán, no existe —y, antes bien, es ajeno a este ordenamiento— deber alguno de impedir el nacimiento de un menor bajo la presunción de que este sufrirá con toda probabilidad una enfermedad que restará valor a su vida ante los ojos de la sociedad o ante sus propios ojos, toda vez que el derecho de la responsabilidad civil está centrado en la protección de la integridad personal.

Además, esta consideró que, desde la implantación del feto en el útero materno, la vida humana es el interés jurídicamente protegido de más alto orden, cuyo valor es inestimable. «Por esta razón, se reconoce que el deber de salvar la vida de una persona enferma o de una que está gravemente dañada no debe depender del juicio sobre el valor de la vida que debe salvarse» (BGH, 18 de enero de 1983).

De esta manera, el BGH considera que al no estar implicado ningún interés a la integridad personal del demandante, no se puede determinar de manera definitiva si una vida afectada por graves discapacidades, en alternativa de la no vida, puede ser considerada como un daño relevante, o si esta es una mejor condición que la no vida. Finalmente, esta llega a la conclusión de que, «en principio, un ser humano tiene que aceptar su vida tal como la naturaleza se la ha brindado y no tiene derecho

por la crianza de un menor en circunstancias que se separan de lo normal, no reconoce que esto fundamente la acción de *wrongful life*, sino la de *wrongful birth*.

48 STS 1673/2012 del 20 de marzo de 2012. En este caso, a diferencia del anterior, la prueba de amniocentesis ni siquiera se llevó a cabo, prescindiendo del hecho de que se trataba de un embarazo de alto riesgo y privando así a la madre de la oportunidad de interrumpirlo.

49 Sentencia del BGH del 18 de enero de 1983. La sentencia puede revisarse en Markesinis *et al*. (2019, p. 237).

a reclamar a otros por haber nacido o por no haber sido eliminado» (BGH, 18 de enero de 1983).

III.3.2. Derecho inglés

Mckay and Another c. Essex Area Health Authority (1982) representa un caso inglés muy similar al caso alemán anterior[50]. Una mujer contrajo rubeola en los primeros meses del embarazo. A pesar de las pruebas de sangre realizadas, el médico no diagnosticó la infección. Como resultado, el menor nació seriamente discapacitado. La Court of Appeal, si bien reconoció que el médico tenía un *duty of care* frente a la madre de informarle acerca de la infección y de la conveniencia del aborto, adujo cuatro argumentos para rechazar la demanda. Primero, el *duty of care* del médico respecto al feto no se extiende al deber de terminar con su vida; segundo, admitir una acción como tal compromete el valor de la vida y devalúa la vida de un menor discapacitado al extremo de considerarla como una vida sin valor de ser preservada; tercero, es imposible comparar el daño resultante de una vida con discapacidades con la no existencia; y, por último, el reconocimiento de estas acciones motivaría a los médicos a recomendar los abortos en casos dudosos (Hondius, 2005, p. 112; Van Dam, 2013, pp. 200-201).

Recientemente, *Toombes c. Mitchell* (2020) ha generado la duda de si las acciones de *wrongful life* siguen estando prohibidas en el ordenamiento inglés (Bowden, 2022, p. 465). Sin embargo, en realidad, lo que la demandante reclamaba en este caso no se trataba de un daño por *wrongful life*, sino de uno causado por un *prenatal tort*. En efecto, Evie Toombes reclamaba el hecho de que el demandado no había aconsejado y prescrito correctamente a su madre la ingesta de ácido fólico antes ni durante la gestación, lo que indujo a la madre a prescindir de él. Como resultado, la menor nació con el síndrome de médula espinal anclada. En otras palabras, lo que realmente reclamaba la demandante no era el haber nacido con discapacidades, sino que dichas discapacidades fueron causadas por el tratamiento médico que el demandado aconsejó a su madre.

III.3.3. Derecho australiano

Por cuanto atiene al derecho australiano, la High Court, en *Harrinton c. Stephens* (2006), desestimó la acción de *wrongful life* en un caso muy similar al caso inglés (*McKay c. Essex*). Esta siguió la argumentación de la Corte inglesa anteriormente reseñada; es decir, el argumento principal fue que era imposible comparar una vida con discapacidades con la no vida. Además, se plantearon otros problemas para respaldar esta decisión. Primero, no se sabe cuál es el grado de discapacidad necesario para que esta acción tenga éxito; segundo, era posible que estas acciones

50 Decidido, además, tan solo un año antes de la sentencia del BGH.

pudieran ejercerse contra los padres, al saber estos de la condición del feto y no abortarlo; tercero, existe una potencial superposición entre la acción de *wrongful life* del menor y la de *wrongful birth* de los padres; y, por último, son dudosos los tipos de daños que podrían reconocerse y su fundamentación (Goudkamp & Nolan, 2020).

III.3.4. Derecho sudafricano

En el sistema sudafricano, *Friedman c. Glicksman* (1994) constituye la línea de tendencia seguida por su jurisprudencia. En este caso, el demandado, un ginecólogo especialista, luego de realizar algunos exámenes a la madre, aconsejó a esta última continuar con el embarazo, informándole que no existía un riesgo mayor al normal de tener un hijo discapacitado. Es de resaltar que la madre informó al obstetra su voluntad de terminar con el embarazo en caso existiera un riesgo más alto que el normal de que el feto naciese con defectos o discapacidades. Finalmente, la información brindada por el médico resultó errónea, naciendo la menor con discapacidades[51]. La madre interpuso una demanda a título propio y a título de su menor hija. La Corte, luego de negar la configuración de una acción contractual[52], utilizó dos argumentos para rechazar la pretensión resarcitoria[53]. Primero, afirmó la inexistencia de un deber a favor del menor de dar a su madre la oportunidad de terminar con el embarazo. Segundo, se estimó la imposibilidad de liquidar los daños, ya que se habría tenido que comparar la condición actual del menor discapacitado con su no existencia (Blackbeard, 1996, p. 713). Así, esta afirmó: «para las Cortes sería contrario al orden público tener que admitir que para una parte sería mejor no tener la incalculable bendición de la vida que tener dicha vida, aunque de manera estropeada» (*Friedman c. Glicksman*, citado en Mukheibir, 2005, p. 760).

En *Stewart c. Botha* (2008), un caso muy similar al anterior donde el menor nació severamente discapacitado porque sus padres no fueron informados de los defectos congénitos que este padecía, la Supreme Court of Appeal sudafricana siguió la línea establecida en *Friedman c. Glicksman*, rechazando la acción de *wrongful life*, aunque bajo el argumento de ser *contra bonos mores*[54], lo cual niega a la conducta del

51 Los hechos del caso son narrados con gran detalle en Blackbeard (1996, p. 711).

52 Fueron dos las razones expuestas por la Corte a fin de rechazar la configuración de una acción contractual a favor del menor. Primero, al tiempo de la vigencia del contrato de prestaciones médicas celebrado entre el obstetra y la madre, el menor no contaba con personalidad jurídica, ya que bajo el derecho sudafricano se considera que esta comienza con el nacimiento. Segundo, este contrato no se configuraba como uno a favor de tercero, el menor, ya que el beneficio del mismo (la terminación del embarazo) no podía ser aceptado mientras estaba en el vientre materno, siendo imposible que este sea aceptado luego del nacimiento. Sobre estos argumentos se detiene Blackbeard (1996, p. 713).

53 Un tercer argumento, en nuestra opinión no decisivo, fue el peligro que significaría establecer un precedente con base en el cual los hijos demanden a sus padres por no haberlos abortado.

54 Mukheibir (2008) se muestra crítico respecto a este argumento, llegando a concluir que, en un sistema en donde el aborto es legal, es hipócrita considerar que una acción de *wrongful life* sea contraria al orden público (p. 523).

médico el carácter de *wrongful* (Chürr, 2015, p. 747). En opinión del *acting judge of appeal* Snyder:

> desde toda perspectiva que uno mire la cuestión, la pregunta esencial que una corte debe responder si es llamada a resolver un caso como este, es si el menor debería haber nacido. Esta es una pregunta que llega tan profundamente al corazón de lo que es humano que no debería ser respondida por el derecho. Por esta razón en mi opinión esta corte no debería reconocer una acción como tal (*Stewart c. Botha*, 2008).

Tomando en consideración este escenario, algunos autores llegaron a afirmar que es improbable que este tipo de acciones alguna vez llegue a ser reconocido en el ordenamiento sudafricano[55].

A pesar de ello, más recientemente, en *H c. Fetal Assessment Centre* (2014), el sistema sudafricano tuvo la oportunidad de establecer directrices para el reconocimiento de estas acciones. En este caso, la madre alegaba la negligencia del Fetal Assessment Centre al no haberle informado sobre la alta probabilidad de que su hijo naciera con síndrome de Down, lo cual habría determinado su decisión para terminar con el embarazo. En 2008, su hijo nació padeciendo dicho síndrome. La High Court desestimó la demanda basándose en *Stewart*; sin embargo, la madre impugnó dicha decisión y, en lugar de recurrir a la Supreme Court of Appeal, recurrió a la Constitutional Court, ya que consideró que recurrir a la primera sería una pérdida de tiempo al basarse la justicia civil en el precedente *Stewart* (Chürr, 2015, p. 748). No obstante, debe tomarse en cuenta que el recurso ante la Constitutional Court no tuvo por objetivo revocar la sentencia de la High Court, sino tan solo garantizar la apelación con las directrices que se establecerán en esta decisión. En otras palabras, el objetivo no era resolver el problema de si el ordenamiento sudafricano reconoce este tipo de acciones, sino más bien si este podría desarrollarse en vista de su reconocimiento (*H c. Fetal Assessment Centre*, 2014).

El razonamiento de la Constitutional Court, que se muestra crítico respecto al precedente *Stewart*, parte de la idea de que el fundamento para negar el acogimiento a estas acciones, según el cual es imposible liquidar los daños porque se tendría que hacer una comparación entre la existencia con discapacidades y la no existencia del menor, crea problemas insuperables en los distintos niveles del juicio de responsabilidad civil (*H c. Fetal Assessment Centre*, 2014). Luego, prosigue indicando que en *Stewart* no se toma en consideración el marco normativo establecido por la Constitución sudafricana ni sus valores, en específico la igualdad,

55 Blackbeard (1996) dice: «Por lo tanto, parece ser altamente probable que una acción de *wrongful life* jamás llegue a ser reconocida en el Derecho Sudafricano» (p. 715). Una opinión similar se aprecia en Chürr (2009), quien sostiene: «La decisión en *Stewart* confirma que ninguna demanda por "wrongful life" será bienvenida» (p. 174).

la dignidad y el derecho de los menores de que su interés superior sea considerado en este tipo de decisiones[56]. De manera que, si las cortes sudafricanas tomaran en consideración estos factores, «parece posible que, dada nuestra constitución, la demanda del menor pueda no ser inconcebible». A pesar de esto, la Corte advierte que ello no implica necesariamente el acogimiento de las acciones de *wrongful life*, ya que esto no solo depende de la consideración del interés superior del menor, sino también del análisis de los elementos de la responsabilidad civil, tarea que esta Corte deja en manos de la justicia civil:

> Debemos enfatizar que todo lo que este fallo determina es que potencialmente la demanda del menor podría encontrar fundamento. Será la High Court la que decida si esto es así y de qué manera. De modo que, la High Court aún debe determinar si la demanda ha sido propiamente reformulada según la responsabilidad civil, si se hacen presente el daño, la injusticia, la negligencia, el nexo de causalidad y los daños. Todo lo que este fallo establece es que este análisis debe ser realizado con nuestro imperativo constitucional según el cual la decisión debe ser conforme con los derechos y valores constitucionales, lo cual debe incluir la consideración del interés superior del menor.

III.3.5. Derecho francés

En Francia, luego de la conmoción causada por el *arrêt Perruche*[57], al considerarse que este pronunciamiento era contrario al principio constitucional de la dignidad de la persona humana, y dado el sentimiento de aumento de presión por parte de la profesión médica al tener que recomendar los abortos puesto que los diagnósticos de discapacidad no eran cien por ciento efectivos, el legislador francés tuvo que intervenir mediante la Loi 2002-303 relative aux droits des malades et à la qualité de système de santé (Loi Kouchner), del 4 de marzo de 2002, disponiendo que nadie puede ser indemnizado por haber nacido, incluso si nació discapacitado. Debe advertirse, no obstante, que esta ley no solo impide el resarcimiento por *wrongful life*, sino también el resarcimiento por *wrongful birth*. A pesar de ello, no deja desamparados a los damnificados, ya que, si bien no les reconoce ninguna protección bajo las reglas de responsabilidad civil, asigna su reparación a otro mecanismo de administración de daños. De esta manera, instituye un

56 Algo que llama la atención es la utilización de la comparación jurídica por parte de esta Corte. Así, esta precisa que los sistemas que no reconocen este tipo de acciones son aquellos en los que los derechos de las mujeres a decidir están significativamente restringidos y, por el contrario, en aquellos ordenamientos en los que se admite este derecho, este tipo de acciones se encuentra mucho menos restringida.

57 Conmoción causada, en realidad, tal como informan Viney y Jourdain (2013), por la desinformación de los medios y la presión de los *lobbies*, que hicieron creer que lo que en realidad era objeto de reparación era la vida misma (p. 34).

fondo especial de compensación para los padres destinado a mitigar los altos costos de crianza de sus hijos discapacitados.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) consideró que la Loi Kouchner era contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En *Draon c. Francia* (2005) y *Maurice c. Francia* (2005), el Tribunal dispuso que la Loi Kouchner derogó con efectos retroactivos uno de los tipos esenciales de daños, respecto a los cuales los padres de los menores cuyas discapacidades no fueron detectadas antes del nacimiento habrían reclamado. De esta manera, esta ley les privó de un activo; es decir, de un reclamo fundado de ser compensados por los daños sufridos.

Por lo tanto, este Tribunal concluyó que, respecto a los procesos pendientes hasta antes de la entrada en vigencia de la Loi Kouchner el 7 de marzo de 2002, la aplicación retroactiva de esta última viola el artículo 1 del Primer Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Esto determinó que la Cour de Cassation aún acoja demandas por *wrongful life* en casos en los que tanto el daño como el inicio del proceso hayan ocurrido antes de la entrada en vigencia de la Loi Kouchner, tal como hizo en los *arrêts* N.° 136, 195 y 196 del 24 de enero de 2006. Inclusive en el *arrêt* N.° 796 del 8 de julio de 2008 acogió dicha acción, a pesar de que el proceso se inició con posterioridad a dicha ley.

Esta última actitud de esta corte ha llevado a algunos a especular la posibilidad de que, dado el plazo de prescripción de diez años para este tipo de acciones y que dicho plazo comienza a computarse cuando los damnificados adquieren la mayoría de edad, el *arrêt Perruche* pueda ser aplicado hasta el año 2030 (Manaouil *et al*., 2012, p. 668).

De hecho, esta interpretación de la Cour de Cassation, en contraposición a la del Conseil d'État[58], ha sido suscrita recientemente por el TEDH en *N. M. y otros c. Francia* (2022), el cual se muestra contrario a toda forma de aplicación retroactiva de la Loi Kouchner[59].

III.4. Argumentos empleados para negar su acogimiento

Bajo los distintos ordenamientos, la afirmación de la responsabilidad civil del demandado siempre dependerá de la verificación de determinados requisitos, que esencialmente son tres: el daño, la relación de causalidad y el criterio de imputación[60]. Al consistir las demandas de *wrongful life* en

58 El cual ha restringido el acogimiento de esta acción a aquellas cuyos procesos se hayan iniciado antes de la entrada en vigencia de la Loi Kouchner.

59 De esta última vicisitud de las acciones de *wrongful life* en el ordenamiento francés da cuenta Manaouil (2023, pp. 94 y ss.).

60 Tal como indican los comparatistas, «el moderno derecho de la responsabilidad civil tanto en el *civil law* como en el *common law* presenta una estructura común, debido a que se plantean preguntas y

pretensiones resarcitorias, estas no pueden ser ajenas a este razonamiento formal. Tal como hemos visto, la mayoría de los ordenamientos en donde esta acción se ha planteado rechaza su acogimiento porque no se presentarían algunos de estos requisitos para la configuración de la responsabilidad civil del médico. No obstante, los argumentos que estas aducen, aun cuando pretenden ser jurídicos, muchas veces resultan guiados por argumentos extrajurídicos[61]. Tal como opina Markesinis (2001), «es difícil negar que estos presentan una fuerza y, por lo tanto, que estos tienen cierto impacto. No obstante, es igualmente imposible considerarlos concluyentes en todos sus extremos» (p. 81). Es por ello que resulta necesario mirar detrás de la pantalla de las argumentaciones formales (Alpa, 2010a, p. 183) y distinguir aquellas que son respaldadas por una lógica y un razonamiento jurídico de aquellas que son guiadas por cuestiones bioéticas.

III.4.1. Inexistencia de daño reparable

Los diferentes ordenamientos establecen distintos mecanismos para definir qué tipo de intereses serán protegidos por las reglas de responsabilidad civil. De esta forma, solo aquel daño que se concretice en la afectación de dichos intereses será considerado como uno relevante a efectos de su resarcimiento[62]. Estos mecanismos van desde el establecimiento de reglas generales como el artículo 1240 del Code Civil, que no precisa ningún requisito para la identificación del *dommage*, hasta la identificación precisa de dichos intereses, como ocurre con el listado de los *Rechtsgüter* contenido en el párrafo 823(1) del BGB o en el *common law*, donde dicha tarea se asigna al *duty of care*[63]. A pesar de ello, las diferencias entre dichos mecanismos son más aparentes que reales, ya que en los primeros se han empleado instrumentos hermenéuticos para restringir su extensión, y en los segundos se han desarrollado diversas instituciones para expandir su alcance (Wagner, 2019, p. 1007), de manera que en todos estos sistemas se ha llegado a resultados análogos. Esta analogía entre los resultados se revela en la argumentación empleada en todas estas jurisdicciones para negar

las responden de manera similar» (Gordley, 2015, p. 173). En el mismo sentido, Alpa (2010b) señala: «En la diversidad de los sistemas, no obstante, se identifica un carácter recurrente: la ilustración del sector de la responsabilidad civil mediante la identificación de los elementos del ilícito» (p. 108).

61 Tal como advierten Deakin *et al*. (2013), «los pronunciamientos judiciales en esta parte del derecho son formulados en términos filosóficos o incluso metafísicos», lo que se debe a que «las cortes están inseguras sobre las respuestas que deberían dar y, por ello, buscan refugio detrás de contraseñas jurisprudenciales o filosóficas con el fin de evitar dar soluciones claras y audaces» (p. 72).

62 De hecho, tal como refiere Salvi (2019), existen tres concepciones del daño que han ido apareciendo sucesivamente en el tiempo, cada una de las cuales representa la superación de la anterior. La primera, concibe al daño como la modificación de la realidad material, es decir, como alteración o supresión de un bien. La segunda, lo concibe como la disminución del patrimonio de la víctima. Por último, la tercera lo concibe como la contrariedad a las reglas jurídicas; es decir, como la lesión de un interés protegido (p. 50).

63 Como precisa Wagner (2019): «Así, la idéntica función de los *Rechtsgüter* alemanes y el *duty of care* inglés consiste en definir el alcance de protección de la responsabilidad civil discriminando ciertos tipos de daños, por ejemplo, los *pure economic loss* y las violaciones de los derechos personales intangibles» (p. 1006).

que el daño producido por *wrongful life* sea uno relevante y, por ende, reparable[64]. La *dissenting opinion* del juez Schreiber en *Procanik c. Cillo* (1984) es una clara muestra de esta idea:

> [L]a simpatía por un menor discapacitado y sus padres no debería llevarnos a ignorar las nociones de responsabilidad, relación de causalidad y daño sobre las que se asienta la entera filosofía de nuestro sistema de justicia. Sería insensato —y, lo que es peor, injusto— permitir al demandado obtener un resarcimiento de personas que no le causaron ningún daño.

Esta argumentación presenta dos versiones (Steinbock, 2011, p. 143). La primera sostiene que la vida es sagrada, un regalo divino, algo que sería incorrecto rechazar. En su versión secular, esta concibe a la vida, sea cual fuere su condición o calidad, como un valor en sí mismo[65]. «Bajo esta perspectiva, no hay algo como una vida que no merezca ser vivida» (p. 143). Este argumento puede evidenciarse, por ejemplo, en *Berman c. Allen* (1979). La Corte consideró que, en este caso, «Sharon no sufrió ningún daño perceptible por el derecho al ser traída al mundo», lo cual se explica porque «una de las creencias más profundas de nuestra sociedad es que la vida, con o sin graves discapacidades físicas, es más valiosa que la no vida» (*Berman c. Allen*, 1979).

La segunda versión sostiene que la vida de las personas con discapacidades, incluso las severas, usualmente valen la pena ser vividas[66] y que la creencia común de que una vida con discapacidades es incompatible con la satisfacción de la vida se debe a prejuicios o ignorancia respecto a la vida de las personas con discapacidades, quienes generalmente viven sus vidas con satisfacción (Steinbock, 2011, p. 144).

No es difícil apreciar que ambas versiones son presentadas en términos filosóficos o hasta sofísticos (Viney & Jourdain, 2013, p. 36), afirmando que la vida gravemente alterada es preferible a la ausencia de vida (Markesinis, 2001, p. 80).

Una reformulación de este argumento considera que el daño no existe, al ser este lógicamente incoherente. Este sigue la siguiente lógica:

64 Tedeschi (1966) señala: «La ausencia de daño en nuestro caso no es simplemente el resultado de una actitud técnica; es también una conclusión lógica» (p. 530).

65 Bajo esta perspectiva, Robertson (1975) considera que «aquel que jamás ha conocido los placeres de una operación mental, de la deambulación y de la interacción social, de seguro que no sufrirá de su pérdida tanto como aquel que sí la ha conocido. Mientras que aquel que ha conocido estas capacidades podría preferir la muerte a vivir sin ellas, no estamos seguros de que una persona discapacitada, con ningún punto de comparación, estuviese de acuerdo. La vida, y solo la vida, cualesquiera que fuere sus limitaciones, podría valer lo suficiente para él» (p. 254).

66 Así, por ejemplo, Harris (1990), quien señala: «La madre y/o el médico pueden haber dañado al menor, pero si este tiene una vida que valga la pena vivir, a pesar de que sea una vida discapacitada, entonces este no ha sido perjudicado por haber venido al mundo, aun cuando de hecho este haya sido dañado de este modo» (p. 103). Aquí cabe resaltar que el autor hace una distinción entre los conceptos de daño (*harm*) y perjuicio (*wrong*), siendo este último el relevante —en su discurso— para que se reconozca una acción de responsabilidad civil.

ser dañado significa haber sido puesto en una situación deterior; sin embargo, ningún individuo es puesto en una situación deterior por llegar a existir, pues para ello deberíamos poder comparar a la persona antes de existir con la persona después de existir, lo cual es simplemente absurdo. Por tanto, es lógicamente imposible que alguien sea dañado por llegar a existir. En consecuencia, las demandas de *wrongful life* son ilógicas e injustas en la medida en que exigen al demandante compensar a alguien que no ha sido dañado (Steinbock, 2011, p. 144). Bajo esta perspectiva, el daño es concebido como la agravación de una situación existente[67]. De esta manera, sería ilógico pensar en una agravación de la situación del demandante en estos casos, ya que, si el médico hubiese cumplido su obligación, el menor no habría sido puesto en mejor condición y, por el contrario, ni siquiera habría existido[68].

Tal como se puede intuir, la vía para superar la negación de la existencia de un daño es precisamente la identificación del interés lesionado. Un primer intento en dicho sentido se puede apreciar en *Park c. Chessin* (1977). En este caso, la Corte considera que el derecho de los padres a no tener hijos se extiende a aquellos casos en los que se puede determinar con una razonable certidumbre médica que el menor nacerá con defectos. La vulneración de este derecho también podría considerarse que afecta el derecho fundamental del menor a nacer como un ser humano completo y funcional (*Park c. Chessin*, 1977).

Una variante mucho más restrictiva de este argumento es presentada por Feinberg (1984), quien elabora el concepto de derecho a no nacer. Según este autor,

> [H]ablar de "derecho a no nacer" es una manera sintética de referirse a la plausible exigencia moral de que ningún menor debería venir al mundo a menos que se le garanticen ciertas condiciones mínimas de bienestar, y que ciertos "intereses futuros" básicos sean protegidos con anticipación, por lo menos en el sentido de que la posibilidad del cumplimiento de sus intereses se mantenga abierta (p. 101).

Posteriormente, Feinberg (1986) precisa su postura al abordar específicamente el tema del daño en las acciones de *wrongful life*. Así, él señala: «un menor es dañado por un acto ilícito consistente en su llegada a existencia, solo si dicho acto le produce el haber nacido en una condición tan mala que este habría estado "mejor si no hubiese nacido"» (p. 177)[69]. En otras palabras, el daño por *wrongful life* solo se

67 Tal como se puede apreciar, esta postura es guiada por la *Diferenztheorie*.

68 Weir (1982) expresa esta idea: «Si los demandados hubieran cumplido su deber, la menor no habría estado *mejor*: esta simplemente no habría existido. Dañar es hacer empeorar, no solo hacer *simpliciter*» (p. 227).

69 Comparte una postura similar Hughes (1987), quien concluye: «la responsabilidad solo parece apropiada cuando los daños son aparentes y extremos, y es evidente que el médico fue negligente» (p. 585).

concretizaría en aquellas hipótesis en las que la condición del menor, debido a sus discapacidades, sea tan mala que habría sido preferible no nacer; vale decir, en aquellas hipótesis en las que «la vida es tan terrible que ya no es más un beneficio o un don para aquel que vive» (Steinbock, 2011, p. 147). Empero, tal como ha sido advertido, esta postura llevaría a resultados irónicos pues solo comprendería a muy pocos casos, aquellos precisamente en los que la discapacidad es más severa, dejando fuera los casos en donde, dada la no tan severa discapacidad de los demandantes, el beneficio que reportaría el reconocimiento de estas acciones sería mayor (p. 152).

Como es fácil apreciar, las posturas que niegan la identificación de un daño reparable no se fundamentan en argumentos jurídicos, sino bioéticos. Todas estas giran en torno a la idea de la imposibilidad de considerar a la vida discapacitada como un daño, cayendo así en la paradoja de la no existencia (Burns, 2003, p. 808). Sin embargo, al hacerlo se pasa por alto el hecho de que la vida con discapacidades implica una carga económica mayor que una vida sin discapacidades, carga que no solo sería injusto dejar recaer en la persona que tiene menores posibilidades de afrontarla, sino incluso antieconómico (p. 835).

En ese sentido, prescindiendo de las consideraciones bioéticas y centrándonos en aspectos de orden pragmático, es necesario identificar que el interés o bien jurídico protegido es el patrimonio del menor (p. 839). Es este último el que resulta afectado por los especiales costos de atención médica, alimentación y educación que requiere una persona en dichas condiciones, lo cual, como veremos a continuación, determina la extensión del resarcimiento.

III.4.2. Imposibilidad de determinar los daños y perjuicios

Un segundo argumento, estrechamente vinculado con el anterior, es aquel según el cual es imposible determinar el monto del resarcimiento (*quantum debeatur*). Tal como hemos visto, este razonamiento es común a los sistemas inglés (*Mckay c. Essex*, 1982), australiano (*Harrinton c. Stephens*, 2006), sudafricano (*Friedman c. Glicksman*, 1994) y estadounidense (*Gleitman c. Cosgrove*, 1967; *Goldberg c. Ruskin*, 1986; *Cowe c. Forum Group*, 1991). Así, incluso en *Coleman c. Garrison* (1975)[70] se llega a afirmar que la valoración de la vida solo se podría realizar hacia «el final de la vida, luego de que uno ha vivido y cuando los hechos pueden ser identificados. Sin embargo, en nuestra opinión, todo intento por aplicarla al momento del nacimiento solo puede ser un ejercicio de profecía».

70 *Emerson c. Magendantz* (1997) acoge este extremo de la decisión.

Este argumento presupone que para otorgar el resarcimiento sería necesario asignarles valor a entidades intangibles como la vida discapacitada y la no existencia[71], lo que las cortes simplemente consideran imposible[72]. Así, se puede leer en *Gleitman c. Cosgrove* (1967): «[E]sta corte no puede sopesar el valor de la vida discapacitada con la no existencia de vida misma. Al afirmar que este no debería haber nacido, el demandante hace lógicamente imposible a la corte la comparación exigida por los remedios compensatorios».

Por nuestra parte, creemos que para determinar el monto del resarcimiento no es necesario realizar una comparación entre la vida y la no vida[73]. Tal como lo establecieron la Cour de Cassation en el caso *Perruche* y la Hoge Raad en el caso *Kelly*[74], la determinación del resarcimiento no implica dicha comparación; por el contrario, este debe comprender todos los costos en los que se incurrirá para la educación y el cuidado del menor, así como para combatir las consecuencias de sus discapacidades (*Leids Universitair Medisch Centrum c. Kelly Molenaar*, 2005). En otras palabras, el resarcimiento debe consistir en un monto que compense los costos adicionales que tiene que asumir o las necesidades especiales por las que pasará el menor por vivir una vida con discapacidades (Pearson, 1997, p. 106; Markesinis, 2001, p. 79; Giesen, 2009, p. 266)[75]. Ello no compromete la dignidad humana del menor, sino que, por el contrario, el reconocimiento de un resarcimiento puede facilitarlo; es decir, conducirlo a una existencia digna, en la medida de lo posible (*Leids Universitair Medisch Centrum c. Kelly Molenaar*, 2005).

Ahora bien, se nos podría replicar que nuestra postura implica un riesgo de duplicación del resarcimiento, en el sentido de que en estos casos a

71 Asimismo, esto presupondría considerar que la no existencia tiene mayor valor que la existencia (discapacitada), lo cual, en opinión de Hondius (2005), es contrario a la dignidad humana (p. 113).

72 Algunos autores también evidencian la imposibilidad de determinar el resarcimiento. Así, por ejemplo, Stolker (1994) sostiene: «lo que sigue en pie en la vía de la responsabilidad es el hecho de que no se tiene el punto de comparación requerido para otorgar la compensación del daño» (p. 536). En contra está Mukheibir (2005), quien sugestivamente se pregunta: «Después de todo, no es culpa del menor el que esté viviendo con una discapacidad. ¿Por qué deberíamos privarlo de un remedio basándonos únicamente en argumentos referidos al hecho de que uno no puede comprender la no existencia del menor?» (p. 761).

73 No obstante, Hughes (1987) es de opinión contraria. Este autor no solo cree que dicha comparación es necesaria, sino que incluso considera que, «si se acepta la premisa según la cual en casos extremos la vida con severas discapacidades es menos valiosa que la no vida, entonces el resarcimiento por la pena y el sufrimiento podría ser computada como lo es en cualquier otro caso de malpraxis» (p. 585).

74 Tal como precisa Van Dam (2013): «A menudo, se afirma que no es posible comparar el valor de una vida con discapacidades y una vida no existente, pero dicha comparación no es necesaria si uno sigue a la corte de casación francesa en su razonamiento, según el cual son los costos de la discapacidad los que necesitan ser compensados, y no la vida con discapacidades. La vida del menor es tan valiosa como cualquier otra vida humana. Esto se sostiene antes que negando, otorgando una compensación por los altos costos de criar a un niño discapacitado. El apoyo económico es crucial para prevenir que las vidas de los menores y de sus padres se tornen más difíciles de lo necesario. La posibilidad de compensación también podría impedir la decisión de los padres acerca de terminar con el embarazo, al verse influenciados por su posición económica» (p. 202).

75 Según Morris y Saintier (2003), «el resarcimiento en una demanda por *wrongful life* podría tener por finalidad mejorar las consecuencias del ilícito (vivir una vida menoscabada) y brindar al menor de una mejor calidad de vida» (p. 181).

los padres, al ser titulares de la acción de *wrongful birth*, normalmente se les resarce los costos extraordinarios que representa la crianza del menor discapacitado[76]. Sin embargo, este riesgo quedaría eliminado con la delimitación del alcance del resarcimiento en función del interés tutelado y la correspondiente negación de los daños patrimoniales a los padres por los costos adicionales de crianza. En la acción de *wrongful birth*, este interés es el derecho de autodeterminación de los padres (Sánchez González, 2018, p. 483); en la de *wrongful life*, es el patrimonio del menor. Por consiguiente, mientras que a los padres se les debe reconocer solo el daño no patrimonial, a los menores se les debe reconocer el daño patrimonial.

III.4.3. Inexistencia de un deber del médico frente al menor

El tercer argumento está referido a la inexistencia de un deber del médico respecto al menor y, por ende, a la falta de la violación de dicho deber. Las razones que se aducen, por ejemplo, en *McKay c. Essex* (1982) o en la Sentencia del Bundesgerichtshof del 18 de enero de 1983, es que no existe ningún deber (*duty of care*) del médico de terminar con la vida del menor y, viceversa, ningún derecho del menor a que se termine con su vida. Asumir lo contrario sería ir en contra del orden público al desconocer la dignidad humana. Asimismo, se precisa que el deber del médico de informar a la madre no puede extenderse al menor.

Para afrontar este problema se han propuesto diversas soluciones. Una de estas considera que el deber del médico consiste en brindar a la madre toda la información necesaria para que esta pueda decidir, en beneficio del concebido, si continuar o no con el embarazo[77]. Esto no quiere decir que el médico se encuentre obligado a hacer todo lo posible para inducir a la madre a terminar con el embarazo, ya que esta decisión es solo suya[78]. Tal como precisó la Hoge Raad en el caso *Kelly*, el deber de cuidado respecto al menor no nacido consiste en realizar los diagnósticos prenatales requeridos en las circunstancias dadas (*Leids Universitair Medisch Centrum c. Kelly Molenaar*, 2005).

La crítica a esta postura, según la cual «uno solo puede aceptar dicho deber de información respecto al menor si uno también acepta que la

76 Son precisamente estos conceptos los que reconoce el Tribunal Supremo español por las acciones de *wrongful birth*. Ver, en dicho sentido, la STS 5899/2008 del 4 de noviembre de 2008.

77 Por su parte, Markesinis (2001) propone una variación de esta solución. Él concibe al deber respecto al concebido como uno accesorio al deber principal que tiene el médico respecto a la madre de brindarle información. Así, este autor considera que «la obligación que corresponde al médico de informar a la madre también podría ser concebida como si incluyese deberes accesorios frente al feto y al menor nacido posteriormente. Y si este deber fue objeto de una mala ejecución a razón de la información errónea brindada a la madre, y el menor nace discapacitado y con múltiples necesidades, entonces el médico negligente tendrá que soportar estos últimos» (p. 91).

78 Según Morris y Saintier (2003), «Enmarcar el deber respecto al menor como un deber de informar deja en claro que, en caso ser necesario, no existe ningún "deber de abortar" a cargo del médico. El deber es brindar información a la madre» (p. 179).

no existencia es preferible a una existencia discapacitada» (Steininger, 2010, p. 154), se funda nuevamente en argumentos bioéticos.

Sin embargo, es necesario tomar en consideración que el deber cuya violación desencadena el otorgamiento de un resarcimiento es el de no dañar (*alterum non laedere*). En consecuencia, el deber que tiene el médico frente al menor es no causarle daño con la omisión de información a la madre. El reconocimiento de la existencia de dicho deber, además, repercutiría sobre los niveles de precaución que toman los médicos, incentivándolos a ser más diligentes (Burns, 2003, p. 833).

III.4.4. Inexistencia del nexo causal

El cuarto y último argumento consiste en considerar que el daño que padece el menor (infección, síndrome, enfermedad), aquella vida injusta (su *wrongful life*), no fue causado por la negligencia del médico. En otras palabras, no existe un nexo causal entre la conducta (negligente) del médico y la vida discapacitada del menor. Así, por ejemplo, en *Mckay c. Essex* (1982), lord Ackner sostuvo que «Las discapacidades fueron causadas por la rubeola, no por el médico […]. Entonces, ¿cuáles son sus daños causados por la negligencia del médico? La respuesta debe ser ninguno». Bajo esta perspectiva, se observa que la causalidad «es el mayor obstáculo para permitir una demanda por *wrongful life*, y los puristas bien podrían insistir en que no hay forma de encajar estas demandas dentro de un modelo ortodoxo de causalidad» (Morris & Saintier, 2003, p. 187). Efectivamente, si tomamos como ejemplo, por una parte, al *common law*, los casos de *wrongful life* no superan el *but for test*; es decir, la determinación del nexo casual con base en un balance de las probabilidades, el cual tiene que ser superior al cincuenta por ciento para concluir que la conducta del demandado es la causa del daño (Deakin *et al.*, 2013, p. 223). Por la otra, si tomamos al ordenamiento francés, estos casos no superan la *causalité adéquate*, según la cual, para determinar que un hecho es la causa de un daño, se debe analizar objetivamente si este podía hacer prever la ocurrencia del daño en base a un juicio de regularidad (Viney & Jourdain, 2013, p. 245).

No obstante, aquellas cortes que han reconocido estas acciones no han tenido problemas en superar estos argumentos. Así, por una parte, la Cour de Cassation, en las dos oportunidades en que se pronunció sobre el caso *Perruche*, admitió la existencia de causalidad entre el resultado de las discapacidades de Nicolas y la negligencia de los médicos. Por la otra, en *Kelly*, la Hoge Raad consideró que «los hechos que fundan la responsabilidad no son el nacimiento de Kelly ni el defecto cromosómico presente en él desde su concepción, sino la negligencia del obstetra de brindar el cuidado prenatal necesario en las circunstancias dadas» (*Leids Universitair Medisch Centrum c. Kelly Molenaar*, citado en Hondius, 2005, p. 113). En ambas, jamás se llega a afirmar que la

negligencia del médico sea la causa de la vida discapacitada, sino que es la causa de las consecuencias de esta vida discapacitada. En otras palabras, se reconoce su eficacia causal, concurrente con otros hechos (precisamente, los defectos congénitos del menor)[79], respecto al daño reclamado, que no es la propia vida (discapacitada), sino —como ya hemos visto antes— la carga económica que esta representa. Tal como ha sido precisado, «aunque la negligencia de los médicos no causó la discapacidad, hizo inevitable (*rendu inéluctable*) que la vida del menor resultase minusválida o disminuida por estas discapacidades» (Morris & Saintier, 2003, p. 186).

Asimismo, tampoco debemos olvidar que la causalidad es un concepto jurídico que responde a políticas específicas y, por lo tanto, puede ser manipulada para obtener ciertos objetivos que el intérprete considera valiosos[80]. En este sentido, un instrumento que podría servirnos para justificar la imputación de las consecuencias dañosas al médico es la teoría de la imputación objetiva, tomando en consideración el principio de confianza, dado el rol que desempeña el médico en la sociedad (Agudelo Molina, 2021, p. 330). A pesar de ello, esta última postura no ha dejado de ser criticada bajo la idea de que el fin de protección de la norma no se centra en el interés del menor, sino en el de los padres (Macía Morillo, 2007, p. 28).

Sin perjuicio de esta última observación, consideramos que el fin de protección varía en función del interés que se pretende proteger; de allí que esta decisión dependa también del intérprete. En nuestro caso, bien se puede afirmar que este interés no es el de no nacer con discapacidades, sino el que los costos de las discapacidades sean sufragados por quien contribuyó a su padecimiento.

IV. CONCLUSIONES

La responsabilidad médica por *wrongful life* es una cuestión altamente controversial por la propia complejidad que la argumentación subyacente representa. No solo son cuestiones técnico-jurídicas las que están en juego, sino también cuestiones bioéticas. Consideramos, empero, que una solución en el sentido de su acogimiento podría

79 Morris y Saintier (2003) indican: «la vida discapacitada del menor tiene dos causas: la rubeola y la negligencia del médico. El médico no es culpable por el hecho de haber Nicolas Perruche contraído rubeola, sin embargo, sí lo es por su vida con las consecuencias de esta» (p. 188). En el mismo sentido, Viney y Jourdain (2013) precisan: «Se ha resaltado que la verdadera causa de la discapacidad sería bien la enfermedad de la madre transmitida al menor, bien una anomalía cromosómica debida a una causa desconocida. No obstante, si bien es cierto que esta es la causa (biológica) de la discapacidad, esta no excluye que otras causas hayan podido contribuir a la producción del daño, entre las cuales se encuentran las falencias médicas. En la medida en que se establezca que, *sin estas falencias, la discapacidad habría podido ser evitada*, estas ciertamente son las causas del daño en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones que nuestra jurisprudencia ha acogido ampliamente» (p. 35).

80 En este extremo, coincidimos con Markesinis (2001, p. 93).

comenzar a construirse si tan solo se les presta atención a las primeras. En este sentido, un cambio de perspectiva desde la que se analiza a la responsabilidad civil podría servir para dichos efectos. De cualquier forma, contrariamente a la mayoría, creemos que las acciones por *wrongful life* deberían ampararse en aquellos sistemas en los que se reconoce su presupuesto (el derecho de la madre a terminar con el embarazo) y se cumplen los requisitos que el sistema de responsabilidad civil exige: el daño, el criterio de imputación y el nexo causal.

Respecto al primer elemento, el daño, al que se añade el problema de su liquidación, creemos que el problema es superado a través del reconocimiento de un interés relevante. Este interés lo hemos identificado en el patrimonio del menor. Con relación a su liquidación, no es necesario comparar la vida discapacitada con la no vida porque lo que se resarce no es la vida con discapacidades, sino las necesidades económicas especiales que el menor discapacitado tiene que afrontar (*Viccaro c. Milunsky*, 1990; Markesinis, 2001, p. 79).

En lo atinente al criterio de imputación, este se identifica en la existencia del incumplimiento del deber del médico, que no es otro que el deber de no dañar al menor con la omisión de información a la madre.

Por cuanto respecta al último requisito, el nexo causal, debemos de considerar que este es un concepto eminentemente jurídico, el cual puede ser manipulado en función de ciertos objetivos que se deseen alcanzar. Tal como hemos visto, no es necesario que la conducta del médico sea la causa única y exclusiva de las discapacidades del menor; basta con que apliquemos la regla de la equivalencia de las condiciones para llegar a determinar su existencia o incluso echar mano de la teoría de la imputación objetiva.

La flexibilización de las reglas de responsabilidad civil, tal como ha sido sugerido[81], también podría ser un mecanismo idóneo para que estas acciones encuentren amparo. La negación de su reconocimiento con base en dogmas «debe ceder ante la injusticia de dicho resultado» (*Procanik c. Cillo*, 1984).

81 Feinberg (1986) dice: «Sería mejor que en estos casos excepcionales las reglas tradicionales de responsabilidad civil relativas a los daños sean suspendidas, como lo han sido en otras hipótesis. En lugar de exigir que el demandado viole los derechos del demandante, solo podríamos exigir que su conducta sea real y seriamente injusta, y en lugar de exigir que este lo dañe, podríamos exigir que este sea responsable por la llegada a existencia de aquel en una condición perjudicial severa. En estos ejemplos habría abundante culpa, e incluso daño, aun cuando la culpa no cause al demandante un agravio personal, y el daño no sea el producto de un acto de hacer daño. Este sería un "ilícito sin víctima", el cual no es un ilícito en sentido tradicional, sin embargo, quizá la justicia la sostenga de cualquier forma, tal como esta sostiene diversos tipos de responsabilidad civil objetiva y vicaria. Podría no ser justo hacer que una persona pague daños a otra que no ha sido dañada directamente por aquella, pero sería más injusto aún hacer que la miserable parte damnificada pague o que esta prescinda de la ayuda que necesita» (p. 174).

Finalmente, somos conscientes de que la responsabilidad civil no es la mejor vía para garantizar que las necesidades de las personas discapacitadas sean satisfechas. Sería deseable que todas las personas con discapacidades reciban el tratamiento que necesitan sin importar si su discapacidad se debe o no a la culpa de alguien. Es decir, en un escenario ideal, creemos que este problema debe ser resuelto mediante un sistema de justicia social[82]. Sin embargo, hasta que ello ocurra, negarles el reconocimiento de sus acciones de *wrongful life* no mejorará ni la situación de los demandantes ni la del resto de discapacitados. Dejarlos a su suerte es asumir un esquema teológico según el cual lo único que les queda es la resignación (Diez-Picazo, 1979, p. 728). Hasta que no exista un sistema universal de asistencial social que permita satisfacer las necesidades de las personas con discapacidades, la única vía que tienen algunas de ellas es la responsabilidad civil[83].

REFERENCIAS

Agudelo Molina, J. D. (2021). Causalidad e imputación. La coherencia interna de la teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad civil. *Revista de Derecho Privado*, *41*, 321-353. https://doi.org/10.18601/01234366.N41.11

Alpa, G. (2010a). Dove va la responsabilità civile? *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, *3*, 175-184.

Alpa, G. (2010b). *La responsabilità civile. Parte generale*. UTET.

Andrews, L. B. (1992). Torts and the Double Helix: Malpractice Liability for Failure to Warn of Genetic Risks. *Houston Law Review*, *29*, 149-184.

Bagińska, E. (2010). Wrongful Birth and Non-Pecuniary Loss: Theories of Compensation. *Journal of European Tort Law*, *1*(2), 171-203. https://doi.org/10.1515/JETL.2010.171

Blackbeard, M. (1996). Actions for wrongful birth and wrongful life. Friedman v Glicksman 1996 1 SA 1134 (W). *Tydskrif Vir Heedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, *59*, 711-715.

Blahuta, J. P. (2017). Liability for harms caused in utero: new technologies, new problems. *International Journal of Human Rights*, *21*(6), 758-771. https://doi.org/10.1080/13642987.2017.1319704

Bowden, C. E. (2022). Is the Unequal Treatment of Maternal and Paternal Liability Under the Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 Justified? *Medical Law Review*, *30*(3), 457-478. https://doi.org/10.1093/medlaw/fwac012

Brantley, J. R. (1976). Wrongful Birth: The Emerging Status of a New Tort. *St. Mary's Law Journal*, *8*(1), 140-159.

82 Tal como opina Harris (1990), «si creemos que los menores discapacitados deberían ser compensados por sus discapacidades, entonces nosotros como sociedad deberíamos compensarlos […] el problema de la discapacidad debería ser visto como uno de justicia social» (p. 104).

83 En este punto, coincidimos con Steinbock (2011, p. 152).

Burns, T. A. (2003). When life is an injury: An economic approach to wrongful life lawsuits. *Duke Law Journal*, *52*(4), 807-839.

Busnelli, F. D. (2004). L'inizio della vita umana. *Rivista Di Diritto Civile*, *4*, 533-568.

Chürr, C. (2009). A delictual claim based on 'wrongful life': is it posible? *Tydskrif Vir Heedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, *72*, 168-174.

Chürr, C. (2015). Wrongful life claims under South African law: An overview of the legal framework. *Obiter*, *36*(3), 745-761. https://doi.org/10.17159/obiter.v36i3.11603

Cohen, M. (1978). Park v. Chessin: The Continuing Judicial Development of the Theory of Wrongful Life. *American Journal of Law & Medicine*, *4*(2), 211-232. https://doi.org/10.1017/s0098858800005955

Collins, E. (1983). An Overview and Analysis: Prenatal Torts, Preconception Torts, Wrongful Life, Wrongful Death, and Wrongful Birth: Time for a New Framework. *Journal of Family Law*, *22*(4), 677-712.

Day, T., & Weatherby, D. (2022). The Dobbs Effect: Abortion Rights in the Rear-View Mirror and the Civil Rights Crisis That Lies Ahead. *William & Mary Law Review Online*, *64*(1), 1-28.

Deakin, S., Markesinis, B., & Johnston, A. C. (2013). *Markesinis and Deakin's tort law* (7.ª ed.). Clarendon Press.

Diez-Picazo, L. (1979). La responsabilidad civil hoy. *Anuario de Derecho Civil*, *32*(4), 727-738. https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/3131

Feinberg, J. (1984). *Harm to others. The moral limits of the criminal law* (vol. 1). Oxford University Press.

Feinberg, J. (1986). Wrongful life and the counterfactual element in harming. *Social Philosophy and Policy*, *4*(1), 145-178. https://doi.org/10.1017/S0265052500000467

Gabriel Rivera, J. L. (2013). ¿El perjuicio de haber nacido? El affaire perruche de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación y una reciente sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Tacna. *Advocatus*, *29*, 215-230.

Giesen, I. (2009). Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems. *Tydskrif Vir Heedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, *72*, 257-273.

Gordley, J. (2015). The architecture of the common and civil law of torts: An historical survey. En M. Bussani y A. Sebok (eds.), *Comparative tort law. Global perspectives* (pp. 173-200). Edward Elgar Publishing. https://doi.org/10.4337/9781784718138.00015

Goudkamp, J., & Nolan, D. (2020). *Winfield and Jolowicz on Tort* (20.ª ed.). Thomson Reuters.

Harris, J. (1990). The Wrong of Wrongful Life. *Journal of Law and Society*, *17*(1), 90-105. https://doi.org/10.2307/1409957

Hensel, W. F. (2005). The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, *40*(1), 141-196.

Hermanson, H. (2019). The Right Recovery for Wrongful Birth. *Drake Law Review*, *67*(2), 513-559.

Hondius, E. (2005). The Kelly Case—Compensation for Undue Damage for Wrongful Treatment. En S. Gevers, E. Hondius y J. Hubben (eds.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention* (vol. 85, pp. 105-116). Nijhoof. https://doi.org/10.1163/9789047416128_012

Hughes, R. (1987). Recognition of wrongful life actions: Trend or aberration? *Tort & Insurance Law Journal*, *22*(4), 572-585.

Jackson, A. (1995). Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, *17*(3), 535-613.

León Hilario, L. (2017). *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas* (3.ª ed.). Instituto Pacífico.

Macía Morillo, A. (2003). *La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)* [tesis doctoral en Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid]. https://repositorio.uam.es/handle/10486/4418

Macía Morillo, A. (2007). La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life. *Revista de Derecho*, *27*, 3-37.

Manaouil, C. (2023). La jurisprudence Perruche perdure pour les enfants nés avant le 7 mars 2002. *Médecine & Droit*, (182), 94-99. https://doi.org/10.1016/j.meddro.2023.03.001

Manaouil, C., Gignon, M., & Jarde, O. (2012). 10 Years of Controversy, Twists and Turns in the Perruche Wrongful Life Claim: Compensation for Children Born with a Disability in France. *Medicine and Law*, *31*(4), 661-670.

Markesinis, B. (2001). Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, *1*, 77-102.

Markesinis, B., Bell, J., & Janssen, A. (2019). *Markesinis's German Law of Torts. A Comparative Treatise* (5.ª ed.). Hart Pub. https://doi.org/10.5040/9781509933228

Mazzilli, E. (2012). La acción de wrongful life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas. *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, *10*, 79-111.

Morris, A., & Saintier, S. (2003). To be or not to be: Is that the question? Wrongful life and misconceptions. *Medical Law Review*, *11*(2), 167-193. https://doi.org/10.1093/medlaw/11.2.167

Mukheibir, A. (2005). Wrongful life claims in the Netherlands - The Hoge Raad decides. *Obiter*, *26*(3), 753-762. https://doi.org/10.17159/obiter.v26i3.14696

Mukheibir, A. (2008). Wrongful life - The SCA Rules in Stewart v Botha (340/2007) [2008] ZASCA 84 (3 June 2008). *Obiter*, *29*(3), 515-523. https://doi.org/10.17159/obiter.v29i3.12628

Pearson, F. (1997). Liability for So-Called Wrongful Pregnancy, Wrongful Birth and Wrongful Life. *South African Law Journal*, *114*(1), 91-107.

Pollard, D. A. (2004). Wrongful analysis in wrongful life jurisprudence. *Alabama Law Review*, *55*(2), 327-374.

Pozzo, B. (1999). Wrongful Birth In Italy. *European Review of Private Law*, *2*, 251-256.

Roa, S. (2021). Designing Children: Tort Liability for Medical Providers in the era of CRISPR/Cas-9 Genetic Editing. *Mitchell Hamline Law Review*, *47*(1), 300-341.

Robertson, J. (1975). Involuntary Euthanasia of Defective Newborns: A Legal Analysis. *Stanford Law Review*, *27*(2), 213-269. https://doi.org/10.2307/1228265

Sacco, R., & Rossi, P. (2019). *Introduzione al diritto comparato* (7.ª ed.). UTET.

Salvi, C. (2019). *La responsabilità civile* (3.ª ed.). Giuffrè Francis Lefebvre.

Sánchez González, M. (2018). El tratamiento jurisprudencial del daño en las acciones de responsabilidad por wrongful birth. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, *37*, 465-486.

Stein, J. T. (2010). Backdoor Eugenics: The Troubling Implications of Certain Damages Awards in Wrongful Birth and Wrongful Life Claims. *Seton Hall Law Review*, *40*(3), 1117-1168.

Steinbock, B. (2011). *Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses* (2.ª ed.). Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195341621.001.0001

Steininger, B. C. (2010). Wrongful Birth and Wrongful Life: Basic Questions. *Journal of European Tort Law*, *1*(2), 125-155. https://doi.org/10.1515/jetl.2010.125

Stolker, C. (1994). Wrongful Life: The Limits of Liability and beyond. *The International and Comparative Law Quarterly*, *43*(3), 521-536. https://doi.org/10.1093/iclqaj/43.3.521

Strasser, M. (2021). Prenatal Tort Slippage. *Health Matrix: Journal of Law-Medicine*, *31*, 221-262.

Tedeschi, G. (1966). On Tort Liability for "Wrongful Life". *Israel Law Review*, *1*(4), 513-538. https://doi.org/10.1017/s0021223700017131

Todd, S. (2005). Wrongful Conception, Wrongful Birth and Wrongful Life. *Sydney Law Review*, *27*, 525-542.

Van Dam, C. (2013). *European tort law* (2.ª ed.). Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199672264.001.0001

Viney, G., & Jourdain, P. (2013). *Les conditions de la responsabilité* (4.ª ed.). LGDJ-Lextenso éditions.

Von Bar, C. (2005). *The Common European Law of Torts* (vol. 2). Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198298397.001.0001

Wagner, G. (2019). Comparative Tort Law. En M. Reimann y R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2.ª ed., pp. 994-1030). Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198810230.013.32

Weir, T. (1982). Wrongful Life. Nipped in the Bud. *The Cambridge Law Journal*, *41*(2), 225-228. https://doi.org/10.1017/s0008197300108566

Whitney, D. W., & Rosenbaum, K. N. (2011). Recovery of damages for wrongful birth. *Journal of Legal Medicine*, *32*(2), 167-204. https://doi.org/10.1080/01947648.2011.576616

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Andalon c. Superior Court (Court of Appeals of California [Estados Unidos], 12 de diciembre de 1984).

Azzolino c. Dingfelder (North Carolina Court of Appeal [Estados Unidos], 20 de noviembre de 1984).

Azzolino c. Dingfelder (North Carolina Court of Appeal [Estados Unidos], 1 de diciembre de 1985).

Becker c. Schwartz (New York Court of Appeals [Estados Unidos], 27 de diciembre de 1978).

Berman c. Allan (Supreme Court of New Jersey [Estados Unidos], 26 de junio de 1979).

Código Civil Francés (Corps législatif [Francia], 21 de marzo 1804).

Código Penal, Decreto Legislativo N.° 635 (Presidencia de la República [Perú], 8 de abril de 1991).

Coleman c. Garrison (Supreme Court of Delaware [Estados Unidos], 26 de noviembre de 1975).

Comunicación N.° 1153/2003 (Comité de Derechos Humanos de la ONU, 24 de octubre de 1997).

Convenio Europeo de Derechos Humanos (Consejo de Europa, 4 de noviembre de 1950).

Cowe c. Forum Group (Supreme Court of Indiana [Estados Unidos], 25 de julio de 1991).

Curlender c. Bio-Science Laboratories (Court of Appeals of California, Second Appellate District, Division One [Estados Unidos], 11 de junio de 1980).

Custodio c. Bauer (Court of Appeals of California [Estados Unidos], 24 de mayo de 1967).

Dobbs c. Jackson Women's Health Organization (Supreme Court [Estados Unidos], 24 de junio 2022).

Draon c. Francia, 2005 (TEDH, 6 de octubre de 2005).

Dumer c. St. Michael's Hospital (Supreme Court of Winsconsin [Estados Unidos], 30 de septiembre de 1975).

Elliott c. Brown (Supreme Court of Alabama [Estados Unidos], 18 de agosto de 1978).

Emerson c. Magendantz (Supreme Court of Rhode Island [Estados Unidos], 26 de febrero de 1997).

Friedman c. Glicksman (Witwatersrand Local Division of the Supreme Court [Sudáfrica], 19 de octubre de 1994).

Gami c. Mullikon Medical Center (Court of Appeal of California [Estados Unidos], 8 de septiembre de 1993).

Gildiner c. Thomas Jefferson University Hospital (United States District Court, E. D. Pennsylvania [Estados Unidos], 25 de mayo de 1978).

Gleitman c. Cosgrove (Supreme Court of New Jersey [Estados Unidos], 6 de marzo de 1967).

Goldberg c. Ruskin (Supreme Court of Illinois [Estados Unidos], 17 de octubre de 1986).

Harbeson c. Parke-Davis, Inc. (Supreme Court of Washington [Estados Unidos], 10 de febrero de 1983).

Harrinton c. Stephens (High Court [Australia], 9 de mayo de 2006).

H c. Fetal Assessment Centre (Constitutional Court of South Africa [Sudáfrica], 11 de diciembre de 2014).

Karlsons c. Guerinot (Appellate Division of the Supreme Court of New York [Estados Unidos], 15 de abril de 1977).

Kush c. Lloyd (Supreme Court of Florida [Estados Unidos], 3 de diciembre de 1992).

Leids Universitair Medisch Centrum c. Kelly Molenaar (Hoge Raad [Holanda], 18 de marzo de 2005).

Loi relative aux droits des malades et à la qualité de système de santé, L'Assemblée nationale et le Sénat, Loi 2002-303. *Journal officiel*, 5 de marzo de 2002.

Maurice c. Francia, 2005 (TEDH, 6 de octubre de 2005).

Mckay and Another c. Essex Area Health Authority (Court of Appeal, Civil Division [Reino Unido], 119 de febrero de 1982).

Nicolas Perruche c. Caisse primaire d'assurance maladie de l'Yonne (Assemblée Plénière de la Cour de Cassation [Francia], 17 de noviembre de 2000).

N. M. y otros c. Francia, 2022 (TEDH, 3 de febrero de 2022).

Noelia Karin Llantoy c. Ministerio de Justicia y Ministerio de Salud. Exp. 21486-2011 (IX Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Lima, 21 de enero de 2015).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General de la ONU, 16 de diciembre de 1966).

Park c. Chessin (Appellate Division of the Supreme Court of New York [Estados Unidos], 11 de diciembre de 1977).

Plowman c. Fort Madison Comty Hosp. (Supreme Court of Iowa [Estados Unidos), 2 de junio de 2017).

Procanik c. Cillo (Supreme Court of New Jersey [Estados Unidos], 1 de agosto de 1984).

Roe c. Wade (Supreme Court [Estados Unidos], 22 de enero de 1973).

Santiago Hermosilla Cusihuamán y otros c. Southern Perú Copper Corporation y otros (Exp. 00001-2013) (Primera Sala Civil de la Corte Superior de Tacna [Perú], 13 de julio de 2013).

Santiago Hermosilla Cusihuamán y otros c. Southern Perú Copper Corporation y otros (Cas. N° 3904-2013) (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema [Perú], 7 de enero de 2014).

Sentencia (Bundesgerichtshof [Alemania], 18 de enero de 1983).

Sentencia (Tribunale di Padova [Italia], 9 de agosto de 1985).

Sentencia 136 (Cour de Cassation [Francia], 24 de enero de 2006).

Sentencia 195 (Cour de Cassation [Francia], 24 de enero de 2006).

Sentencia 196 (Cour de Cassation [Francia], 24 de enero de 2006).

Sentencia 3999/1997 (Tribunal Supremo [España], 6 de agosto de 1997).

Sentencia 796 (Cour de Cassation [Francia], 8 de julio de 2008).

Sentencia 5899/2008 (Tribunal Supremo [España], 4 de noviembre de 2008).

Sentencia 3364/2010 (Tribunal Supremo [España], 16 de junio de 2010).

Sentencia 1673/2012 (Tribunal Supremo [España], 20 de marzo de 2012).

Sentencia 3752/2015 (Tribunal Supremo [España], 15 de septiembre de 2015).

Sentencia de la Assemblée Plénière 98-19.190 (Cour de Cassation [Francia], 13 de julio de 2001).

Sentencia de la Chambre Civile 1, 94-11.791 (Cour de Cassation [Francia], 26 de marzo de 1996).

Sentencia de la Chambre Civile 1, 94-14.158 (Cour de Cassation [Francia], 26 de marzo de 1996).

Sentencia de la Corte Suprema de Holanda (21 de febrero de 1997).

Speck c. Finegold (Supreme Court of Pennsylvania [Estados Unidos], 31 de diciembre de 1981).

Stewart c. Botha (Supreme Court of Appeal [Sudáfrica], 3 de julio de 2008).

Stewart c. Long Island College Hospital (Court of Appeals of New York [Estados Unidos], 26 de abril de 1972).

Story Parchment Co. c. Paterson Parchment Paper Co. (Supreme Court [Estados Unidos], 24 de febrero de 1931).

Toombes c. Mitchell (High Court of Justice Queen's Bench Division [Reino Unido], 21 de diciembre de 2020).

Troppi c. Scarf (Court of Appeal of Michigan [Estados Unidos], 26 de febrero de 1971).

Turpin c. Sortini (Supreme Court of California [Estados Unidos], 3 de mayo de 1982).

Viccaro c. Milunsky (Supreme Judicial Court of Massachusetts [Estados Unidos], 1° de marzo de 1990).

Walker by Pizano c. Mart (Supreme Court of Arizona [Estados Unidos], 24 de mayo de 1990).

Williams c. State of New York (Court of Appeals of the State of New York [Estados Unidos], 29 de diciembre de 1966).

Willis c. Wu (Supreme Court of South Carolina [Estados Unidos], 20 de diciembre de 2004).

Zepeda c. Zepeda (Appellate Court of Illinois [Estados Unidos], 11 de junio de 1963).

Recibido: 30/04/2023
Aprobado: 02/10/2023

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202302.004
CC BY
DERECHO PUCP
N° 91, 2023
diciembre-mayo
pp. 125-161
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

«Y cuando vio la foto de la nena, se le cayeron las medias». *Humanitarización* de las movilidades por salud y visado por tratamiento médico

"And When He Saw the Girl Picture, His Stockings Fell Off". Humanitarianization of Health Mobilities and Visa for Medical Treatment

LOURDES BASUALDO*
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Argentina)

Resumen: Este artículo tiene como objetivo analizar ciertas manifestaciones que adquiere el humanitarismo en el control y la regulación de las movilidades por salud en el contexto argentino. A nivel empírico, indaga uno de los usos políticos del visado por salud, desde la figura de «pacientes bajo tratamientos médicos» contenida en la normativa migratoria, a partir de la experiencia de movilidad transcontinental de una niña proveniente del África subsahariana que ingresó a la Argentina hacia mediados de la década de 2010 bajo esta categoría migratoria. Mediante una metodología cualitativa que combina observaciones participantes y entrevistas desarrolladas entre 2016 y 2019, el artículo muestra el trabajo de *humanitarización* a través del cual personas o grupos con mayores restricciones a la movilidad, surgidas a partir de la reconfiguración del «régimen sudamericano de migración y fronteras», llegan a ser producidos como merecedores de tratamiento humanitario, así como las tensiones y los conflictos experimentados durante el ejercicio del control humanitario de la movilidad. Se sostiene que, en el proceso de movilidad por salud en estudio, el control humanitario se configura a partir de la articulación entre imposición y acceso a medidas de visados, producción de «llamantes» y determinados usos políticos de la imaginería humanitaria.

Palabras clave: Humanitarización, movilidades por salud, migración, control, visados, Argentina

Abstract: This article aims to analyze certain manifestations of «humanitarianism» in the control and regulation of health mobilities in the Argentine context. At an empirical level, it investigates one of the political uses of the health visa, from the figure of «patients under medical treatment» contained in the Migration Law, based on the transcontinental mobility experience of a girl from Sub-Saharan Africa who entered Argentina in the mid-2010s under this migratory category. Through a qualitative methodology that combines participant observations and interviews developed between 2016 and 2019, the article shows the humanitarianization work through which

* Becaria posdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet), y trabajadora del Centro de Investigaciones y Estudios sobre Cultura y Sociedad (Ciecs), el Conicet y la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Doctora en Ciencias Antropológicas por la Universidad Nacional de Córdoba.
Código ORCID: 0000-0001-7489-296X. Correo electrónico: mlubasualdo@gmail.com

people or groups with greater restrictions on mobility, in the framework of the reconfiguration of the "South American regime of migration and borders", come to be produced as deserving of humanitarian treatment, as well as the tensions and conflicts experienced during the exercise of humanitarian control of mobility. It argues that, in the process of mobility for health under study, humanitarian control is configured from the articulation between the imposition and access to visa measures, the production of "callers" and certain political uses of humanitarian imagery.

Keywords: Humanitarization, migration, control, visas, health mobilities, Argentina

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. CONSIDERACIONES TEÓRICO-METODOLÓGICAS.- III. VISADO POR SALUD Y CLASIFICACIONES Y JERARQUÍAS DE LA MOVILIDAD.- IV. NARRATIVAS Y PRÁCTICAS HUMANITARIAS EN PROCESOS DE MOVILIDAD POR SALUD.- V. «¡MIRE! ESTA ES JOAQUINA». COLABORACIONES Y DISIMULACIONES DEL HUMANITARISMO.- V.1. «COMPROBAR QUIÉN ERA LA PERSONA QUE ESTABA TRAYENDO A LA MENOR». EL «LLAMANTE» EN EL CONTROL HUMANITARIO.- V.2. «LA ÚNICA POSIBILIDAD ES QUE VENGA COMO TURISTA». POLÍTICAS DE VISADOS Y DISUASIÓN DEL MOVIMIENTO.- V.3. «ELLA, JOAQUINA, DESTRABÓ LA COSA». DERECHOS HUMANOS, HUMANITARISMO Y LA PRUEBA DE LA IMAGEN.- V.4. «SI ESTO NO LLEGA A TIEMPO, NO LA VAN A DEJAR ENTRAR». LA EXPULSABILIDAD Y EL USO ESTATAL DEL TIEMPO BUROCRÁTICO.- V.5. «LA LLEVAMOS A AGRADECERLE A TODO EL MUNDO». EL AGRADECIMIENTO Y LA GRATITUD EN LA SOCIALIZACIÓN HUMANITARIA.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo se inscribe en ciertas discusiones emprendidas desde el campo de los estudios críticos sobre movilidades, migración y fronteras que han problematizado al humanitarismo como un nuevo modo de legitimación del control migratorio y fronterizo. Específicamente, se enmarca en una preocupación mayor dirigida a comprender las articulaciones entre la producción y el control diferenciado de las movilidades por salud[1] y los actuales procesos de *estratificación*, *(in)securitización* y *humanitarización* de las movilidades

1 En trabajos anteriores he propuesto la noción de «movilidades por salud» en referencia a aquellos movimientos que involucran un cruce de fronteras internacionales con el propósito de acceder a servicios o tratamientos de salud, independientemente de la situación administrativa migratoria de las personas, de la duración o la periodicidad de los desplazamientos, y del carácter público o privado de los establecimientos sanitarios a los que se acude. En este sentido, la categoría posibilita contemplar analíticamente una multiplicidad de movimientos sin tomar como punto de partida las clasificaciones y nociones producidas estatalmente. Atiende, por el contrario, a los diferentes procesos de producción de ciertas políticas, figuras y categorías de la movilidad a través de las cuales las personas no nacionales buscan ser interpeladas y reguladas —figuras y categorías tales como «turistas médicos», «turistas de trasplantes» y «pacientes bajo tratamientos médicos», entre otras— (Basualdo, 2020).

y las fronteras. A nivel empírico, este texto se ocupa de uno de los usos políticos que adquiere la figura de «pacientes bajo tratamientos médicos» contenida en la política de migraciones argentina a partir del análisis de un caso particular: la experiencia de una niña proveniente del África subsahariana, que en adelante llamaré Joaquina, quien ingresó a la Argentina hacia mediados de la década de 2010 bajo esta subcategoría migratoria. El artículo problematiza ciertas expresiones que adquiere el humanitarismo en el control de las movilidades por salud y muestra el trabajo de *humanitarización* a través del cual personas o grupos con mayores restricciones a la movilidad, surgidas a partir de la reconfiguración del «régimen sudamericano de migración y fronteras» (Domenech, 2019), llegan a ser producidas como merecedoras de tratamiento humanitario, así como las tensiones y los conflictos experimentados durante el ejercicio del control humanitario de la movilidad. Se sostiene que, en el proceso de movilidad por salud en estudio, el control humanitario se configura a partir de la articulación entre imposición y acceso a medidas de visados, producción de «llamantes» y determinados usos políticos de la imaginería humanitaria.

El papel del humanitarismo en el control del movimiento y las fronteras ha adquirido una creciente importancia en la literatura crítica especializada sobre movilidades y fronteras en Latinoamérica y Sudamérica (Domenech *et al*., 2022; Basualdo, 2021). Mediante la noción de «políticas de control con rostro humano» propuesta hacia comienzos de la década de 2010, Domenech (2013) ha problematizado la coexistencia y complementariedad de prácticas y medidas restrictivas, coercitivas y punitivas con formas sutiles de control de la migración «irregular» en el espacio sudamericano. En esta línea, distintos trabajos analizaron la imbricación entre el *humanitarismo* y la *securitización* en el control de las movilidades, y mostraron modos particulares a través de los cuales las personas migrantes son representadas como «víctimas» y como «amenazas» en distintos aspectos o dimensiones de las políticas sobre migraciones en Argentina (Clavijo *et al*., 2019; Pereira, 2019; Pereira & Clavijo, 2022). Los procesos de criminalización de las «víctimas» en las iniciativas de combate a la trata y al tráfico de personas que integran las agendas migratorias internacionales también han recibido atención en la literatura académica (Mansur Dias, 2017; Piscitelli & Lowenkron, 2015; Ruiz Muriel & Álvarez Velasco, 2019). De igual manera, han sido analizados procesos y prácticas de control de la migración haitiana vinculados al humanitarismo a partir del análisis de la construcción de migrantes haitianes[2] como «inmigrantes

2 El presente artículo ha sido escrito en lenguaje inclusivo, siguiendo las recomendaciones de la *Guía para un lenguaje no sexista en el Consejo Interuniversitario Nacional* (2021), que reconoce y respeta el uso del morfema «-e».

humanitarios» en Brasil (Moulin & Thomaz, 2016), las medidas de visado humanitario para haitianes en Sudamérica (Trabalón, 2018) y en contextos nacionales específicos (Fernandes & De Faria, 2017; Pinto, 2014), y el Plan Humanitario de Regreso Ordenado al País de Origen implementado en Chile (Stang *et al.*, 2020). Otros estudios han explorado divisiones y categorizaciones en torno a la migración venezolana dentro de la «infraestructura humanitaria» desplegada en la frontera entre Venezuela y Brasil (Moulin & Magalhães, 2020) y a la migración centroamericana definida como «problema humanitario» en México (Benincasa & Cortes, 2021).

Contribuciones recientes han indagado articulaciones entre el humanitarismo y la noción de crisis a partir de los usos políticos que reciben las «crisis migratorias» o «crisis humanitarias» en la implementación y legitimación de medidas de control de la migración y las fronteras (Domenech *et al.*, 2022; Domenech & Dias, 2020; Herrera & Berg, 2019; Ruiz Muriel & Álvarez Velazco, 2019). Algunos estudios han evidenciado la dimensión transnacional del humanitarismo en el control de la movilidad, atendiendo a la inclusión de organizaciones internacionales como la Cruz Roja en proyectos nacionales específicos de control migratorio (Domenech, 2020), así como a la regionalización del control humanitario que se observa, por ejemplo, a través de la introducción y los usos de herramientas de monitoreo del movimiento de personas migrantes y refugiadas como la Matriz de Seguimiento de Desplazamiento (DTM) de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) (Domenech *et al.*, 2022). Prácticas de control como los visados humanitarios, orientadas a evitar que personas migrantes «irregulares» accedan al mecanismo del refugio en el espacio sudamericano, han sido comprendidas como «estrategias de contención del movimiento» (Domenech & Dias, 2020). En lo específico a las investigaciones producidas en el cruce de los estudios críticos sobre movilidades, migración y salud, escasos trabajos han problematizado el papel del humanitarismo en el control del movimiento. Algunos de estos han señalado la articulación de lógicas *humanitarias* y *securitarias* que subyace al tratamiento político diferenciado de ciertas categorías de migrantes en políticas de salud y migraciones (Clavijo *et al.*, 2019; Basualdo, 2017).

Este artículo se organiza en cuatro secciones: en la primera, esbozo los elementos teóricos y metodológicos que acompañan el recorrido propuesto. En la segunda, abordo la manera en que interviene el criterio de nacionalidad en la radicación como «pacientes bajo tratamiento médico» en la Argentina y sostengo que el uso de este tipo de visado por criterio de nacionalidad constituye una derivación del tratamiento diferenciado y jerarquizado que reciben las personas no nacionales provenientes de países clasificados como Mercosur y extra-Mercosur en

la política de migraciones argentina. En la tercera, me adentro en el escenario desde el cual fue producida, por fuera del ámbito estatal, la imagen de Joaquina como una niña susceptible de recibir «ayuda» para concretar su proceso de movilidad por salud hacia la Argentina, que implicó el despliegue y la movilización de un conjunto de prácticas de articulación y de narrativas humanitarias por parte de la organización sin fines de lucro que intervino para lograr este propósito. En la cuarta sección, organizada en distintos subapartados, analizo hechos clave, puntos de vista, tensiones, conflictos y negociaciones experimentados por referentes de la organización y agentes y funcionaries de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) durante el ejercicio del control humanitario de la experiencia de movilidad transcontinental bajo estudio. Finalmente, desarrollo las principales conclusiones derivadas de la lectura transversal del texto.

Por último, en el presente artículo he optado por una estrategia ética que busca cierto equilibrio entre la protección de la identidad de las personas involucradas y el mantenimiento de la integridad de los datos (Surmiak, 2018). En esta línea, los nombres propios de la niña en proceso de movilidad y de las mujeres implicadas en él han sido modificados, mientras que datos tales como el nombre de la organización sin fines de lucro que estas personas fundaron, sus ocupaciones, el lugar de origen, los nombres y apellidos de agentes y funcionaries de Migraciones intervinientes, además del diagnóstico médico de la niña, han sido anonimizados y en algunos casos reemplazados por descripciones generalizadas. Asimismo, detalles como el periodo en el que ocurre el proceso de movilidad y los cargos de ciertes funcionaries de control migratorio intervinientes no han podido ser omitidos, dada la relevancia que adquieren para la comprensión y contextualización del objeto de estudio propuesto.

II. CONSIDERACIONES TEÓRICO-METODOLÓGICAS

La indagación de la configuración que adquiere el humanitarismo en la producción y regulación de determinadas movilidades por salud, como propongo en este texto, se ve orientada por contribuciones que han señalado que una aproximación crítica al humanitarismo en el campo del control de la migración y las fronteras supone necesariamente un distanciamiento con aquellas miradas que asocian la «dureza» con el reforzamiento de las fronteras y la «humanidad» con el cruce, y sugiere, como contrapartida, comprender que «dureza» y «humanidad» operan tanto en los momentos de reforzamiento como de cruce (Mezzadra & Neilson, 2017). En esta línea, el texto se nutre de diversos trabajos que han analizado el despliegue de narrativas y prácticas humanitarias en los regímenes de control de las movilidades y las fronteras, y han interpretado

a las acciones humanitarias no como intervenciones posteriores a los procesos de control y securitización dirigidas a reparar los daños que estos generan (Mezzadra & Neilson, 2017; Walters, 2011), sino que las han concebido, incluso, como un subproducto de la securitización (Bigo, 2002). Al mismo tiempo, el artículo recupera los aportes de Fassin (2016) en torno al análisis del «gobierno humanitario» de las migraciones y el refugio, erigido sobre la preocupación por el cuidado y la preservación de las vidas amenazadas en situaciones de «emergencia» o «catástrofe». En particular, resultan significativas sus reflexiones acerca de la movilización e introducción de emociones, valores y sentimientos en la gestión de las poblaciones, y la «economía moral» a través de la cual la enfermedad y el sufrimiento de migrantes y solicitantes de asilo operan como medios para el reconocimiento o el reclamo de derechos (Fassin, 2012), proceso que el autor ha denominado «biolegitimidad» (Fassin, 2003, 2016). De acuerdo con Fassin, la exposición de testimonios sobre los «cuerpos enfermos» es utilizada en la actualidad —por las personas involucradas y por agentes institucionales— para reclamar derechos, y esto tiene lugar en el marco del gobierno humanitario, que reivindica la legitimidad del cuidado y la preservación de la vida.

La noción de *humanitarización* que empleo en este artículo responde a la necesidad de considerar al humanitarismo como una categoría de intervención en disputa y de atender a la diversidad de procesos, narrativas, lógicas de actuación y prácticas institucionales implicadas en el trabajo de humanitarización a través del cual se producen políticas y medidas calificadas como humanitarias, personas merecedoras de tratamiento humanitario y actores humanitarios (Basualdo, 2021). En esta ocasión, el presente texto presta especial atención a la interrelación entre los usos políticos de ciertos documentos y el control humanitario de las movilidades. Es a través de diversas «prácticas de documentación» (Horton, 2020) y del ingreso a las burocracias estatales que el Estado toma forma concreta y que las personas migrantes se someten al control y la vigilancia estatal mediante la solicitud, validación, imposición y verificación de documentos otorgados desde distintas escalas de gobierno, entre las que se incluyen identificaciones consulares, legalizaciones, pasaportes y visas, todos los cuales se combinan con nuevas formas de identificación como las tecnologías de reconocimiento facial (Horton, 2020).

En línea con lo anterior, el artículo se nutre de trabajos que han abordado el papel de las políticas de visado en el control del ingreso y de los movimientos, así como la consecuente estratificación de las movilidades, a partir de la evaluación de personas y grupos en términos de «viajeros de riesgo» o «de confianza» y de su selección en términos de alto o bajo riesgo (Heyman, 2012; Salter, 2006; Salter & Mutlu, 2010). Al mismo tiempo, ciertas problematizaciones acerca de la «comunicación

humanitaria» (Chouliaraki, 2010, 2013) y la «imaginería humanitaria» (Zarzycka, 2016), enmarcada en las normas visuales de la ayuda humanitaria internacional, resultan especialmente productivas para el análisis de los usos políticos que adquieren determinadas imágenes producidas y/o desplegadas en el proceso de movilidad en estudio. Para la exploración de la tensión producida entre las representaciones del «extranjero enfermo» como fuente de sospecha y, al mismo tiempo, de tratamiento humanitario desde las cuales se (des)legitiman determinados ingresos por tratamientos médicos, resulta crucial el diálogo entre las contribuciones de Sayad (2010) y Fassin (2003, 2016) sobre los usos políticos de la salud, la enfermedad y el cuerpo de las personas no nacionales.

Este artículo se sustenta en una metodología cualitativa que recupera tres entrevistas efectuadas entre 2016 y 2019 con actores clave del proceso en estudio. Una primera entrevista, realizada en marzo de 2016 con dos personas referentes del área de Gestión de Control Migratorio de la Delegación de Córdoba de la DNM que participaron de la tramitación del visado por tratamiento médico del caso en estudio; otra entrevista, entablada con las coordinadoras de la organización que intervino para lograr el viaje de Joaquina hacia la Argentina, realizada en mayo de 2018 en el espacio de trabajo de estas mujeres, ubicado en la ciudad de Córdoba; y, por último, una entrevista llevada a cabo con quien se desempeñó como director nacional de Migraciones al momento de la llegada de la niña al país, la cual aconteció en diciembre de 2019 en la sede laboral actual del exfuncionario, ubicada en la ciudad de Buenos Aires. Asimismo, el análisis se nutre de la revisión y sistematización de fuentes documentales escritas (el expediente de solicitud de ingreso de Joaquina presentado ante la Delegación de Córdoba de la DNM y normativas nacionales sobre salud y migración) y audiovisuales (noticias de prensa y publicaciones de la organización en redes sociales), así como de las reflexiones producidas a partir de múltiples conversaciones con las referentes de la organización, registros de campo y observaciones participantes que tuvieron lugar en Córdoba en el transcurso de 2018.

Hacia inicios del mencionado año, comenzaron mis acercamientos con integrantes de la organización involucrada en el caso y asistí como observadora a un evento planificado por sus integrantes. En instancias iniciales de aproximación al campo fui incluida en el «grupo de trabajo» de la organización, considerado un grupo de personas que colaboraban de diferentes maneras con las tareas que realizan, hecho que me posibilitó participar durante el año 2018 de algunas de las actividades organizadas por el grupo —incluidos dos conciertos y diversas reuniones para la preparación y venta de comidas—, orientadas a recaudar fondos económicos para el sostenimiento del tratamiento médico de Joaquina y a solventar los costos de traslado entre su lugar de origen y la Argentina.

Los procedimientos analíticos implicados en la investigación realizada han incluido distintas operaciones entretejidas, que incluyen —siguiendo a Rockwell (2009)— la clasificación, categorización, reconstrucción, contextualización, interpretación y organización de la información recabada. El proceso de análisis de los materiales de campo producidos ha privilegiado la reconstrucción de sucesos significativos y situaciones clave a través de las entrevistas mantenidas con mis interlocutores en diferentes momentos de la investigación, así como la necesaria atención a las diferentes versiones, vivencias y contextualización de los hechos relatados en una trama mayor que los vuelve inteligibles. En particular, el apartado titulado «"¡Mire! Esta es Joaquina". Colaboraciones y disimulaciones del humanitarismo» muestra el trabajo de reconstrucción realizado en torno a situaciones o hechos relevantes entrelazados entre sí, que son presentados a través de una secuencia de descripciones sucesivas que retoma e integra diversas categorías nativas (sociales e institucionales) seleccionadas en base a los propósitos de la investigación y las categorías analíticas que orientaron el estudio.

III. VISADO POR SALUD Y CLASIFICACIONES Y JERARQUÍAS DE LA MOVILIDAD

Las personas extranjeras en situación de enfermedad constituyen figuras controvertidas para los Estados nacionales. Estas controversias se derivan de la dualidad que caracteriza a las representaciones construidas en torno a la presencia no nacional: por un lado, la pérdida o cuestionamiento del sentido de la presencia inmigrante en la sociedad de «recepción» a causa de una enfermedad que le impide o dificulta trabajar (Sayad, 2010); y, por otro lado, el advenimiento de la «razón humanitaria», que concede y habilita un uso político diferente de la «enfermedad». Así, es a partir de la prerrogativa de la «razón humanitaria» internacional que los Estados nacionales deben cumplir con el mandato de cuidar la salud y la vida de las personas nacionales y no nacionales (Fassin, 2016). La radicación por tratamiento médico se encuentra ligada al despliegue de lo moral en la arena política, que, al tiempo que plantea la obligación de los Estados de cumplir con el mandato de actuar en nombre de los derechos de las personas extranjeras que se encuentren o no en el territorio nacional (Fassin, 2016), opera como una medida de visado derivada del tratamiento diferenciado que reciben ciertas categorías de migrantes, como veremos a continuación.

En el contexto argentino, la Ley de Migraciones N.° 25.871 formaliza la idea de que, si otros Estados no pueden garantizar el acceso de «sus nacionales» a determinados tratamientos sanitarios, estos pueden ingresar y radicarse temporaria o transitoriamente en el país bajo la subcategoría de «pacientes bajo tratamientos médicos». Además, reconoce que las personas que invoquen razones de salud que, a criterio

de la DNM, hagan presumir «riesgo de muerte» por falta de tratamiento médico en caso de que fueran obligadas a regresar a su país de origen, pueden radicarse bajo la subcategoría de «razones humanitarias». En la normativa mencionada, las «razones humanitarias» son definidas como aquellas situaciones que justifiquen, a juicio de la DNM, un tratamiento especial. Como puede advertirse, el visado por salud y el visado por razones humanitarias son producidos alrededor de un mismo objeto: la obligación de responder por el cuidado de la salud y la protección de la vida humana. De acuerdo con el ex director nacional de Migraciones de Argentina:

> Según en la categoría en la que vos estás encuadrado, son las cosas que vos legalmente vas a poder hacer en la Argentina. *Si estás por tratamiento médico, estas por tratamiento médico.* Y hay una categoría de visados o de residencia que es «razones humanitarias». *Cuando vos ves una situación compleja, que afecta al derecho de las personas y que por algún motivo no la podés encuadrar en otra categoría, siempre le buscas la vuelta para encuadrarlo como razones humanitarias, que fue el encuadre que se le dio a muchos haitianos que se vinieron a la Argentina después del terremoto. No tenían criterio por nacionalidad como el Mercosur, no tenían criterio como trabajador migrante porque no tenían contrato de trabajo, no tenían criterio como estudiante. ¿A qué venían? Venían a ver que hacían escapándose de la miseria del terremoto* (Buenos Aires, 18 de diciembre de 2019)[3].

Siguiendo el relato del funcionario, la solicitud de radicación por tratamiento médico persigue el objetivo casi ficcional de restringir la movilidad y la vida de las personas no nacionales a lo que especifica el criterio optado en la radicación. En otras palabras, mediante esta práctica de regulación estatal se pretende que ciertos extranjeros, cuya presencia es considerada como provisoria, no se transformen en inmigrantes. En este sentido, la *ilusión* que conserva el país de acogida de mantener su supuesto orden moral, político y social, otorgándose para ello la prerrogativa de «recibir y utilizar a los emigrados tanto más fácilmente y en número cada vez mayor, cuanto más se autoriza a tratarlos como si no hicieran más que transitar» (Sayad, 2010, pp. 58-59), encuentra en las políticas y medidas de visados de los actuales regímenes de movilidad una de sus manifestaciones más concretas. El elemento central que hace existir a la política de visas es, entonces, la respuesta a la pregunta por el sentido o la razón de ser (siempre contingente) de determinadas presencias no nacionales en un Estado-nación.

En algunas situaciones, la idea de una *humanidad compartida* opera como una respuesta al interrogante sobre el sentido de la «excepcionalidad» de determinadas presencias no nacionales, pero la sola existencia

3 Énfasis añadido.

como humano para ser considerado legítimo en otro Estado-nación no es suficiente para acceder a ciertas medidas humanitarias. La implementación discrecional de las políticas de visados confronta de manera ineludible con procesos y mecanismos que construyen a las personas en movilidad como merecedoras o no de un tratamiento excepcional, por ejemplo, a la producción a través de políticas y regímenes de movilidad de cambiantes clasificaciones, categorías y jerarquías que restringen, promueven o facilitan la movilidad internacional; a la emocionalidad de les agentes estatales y actores institucionales que evalúan las circunstancias excepcionales; y a las prácticas que las personas llevan a cabo para dar cuenta del carácter «complejo» de las situaciones que atraviesan. De este modo, los visados vinculados a razones humanitarias, aunque se construyen sobre el reconocimiento de la condición común de humanidad, se ocupan solo de los que encuadran en la figura de las *víctimas* y en las categorías creadas para acogerlas en un tiempo y en un espacio determinados.

El acceso a la radicación por tratamiento médico en Argentina se encuentra ligado a un uso político específico del *criterio de nacionalidad*, derivado del tratamiento *diferenciado* y *jerarquizado* impuesto a las personas migrantes provenientes de países clasificados como Mercosur y extra-Mercosur. A partir de la aprobación de la Ley N.° 25.871, la política de migraciones argentina extendió la noción de ciudadanía a los nacionales de los Estados parte y asociados al Mercosur (Domenech, 2007), e introdujo la categoría de «residencia por nacionalidad» mediante el Acuerdo de Residencia del Mercosur (2002), el cual entró en vigencia en el año 2009 (Ceriani Cernadas, 2011) y reconoció el derecho a las personas nacionales de los Estados partes y asociados a residir en el territorio de los demás países del bloque. En el caso argentino, se reconoció el derecho a la residencia temporaria por dos años a nacionales de la región y, posteriormente, el derecho a la residencia permanente. Ya en aquel momento había sido advertida la posibilidad de que estas medidas reprodujeran prácticas de jerarquización entre migrantes de distintas categorías, y lógicas de discriminación y exclusión hacia migrantes no procedentes de la región sudamericana (Ceriani Cernadas, 2011; Domenech, 2007). Para ingresar a la Argentina, a quienes pertenecen a alguno de los países del Mercosur se les solicita menos cantidad de documentación que a las personas nacionales de países que no pertenecen al bloque, quienes deben realizar gestiones que incluyen trámites en el consulado o la embajada argentina en el país de origen y optar por un criterio de radicación específico.

Personal de planta permanente y funcionaries de la Delegación de Córdoba de la DNM implicada en el ingreso de Joaquina a la Argentina manifestaron que, debido al tratamiento diferenciado que establece la política de migraciones argentina entre migrantes «Mercosur» y «extra-

Mercosur», las solicitudes de radicaciones por tratamientos médicos han sido escasas, habiendo autorizado esta medida de visado en tres ocasiones. De los casos referenciados, la experiencia de Joaquina fue considerada la «más relevante» para les agentes de la DNM. Como muestro a continuación, esta relevancia estuvo asociada a la producción del caso como una «conmovedora historia», que tuvo como imperativo para la DNM la obligación de procurar una atención particular a una persona y una situación construidas como «especiales». En este sentido, requerir tratamiento médico no constituye una garantía para la obtención de la radicación con esta finalidad. El acceso al visado por salud requiere de un trabajo de *humanitarización*; es decir, de un proceso a través del cual algunas personas son producidas como susceptibles de tratamiento humanitario.

IV. NARRATIVAS Y PRÁCTICAS HUMANITARIAS EN PROCESOS DE MOVILIDAD POR SALUD

Joaquina es oriunda de un poblado rural localizado a grandes distancias de la capital del país en el que reside, al sur del continente africano. Llegó a Córdoba, Argentina, hacia mediados de la década de 2010 para realizar un tratamiento de salud que le permitiera atender las secuelas que le dejó un grave accidente que sufrió en sus primeros años de vida. Joaquina llegó acompañada de su madre y la esperaban dos mujeres cordobesas: Emilia y Margarita. El proceso de movilidad por salud de la niña es indisociable del rol que cumplieron estas mujeres en la puesta en marcha de un conjunto de iniciativas para la concreción del viaje y del tratamiento, que incluyeron desde la constitución de una de ellas como «llamante» para el otorgamiento de la visa hasta la conformación de una organización sin fines de lucro (en adelante, organización) con el propósito de conseguir los recursos económicos que las circunstancias demandaban y cumplir con las exigencias impuestas por el control migratorio. En esta sección abordo algunas de las prácticas y narrativas humanitarias movilizadas por la organización, a través de las cuales se asistió a un trabajo de producción de la imagen de Joaquina y de la necesidad de ayuda frente a su proceso de movilidad por salud; y, en paralelo, de la imagen de la misma organización en tanto actor humanitario.

En el proceso de producción de *lo humanitario*, la dimensión internacional y la «comunicación humanitaria» (Chouliaraki, 2013) adquieren un lugar destacado. La primera, en la medida en que en el ámbito internacional se despliega un conjunto de prácticas que incluyen iniciativas de formación en intervenciones humanitarias, búsqueda de consensos globales para la construcción de agendas humanitarias comunes y llamamientos al involucramiento ciudadano en acciones humanitarias (Basualdo, 2021). La segunda, porque el carácter «presentista» (Bornstein & Redfield,

2011; Fassin, 2016) del tipo de intervención que supone la práctica humanitaria requiere de una comunicación del sufrimiento, que debe ser mediado al público a través de herramientas que, en muchos casos, combinan imágenes y palabras en los llamados a la acción (Lawrence & Tavernor, 2019). Como ha señalado Zarzycka (2016), la difusión de imágenes de las infancias forma parte de una antigua tradición que emplea sus rostros para visibilizar situaciones de violencia y desigualdad.

El encuentro de Emilia y Margarita con Joaquina tuvo lugar a partir de la adscripción católica de ambas mujeres y de las relaciones que mantienen con un grupo de misioneros que desarrolla tareas asistenciales en algunos países del continente africano. Las narrativas y prácticas humanitarias desplegadas en el caso en estudio se inscriben, de este modo, en un entramado mayor de intervenciones humanitarias que se llevan a cabo en la sociedad de origen, en el que cobran protagonismo una heterogeneidad de actores de carácter internacional. En este contexto, la doctrina cristiana cumple un importante rol no solo en función de las relaciones históricas colonialistas mantenidas con los países africanos, sino porque «la fascinación por el sufrimiento» que caracteriza al gobierno humanitario «se inscribe también en una genealogía cristiana» y se nutre de su lenguaje *apolítico*, aun cuando la introducción del sufrimiento en la política haya significado algunos cambios y rupturas, tales como la inversión de la pasión en compasión y la exaltación del sufrimiento propio en atención al sufrimiento ajeno (Fassin, 2016, p. 368).

África del Sur es considerada una de las regiones con mayores índices de desigualdad a nivel global. Desde finales de 1980 hasta principios de 1990, países como Sudáfrica y Mozambique han concentrado la preocupación de las organizaciones humanitarias en el ámbito internacional (Bornstein, 2003). La guerra civil que se extendió en Mozambique desde 1977 hasta 1992, así como las catástrofes naturales producidas por sucesivos periodos de sequía, inundaciones y terremotos, han colaborado en la profundización de situaciones de violencia, muerte y desplazamientos de personas, y han convertido a los países de la región en objeto de asistencia humanitaria por parte de una multiplicidad de organismos de procedencia e intereses diversos. Actores como la Cruz Roja Internacional, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y los programas u organizaciones que dependen de ella —como el Programa Mundial de Alimentos (PMA) y la OIM—, organizaciones internacionales que financian proyectos de misioneros y religiosos de la iglesia católica, y organizaciones no gubernamentales que se identifican como apolíticas y no confesionales, intervienen con acciones que abarcan la reparación de infraestructura en ciudades y en zonas rurales, el apoyo alimentario, la provisión de albergues, y la asistencia sanitaria y psicosocial a personas y grupos caracterizados a partir de la construcción

de perfiles de «vulnerabilidad», y definidos como poblaciones o grupos con «necesidades específicas».

La organización católica internacional en la que participan Emilia y Margarita no ha sido ajena a este escenario y, desde comienzos de la década del año 2000, tiene presencia en el continente africano, coordinando y financiando gran parte de las tareas que se desempeñan desde las misiones argentinas. Esta organización católica internacional fue fundada en el siglo XVIII en Italia con el propósito de abocarse al trabajo de «evangelización y asistencia a los pobres». Este punto de referencia temporal es significativo para situar históricamente y comprender el trabajo humanitario contemporáneo que desarrollan muchas de las organizaciones religiosas cristianas en los países africanos. La presencia de misioneros en África encuentra sus raíces en los proyectos políticos de colonización europea del siglo XIX y XX. Emilia y Margarita viajaron a África del Sur en el marco de su participación en uno de los proyectos de la organización y establecieron el primer encuentro con Joaquina en el año 2013. Al conocer a Joaquina, comenzaron a pensar en «cómo hacer para conseguir [el tratamiento] necesario para Joaquina» (entrevista a Emilia y Margarita, Córdoba, 8 de mayo de 2018). El tratamiento que ella requería no estaba disponible en su país de origen, por lo cual otros países africanos y europeos fueron contemplados como posibles destinos. Sin embargo, variables como el costo, el idioma y la necesidad de contar con un traductor o intérprete condujeron a pensar que la solución podría estar en la Argentina. Asimismo, organizar el proyecto de movilidad de Joaquina hacia la Argentina requirió, en palabras de Margarita, de «mucho trabajo, mucho esfuerzo y mucho dinero»; y supuso enfrentar una serie de dificultades surgidas tanto en el país de origen como en el de destino, a saber, «El trabajo en Argentina para la entrada de la niña, las visas de salud, que fue bastante complicado, y, a su vez, la ayuda de la comunidad religiosa allá para hacerle toda la documentación, que no era tan sencilla, para que ella pudiera viajar a la Argentina» (entrevista a Margarita, Córdoba, 8 de mayo de 2018).

Anticipándose a los problemas que se presentarían durante el proceso de movilidad, Emilia y Margarita crearon una organización que les permitió lograr los medios económicos y el trabajo necesario para «encontrar una solución para Joaquina». Desde el momento de su constitución, la coordinación de la organización estuvo a cargo de una Comisión Directiva formada por seis miembros y contó con el trabajo de personas calificadas como voluntarias. A medida que la organización se desarrolló, comenzó a tener lugar un proceso de «instrumentalización de relatos humanitarios» (Chouliaraki, 2013) por el cual, a través de distintas herramientas, espacios y medios, se empezó a comunicar la «necesidad de ayuda», en línea con el objetivo de alcanzar visibilidad

pública y promover la empatía necesaria hacia Joaquina y hacia la misión de la organización. La producción de una determinada imagen resultó ser indisociable del proceso de construcción de la misma organización porque, en palabras de mis interlocutoras, «la organización nació con Joaquina» (entrevista a Emilia y Margarita, Córdoba, 8 de mayo de 2018). Como ha señalado Chouliaraki (2010, 2013), mediante las narrativas humanitarias que se comunican a través de diferentes repertorios se pretende provocar sentimientos positivos y cálidos hacia un *otro* «vulnerable» y, al hacerlo, motivar el apoyo y el compromiso a largo plazo con la causa de la organización. Al respecto, señalan Margarita y Emilia:

> Margarita: Tenemos varios abogados que nos están ayudando. A cada uno le pedimos cosas puntuales. Tenemos un estudio de escribanía que nos hace todo.
>
> Emilia: Ahora necesitamos contadoras y parece que conseguimos una.
>
> Margarita: Nosotras somos [profesionales de la salud], entonces conocemos mucha gente y vamos preguntando […]
>
> Emilia: Y nos movemos […] Porque, *como no somos políticos, porque la verdad, por el lado radical, por el lado peronista, a todo el mundo…* Ahora todos los presupuestos que estamos preparando, porque tenemos la posibilidad de acceder a un nivel alto en la política para que nos gestionen no sé cuánto de todo esto que necesitamos para los chicos. *Es que tenemos contactos en todos lados* […] *Y bueno, cuando se junten todos van a decir: «Che, nos están pidiendo por todos lados»* [risas] (Córdoba, 8 de mayo de 2018)[4].

Si bien las prácticas e intervenciones que pueden identificarse como humanitarias por lo general son colocadas por fuera del repertorio de la acción pública o de la política, el humanitarismo se ubica en el centro de la política, aunque su legitimación provenga del uso de un lenguaje moral (Fassin, 2016; Redfield, 2012). Con un lenguaje fundamentalmente *apolítico*, la ayuda es el componente que estructura las prácticas de la organización y desde el cual sus integrantes establecen articulaciones e interpelan a las personas con las que se vinculan, ya sea para solicitar ayuda o para ofrecerla. El significado que adquiere para Emilia y Margarita el carácter apolítico de sus prácticas en el marco de la organización reside en la distancia que mantienen con la política partidaria y, al mismo tiempo, en la cercanía a referentes de partidos políticos por medio de un modo de vinculación que se centra en pedidos de colaboración o ayuda, que apela a las voluntades personales y que se hace extensivo a las relaciones que establecen con otras personas, grupos, empresas y organizaciones. Como veremos en el apartado

4 Énfasis añadido.

siguiente, estas narrativas y prácticas humanitarias ingresaron de un modo particular al ámbito del control migratorio.

Las diferentes actividades que realizó la organización en pos de facilitar el proceso de movilidad transcontinental de Joaquina se orientaron a recaudar fondos para afrontar los gastos de traslado y tratamiento, e incluyeron conciertos a beneficio, ventas de comida, y recepción de donaciones de dinero y de productos específicos para ser rifados. La organización mantuvo un estrecho contacto con distintos medios de comunicación y generó presencia en redes sociales para visibilizar el motivo del viaje de Joaquina desde que ella llegó a la Argentina, mostrando el progreso de su tratamiento y los itinerarios entre su lugar de origen y el país sudamericano en función de los requerimientos de su rehabilitación. Las narrativas humanitarias desplegadas en los eventos que se llevaron a cabo, en entrevistas de prensa, y en múltiples contenidos generados en redes sociales y puestos en circulación a través de internet, estuvieron atravesadas por «la historia» de Joaquina, sus viajes entre ambos países y la necesidad de ayudar a la niña, así como la inscripción y articulación de «su historia» alrededor de una sociedad de origen subalternizada. Al mismo tiempo, la visibilización que adquirió la experiencia de Joaquina a través de distintos medios de prensa colaboró para que familias de niñes de otras provincias que requerían tratamientos de salud similares se acercaran a la organización. Las imágenes e historias de Joaquina y de las niñeces con quienes trabajó la organización comenzaron también a circular y a ser contadas en redes sociales y en eventos públicos a través de afiches y relatos. En las imágenes empleadas, el nombre, la edad, el lugar de procedencia y las fotografías de sus cuerpos, con descripciones sobre el asunto de salud a resolver, fueron los elementos utilizados para dar a conocer los casos que necesitaban de la solidaridad de la población.

V. «¡MIRE! ESTA ES JOAQUINA». COLABORACIONES Y DISIMULACIONES DEL HUMANITARISMO

El acceso al visado por salud o a la radicación temporaria o transitoria como «pacientes bajo tratamiento médico» que opera en Argentina para personas clasificadas estatalmente como «extra-Mercosur», al igual que otras «razones humanitarias», se encuentra supeditado a la aprobación de ciertas evaluaciones que son coordinadas desde el país de llegada, pero que se realizan de manera imbricada entre origen y destino. Estas evaluaciones persiguen el propósito de disminuir la probabilidad de que los inmigrantes puedan sortear la ley (Asad, 2008) y, para ello, se les solicita presentar una serie de documentos que permita eliminar cualquier «sospecha» de que exista una «irregularidad» en los casos particulares. En este apartado analizo situaciones y acontecimientos clave ocurridos durante la gestión del visado por tratamiento médico y el

ingreso de Joaquina a la Argentina a partir de los encuentros producidos entre las referentes de la organización y les agentes y funcionaries de la DNM, actores centrales en el proceso de movilidad transcontinental de la niña. Recupero sus testimonios, puntos de vista y vivencias en torno a las temporalidades y las tensiones experimentadas durante el ejercicio del control humanitario, y las imprevisibilidades y los cambios de rumbo que atravesaron durante la gestión del visado. A través de este recorrido pretendo mostrar las complejas relaciones y fuerzas de colaboración y disimulación que tienen lugar en el control humanitario de la movilidad por salud.

«Vigilar y hacer cumplir los controles fronterizos requiere atención a los documentos y sus temporalidades» (Anderson, 2020, p. 56). «Los documentos marcan, periodizan y moldean el curso de vida de las personas que experimentan los controles migratorios», y «las temporalidades de los documentos están firmemente fijadas en el tiempo burocrático», entendido como el «tiempo sincrónico que imponen los Estados y que es necesario para que los Estados funcionen» (Gross, 1985, citado en Anderson, 2020, p. 56). Según agentes de Migraciones que intervinieron en la recepción del expediente de radicación por tratamiento médico de Joaquina, el caso fue resuelto «rápidamente» en función de la urgencia del caso, la celeridad estimulada por el envío virtual del expediente a Buenos Aires y la intervención final del entonces director nacional de Migraciones. La fecha de entrada del expediente en el sistema y la fecha de aprobación fueron tomadas como puntos de referencia a partir de los cuales las personas que ejercían de interlocutores ordenaron cronológica y linealmente el curso de los acontecimientos. Veamos:

> Inspectora de control migratorio: En este caso, que es importante… Todos son importantes, pero es como una urgencia. Hicieron el trámite un día y, por lo que dice el sistema, la disposición de residencia es del día siguiente.
>
> Inspector de control migratorio: Fue todo muy específico y especial. Salió rapidísimo el trámite. Sí, sí, en ese momento lo tomó el director de Migraciones (entrevista a personal de control migratorio de la DNM, Córdoba, 11 de marzo de 2016).

Para Emilia y Margarita, por el contrario, la resolución del visado por tratamiento médico se trató de una «lucha por conseguir la entrada de Joaquina». «Fue una lucha de dos meses porque Migraciones no le quería dar la entrada. Íbamos prácticamente todas las mañanas, casi toda la mañana sentadas ahí esperando. Porque nos sentábamos y esperábamos, ¿viste?» (entrevista a Margarita, Córdoba, 8 de mayo de 2018).

Las distintas narraciones que dan cuenta de la celeridad con que la radicación fue resuelta de un día para el otro y de la espera de dos meses

para el otorgamiento del visado pueden ser mejor comprendidas si se atiende a que, en los encuentros con el Estado, las gestiones comienzan mucho antes de la fecha en la que se cargan los datos en el sistema. Entre que Emilia y Margarita empezaron a frecuentar la DNM para solicitar el permiso de ingreso, funcionaries de alto rango intervinieron en el caso y agentes de la Delegación de Córdoba enviaron el expediente a Buenos Aires, tuvieron lugar una serie de hechos a partir de los cuales se disputó y se dirimió el otorgamiento del permiso de ingreso en la Argentina y la tramitación de la visa en el país de origen. Como veremos a continuación, exigencia de patrocinio, imposición de visas, apelación a los derechos humanos, uso de imágenes, enfrentamientos, acuerdos y agradecimientos estuvieron en el centro de las diversas prácticas de control de la movilidad desplegadas, y de las acciones de contestación y negociación puestas en marcha frente a los controles impuestos.

V.1. «Comprobar quién era la persona que estaba trayendo a la menor». El «llamante» en el control humanitario

Uno de los primeros requisitos que les fue solicitado a Emilia y Margarita desde la DNM para el otorgamiento del visado por salud de Joaquina fue la constitución de una de ellas en «llamante» desde Argentina y su inscripción en el Registro Nacional Único de Requirentes de Extranjeros (Renure). La figura del «llamante revela una importante arista del carácter internacional del humanitarismo en el campo de las migraciones, en la medida en que las intervenciones calificadas como humanitarias son efectuadas por organismos internacionales y por actores individuales, organizaciones locales, empresas e instituciones que son llamadas a actuar, explícita o implícitamente, como «socios humanitarios» de los Estados y ciertas organizaciones a través del trabajo voluntario, de donaciones de dinero o como patrocinadores en programas de visados específicos. Esta figura resulta productiva para comprender ciertos modos de funcionamiento que adquiere el control humanitario de las migraciones y el refugio, asociados en particular a la contención de las migraciones *indeseables* mediante argumentos que acentúan el «cuidado» y la «protección» de migrantes o solicitantes de asilo.

Las distintas instancias de evaluación que se despliegan para acceder al visado en origen y en destino se dirigen no solo a la persona en movilidad que requiere la autorización para ingresar a un país, sino también a quien solicita el ingreso, que deberá demostrar que cumple con las condiciones establecidas por el país de destino. Les «llamantes» deben acreditar su «buena fe» con relación a las razones e intenciones que motivan la invitación o la acogida de la persona o familia que ingresa

por motivos de salud o refugio, además de solvencia económica para afrontar los gastos que pudieran suponer para los Estados el alojamiento, la manutención y la asistencia sanitaria de estos últimos[5]. En dirección a cumplimentar con las pruebas requeridas, Emilia declaró el motivo de ingreso de Joaquina y su responsabilidad sobre la cobertura de las posibles erogaciones frente al tratamiento y de su estancia en Córdoba, y realizó —no sin obstáculos— la inscripción al Renure. Sin embargo, aunque esta inscripción no era necesaria, le fue solicitada en tanto elemento capaz de aportar mayor credibilidad a una situación que se vaticinaba como dudosa. Así lo refleja el diálogo entablado entre dos agentes de control migratorio de la Delegación de Córdoba:

> Inspector de control migratorio: En realidad, ellas vinieron a hacer una inscripción, viste que vino ella a inscribirse como una persona física.
>
> Inspectora de control migratorio: Pero, en realidad, *con ese criterio no tienen que inscribirse. ¿Por qué se inscribió?*
>
> Inspector de control migratorio: *Porque no se sabía bien hasta que lo tomaron*, pero ya habíamos hecho el trámite de inscripción de requirente. De hecho, no sabíamos cómo hacerlo. Buenos Aires tampoco, hasta que dimos con la tecla *porque era muy específico… No venía ni con la madre, ni con el padre, era menor de edad* (entrevista a personal de control migratorio de la DNM, Córdoba, 11 de marzo de 2016)[6].

Si bien la verbalización del agente de control migratorio no se corresponde con el hecho ocurrido, ya que Joaquina ingresó a la Argentina acompañada de su madre, la preocupación por los «peligros» a los que se enfrentarían determinadas personas migrantes en sus procesos de movilidad constituye una dimensión central del control de la migración «irregular», en el que ingresan las narrativas sobre las vulnerabilidades y los riesgos a los que se verían expuestas «niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados», tales como acoso, abuso sexual, explotación sexual y trata de personas con estos fines, entre otros. La figura de «niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados» concentra la atención de planes y políticas de migración nacionales y regionales, los cuales instrumentan y legitiman mecanismos y prácticas de control humanitario que desplazan el discurso de la preocupación por la «seguridad de los Estados» hacia la idea de «protección de las personas» mediante enfoques de «seguridad humana» (Huysmans & Squire, 2009). De acuerdo con el entonces director nacional de Migraciones,

5 A partir de una revisión de la literatura producida en materia de patrocinio de refugiados, Rovetta Cortés (2021) ha identificado ciertos modos a través de los cuales los Estados delegan mediante distintos esquemas de patrocinio —con independencia de las especificidades que adquieren en contextos y momentos históricos específicos— sus obligaciones en materia de asistencia humanitaria y protección internacional al ámbito privado y de la sociedad civil, siendo quienes actúan como patrocinadores o llamantes les responsables de asumir las cargas económicas tanto de los viajes como de la «inserción» de las personas en destino.

6 Énfasis añadido.

la solicitud de inscripción de la organización al Renure como requisito de ingreso de Joaquina se fundamentó en ciertos eventos ocurridos en el marco de los ingresos por «razones humanitarias» de haitianes a la Argentina posteriores al terremoto que tuvo lugar en Haití en 2010. Según el interlocutor, fueron descubiertas redes de trata y tráfico de migrantes y adopciones ilegales efectuadas por personas que traían a niñes nacionales de Haití a la Argentina con escasa documentación, dadas las dificultades para contar con registros en el país de origen a causa de los destrozos ocurridos. En palabras del interlocutor, este tipo de experiencias sentaron precedente de la importancia de «verificar los ingresos de menores de edad aun cuando vienen acompañados de sus madres». Asimismo, señaló:

> *¿Por qué se registran los requirentes? Porque hay gente que se dedica a traer extranjeros para lo que sea*. Entonces nosotros tenemos que tener, *el Estado tiene que tener cierto control sobre quiénes están trayendo extranjeros y para qué*. Hay reglamentaciones que tienen que ver con las facultades de control que tiene el Estado […] Yo supongo que la dificultad que tenía al principio la familia que quería traer a Joaquina en obtener el visado y en agilizar los papeles para que pudiera llegar tenía que ver con todo esto, ¿no? *De la necesidad de comprobar quién era la persona que estaba trayendo a la menor, si efectivamente la traía para lo que decía que la iba a traer y no para otra cosa, si tenía la capacidad para hacerse cargo de los gastos de la operación y la estadía de la nena […] Esto hay que verificarlo, un poco por protección de la menor también, ¿no es cierto? Una cuestión de responsabilidad nuestra y de protección de la nena también* (entrevista al ex director nacional de Migraciones, Buenos Aires, 18 de diciembre de 2019)[7].

En el marco de esquemas de «gobernanza migratoria» que tienen entre sus postulados la maximización de las ventajas y la minimización de los costos de las migraciones a partir de la división entre flujos migratorios considerados *deseables* y *no deseables* (Domenech, 2017), la disuasión y obstaculización de los viajes de determinadas categorías de migrantes acontecen alrededor de un uso político particular de la figura del «llamante» en el control humanitario. Por un lado, el «llamante» opera como condición de posibilidad de determinadas movilidades en la medida en que cumple con la función de alivio o disminución de los costos económicos que ciertas migraciones supondrían para los Estados. Por otro lado, mientras que contar con un «llamante» es un prerrequisito para la evaluación de las solicitudes de ingreso, residencia o asilo de personas migrantes irregularizadas que se justifica y legitima mediante discursos oficiales centrados en la lucha contra la «trata de personas» y el «tráfico ilícito de migrantes» —en los que ingresa la categoría de

7 Énfasis añadido.

«niñez y adolescencia migrante no acompañada»—, también posibilita ralentizar o impedir sus viajes bajo el pretexto de «protegerlas» de posibles «contrabandistas» o «traficantes» encubiertos como «llamantes».

IV.2. «La única posibilidad es que venga como turista». Políticas de visados y disuasión del movimiento

Las políticas de visados constituyen una de las formas privilegiadas en las que se expresa el desplazamiento de las funciones de control migratorio por fuera de los límites del territorio nacional (Zolberg, 2003). El otorgamiento de visas se encuentra supeditado al cumplimiento de una diversidad de requisitos asociados a la construcción de «perfiles migratorios» a partir de clasificaciones producidas por el Estado receptor, en el marco de las imágenes que se tengan de la nacionalidad de origen, la clase social aparente y el género, entre otros marcadores (Heyman, 2012; Salter, 2006). Uno de los elementos clave instrumentados para impedir y disuadir el ingreso de Joaquina a la Argentina fue el cambio de rumbo que se le quiso dar al expediente desde la Delegación de la DNM de Córdoba mediante la imposición de una visa de turismo. Este acontecimiento ilumina procesos más amplios a través de los cuales, desde el Estado, se ejercen prácticas de contención y disuasión del movimiento en función de la valoración y representación sobre marcadores como los mencionados. Como fuera señalado por Mezzadra y Neilson (2017), los regímenes de movilidad y fronteras producen cotidianamente categorías de personas altamente *diferenciadas* y, en esa dirección, las imágenes de la raza y la etnia son reinscriptas continuamente en las prácticas de control migratorio y fronterizo. De acuerdo con Emilia:

> Lloramos de impotencia… Es que no sabés lo que pasó. Vamos para ingresar a Joaquina y lo primero que me dicen después de que ya estaba la organización armada, en regla, todo con moñito, con sociedad jurídica, todo bien, vamos a decir: *«Tenemos que traer esta nena de África». [Y nos responden:] «!Ah, no! ¡De África! Primero que no queremos que entren los africanos porque son unos vagos». [Y nosotras:] «Pero es una niña que necesita tratamiento». «Bueno, sí, pero tiene que entrar como turista».* Eso me decía el director y la gente de Migraciones de Córdoba. *«La única posibilidad es que venga como turista».* En esa época no había embajada argentina en [su país de origen], había Consulado en Sudáfrica. Mando: «Estimado Señor Cónsul fulano de tal, tenemos tal situación» (entrevista a Emilia, Córdoba, 8 de mayo de 2018)[8].

La intención de excluir a Joaquina de la posibilidad de acceder al visado por tratamiento médico mediante la imposición de una visa de turismo como única posibilidad de ingreso aconteció en el marco de ciertas

8 Énfasis añadido.

transformaciones ocurridas en el «régimen sudamericano de migración y fronteras» (Domenech, 2019, 2020). Como ha señalado Domenech, la expansión en el espacio sudamericano de la migración asiática, africana (en particular, subsahariana) y del Caribe (haitiana, dominicana y cubana), y las diversas luchas por el movimiento protagonizadas por migrantes caribeños y africanos ilegalizados y racializados que tuvieron lugar desde los inicios de la década de 2010, incidieron para que distintos Gobiernos comenzaran a requerir visa consular para impedir y contener la llegada de migrantes «extrarregionales» (Domenech, 2020)[9]. De acuerdo con el autor, hacia mediados de 2010, en el contexto argentino cobró estatuto público el tema de la expulsión de extranjeros y el control de las migraciones; y en noviembre de 2014 fue aprobado el «procedimiento para la resolución de casos sobre sospecha fundada en la subcategoría turista» (Disposición 4362/2014), que facultó a les agentes del control migratorio a decidir sobre la admisión o el rechazo de aquellos extranjeros sospechados de ser «falsos turistas»[10]. Bajo la disposición del «falso turista», fueron efectuadas y justificadas múltiples inadmisiones, detenciones, rechazos en frontera y «devoluciones» de migrantes, en particular haitianes[11], que comenzaban a tener lugar en las fronteras terrestres y aéreas de la Argentina, de manera concomitante a la puesta en marcha de diversas medidas y programas «humanitarios» (Domenech, 2020).

De modo simultáneo a las prácticas mencionadas, desde sectores de gobierno y en articulación con actores privados de los ámbitos de turismo y de salud, se desarrollaban estrategias orientadas a promover y facilitar ciertas movilidades por salud conceptualizadas en términos de «turismo médico», cuyo ingreso y presencia en el territorio argentino no eran representados como una «amenaza», en función de los beneficios económicos que estas podrían aportar (Basualdo, 2020). Es posible pensar, entonces, que las prácticas institucionales dirigidas a regular el ingreso de Joaquina estuvieron atravesadas por procesos específicos de «racialización del control» migratorio y fronterizo (Trabalón, 2021), caracterizados por la construcción e interpelación de la niña y su familia como parte de un *otro* subalterno y un *todo* —el continente africano— «inferiorizado racialmente» (Quijano, 2000) a partir de una supuesta *ineptitud* para el trabajo. Este hecho tuvo lugar en un escenario caracterizado por narrativas oficiales que criminalizaban a determinadas masculinidades (negras) y, en particular, a los varones senegaleses que se desempeñaban en la venta ambulante en distintas ciudades de la

9 Para una aproximación a las políticas de visados como «estrategias de contención» en el espacio sudamericano en las últimas dos décadas, ver Domenech y Dias (2020).

10 Alvites Baiadera (2020) ha analizado la constitución y el desarrollo de la figura del «falso turista» en el contexto argentino como parte de los dispositivos de control y gestión diferencial de las fronteras.

11 Sobre rechazos en frontera de migrantes haitianes en Argentina y Sudamérica, revisar Domenech (2020) y Trabalón (2018, 2020).

Argentina como migrantes «ilegales» y como migración *indeseable*, alejada de la imagen del «buen inmigrante» que llegaba para *aportar* en lugar de *delinquir* (Domenech, 2020; Trabalón, 2021). La afirmación «no queremos que entren los africanos porque son unos vagos», que Emilia sostiene haberle escuchado al funcionario, adquiere sentido, entonces, en el marco de lo que Domenech (2020) ha llamado la «política de la hostilidad» hacia los inmigrantes, orientada en particular hacia ciertos grupos nacionales que encarnan la figura del «extranjero delincuente» como sujeto *deportable*.

La solicitud de una visa de turismo en una situación en la que ya estaban dadas las condiciones para dar curso al permiso de ingreso por salud operó como una práctica de control racializada dirigida a disuadir y evitar el arribo de Joaquina a la Argentina. Como ha sido señalado en apartados anteriores, las personas nacionales de países del continente africano cuentan con mayores restricciones para acceder a la residencia en la Argentina en el marco de la división entre migración Mercosur y extra-Mercosur, pues se agrega la exigencia de visado consular para el ingreso de distintos colectivos nacionales, incluido el país de origen de Joaquina. Como sugieren Salter y Mutlu (2010), la concesión de una visa individual a alguien que pertenece a un país al que le han sido impuestas medidas de visados constituye una «excepción a la excepción» y, por lo tanto, un acto de «restauración de la confianza» con el individuo luego de superar la prueba de la sospecha hacia el conjunto nacional. Según relató Emilia, para el cónsul argentino en Sudáfrica no estaban dadas las condiciones para realizar la «excepción a la excepción» que suponía otorgar una visa de turismo, en la medida en que la pobreza desde la cual Joaquina y su madre eran interpeladas no les permitía cumplir con los requisitos desde los cuales se valida la categoría de «viajeros de confianza»:

> La pelea fue entre Migraciones y Cancillería. Dos meses después, Cancillería decía: «Esta chica tiene que venir por tratamiento médico», porque *el cónsul me decía: «Viven en el medio del campo, no tienen domicilio, no tienen plata, están poniendo la plata ustedes para traerla. ¿Cómo le doy visa de turista? No reúne las características que yo, como cónsul del servicio diplomático, le tengo que dar para una visa de turista, no se la puedo dar». Eso en Sudáfrica. Migraciones decía: «O viene como turista o no entra; por ende, no entra». Y no nos salía el número de Renure tampoco, no salía, no salía. Estábamos parados ahí*. El cónsul me manda la Ley [de Migraciones argentina] y me dice: «*Buscate un buen abogado en Córdoba*» (entrevista a Emilia, Córdoba, 8 de mayo de 2018).

El ejercicio estatal de sutiles formas de regulación de la espera tiene el poder de disciplinar a las personas y transformar sus subjetividades, convirtiéndolas en ocasiones en «pacientes del Estado» (Auyero,

2011). Asimismo, la espera no constituye un acto pasivo, sino una «inmovilidad temporal» (Khosravi, 2017, pp. 88-89) que se manifiesta en el comportamiento relativamente activo de las personas durante sus esperas. Frente a la sensación de atascamiento percibida en el hecho de «estar paradas» en el mismo lugar y la sugerencia dada por el cónsul, Emilia y Margarita contactaron a un prestigioso abogado y juez, amigo de la familia de una de ellas, quien, motivado por su empatía hacia Joaquina, decidió intervenir en el caso. El juez solicitó una audiencia con el jefe de la Delegación de Córdoba de la DNM y lo que aconteció durante este encuentro acabó constituyéndose en un elemento clave para la resolución del permiso de ingreso y la tramitación de la radicación.

IV.3. «Ella, Joaquina, destrabó la cosa». Derechos humanos, humanitarismo y la prueba de la imagen

Los derechos humanos desempeñan un rol crucial y proveen el marco dominante para la negociación y la definición de las condiciones desde las cuales se puede bloquear, ralentizar o facilitar la movilidad y el cruce de fronteras en la actualidad (Mezzadra & Neilson, 2017). Al mismo tiempo, los derechos humanos actúan articuladamente con el humanitarismo en la movilización de emociones asociadas a la compasión y, de manera entrelazada, intervienen en los procesos de gobierno de la movilidad y las fronteras. Algunos usos políticos que reciben las imágenes de las niñeces en iniciativas o demandas humanitarias constituyen claras expresiones acerca del modo en que se imbrican el humanitarismo y los derechos humanos en el control de las movilidades. Como sugiere Zarzycka (2016), las imágenes de «niños necesitados» operan como un tropo visual que involucra planos afectivos y éticos; es decir, apelan tanto a la compasión como al discurso universal de los derechos humanos. De acuerdo con Emilia:

> El juez me dice: «Yo, para esta nena, cualquier cosa». Entonces consigue una audiencia con el director de Migraciones y ahí le dice: «Mirá, por el caso de esta nena, va en contra de la Convención de los Derechos del Niño, va en contra de la Ley, la Ley está por encima de la reglamentación de Migraciones, y la Convención de los Derechos del Niño está por encima de la Ley y la Constitución está por encima de la Ley. Entonces, ustedes están violando la Ley, violando la Constitución y no respetando los Derechos del Niño. Si yo tengo que hacer una denuncia a la Comisión Internacional de Derechos del Niño, voy a denunciar a Migraciones y al Gobierno argentino. Si ustedes quieren eso…». *Y en medio de la pelea de ellos dos, legal, yo tenía una foto de un evento que habíamos hecho de Joaquina, de ella alzada por el cura el día que la conocimos, de diez años, más chiquita, una cara de ángel divina, una sonrisita así, y se la ve [con su cuestión de salud]*. Entonces, meto la mano en el portafolio y le digo: *«Mire, dos meses de discusión, me han hecho*

> *llorar acá peleando por esto y usted todavía no la conoce a Joaquina. ¡Mire! Esta es Joaquina», y se la pongo enfrente la foto. El director agarra la foto, la mira y lo llama a Ramírez, que era como el tercero en Migraciones, y le dice: «Haceme el favor… Esto, ya, al director. Ya, se lo escaneás y le decís que esta es la nena por la que estamos peleando». Diez minutos después, habla el director nacional de Migraciones y me dice: «Doctora, esta nena va a entrar porque yo digo que entre»* (Córdoba, 8 de mayo de 2018)[12].

En la comunicación humanitaria, las imágenes de las niñeces y, en particular, sus rostros, llegan a ser empleados no solo para generar empatía entre las audiencias globales, sino para «crear remordimiento entre los agresores y diálogo entre los responsables políticos» (Zarzycka, 2016, p. 29). Si bien la negativa institucional al ingreso por tratamiento médico de Joaquina adquirió otro rumbo a partir de la presión ejercida por la presencia del juez y el discurso de los derechos humanos, fue la irrupción del lenguaje humanitario —que combinó el testimonio verbal sobre el malestar de las referentes de la organización por la espera a causa de los rechazos institucionales y el testimonio visual a través de la fotografía de Joaquina— el componente que *agilizó* el proceso de autorización bajo la premisa de la *inmediatez*, aunque no se tratara en ese momento de una situación en la que peligrara la continuidad de la vida. En el caso en estudio, la muestra de una fotografía que no necesariamente formaba parte de una campaña o una estrategia de patrocinio fue empleada para «poner en situación» (p. 36) a las autoridades del control migratorio; es decir, para lograr que estas llegaran a imaginar cómo era estar en la piel de la niña. Esta acción colaboró para que el sufrimiento que la espera produce en las personas migrantes que la transitan o, como muestra el caso en estudio, en quienes acompañan de cerca el proceso de movilidad, fuera apropiado por la institución en la medida en que el entonces jefe de Migraciones de la Delegación de Córdoba se adjudicó «la pelea» por el ingreso de Joaquina y se pronunció —en plural, como parte de la Delegación— en nombre de la causa.

Luego de que el director nacional de Migraciones impartió la orden para que se le diera curso favorable al expediente, en la Delegación de Córdoba salió a la luz que «faltaba un papel» que no había sido solicitado anteriormente para acceder al número de Renure. Como nos recuerda Anderson (2020), «los documentos generan más documentos» (p. 56). A pesar de la falta de este requisito, el número de Renure fue entregado personal y telefónicamente por el director nacional de Migraciones a las pocas horas de haber tomado conocimiento del caso y entablado la conversación relatada. En palabras de las referentes de la organización:

12 Énfasis añadido.

> Emilia: Me dictó el número de Renure y me dice: «Yo mando a Migraciones y le van a entregar el certificado de Renure, pero ya tiene el número. Hable al cónsul de allá y dígale que le hagan la visa por tratamiento médico, yo le doy entrada a la nena». Se acabó. En realidad, él se la dio porque se la tenía que dar, porque la Ley dice que puede entrar.
>
> Margarita: Sí, pero nos facilitó las cosas.
>
> Emilia: Sí, pero de alguna manera, no es que entró por izquierda, entró como corresponde con una visa por tratamiento médico. Y *cuando vio la foto de la nena, se le cayeron las medias, porque eso fue lo que le pasó.*
>
> Margarita: *Movilizó… Ella, Joaquina, destrabó la cosa* (entrevista a Emilia y Margarita, Córdoba, 8 de mayo de 2018)[13].

En el testimonio de Emilia y Margarita sobre la conclusión del proceso de autorización del ingreso de Joaquina a la Argentina, ocupó un lugar clave el sentido que le otorgaron a las «facilidades» que proporcionó la intervención del director nacional de Migraciones. Y, aunque una de ellas considerara que la visa debía ser otorgada porque era un derecho adquirido por ley y que el accionar del funcionario no supuso la transgresión de los procedimientos legales correspondientes, ambas coincidieron en valorar que fue el impacto que la fotografía de Joaquina ocasionó en los agentes del Estado el elemento determinante para sacar adelante el visado. En este sentido, en el marco de la «incertidumbre» (Anderson, 2020; Auyero, 2011) que (re)producen los Estados sobre el futuro de las personas migrantes, las emociones despertadas a partir de la imagen fueron fundamentales en la *aceleración* del tiempo burocrático, visualizado en el desenlace descripto. La prueba de la imagen, que proporcionaba argumentos de justificación eficaces en el trabajo de humanitarización desplegado en la esfera pública, ingresó al ámbito político de las instituciones de control migratorio y tuvo un efecto concreto en el paso de la representación de Joaquina como parte integrante de ciertos grupos de población migrante *indeseable* a su interpelación como *merecedora* de ingreso humanitario.

No obstante el papel que jugó la imagen de Joaquina en la aceleración del visado por tratamiento médico, las conversaciones telefónicas entabladas entre Emilia y el director nacional de Migraciones funcionaron como nuevas instancias de entrevista, en las cuales se acabó por desestimar la desconfianza constitutiva de los procesos de evaluación a las que son sometidas ciertas personas en movilidad. En palabras del funcionario:

> Me acuerdo [de] que tenían dificultades para obtener las visas para traer a la nena. Entonces yo tomé contacto con ella, me contó el caso y nos pusimos en contacto con la Cancillería y el Consulado, y *le dieron*

13 Énfasis añadido.

> *rápidamente la visa a la nena. Dijimos, tenemos una médica argentina*[14]*, encima que se hace cargo ella de financiar todo a una nena que le podemos mejorar la calidad de vida, ¿por qué no hacerlo? Yo le pregunté si en serio ella iba a financiar todo, dónde iba a estar Joaquina… Me dijo: «Va a estar en mi casa, va a estar conmigo»*… Entonces, cuando tomamos contacto con la mujer, enseguida nos dimos cuenta [de] que era una mujer normal, tenía recursos económicos para hacerse cargo y qué sé yo… (entrevista al ex director nacional de Migraciones, Buenos Aires, 18 de diciembre de 2019)[15].

Una investigación termina en el momento en que las sospechas que han dado inicio al proceso son dejadas de lado a partir de que «una persona llega a una conclusión de uno u otro tenor, basado en evidencia probable» (Asad, 2008, p. 59). La pregunta del funcionario acerca de por qué no favorecer el ingreso de Joaquina, siendo que la «llamante» respondería por las funciones económicas y de cuidados necesarias, muestra uno de los modos a través de los cuales la figura del o la «llamante» opera como excusa, justificación y reproducción de la paradoja del humanitarismo: de la presencia o ausencia de «llamantes», el humanitarismo hace depender y argumenta la salvación, el «cuidado» y/o la «protección» de algunas vidas migrantes en lugar de otras.

IV.4. «Si esto no llega a tiempo, no la van a dejar entrar». La *expulsabilidad* y el uso estatal del tiempo burocrático

Si bien el proceso de evaluación para otorgar el visado por tratamiento médico había concluido, al emitirse la documentación consular desde la Embajada argentina en Sudáfrica se cometió un error de escritura en el nombre de la madre de Joaquina, que fue advertido por el cónsul cuando ambas se encontraban en el avión volando hacia Córdoba. Este hecho fue interpretado por el cónsul como un elemento que podría tener una incidencia concreta en el rechazo de ingreso en el aeropuerto. En palabras de Salter (2006), contar con la visa de ninguna manera garantiza la admisión real a un territorio nacional, la cual sigue siendo siempre prerrogativa del Estado y sus agentes de frontera. Para algunos individuos puede resultar casi imposible escapar al «trabajo de pensamiento» de les agentes del control mediante el que se aplican reglas abstractas a situaciones y casos específicos (Pallitto & Heyman, 2008, p. 71). Las «clasificaciones encubiertas» que estos desarrollan en los distintos puntos de control fronterizo a partir de valoraciones y juicios personales estructuran las decisiones discrecionales acerca de la autorización para el ingreso, la inadmisión y la posible devolución

14 En el relato del funcionario, Emilia era representada y recordada como médica, aunque ella se desempañaba en otra profesión dentro del campo de la salud.

15 Énfasis añadido.

(Pallitto & Heyman, 2008). Como ha argumentado Domenech (2015), los rechazos en frontera, las devoluciones, las remociones, y los retornos «voluntarios y asistidos», constituyen diferentes formas de expulsión que integran las «soluciones» que ofrece el enfoque de la gobernabilidad migratoria frente a la inmigración *indeseable*, para la cual la expulsión (y la *expulsabilidad*) continúa operando como práctica estatal legítima (p. 28). Lo sucedido en relación con la escritura del documento fue transmitido por el cónsul a Emilia en una conversación telefónica de madrugada, tal como lo narra ella:

> *Me dice [el cónsul]: «No la van a dejar entrar».* Venía en el vuelo en el avión. «Mirá, yo mando ya que me equivoqué y que el apellido es tal. Pero yo lo tengo que mandar a Cancillería, Cancillería a Migraciones de Buenos Aires, Migraciones de Buenos Aires a Migraciones Córdoba y Migraciones Córdoba al aeropuerto. O sea, *si en toda esta cadena de burocracias esto no llega a tiempo, no la van a dejar entrar, la van a mandar de vuelta».* Entonces le digo: «¿Qué querés que yo haga?». Me dice: «Te paso el mismo aviso que mando a Cancillería y vos andate directo a Migraciones y llévalo». Entonces me voy a Migraciones, llevo las cosas, explico […] Bueno, Ramírez me da su celular y me dice: «*Mandamos el aviso, pero como esto llega a la oficina de Migraciones a una hora y después cambia la gente, si te llega a tocar uno que no tiene el aviso, no la van a dejar entrar. Entonces, cualquier cosa me llamás por teléfono y yo me voy a Migraciones, y aunque no corresponda, yo doy la orden de que entre*» […] *No sabés los nervios que pasamos hasta que la vimos salir. Se ve que el aviso llegó bien y no hizo falta hablar* (Córdoba, 8 de mayo de 2018)[16].

La certeza del funcionario acerca de la posibilidad del rechazo al ingreso de Joaquina y su madre en el aeropuerto de Córdoba da cuenta, por un lado, de la manifestación que adquiere la arbitrariedad generalizada del control migratorio y, por otro lado, de ciertas condiciones de cruce de frontera durante el periodo de viaje de Joaquina caracterizado por un aumento de las inadmisiones y deportaciones que estaban teniendo lugar en el país. Como muestra el relato anterior, aunque los interrogatorios a la familia y la llamante habían sido superados, la frontera, siempre latente, volvió a activarse y un error de escritura en uno de los documentos de viaje provocó la reinscripción de la niña y su madre a la categoría de «inmigrantes de riesgo» (Pallitto & Heyman, 2008). Al mismo tiempo, la incertidumbre fue reactualizada y la «asincronía» (Anderson, 2020) entre el deseo y la espera por el otorgamiento del visado experimentada por Emilia y Margarita se hizo cuerpo nuevamente frente a la posibilidad del rechazo y la devolución en la frontera física del aeropuerto en caso de que el aviso no llegara a tiempo. Como ha mostrado Auyero (2011),

16 Énfasis añadido.

en los encuentros con el Estado la incertidumbre sobre el tiempo de espera se une a la incertidumbre sobre el resultado.

En este escenario, el sentido y el uso estatal del tiempo burocrático en el control de la migración adquirió nuevos matices. Ya no se trataba de hacer esperar a la familia y la llamante a través de la solicitud de distinto tipo de documentación o la imposición de la visa de turismo para disuadir la llegada de Joaquina. Frente a la inminencia del cruce —y su posible rechazo—, había que ganarle la carrera al tiempo estatal materializado en la cadena de burocracias y los cambios de turnos laborales de les agentes del control. Jugarle una trampa al tiempo burocrático formó parte de los intentos realizados desde el propio Estado para subvertir el control migratorio en un contexto de creciente securitización de las migraciones. En otras palabras, la negociación sobre la autorización del cruce y el cese del posible rechazo y «devolución» en la frontera estuvo mediada por funcionaries de la DNM, quienes, desde el compromiso «humanitario» de asegurar el ingreso de Joaquina y a sabiendas de la selectividad del control al que se enfrentaban las personas migrantes en sus intentos de cruce en las principales terminales aeroportuarias de la Argentina, intervinieron anticipadamente y de manera coordinada con la persona responsable de la estancia de la niña en el país y determinados agentes de control migratorio en el aeropuerto.

IV.5. «La llevamos a agradecerle a todo el mundo». El agradecimiento y la gratitud en la *socialización humanitaria*

El humanitarismo opera como una herramienta de pedagogía social y como ejemplo moral de buen comportamiento (Bornstein, 2012). El trabajo de humanitarización, por su parte, conlleva procesos de socialización específicos orientados a la producción de personas «vulnerables» o «víctimas» merecedoras de «asistencia» y/o «protección», así como personas, grupos u organizaciones capaces de sensibilizarse y empatizar con las necesidades y preocupaciones de otres, y de discernir y legitimar quiénes podrían ser merecedores de ayuda y por qué. Al mismo tiempo, la socialización humanitaria involucra y/o tiene como efecto la producción de personas agradecidas. Para Emilia y Margarita, a pesar de los avatares relatados para que Joaquina pudiera llegar a la Argentina a realizar el tratamiento médico, «todo terminó bien». Los miedos, la angustia y la impotencia generados por los controles que les habían sido impuestos y que lograron atravesar comenzaron a ceder cuando determinados agentes estatales les «facilitaron las cosas». Este desplazamiento de las emociones experimentadas a lo largo del recorrido dio lugar a un sentimiento y una acción distintos: la *gratitud* y el *agradecimiento*.

> Emilia: Me terminé haciendo amiga del cónsul […] Yo me hice amiga de todo Migraciones al final, me peleé y después me hice amiga […] Después, *la llevamos [a Joaquina] a agradecerle al director [de Migraciones], a agradecerle a Migraciones, a agradecerle a todo el mundo,* todo el mundo en Migraciones la ama. *Todo terminó bien.*
>
> Margarita: A Buenos Aires, cuando ella ya tenía [lo que necesitaba], ¿no?
>
> Emilia: *Para que la vean, que realmente [había hecho el tratamiento] y había valido la pena que esta nena viniera acá* (entrevista a Emilia y Margarita, Córdoba, 8 de mayo de 2018)[17].

La tarea del agradecimiento fue emprendida por las referentes de la organización y se orientó a mostrar lo que se espera de quienes son objeto de atención humanitaria: «la humildad del agradecido más que la reivindicación de un derecho-habiente» (Fassin, 2016, p. 14). El agradecimiento que debió manifestar Joaquina hacia los representantes del Estado requiere ser pensado en el marco de relaciones sociales entre personas y entre Estados profundamente desiguales y asimétricas. Mostrar a través de la exposición del cuerpo físico que el asunto que dio origen a la movilidad por salud de la niña había sido resuelto operó como un mecanismo de justificación de su movilidad transcontinental. En este sentido, la internalización del pensamiento de Estado, que dictamina la necesidad de *legitimar* una presencia considerada en sí misma *ilegítima*, atraviesa los sentidos atribuidos por Emilia y Margarita a sus experiencias con el control migratorio y sus relaciones con les agentes de Migraciones. Según Margarita, era necesario mostrar que «había valido la pena que esta nena viniera acá». En otras palabras, se trataba de legitimar una presencia ilegitimada que representa en el imaginario social de la sociedad de «recepción» una permanente sospecha social o moral por el hecho de ser considerada fuente de todo tipo de «problemas sociales» (Sayad, 2010).

> Un día me llama el director general de Inmigración, que hacía todos los trámites de residencia en la Argentina, y me cuenta que estaba con Joaquina y con la familia que la había traído, estaba la mamá de Joaquina también […] Y que *habían ido a saludar y a agradecer, si yo podía acercarme hasta donde ellos estaban y ahí la conocí a la nena. Sí, y la nena ya [había hecho su tratamiento], me acuerdo la carita de felicidad de la nena. No me olvido más, me saqué una foto y todo.* Hace poquito me la mandaron por Facebook también, ¿viste que te muestra los recuerdos? (entrevista al ex director nacional de Migraciones, Buenos Aires, 18 de diciembre de 2019)[18].

17 Énfasis añadido.
18 Énfasis añadido.

El humanitarismo actúa como «un poder que redime», dado que salvar o mejorar vidas no solo aligera los sufrimientos y prolonga vidas ajenas, sino que salva algo de nuestras propias vidas y aliviana el peso de un orden mundial desigual (Fassin, 2016). «Poniendo un poco de orden en mis cajones encontré estas lindas imágenes», fue el mensaje transmitido por el director general de Inmigración al director nacional de Migraciones al enviarle la foto en la que estaban este último, Joaquina, Emilia y Margarita. La fotografía de cierre no solo operó a modo de *testificación* de que Joaquina «ya había hecho su tratamiento» y que les agentes del control migratorio habían intervenido para «mejorar su calidad de vida», sino principalmente como una forma de *redención* de las relaciones de poder solapadas en el control humanitario. Como expresión de una práctica social de registro y parte de un ritual de cierre y agradecimiento, la fotografía retrata y eterniza las acciones de colaboración y disimulación que tuvieron lugar en el proceso por el cual Joaquina fue producida como una niña *merecedora* del acceso al visado por salud. En este mismo acto ritual, los desacuerdos, las tensiones, las dilataciones y los rechazos experimentados durante el ejercicio del control humanitario fueron minimizados e invisibilizados, tornándose casi imperceptibles.

VI. CONCLUSIONES

En el presente artículo he buscado comprender algunas de las maneras a través de las cuales el humanitarismo se expresa en el terreno de la producción y el control de las movilidades por salud. Específicamente, he abordado uno de los usos políticos que adquiere la radicación como «pacientes bajo tratamientos médicos» contemplada en la política de migraciones argentina, a partir de la experiencia de movilidad transcontinental de una niña proveniente del África subsahariana hacia la Argentina con motivo de acceder a un tratamiento sanitario, la cual estuvo mediada por la intervención de dos mujeres cordobesas. La aproximación crítica al humanitarismo efectuada en este texto estuvo guiada por la problematización y conceptualización de «lo humanitario» desde la noción de *humanitarización* y la comprensión del humanitarismo como una particular forma de legitimación del control de las movilidades y las fronteras. El recorrido propuesto en este artículo ha permitido dar cuenta, en primer lugar, de que el uso que recibe la radicación como «pacientes bajo tratamiento médico» contenida en la actual normativa migratoria argentina se encuentra relacionado con la división entre migración regional y extrarregional presente en la política de migraciones y, en consecuencia, al tratamiento diferenciado y jerarquizado que reciben las personas migrantes de acuerdo a si su nacionalidad de origen pertenece, está asociada o no a alguno de los países del Mercosur.

El análisis ha reflejado cómo el visado por salud, sustentado en la idea de la responsabilidad y la obligación de un Estado-nación por la preservación de la salud y la vida de las personas extranjeras, se configura como un mecanismo de control humanitario legitimado mediante narrativas asociadas al «cuidado» y la «protección», y se erige como una de las fronteras que ciertas categorías de migrantes deben cruzar para acceder a un tratamiento sanitario. Las indagaciones desarrolladas han permitido advertir que, mediante la idea de excepcionalidad contenida en el corazón de las medidas de visado, se reconfiguran como *atendibles* ciertas movilidades por salud que son representadas como *indeseables*, mientras que se logra disuadir y contener a gran parte de estas. Estas reconfiguraciones de lo *deseable*, lo *indeseable* y lo *atendible* tienen lugar en el marco de la soberanía estatal y de esquemas nacionalistas desde los que se definen las condiciones que regulan el acceso de las personas migrantes a la salud. Asimismo, se dan de manera coexistente al proclamado «derecho a migrar» consagrado en los discursos universales y abstractos de los derechos humanos, así como al surgimiento y expansión de esquemas neoliberales de regulación de la asistencia sanitaria y de las movilidades por salud a escala global desde las cuales se fomentan, por ejemplo, políticas e iniciativas locales de «turismo médico» hacia sectores privados.

La aproximación al humanitarismo a través de la noción de *humanitarización* ha posibilitado aprehender de manera crítica los principales procesos, acontecimientos y elementos a través de los cuales un tipo de movilidad por salud, significada por les responsables del control migratorio como *indeseable*, llega a reconfigurarse en *atendible*. Dentro de las cuestiones más sobresalientes, la producción de una «víctima» y de un «llamante» que encuadren y se comporten de acuerdo con las normas y perfiles construidos de manera más o menos explícita por el humanitarismo de las migraciones y el refugio aparecen como dos de los aspectos centrales en el caso en estudio. La primera, mediante la confirmación, a través de la imagen fotográfica, de un cuerpo que requiere tratamiento. La segunda, a través de la constatación de la presencia de actores humanitarios que intervienen asumiendo tareas que los Estados rechazan, pero de manera articulada con el Estado, mientras son evaluados por este bajo el pretexto de la responsabilidad por el «cuidado» y la «protección» de la «víctima». La experiencia analizada ha mostrado que la exigencia de «llamante» como parte de los requisitos en la gestión de la radicación por tratamiento médico opera como un elemento clave en la producción de la espera y la demora en la tramitación del visado por salud. En este sentido, los diferentes usos que adopta la figura del «llamante» o «patrocinador» se constituyen en un terreno de exploración fértil para la comprensión de las nuevas

manifestaciones y configuraciones del control humanitario de las movilidades y las fronteras.

El humanitarismo se ha convertido en una de las respuestas políticas privilegiadas al «problema» de las migraciones *indeseables* e «irregulares» desde esquemas de gobernanza global de las movilidades y las fronteras. La experiencia analizada requiere ser comprendida, entonces, como parte de procesos más amplios que muestran que la movilidad y el cruce de fronteras están atravesados por un mayor control y vigilancia de ciertos cuerpos marcados por la raza, la nacionalidad, la clase social, la edad y el género, entre otros marcadores sociales de diferencia y desigualdades. Como he mostrado a lo largo del texto, solicitar y recibir ayuda, convertirse en o contar con un «llamante», estar bajo sospecha de «traficante», «tratante» y «falso turista», ser «vulnerable» , presentar «evidencia» en origen y en destino, esperar, enfrentar la espera, apelar a los derechos humanos, exponer el cuerpo, pasar las sospechas, negociar el cruce frente a la expulsabilidad siempre latente y agradecer a quienes controlan, forman parte de la diversidad y heterogeneidad de prácticas que revelan las múltiples colaboraciones y disimulaciones a través de las cuales se performa y despliega el control humanitario de las movilidades y las fronteras, que invitan a ser exploradas en mayor profundidad en el espacio sudamericano.

REFERENCIAS

Alvites Baiadera, A. (2020). Constitución de la categoría «falso turista» en Argentina. Fronteras «a medida» de migrantes de países limítrofes. *Estudios Fronterizos*, *21*. https://doi.org/10.21670/ref.2018060

Anderson, B. (2020). And About Time Too…: Migration, Documentation, and Temporalities. En S. Horton y J. Heyman (eds.), *Paper Trails. Migrants, Documents and Legal Insecurity* (pp. 53-73). Duke University Press.

Asad, T. (2008). ¿Dónde están los márgenes del estado? *Cuadernos de antropología Social*, (27), 53-62.

Auyero, J. (2011). Patients of State: An Ethnographic Account of Poor People's Waiting. *Latin American Research Review*, *46*(1), 5-29. https://doi.org/10.1353/lar.2011.0014

Basualdo, L. (2017). Inclusión diferencial de extranjeros/migrantes a trasplantes de órganos: dilemas éticos frente a «prácticas no éticas». *REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, *25*(50), 65-80. https://doi.org/10.1590/1980-85852503880005005

Basualdo, L. (2020). «Están viniendo cada vez más». Movilidad por salud y «turismo médico» en la Argentina. *Argumentos*, *17*(2), 205-231. https://doi.org/10.32887/issn.2527-2551v17n2p.205-231

Basualdo, L. (2021). Humanitarismo. En C. Jiménez Zunino y V. Trpin (coords.), *Pensar las Migraciones Contemporáneas. Categorías críticas para su abordaje* (pp. 159-168). Córdoba: Teseo Press.

Benincasa, V., & Cortés, A. (2021). Humanitarizando la movilidad en México: La migración centroamericana como problema humanitario. *Oñati Socio-Legal Series*, *11*(3), 809-832. https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1165

Bigo, D. (2002). Security and immigration: Toward a critique of the governmentality of unease. *Alternatives*, *27*(1), 63-92. https://doi.org/10.1177/03043754020270s105

Biondini, V. (2020). Migración, género y salud: Prácticas y experiencias de derechos sexuales y (no) reproductivos de mujeres migrantes peruanas. *Estudios Sociales Contemporáneos*, (25), 99-118. https://doi.org/10.48162/rev.48.015

Bornstein, E. (2003). *The Spirit of Development. Protestant NOGs, morality and economics in Zimbabwe*. Routledge.

Bornstein, E. (2012). *Disquieting Gifts. Humanitarianism in New Delhi.* Stanford, California: Stanford University Press.

Bornstein, E., & Redfield, P. (2011). *Forces of compassion: Humanitarianism between ethics and politics*. Santa Fe, N. M.: School of Advanced Research Press.

Ceriani Cernadas, P. (2011). Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana. *Nueva Sociedad*, (233), 68-86.

Chouliaraki, L. (2010). Post-humanitarianism: Humanitarian communication beyond a politics of pity. *International Journal of Cultural Studies*, *13*(2), 107-126. http://dx.doi.org/10.1177/1367877909356720

Chouliaraki, L. (2013). The humanity of war: Iconic Photojournalism of the battlefield, 1914-2012. *Visual Communication*, *12*(3), 315-340. https://doi.org/10.1177/1470357213484422

Clavijo, J., Pereira, A., & Basualdo, L. (2019). Humanitarismo y control migratorio en Argentina: refugio, tratamiento médico y migración laboral. *Apuntes*, *46*(84), 125-155. https://doi.org/10.21678/apuntes.84.1016

Domenech, E. (2007). La agenda política sobre migraciones en América del Sur: el caso de la Argentina. *Revue Europeenne des Migrations Internationales*, *23*(1), 71-94. https://doi.org/10.4000/remi.3611

Domenech, E. (2013). «Las migraciones son como el agua»: hacia la instauración de políticas de «control con rostro humano». *Polis*, *12*(35), 119-142. https://doi.org/10.4067/s0718-65682013000200006

Domenech, E. (2015). O controle da imigração 'indesejável': expulsão e expulsabilidade na América do Sul. *Ciência e Cultura*, *67*(2), 25-29. https://doi.org/10.21800/2317-66602015000200010

Domenech, E. (2017). Las políticas de migración en Sudamérica: elementos para el análisis crítico del control migratorio y fronterizo. *Terceiro Milênio: Revista Crítica de Sociologia e Política*, *8*(1), 19-48.

Domenech, E. (2019, 20-21 de mayo). Contested spaces of mobility: The South American migration and border regime. En *First International Workshop on Contested Territories*. Escuela de Geografía de la Universidad de Leeds.

Domenech, E. (2020). La «política de la hostilidad» en Argentina: detención, expulsión y rechazo en frontera. *Estudios Fronterizos*, *21*, 1-21. https://doi.org/10.21670/ref.2015057

Domenech, E., & Dias, G. (2020). Regimes de fronteira e ilegalidade migrante na América Latina e no Caribe. *Sociologias*, *22*(55), 40-73. https://doi.org/10.1590/15174522-108928

Domenech, E., Basualdo, L., & Pereira, A. (2022). Migraciones, fronteras y política de datos: nuevos medios de control del movimiento en el espacio sudamericano. En L. Rivera Sánchez, G. Herrera y E. Domenech (coords.), *Movilidades, derecho a migrar y control fronterizo* (pp. 317-355). Buenos Aires y Ciudad de México: Clacso, Siglo XXI.

Domenech, E., Herrera, G., & Rivera Sánchez, L. (2022). Introducción. Los estudios migratorios en América Latina: movilidades, fronteras y ciudadanía. En L. Rivera Sánchez, G. Herrera y E. Domenech (coords.), *Movilidades, derecho a migrar y control fronterizo* (pp. 9-74). Buenos Aires y Ciudad de México: Clacso, Siglo XXI.

Fassin, D. (2003). Gobernar por los cuerpos, políticas de reconocimiento hacia los pobres y los inmigrantes en Francia. *Cuadernos de Antropología Social*, (17), 49-78.

Fassin, D. (2012). Economies morales e justices locales. *Revue Française de Sociologie*, *53*(4), 651-655.

Fassin, D. (2016). *La razón humanitaria. Una historia moral del tiempo presente.* Prometeo.

Fernandes, D., & De Faria, A. (2017). O visto humanitário como resposta ao pedido de refúgio dos haitianos. *Revista Brasileira Est. Pop., Belo Horizonte*, *34*(1), 145-161. https://doi.org/10.20947/s0102-3098a0012

Gross, D. (1985). Temporality and the Modern State. *Theory and Society*, *14*(1), 53-82.

Herrera, G., & Berg, U. (2019). «Migration crises» and humanitarianism in Latin America: the case of Ecuador. En N. Sørensen y S. Plambech (eds.), *When human welfare meets the political and security agendas. Global Perspectives on humanitarianism* (pp. 31-50). Copenhague: Danish Institute for International Studies (DIIS).

Heyman, J. (2012). Construcción y uso de tipologías: movilidad geográfica desigual en la frontera México-Estados Unidos. En M. Ariza y L. Velasco (coords.), *Métodos cualitativos y su aplicación empírica: por los caminos de la investigación sobre migración internacional* (pp. 419-454). El Colegio de la Frontera Norte, A.C.

Horton, S. (2020). Introduction. Paper Trails: Migrants,Bureaucratic Inscription, and Legal Recognition. En S. Horton y J. Heyman (eds.), *Paper Trails. Migrants, Documents and Legal Insecurity* (pp. 1-26). Duke University Press.

Huysmans, J., & Squire, V. (2009). Migration and security. En M. Dunn Caveltty y V. Mauer (eds.), *Handbook of Security Studies*. Routledge.

Khosravi, S. (2017). *Precarious lives. Waiting and hope in Iran*. University of Pennsylvania Press.

Lawrence, M., & Tavernor, R. (2019). *Global humanitarianism and media culture. Humanitarianism: Key Debates and New Approaches*. Filadelfia: University Press.

Mallimaci Barral, A., & Magliano, M. J. (2020). Esperas y cuidados. Reflexiones en torno a la gestión del tiempo de mujeres migrantes en dos espacios urbanos de Argentina. *REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, *28*(59), 161-176. https://doi.org/10.1590/1980-85852503880005910

Mansur Dias, G. (2017). Trata de personas, tráfico de migrantes y la gobernabilidad de la migración a través del crimen. *Etnográfica*, *21*(3), 541-554. https://doi.org/10.4000/etnografica.5026

Mezzadra, S., & Neilson, B. (2017). *La frontera como método* (Verónica Hendel, trad.). Traficantes de Sueños.

Miranda, B., & Silva Hernández, A. (2022). Gestión desbordada: solicitudes de asilo en Estados Unidos y los mecanismos de espera allende sus fronteras. *Migraciones Internacionales*, (13). https://doi.org/10.33679/rmi.v1i1.2385

Moulin, C., & Magalhães, B. (2020). Operation Shelter as Humanitarian Infrastructure: Material and Normative Renderings of Venezuelan Migration in Brazil. *Citizenship Studies*, *24*(5), 642-662.

Moulin, C., & Thomaz, D. (2016). The Tactical Politics of «Humanitarian' Immigration: Negotiating Stasis, Enacting Mobility, *Citizenship Studies*, *20*(5), 595-609. https://doi.org/10.4324/9781003201274-5

Pallitto, R., & Heyman, J. (2008). Theorizing cross-border mobility: surveillance, security and identity. *Surveillance & Society*, *5*(3), 315-333. https://doi.org/10.24908/ss.v5i3.3426

Pereira, A. (2019). El nexo entre migración, seguridad y derechos humanos en la política migratoria de Argentina (1990-2015). *Desafíos*, *31*(1), 273-309. https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/desafios/a.6031

Pereira, A., & Clavijo, J. (2022). La excepción evidencia la regla: humanitarismo y securitización en las políticas migratorias argentinas (2015-2019). *Si Somos Americanos. Revista de Estudios Transfronterizos*, *22*(1), 139-163. https://doi.org/10.4067/s0719-09482022000100139

Pinto, S. (2014). *A Migração de Haitianos para o Brasil e Os Usos da Razão Humanitária* [tesis de maestría en Antropología, Instituto Universitário de Lisboa, Escola de Ciências Sociais e Humanas].

Piscitelli, A., & Lowenkron, L. (2015). Categorias em movimento: a gestao de vitimas do trafico de pessoas na Espanha e no Brasil. *Ciência e Cultura*, *67*(2), 35-39. https://doi.org/10.21800/2317-66602015000200012

Quijano, A. (2000). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. En E. Lander (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales* (pp. 201-246). Clacso.

Redfield, P. (2012). Humanitarianism. En D. Fassin (ed.), *A Companion to Moral Anthropology* (pp. 449-467). Malden, Massachusetts: Blackwell.

Rockwell, E. (2009). *La experiencia etnográfica. Historia y cultura en los procesos educativos.* Buenos Aires: Paidós.

Rovetta Cortés, A. (2021). El patrocinio de refugiados: una revisión sistemática descriptiva. *REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, *29*(63), 211-231. https://doi.org/10.1590/1980-85852503880006313

Ruiz Muriel, M., & Álvarez Velasco, S. (2019). Excluir para proteger: la «guerra» contra la trata y el tráfico de migrantes y las nuevas lógicas de control migratorio en Ecuador. *Estudios Sociológicos*, *37*(111), 689-725. https://doi.org/10.24201/es.2019v37n111.1686

Salter, M. (2006). The global visa regime and the political technologies of the international self: borders, bodies, biopolitics. *Alternatives*, *31*(2), 167-189. https://doi.org/10.1177/030437540603100203

Salter, M., & Mutlu, C. (2010). *Asymmetricborders: The Canada-Czech Republic 'Visa War' and the Question of Rights.* CEPS - Liberty and Security in Europe.

Sayad, A. (2010). *La doble ausencia. De las ilusiones del emigrado a los padecimientos del inmigrado.* Anthropos.

Stang, M., Lara, A., & Andrade, M. (2020). Retórica humanitaria y expulsabilidad: migrantes haitianos y gobernabilidad migratoria en Chile. *Sí Somos Americanos. Revista de Estudios Transfronterizos*, *20*(1), 176-201. https://doi.org/10.4067/s0719-09482020000100176

Surmiak, A. (2018). Confidentiality in Qualitative Research Involving Vulnerable Participants: Researchers' Perspectives. *FQS. Forum: Qualitative Social Reserch*, *19*(3), art. 12.

Trabalón, C. (2018). Política de visado y regulación de las fronteras. Un análisis desde la movilidad de haitianos en Sudamérica. *Polis*, *17*(51), 163-186. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-65682018000300163&lng=es

Trabalón, C. (2020). Violencia estatal, control fronterizo y racialización: experiencias de haitianos y haitianas en aeropuertos de Argentina. *Historia y Sociedad*, (39), 155-183. https://doi.org/10.15446/hys.n39.82972

Trabalón, C. (2021). Racialización del control y nuevas migraciones: procesos de ilegalización en la Argentina durante la última década. *Periplos. Revista de Investigación sobre Migraciones/Périplos. Revista de Pesquisa sobre Migrações*, *5*(1), 207-234.

Trabalón, C. (2023). Migración «extrarregional» y fronteras temporales en el contexto sudamericano reciente. Migración haitiana e «intermitencia

legal» en Argentina. *Derecho PUCP*, (90), 215-250. https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.007

Walters, W. (2011). Foucault and frontiers: notes on the birth of the humanitarian border. En U. Bröckling, S. Krasmann y T. Lemke (eds.), *Governmentality: current issues and future challenges* (pp. 138-164). Routledge.

Zarzycka, M. (2016). Save the child: photographed faces and affective transactions in NGO child sponsoring programs. *European Journal of Women's Studies*, *23*(1), 28-42. https://doi.org/10.1177/1350506814568362

Zolberg, A. (2003). The archaeology of «remote control». En A. Fahrmeir (ed.), *Migration control in the north atlantic world: The evolution of state practices in Europe and the US from the French Revolution to the inter-war period* (pp. 195-222). Berghahn.

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Disposición N.° 4362 / 2014, Disposición de la Dirección Nacional de Migraciones sobre el procedimiento para la resolución de casos sobre sospecha fundada en la subcategoría turista (4 de noviembre de 2014). *Boletín Oficial*, 7 de noviembre de 2014.

Ley N.° 25.871, Ley de Migraciones (Congreso de la Nación [Argentina], 21 de enero de 2004). *Boletín Oficial*, 21 de enero de 2004, (30.322), 2.

Ley N.° 25.903, Ley sobre Acuerdo de Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile, suscripto en Brasilia el 6 de diciembre de 2002 (13 de julio de 2004). *Boletín Oficial*, 16 de julio de 2004, (30.433), 3.

Recibido: 09/03/2022
Aprobado: 23/07/2023

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202302.005
CC BY
DERECHO PUCP
N° 91, 2023
diciembre-mayo
pp. 163-200
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

La formulación de un estándar normativo de imparcialidad que incorpore la imparcialidad objetivo-cognitiva en el ordenamiento jurídico peruano: un estudio sobre la repercusión de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos

The Formulation of a Normative Standard of Judicial Impartiality that Incorporates Objective-Cognitive Impartiality in Peruvian Legal System: A Study on the Repercussion of the Jurisprudence of International Human Rights Courts

CÉSAR HIGA*
Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

JOSÉ ENRIQUE SOTOMAYOR TRELLES**
Universidad de Ciencias y Humanidades (Perú)

RENZO CAVANI***
Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Resumen: El presente artículo es un estudio de caso sobre la configuración del deber de imparcialidad en el desarrollo jurisprudencial de los tribunales de derechos humanos y su influencia en los tribunales domésticos peruanos. En esa línea, se analiza la forma en que se ha construido la distinción entre imparcialidad subjetiva y objetiva —identificada con la «teoría de las apariencias»— y, más adelante, se determina la relación entre imparcialidad y sesgos cognitivos. Ello con la finalidad de realizar una crítica a la teoría de las apariencias y proponer la formulación de un estándar en el que se distinguen tres dimensiones de la garantía de imparcialidad: subjetiva, objetivo-funcional y objetivo-cognitiva. Finalmente, se aborda la distinción entre independencia judicial externa e interna, y se determina su diferencia con la imparcialidad.

Palabras clave: Deber de imparcialidad, jurisprudencia de tribunales internacionales de derechos humanos, imparcialidad subjetiva, imparcialidad objetiva, sesgos cognitivos

* Profesor ordinario auxiliar de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho Constitucional por la PUCP y en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante (España). Socio cofundador de Evidence Lab.
Código ORCID: 0000-0002-9842-2150. Correo electrónico: chiga@pucp.edu.pe

** Investigador del Centro de Investigación Interdisciplinar Ciencia y Sociedad (CIICS) de la Universidad de Ciencias y Humanidades (Perú). Abogado y magíster en Filosofía por la PUCP. Socio cofundador de Evidence Lab.
Código ORCID: 0000-0002-1155-0249. Correo electrónico: jesotomayor@uch.edu.pe

*** Profesor ordinario auxiliar de la PUCP. Magíster en Derecho por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil). Miembro del Grupo de Investigación Prodejus-PUCP, CEO y socio cofundador de Evidence Lab.
Código ORCID: 0000-0001-8040-8185. Correo electrónico: renzo.cavani@pucp.edu.pe

Abstract: This article is a case study on the configuration of the duty of impartiality in the jurisprudential development of human rights courts and its influence on Peruvian domestic courts. In this line of reasoning, the way in which the distinction between subjective and objective impartiality —identified with the "theory of appearances"—has been constructed is analyzed and, later, the relationship between impartiality and cognitive bias is determined. This is done with the aim of criticizing the theory of appearances and proposing the formulation of a standard in which three dimensions of the guarantee of impartiality are distinguished: subjective, objective-functional and objective-cognitive. Finally, the distinction between external and internal judicial independence is addressed, and its difference with impartiality is determined.

Keywords: Duty of judicial impartiality, jurisprudence of international human rights courts, subjective judicial impartiality, objective judicial impartiality, cognitive biases

CONTENIDOS: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL ESTÁNDAR NORMATIVO DE LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD.- II.1. EL ESTÁNDAR DE IMPARCIALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA: TEDH.- II.1.1. TEORÍA DE LAS APARIENCIAS: UN JUZGADOR QUE ANTERIORMENTE SE DESEMPEÑÓ COMO FISCAL.- II.1.2. ACUMULACIÓN DE FUNCIONES INSTRUCTORAS Y JUZGADORAS.- II.1.3. EL ESTÁNDAR DE IMPARCIALIDAD Y LAS DECLARACIONES DEL JUEZ EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.- II.2. SIGUE: CORTE IDH.- II.3. SIGUE: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO.- II.4. SIGUE: CORTE SUPERIOR NACIONAL DE JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA PERUANA.- III. LA INCIDENCIA DE LOS SESGOS COGNITIVOS EN LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD.- III.1. SESGOS EN AUDIENCIAS.- III.2. SESGOS EN EL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES.- III.3. SESGOS EN EL PROCESO DE SENTENCIAR.- IV. HACIA LA FORMULACIÓN DE UN NUEVO ESTÁNDAR DE IMPARCIALIDAD.- IV.I. IMPARCIALIDAD SUBJETIVA.- IV.2. IMPARCIALIDAD OBJETIVO-FUNCIONAL.- IV.3. IMPARCIALIDAD OBJETIVO-COGNITIVA.- V. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD: GARANTÍAS PARA EL JUZGADOR Y PARA LAS PARTES.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN[1]

El Código Iberoamericano de Ética Judicial sostiene en su artículo 9 que la imparcialidad se fundamenta en el derecho del justiciable a recibir un trato igual, lo que implica no ser discriminado en el desarrollo de la actividad jurisdiccional. Para lograr dicha finalidad, prosigue el Código en su artículo 10, el juez debe conducirse con objetividad y procurando mantener equidistancia con las partes y sus abogados a lo largo de todo

1 Agradecemos a Álvaro Castillo y Oscar Lozada, abogados por la PUCP, por su valiosa colaboración para estructurar el presente artículo. Asimismo, nuestra gratitud a los revisores anónimos del artículo por sus comentarios y sugerencias.

el proceso, evitando dar muestra de favoritismo o prejuicio por alguna de las partes.

Por su parte, la filosofía del derecho no ha sido ajena a la discusión sobre el contenido del principio de imparcialidad. Por ejemplo, para Atienza (2001), la posición equidistante que se busca encuentra su fundamento en la condición del juez como un sujeto ajeno al conflicto (pp. 17-18). De forma más elaborada, Vicente y Guerrero (2021) sostiene que la imparcialidad se despliega en un doble plano: interno, que se refiere a la moral del juez; y externo, vinculado a la relación que el juzgador establece con las partes en el marco del proceso. La perspectiva interna obliga al juez a aproximarse al caso que debe analizar, sobrepasando la incidencia de cualquier prejuicio o predisposición personal sobre el caso o alguna de las partes. De otro lado, la perspectiva externa lleva al juez a evitar establecer una vinculación con alguna de las partes o sus defensas, y a no mostrar favoritismos (pp. 355-356).

Ahora bien, el reto habitual que encuentran los ordenamientos jurídicos consiste en concretar estas dimensiones y aspiraciones normativas en un conjunto de preceptos de mayor precisión capaz de guiar el análisis. En este trabajo de «aterrizaje», la labor de los tribunales internacionales de derechos humanos ha resultado fundamental. Es precisamente en ese contexto que se enmarca el primer objetivo del presente estudio, en el cual se busca analizar la forma en que un conjunto de criterios desarrollados en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH o el Tribunal) y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha sido incorporado en la jurisprudencia peruana a través de la recepción por parte del Tribunal Constitucional peruano y otras cortes.

En segundo término, el artículo busca analizar la distinción entre imparcialidad objetiva y subjetiva, tratando de articular tal distinción con el rol de los sesgos en los procesos de toma de decisiones.

En tercer lugar, el artículo ofrece la formulación de un estándar de imparcialidad compatible con el ordenamiento jurídico peruano de tales características que permita distinguir entre tres facetas: imparcialidad subjetiva, objetivo-funcional y objetivo-cognitiva, incorporando en el análisis el fenómeno de los sesgos cognitivos. Dicha tarea se llevará a cabo en la penúltima sección. Finalmente, y antes de la exposición de las conclusiones, se ofrecen algunas observaciones sobre las similitudes y diferencias entre la garantía de imparcialidad y la de independencia.

II. EL ESTÁNDAR NORMATIVO DE LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD[2]

Teniendo en cuenta el desarrollo jurisprudencial que ha tenido esta garantía, comenzaremos analizando cuál es el estándar delineado por la jurisprudencia relevante —en especial, el TEDH, la Corte IDH y el Tribunal Constitucional— para que, acto seguido, este pueda ser explicado con mayor claridad.

II.1. El estándar de imparcialidad en la jurisprudencia: TEDH[3]

II.1.1. Teoría de las apariencias: un juzgador que anteriormente se desempeñó como fiscal

Uno de los casos del TEDH que ha adquirido relevancia en lo que respecta al desarrollo del estándar de imparcialidad es, sin duda, el caso *Piersack vs. Bélgica*, de 1982. En este, un ciudadano belga (el Sr. Piersack), quien había sido condenado por el delito de homicidio, alegó un quebrantamiento del principio de imparcialidad debido a que el presidente de la cámara que lo juzgó y condenó había formado parte del Ministerio Público *en la fase de instrucción de su caso*. El TEDH sostuvo que el juez Van der Well, quien, efectivamente, había sido el director de la investigación seguida contra Piersack, no ofrecía las suficientes garantías de imparcialidad. La constatación de este hecho —esto es, la confusión de las funciones de órgano instructor y juzgador— fue suficiente para que el TEDH considere que la imparcialidad del tribunal al que incumbía decidir sobre «el fondo de la acusación podía ser sometida a duda» (§ 31).

Conforme a este caso, la imparcialidad se puede definir como la *ausencia de prejuicios o parcialidades* y, para su configuración, «se puede distinguir entre un *aspecto subjetivo*, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y a un *aspecto objetivo*, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto» (§ 30).

De esta manera, el análisis sobre la imparcialidad de un juez no puede reducirse a una dimensión puramente subjetiva, dado que esta materia

2 Por «garantía» entenderemos aquí aquella situación jurídica de rango constitucional de titularidad de los ciudadanos que, con una naturaleza instrumental, busca asegurar el respeto de los derechos fundamentales frente al Estado. Sobre el punto, ver Ferrajoli (2013, pp. 310, 630 y ss.). Para problematizar en torno a la diferencia conceptual entre derechos y garantías, revisar Miranda (2008, pp. 112-117), Bonavides (2004, pp. 525 y ss.), Sarlet (2018, pp. 184-191) y Costa (2021b).

3 Para un análisis de la jurisprudencia del TEDH, ver Ávalos Rodríguez (2008, pp. 958-965). Asimismo, los Principios de Bangalore sobre conducta judicial están apegados al desarrollo jurisprudencial sobre la imparcialidad hecho por el TEDH. Al respecto, ver Unocd (2013; 2019, pp. 10-11). Más adelante demostraremos cómo es que la Corte IDH, el Tribunal Constitucional peruano y otras cortes se han visto decisivamente influenciadas por el desarrollo jurisprudencial del TEDH. Sobre el relativo, ver Picó i Junoy (1997, pp. 133-134; 1998, pp. 23-29) y Asencio Mellado (2013, pp. 69-79).

es tan sensible que «incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia». Precisamente por ello, cuando un juez enfrente un caso en el cual puedan existir razones legítimas para dudar de su imparcialidad, tiene el deber de abstenerse de conocer dicha causa o, de lo contrario, debe ser recusado porque «lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática» (§ 30)[4]. Es en atención a estas consideraciones que a esta doctrina se la conoce como la *teoría de las apariencias*.

La novedad de esta doctrina sobre la imparcialidad, en oposición a aquella basada meramente en el ámbito subjetivo, es que tiene en cuenta diversas consideraciones de carácter funcional y orgánico —a esto se le denominó «de perspectiva objetiva»—. La perspectiva subjetiva, en cambio, ofrece un análisis enteramente referido a la esfera interna del juzgador, buscando determinar si este tiene una convicción personal formada o un interés directo respecto del caso, así como sus vínculos con las partes (*Kyprianou v. Cyprus*, 2005, § 118).

Por ejemplo, en el caso *De Cubber v. Belgium* (1984) se buscaba dilucidar si un juez había mostrado alguna hostilidad hacia el imputado o si, movido por motivos personales, se dispuso para obtener la designación de un caso (§ 25). Por lo tanto, un análisis sobre esta perspectiva versaría no sobre la conducta personal de los miembros del Tribunal sino, más bien, sobre «hechos ciertos que pueden levantar dudas sobre su imparcialidad» (*Kyprianou v. Cyprus*, 2005, § 118).

Llegados a este punto, es importante distinguir dos dimensiones. En primer lugar, tenemos los casos en los que la conducta personal del juez no está en duda, pero el ejercicio por una misma persona de diferentes funciones en el marco del proceso judicial[5], o la existencia de vínculos jerárquicos o de otro tipo con otro actor en el proceso, plantean dudas objetivamente justificadas sobre la imparcialidad del tribunal y, por consiguiente, no cumplirían con los estándares de la Convención. En segundo lugar, tenemos las situaciones que son personales y se relacionan con la conducta de los jueces en un caso determinado, pudiendo revelar, inclusive, prejuicios personales por parte de estos. En este sentido, recurrir al enfoque objetivo, al subjetivo o a ambos está sujeto a las circunstancias de la conducta en cuestión (*Kyprianou v. Cyprus*, 2005, § 121)[6].

4 Ver también *De Cubber v. Belgium* (1984).

5 Ver *Piersack v. Belgium* (1982).

6 Otros aspectos interesantes sobre la relación entre imparcialidad subjetiva y objetiva, así como sobre existencia de prejuicios y animadversiones por parte del juzgador en el análisis y la tramitación de un caso, pueden verse en el más reciente *Otegi Mondragon y otros v. España* (2018). En este se discute si algunas frases proferidas por la presidenta de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional (en España) durante juicio expresan un prejuicio contra los demandantes, acusados de pertenecer a la organización terrorista ETA. Entre otras razones, el análisis del TEDH es interesante pues señala que «no hay una nítida división entre la imparcialidad subjetiva y la objetiva, pues el comportamiento de un

Ahora bien, es necesario advertir que no corresponde alegar la falta de imparcialidad del juez en abstracto; por el contrario, se trata de una presunción *iuris tantum*; esto es, tiene que ser probada en cada caso (*Hauschildt v. Denmark*, 1989). Como vemos, a efectos de resolver si en un determinado caso existe un motivo legítimo para temer que un juez no sea imparcial, es importante el punto de vista del acusado, aunque no llega a ser decisivo (*Piersack v. Belgium*, 1982, § 31). En cuanto al tipo de prueba requerida, a efectos del análisis de la imparcialidad en su dimensión subjetiva, el TEDH ha tenido en cuenta supuestos en los cuales un juez ha evidenciado diversas conductas como hostilidad o mala voluntad, o inclusive ha dispuesto que se le asigne un caso por razones ajenas a las reglas aplicables para la asignación de casos (*De Cubber v. Belgium*, 1984, § 25).

Así, por ejemplo, en *Kyprianou v. Cyprus* (2005), el TEDH tomó en cuenta los siguientes hechos para concluir que los jueces habían quebrantado el estándar de imparcialidad en su dimensión subjetiva:

1. Los jueces expresaron en su sentencia que se habían sentido «profundamente insultados» de manera personal por el demandante, aunque luego agregaron que esta era la menor de sus preocupaciones. En opinión del TEDH, esta declaración muestra que los jueces se sintieron personalmente agredidos por las palabras y la conducta del Sr. Kyprianou, con lo cual, según se afirmó, existía una implicación personal con el caso.
2. La sentencia de los jueces había sido redactada con un lenguaje enfático que indicaba un grado de indignación impropio de una decisión judicial.
3. Los jueces expresaron con premura que consideraban al demandante como culpable del delito de desacato. Luego de esta decisión, le dieron a elegir entre retractarse o mantener sus palabras.
4. El TEDH también apreció la velocidad de los procedimientos y la brevedad empleada en los intercambios de palabras entre los jueces y el demandante. Por todo ello, consideró que, desde un análisis subjetivo, los jueces habían quebrantado la imparcialidad.

Como se puede apreciar a partir del caso precedente, la determinación de la vulneración de las exigencias de la imparcialidad subjetiva se

juez no solo puede suscitar desconfianzas objetivas sobre su imparcialidad por parte del observador externo (criterio objetivo) sino también entrañar el análisis de sus convicciones personales (criterio subjetivo) […] en aquellos casos en los que pudiera ser difícil encontrar pruebas en base a las cuales rebatir la presunción de imparcialidad subjetiva de un juez, la exigencia de imparcialidad objetiva proporciona una importante garantía adicional» (§ 54). Agradecemos a uno de los revisores anónimos del artículo por llamar nuestra atención sobre este caso.

realiza mediante una evaluación minuciosa de las circunstancias en las que se da la toma de decisiones. Ello en tanto que, en la determinación de la vulneración de las exigencias de la imparcialidad objetiva, se tiene en consideración el aspecto funcional y orgánico; esto es, se evalúa si la estructura de la organización y de las relaciones entre los órganos no afecta la imparcialidad del decisor.

II.1.2. Acumulación de funciones instructoras y juzgadoras

Es a partir del caso *Hauschildt v. Denmark* (1989) que el TEDH precisó que no basta con que un juez participe en las actividades preparatorias, preliminares o instructoras en un proceso para sindicarle como parcializado, sino que además se deberá determinar cuál es el objetivo y la naturaleza de las medidas adoptadas previamente a dicho proceso[7]. A criterio del TEDH, el solo hecho de que un juez de primera instancia o de apelación haya dictado resoluciones antes del juzgamiento, especialmente en lo que concierne a la libertad provisional, no constituye razón suficiente para justificar los temores de parcialidad. No obstante, el TEDH falló a favor del demandante al atribuir una especial importancia a un hecho determinado. En efecto, el tribunal detectó que

> en nueve de sus resoluciones prorrogando la prisión provisional del señor Hauschildt, el juez Larsen se fundó expresamente en el artículo 762.2 de la Ley [de Administración de Justicia del Reino de Dinamarca]. En forma análoga, los magistrados que dictaron la sentencia definitiva, al prolongar la medida de prisión antes de la vista de la apelación, *se fundaron también en varias ocasiones en el mismo precepto legal* (§ 51)[8].

Este detalle es importante porque un juez, para aplicar el citado dispositivo legal, entre otras cosas, debe asegurarse de que existan «sospechas confirmadas» de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa. Esto quiere decir que «debe estar convencido de que es 'muy clara' la culpabilidad» (§ 51).

Como vemos, el TEDH consideró que existe una diferencia tenue entre, por un lado, imponer una medida cautelar de carácter personal, aplicando el artículo 762.2 de la ley danesa antes referida; y, de otro lado, dictar una sentencia definitiva. Por consiguiente, «en las circunstancias que concurren en este caso, la imparcialidad de los tribunales competentes suscitaba dudas y que los temores del señor Hauschildt, a este respecto, pueden considerarse objetivamente justificados» (§§ 51-52).

7 El señor Hauschildt no alegó ante la Comisión ni el Tribunal que los magistrados cuestionados hubieran prejuzgado la cuestión. Por ello, el TEDH presume la imparcialidad personal de un magistrado hasta que se pruebe lo contrario (*Hauschildt v. Denmark*, 1989, § 47).

8 Énfasis añadido.

II.1.3. El estándar de imparcialidad y las declaraciones del juez en los medios de comunicación

El TEDH también tuvo oportunidad de pronunciarse respecto a la *imagen de imparcialidad* que debe proyectar el juez en los medios de comunicación. En concreto, en *Olujić vs. Croacia* (2009), señaló que el principio de imparcialidad se preserva mediante el ejercicio de la máxima discreción sobre las causas sometidas ante su jurisdicción (§§ 56-68). Así, el Tribunal ha considerado que un juez que, en ejercicio de su libertad de expresión, emitió una opinión negativa sobre una parte de un caso judicial bajo su conocimiento, se encuentra en una situación de parcialidad. En tal sentido, los jueces no deben recurrir a la prensa para criticar a la defensa o al acusado[9] ni dar respuesta a sus críticas, dado que la elevada dignidad de la función judicial no lo permite (§ 59).

Como puede verse, el TEDH ha tenido diversas ocasiones para desarrollar y precisar mejor la imparcialidad como apariencia. Por ejemplo, en el caso *A. Menarini Diagnostics S.R.L. v. Italy* (2011) señaló que no se viola el derecho a un debido proceso cuando no existe separación entre la investigación e instrucción del expediente y la resolución del mismo, incluso cuando se imponga una sanción, si es que existe una ulterior revisión judicial que abarque no solo aspectos formales y de coherencia en la decisión, sino también un análisis sustantivo de los fundamentos de la decisión administrativa. Esta, por cierto, debía abarcar tanto la determinación correcta de los hechos como del derecho aplicable. Lo anterior implica que la autoridad judicial ingrese a revisar la fundamentación de los hechos y el derecho en el caso. De ese modo, la autoridad judicial podía corregir, desde un punto de vista técnico, cualquier error de fondo cometido por la autoridad administrativa.

A partir de una lectura garantista del caso precitado, la instancia revisora debe tener la misma capacidad técnica y los recursos de la autoridad que emite la decisión. En sentido contrario, si esta no cuenta con tal capacidad, no se garantiza al impugnante que el órgano revisor pueda analizar técnica y profundamente la decisión de la autoridad administrativa.

Como veremos más adelante, los tribunales cuyas decisiones tienen relevancia formal para el caso peruano, además de acoger la dimensión de la imparcialidad como apariencia del TEDH, han profundizado en su desarrollo. Como resultado, existe en la actualidad un estándar de imparcialidad de aplicación exigente en el ordenamiento jurídico peruano.

9 En otro caso, en el que un juez criticó públicamente a la defensa y expresó públicamente su sorpresa por el hecho de que el acusado se hubiera declarado inocente, el TEDH abordó el asunto basándose en la prueba subjetiva (*Affaire Lavents c. Lettonie*, 2002, §§ 118-119).

II.2. Sigue: Corte IDH

A nivel interamericano, la imparcialidad está reconocida en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) y existe abundante jurisprudencia que buscó concretarla. Por ejemplo, en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004) se señala que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial «es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio» (§ 171). Asimismo, también se ha entendido que este principio constituye uno de los pilares que conforman el debido proceso. Este conjunto de garantías procesales previstas en el artículo 8 de la CADH es una de las exigencias que emanan de un Estado constitucional, por lo que su aplicación no solamente es obligatoria en los procedimientos judiciales, sino también en toda instancia procesal en que se encuentre en juego la afectación de derechos (§§ 119 y 120), incluidos los procedimientos administrativos.

En efecto, tal como reconoce la Corte IDH en el caso *Tribunal Constitucional vs. Perú* (2001):

> Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, "sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales" a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos (§ 69).

En este caso específico, se sostuvo que el respeto al debido proceso es vinculante en los procedimientos que despliega el Congreso cuando ejerce funciones materialmente jurisdiccionales, como es el caso del levantamiento de las prerrogativas del antejuicio, la inmunidad parlamentaria y el juicio político, en donde el Congreso hace las veces de juez (§ 77).

Ahora bien, es preciso advertir que la Corte IDH ha recogido el contenido del principio de imparcialidad de manera idéntica a lo desarrollado por el TEDH, dado que es enfática al sostener que, desde un punto de vista objetivo, el juez debe dar la apariencia de que actúa sin sujeción a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión directa o indirecta, sino que su comportamiento se somete únicamente al derecho (*Aptiz Barbera y otros vs. Venezuela*, 2008, § 56). Asimismo, desde una dimensión subjetiva, se evalúa que el juzgador «no tenga un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentre involucrado en la controversia» (*Palamara Iribarne y otros vs. Chile*, 2005, § 146).

El desarrollo más importante sobre los alcances de la imparcialidad a nivel interamericano se dio en el caso *Petro Urrego vs. Colombia* (2020). En este se discutió la vulneración de la garantía de imparcialidad en el procedimiento administrativo disciplinario seguido ante la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de Colombia contra Gustavo Petro en su condición de alcalde de Bogotá. En concreto, la Procuraduría investigaba presuntas irregularidades relacionadas a la prestación del servicio público de aseo de la ciudad. Esta investigación derivó en la declaración de responsabilidad disciplinaria por la comisión de faltas tales como la emisión de actos administrativos por fuera del marco jurídico vigente. La consecuencia de ello fue la sanción de destitución como alcalde.

Pasando a las consideraciones relevantes para el objeto del presente artículo, en uno de los fundamentos de la sentencia se expresa lo siguiente:

> la concentración de las facultades investigativas y sancionadoras en una misma entidad, característica común en los procesos administrativos disciplinarios, no es [en] sí misma incompatible con el artículo 8.1 de la Convención, siempre que dichas atribuciones recaigan en distintas instancias o dependencias de la entidad de que se trate, cuya composición varíe de manera tal que los funcionarios que resuelvan sobre los méritos de los cargos formulados sean diferentes a quienes hayan formulado la acusación disciplinaria y no estén subordinados a estos últimos (§ 129).

A partir de un análisis de las consideraciones que presenta la Corte IDH, se pueden extraer tres reglas que, conjuntamente, son condición necesaria para establecer si la estructura organizacional y la práctica procedimental de una entidad respetan el estándar de imparcialidad exigido por la CADH. Las reglas son las siguientes:

1. La concentración de facultades investigativas y sancionadoras en órganos de una misma entidad está permitida cuando las atribuciones de investigación y sanción recaen en dependencias distintas de la entidad de que se trate.
2. La concentración de facultades investigativas y sancionadoras en una misma entidad está permitida cuando la composición de las instancias o dependencias que investigan y sancionan varíe de manera tal que los funcionarios que resuelvan sobre el mérito de los cargos formulados por la acusación disciplinaria sean diferentes a quienes la hayan formulado.
3. La concentración de facultades investigativas y sancionadoras en una misma entidad está permitida cuando los funcionarios que resuelven sobre los métodos de los cargos formulados no

estén subordinados a los funcionarios que formulan la acusación disciplinaria.

Cabe destacar la relevancia de la segunda regla descrita pues, según veremos más adelante, al buscarse la estricta distinción entre el sujeto postulante y el juzgador, ello funciona como premisa de la llamada «imparcialidad objetivo-funcional», concepto que desarrollaremos más adelante.

II.3. Sigue: Tribunal Constitucional peruano

El Tribunal Constitucional peruano ha incorporado los desarrollos jurisprudenciales de tribunales de derechos humanos a los que nos hemos venido refiriendo[10], aunque ha ido más allá de la importancia de la distinción entre una perspectiva subjetiva y objetiva de la imparcialidad. En el caso *Tineo Cabrera* (Exp. 00156-2012-PHC/TC, 2012, § 52) se señaló que los derechos a la independencia e imparcialidad también son extensibles a las etapas de investigación y acusación. Sin embargo, el tribunal ha precisado que el estándar de imparcialidad exigible en las investigaciones que despliega el Ministerio Público no es de la misma intensidad exigible a un órgano jurisdiccional. En efecto, en la medida que el Ministerio Público no juzga, sino que es el titular de la acción penal, es inevitable que articule un prejuzgamiento sobre el asunto investigado; esto es, que formule una hipótesis incriminatoria que le permita investigar (Exp. 04968-2014-PHC/TC, 2015, §§ 72-74). De tal forma, «bajo esta premisa, la imparcialidad en el ámbito del Ministerio Público es entendida como deber de objetividad, es decir, el deber de hacer del asunto investigado un objeto de conocimiento en el que no pueden ser determinantes intuiciones subjetivas, sino elementos de valoración lo más objetivos posible» (§ 75), tal como sería el caso equiparable del deber que correspondería a un órgano que desarrolla investigaciones administrativas preliminares y luego formula una imputación en un procedimiento sancionador.

De manera similar, el Tribunal ha indicado que el deber de imparcialidad es aplicable respecto a las comisiones investigadoras que conforma el Congreso. No obstante, carece de sentido acusar a una comisión de «prejuzgamiento» cuando, al igual que el Ministerio Público, realiza la construcción paulatina de una hipótesis previa al acto formal de juzgamiento en el hemiciclo:

> 82. *Lo que sí resulta claramente exigible a los miembros de una comisión de investigación es el respeto por la imparcialidad desde un punto de vista subjetivo. De ahí que ningún miembro de la comisión pueda tener un interés*

10 Ver Exps. 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC (2006), Exp. 00023-2003-AI/TC (2004) y Exp. 0004-2006-PI/TC (2006).

> *personal directo o indirecto en el resultado de la investigación. De ahí que, en lo que resulte pertinente, por analogía, son aplicables a los miembros de una comisión las causales de inhibición previstas en el artículo 53°, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Penal* (Exp. 04968-2014-PHC/TC, 2015, § 82)[11].

Ahora bien, el hecho de que el Tribunal Constitucional haya realizado este análisis en el ámbito de procesos judiciales o parlamentarios no quiere decir que no se pueda extender a procedimientos administrativos en donde existe una labor de instrucción. Por ejemplo, en el caso *Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.* se señala que el derecho al debido proceso (Constitución Política del Perú, 1993, art. 139, inc. 3) es un derecho «cuyo ámbito de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales» (Exps. 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC, 2006, § 35)[12].

Tal como refiere el Tribunal Constitucional, el fundamento principal por el que se habla de un debido proceso administrativo es porque «tanto la administración como la jurisdicción están indiscutiblemente vinculadas a la Carta Magna, de modo que, si esta resuelve sobre asuntos de interés del administrado y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante un órgano jurisdiccional» (Exp. 4289-2004-AA/TC, 2005, § 4).

Más recientemente, en el caso *Contraloría de la República* (Exp. 0020-2015-PI/TC, 2018), el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

> 18. [...] no puede cuestionarse la imparcialidad o la independencia de una autoridad administrativa encargada de imponer sanciones por el mero hecho de formar parte de la misma entidad que, a través de otro de sus órganos, dio inicio al procedimiento sancionador.
>
> 19. Sin embargo sí es exigible que, en la práctica, los órganos de la administración que resuelven procedimientos sancionadores trabajen de manera *independiente;* esto es, sin estar sometidos a presiones internas o externas que dobleguen su voluntad para determinar el sentido de lo resuelto. En definitiva, deben contar con todas las garantías necesarias para resolver conforme a Derecho las controversias que se sometan a su consideración.

11 Cursivas presentes en el original. Cabe resaltar que, en la parte resolutiva, el Tribunal Constitucional declaró que el fragmento transcrito constituía precedente vinculante.

12 De la misma manera, según el mismo tribunal, «el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público deben observarse en todas las instancias procesales de todos los procedimientos incluidos los administrativos, ello con la finalidad de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos» (Exp. 4810-2004-AA/TC, 2006a, § 3).

> 20. Además, al resolver procedimientos sancionadores, dichos organismos deben ser *imparciales;* en consecuencia, éstos deben estar integrados por personas que no se comprometan de manera subjetiva con el resultado del procedimiento o con los sujetos que actúan en él. Asimismo, deben existir mecanismos procedimentales que permitan desterrar de manera efectiva cualquier cuestionamiento a la imparcialidad de los funcionarios que integran dichos órganos tanto en primera como en segunda instancia administrativa.

En este caso, el Tribunal Constitucional señaló que, si bien es constitucionalmente admisible que tanto el órgano acusatorio como el órgano decisor funcionen en la misma entidad, cada uno debe actuar de manera independiente a efectos de garantizar la imparcialidad en el juzgamiento al imputado. En ese sentido, se debe otorgar herramientas procesales para que el imputado pueda desterrar cualquier falta de imparcialidad por parte de los funcionarios que integran el órgano decisor o en la práctica procedimental.

II.4. Sigue: Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada peruana

La Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada (en adelante, CSNJPE o la Corte) es una división del Poder Judicial peruano que, a diferencia de otras cortes superiores —entidades administrativas con competencia en regiones específicas del territorio—, tiene competencia nacional para el procesamiento y juzgamiento de diversos delitos, que suelen ser de alta complejidad. Esta Corte, partiendo del desarrollo jurisprudencial del TEDH, la Corte IDH, el Tribunal Constitucional y también de la Corte Suprema de Justicia[13], resolvió un caso particularmente interesante aplicando la teoría de las apariencias[14].

Aquí el protagonista fue el juez de investigación preparatoria Richard Concepción, quien dictó la detención preliminar de Keiko Fujimori (y otras personas). Revocada la decisión en apelación, pocos días después el Ministerio Público formalizó la investigación preparatoria y pidió la

13 Al respecto, ver el Acuerdo Plenario N.° 03-2007 (2007) y la Sentencia Plenaria N.° 1-2015/301-A.2-ACPP (2015) de la Corte Suprema de Justicia de la República, que, como es el caso del Tribunal Constitucional, tienen una fuerte influencia de los casos *Piersack* y *Hauschildt*. En el caso del acuerdo plenario, se decidió que «la sola presentación de una recusación contra el juez de la causa bajo el argumento que se le ha interpuesto una demanda de hábeas corpus o amparo o una queja ante el órgano disciplinario del sistema judicial: Poder Judicial o Consejo de la Magistratura, no justifica su estimación por el órgano jurisdiccional», criterio con el que se muestra conforme Ávalos Rodríguez (2008, p. 978). En el caso de la sentencia plenaria, la Corte decidió que «el juez supremo que participó en el proceso del cual se derivó la condena del accionante en revisión, resolviendo sobre su responsabilidad, el recurso de nulidad o el recurso de casación, no puede avocarse al conocimiento de su demanda de revisión».

14 A diferencia de lo regulado en el Código Procesal Civil peruano, el artículo 53, inciso e, del Código Procesal Penal indica que «Los Jueces se inhibirán por las siguientes causales: [...] e. Cuando exista cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecte su imparcialidad». Esta disposición ha sido interpretada en el sentido que recoge la teoría de las apariencias.

prisión preventiva de Fujimori. La defensa de la investigada formuló una recusación contra Concepción alegando que, en la decisión que ordenó la detención, el juez hizo «copia y pega» del requerimiento fiscal y demoró en el trámite procesal de la apelación que fuera resuelta por la sala. Esta recusación fue conocida por una sala de apelación, que la rechazó indicando que los errores de motivación no generan en sí mismos temores de parcialidad del juez (Resolución N.° 10, 2018). Ulteriormente, el juez dictó prisión preventiva para Fujimori.

No obstante, poco tiempo después, el juez Concepción ofreció dos entrevistas, en una de las cuales señaló lo siguiente: «En mi resolución di cuenta [de] que el partido político (Fuerza Popular) tenía capturado al Fiscal de la Nación, disponiendo la tramitación individual de sus denuncias constitucionales. En buena cuenta, lo estaban blindando a cambio de recibir favores de la Fiscalía»[15]. Y también indicó:

> Cuando tomé conocimiento de la decisión del Fiscal de la Nación, de remover a los fiscales del caso Lava Jato, simplemente concluí que se había dado un golpe a la institucionalidad del sistema de justicia, afectándose gravemente la autonomía del Ministerio Público. Entiendo que soy juez, pero ante todo también soy ciudadano, y esta noticia me ha causado honda indignación y preocupación porque prácticamente en mi resolución había dado cuenta de la captura del Ministerio Público[16].

Esta entrevista fue objeto de un nuevo pedido de recusación, en el que se argumentaba que el juez había emitido un juicio de valor negativo sobre la organización política Fuerza Popular —de la cual forma parte Fujimori—, con lo que se evidenciaría un temor de parcialidad. El juez Concepción rechazó esta recusación diciendo que, en la entrevista, se había limitado a decir lo que él mismo había colocado en su resolución que ordenó la prisión preventiva. Posteriormente, una sala de apelación conoció el caso y, esta vez, estimó el pedido de recusación. Para ello, partió de la premisa de que no basta apartar a un juez por sospechas o dudas, sino por razones objetivas y legalmente justificadas desde la perspectiva de un observador razonable. Así, constató lo siguiente[17]:

1. En la resolución de prisión preventiva se habría formulado los cargos en condicional, pero en la declaración en medios, la formulación se dio como si fuesen hechos acreditados.
2. La referencia a la remoción de los fiscales hecha por el juez configura hechos que ocurrieron con posterioridad a la resolución.
3. La libertad de expresión de los jueces tiene que ser sopesada con el deber de resguardar la confianza de la población y garantizar

15 Todo según lo que se informa en la Resolución N.° 04 (2019).
16 Ver los trechos transcritos en la Resolución N.° 04 (2019).
17 Ver trechos en la Resolución N.° 04 (2019).

la imparcialidad del Poder Judicial, siendo que el caso de Fujimori genera una mayor sensibilidad respecto a la actitud y el comportamiento de los jueces.

4. Dado que existen restricciones para que los jueces declaren en medios periodísticos (Directiva 012-2014-CE-PJ, 2004), el juez Concepción fue autorizado por la Presidencia de la CSNJPE para que declare sobre un hecho completamente diferente al caso de Fujimori.
5. Por lo tanto, se evidencia una posición concluyente del magistrado y un efectivo adelanto de opinión.

Como puede verse a partir de estos casos, no hay quiebre de confianza por aquello que pueda haber sido dicho en una resolución judicial a modo de conclusiones de razonamientos, por más que estos provengan de errores en la motivación. Más bien, lo que sí justificaría el apartamiento de un juez del caso serían conductas particularmente graves, tales como adelantar opinión en medios de comunicación.

III. LA INCIDENCIA DE LOS SESGOS COGNITIVOS EN LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD[18]

Hasta este punto, hemos desarrollado la configuración del contenido normativo de la garantía de imparcialidad en la jurisprudencia de diversos tribunales relevantes para el ordenamiento jurídico peruano; no obstante, consideramos que es posible establecer una vinculación entre heurísticas, sesgos cognitivos e imparcialidad[19]. La articulación de dicha dimensión con las demás facetas de la imparcialidad es algo que realizaremos en el siguiente apartado.

Corresponde por ahora, entonces, detenerse en algunos aspectos de la psicología conductual y de la teoría de los sesgos cognitivos a fin de comprenderlos de la mejor manera posible. Podemos comenzar esta tarea contrastando el funcionamiento de los dos sistemas de pensamiento o «procesos cognitivos» identificados por autores como Kahneman[20], pero originalmente propuestos por Stanovich y West (2000). El sistema 1 se caracteriza como uno que opera de forma automática, casi inconsciente y sin demandar recursos computacionales —al menos significativos— de nuestra parte (p. 658). Por otro lado, el sistema 2 se asocia a la inteligencia analítica y racional, y por ello suele

18 Esta sección desarrolla, profundiza y complementa aspectos contemplados en el capítulo 5 de Sotomayor (2021), que es uno de los autores de este texto.

19 Una conexión equivalente, pero para el caso de la relación entre sesgos, heurísticas, emociones e independencia judicial, se encuentra en Nieva Fenoll (2019). Asimismo, Robertson (2019) ha propuesto una vinculación directa entre imparcialidad y sesgos cognitivos.

20 Véase la síntesis propuesta en Kahneman (2003).

funcionar con mayor lentitud, a la vez que demanda mayor esfuerzo de nuestra parte (Kahneman, 2003, p. 1451).

Sotomayor (2021) propone dos ejemplos que permiten contrastar la operación de los dos sistemas. En el primero, prototípico del sistema 2, una persona rinde un examen universitario de matemáticas, por lo que requiere «traza[r] un plan de acción y divid[ir] el ejercicio en varios subproblemas, los que progresivamente le irán llevando a la respuesta final» (pp. 113-114). Ello requiere, además, que recuerde fórmulas aprendidas en el curso, a la vez que ejecute algunos cálculos de forma cuidadosa[21]. Todas estas operaciones resultan demandantes en términos de recursos cognitivos empleados, concentración y tiempo.

Por su parte, como ejemplo del sistema 1, Sotomayor invita a imaginar un procedimiento de evaluación de desempeño laboral en una oficina de la que somos jefes. En ese contexto:

> algunas veces ha podido notar que Juan Pérez, el trabajador cuyo sitio se encuentra al frente de la puerta de su oficina, no estaba en su lugar a pesar de que habían pasado más de quince minutos respecto a la hora de entrada. Por ende, en su evaluación descuenta puntos por la falta de compromiso que denotan las tardanzas. En comparación con el caso de Juan, José Gonzáles se sienta al final del pasillo, y usted no recuerda haber notado su ausencia. En consecuencia, decide (inconscientemente) que no descontará puntos en este caso. Aquí la disponibilidad de recuerdos termina condicionando el sentido de los puntajes asignados en su evaluación de desempeño (p. 114).

En este caso, la disponibilidad de un recuerdo fácilmente traído a colación por parte del evaluador determina la evaluación negativa de una de las personas analizadas.

Además de las denominaciones de sistema 1 y sistema 2, Kahneman (2014) ha llamado «pensamiento lento» a aquel que procede con orden lógico y esfuerzo cognitivo, y «pensamiento rápido» a aquel otro que opera principalmente a través de heurísticas y sesgos. En el pensamiento lento «las operaciones están a menudo asociadas a la experiencia subjetiva de actuar, elegir y concentrarse» (p. 35); mientras que el pensamiento rápido «opera de manera rápida y automática, con poco o ningún esfuerzo y sin sensación de control voluntario» (p. 35). La velocidad de funcionamiento está intrínsecamente relacionada a la operación de los sesgos y las heurísticas. Para Kahneman (2014, p. 133) las heurísticas son procedimientos sencillos que nos ayudan a identificar respuestas sencillas, aunque generalmente imperfectas, a preguntas difíciles —que, de otro modo, deberían ser respondidas mediante cálculos y

21 Revísese Pólya (1973).

reflexión— (Sotomayor, 2021, p. 115)[22]. Por su parte, Páez (2021) enfatiza que los sesgos no son solo desviaciones respecto de estándares de racionalidad al emitir juicios perceptuales o conceptuales, sino que estas desviaciones son sistemáticas, involuntarias e inconscientes. Tales sesgos son producidos por el empleo de heurísticas, que son atajos para el procesamiento de información, aunque también en otros casos se deben al influjo de factores morales, emocionales y sociales en el razonamiento (p. 191).

Precisamente el ejemplo de la evaluación de personal parece ser una instancia de sesgo de disponibilidad, en el cual las personas calculan la probabilidad de un evento en función de la facilidad que tienen para recordar casos análogos en su propia experiencia (Tversky & Kahneman, 1982, p. 11).

Los sesgos están presentes no solo en contextos ordinarios de razonamiento, sino también en situaciones en las que se espera estándares más elevados de racionalidad. Ello ocurre, por ejemplo, en los entornos en los que se despliega la argumentación jurídica. Por ejemplo, un estudio de Fariña *et al.* (2003) llevado a cabo en Galicia, España, mostró que, de un universo de 555 sentencias, un 74,95 % de estas recaían en alguna forma de sesgo cognitivo. Como apunta Sotomayor (2021), estos resultados nos alertan sobre la ubicuidad de los sesgos en los procesos de razonamiento y toma de decisiones (p. 116).

Corresponde, en consecuencia, realizar un breve repaso de algunos de los sesgos más habituales que intervienen en la labor de jueces y órganos de toma de decisiones jurídicas. Para la sistematización, empleamos la recopilación efectuada por Peer y Gamliel (2013), que también toman en cuenta Páez (2021) y Sotomayor (2021).

III.1. Sesgos en audiencias

En el contexto de las audiencias judiciales existe una especial vulnerabilidad a la incidencia de ciertos sesgos. Ello ocurre en el caso del sesgo de confirmación, mediante el cual se selecciona la información en función a si «corrobora las preconcepciones de quien juzga, en detrimento de hipótesis contrarias» (Sotomayor, 2021, p. 116). Ello ocurre cuando los órganos decisores discriminan entre la evidencia disponible, seleccionando u otorgando un peso mayor a aquellas piezas

22 Por otra parte, Peer y Gamliel (2013) definen a las heurísticas como «atajos cognitivos, o reglas generales, mediante las cuales las personas generan juicios y toman decisiones sin tener que considerar toda la información relevante, confiando en cambio en un conjunto limitado de señales que ayudan a su toma de decisiones. Dichas heurísticas surgen debido al hecho de que tenemos recursos cognitivos y motivacionales limitados, y que debemos usarlos de manera eficiente para tomar decisiones cotidianas. Aunque tales heurísticas son, generalmente, adaptativas y contribuyen a nuestra vida diaria, la dependencia de una parte limitada de la información relevante a veces da como resultado sesgos sistemáticos y predecibles que conducen a decisiones sub-óptimas» (p. 114). Finalmente, ver también Weinstein (2002-2003, pp. 789-790).

probatorias que confirman su hipótesis sobre determinado caso, a la vez que omiten o minusvaloran evidencia que va en línea contraria (Peer & Gamliel, 2013, p. 115). Nieva Fenoll (2019) asocia este sesgo a la operación del heurístico de anclaje y ajuste, mediante el cual los sujetos forman una opinión inicial sobre un tema que se puede mantener constante a pesar de la adquisición de información posterior que pareciera ir en contra de la opinión primigenia (p. 29).

De acuerdo con Peer y Gamliel (2013), también los fiscales y órganos encargados de la investigación son víctimas habituales de este sesgo, privilegiando la información que corrobora su hipótesis acusatoria (pp. 114-115). Para el caso peruano, resulta pertinente mencionar que la incidencia del sesgo de confirmación y del heurístico de anclaje y ajuste puede dificultar notablemente, por ejemplo, el razonamiento probatorio mediante indicios. En efecto, el artículo 158, numeral 3, literal c, del Código Procesal Penal peruano de 2004 establece que la prueba por indicios requiere que, cuando se trate de indicios contingentes, estos sean concordantes, pero que además no se presenten contraindicios consistentes. El problema es que la evaluación sobre qué cuenta como un «contraindicio consistente» está en buena medida condicionada por la incidencia de los sesgos y las heurísticas antes mencionados. Ello lleva a los jueces, en muchos casos, a otorgar un mayor peso en la inferencia probatoria a aquellos indicios que concuerden con la hipótesis del caso seleccionada.

Un segundo sesgo con incidencia en este entorno es el sesgo retrospectivo. En este caso, al evaluar los resultados de algún evento luego de que este se ha producido y con conocimiento del resultado, consideramos más probable dicho resultado en comparación al escenario donde tal evento no hubiere tenido lugar (p. 115). Este sesgo es recurrente en juicios sobre responsabilidad civil[23] y, especialmente, entre peritos expertos que evalúan las acciones de profesionales en la situación original:

> Se encontró culpable [por mala praxis en la detección de un pequeño tumor mediante radiografía] al médico luego de que un segundo especialista testificara que el tumor pudo ser detectado en la etapa temprana. En este caso, al conocimiento del resultado por parte del segundo médico, se suma que el sesgo retrospectivo incrementa su incidencia dependiendo de la gravedad del resultado (Sotomayor, 2021, p. 117).

III.2. Sesgos en el proceso de toma de decisiones

Además de los sesgos ya mencionados en la etapa de audiencia, en el proceso de toma de decisiones —que, a grandes rasgos, corresponde al

23 Véase también De la Jara *et al*. (2017).

análisis de argumentos, la valoración de prueba, la interpretación y la aplicación del derecho— se agregan sesgos como el de la imposibilidad de ignorar evidencia inadmisible. A pesar de que nuestros sistemas procesales contienen reglas de exclusión probatoria, en la práctica puede resultar muy difícil para el tomador de decisiones ignorar ciertas piezas probatorias (Peer & Gamliel, 2013, p. 116). Sotomayor (2021), siguiendo a Peer y Gamliel, menciona que este efecto se puede potenciar en los casos de juicios por jurados (p. 118).

En el caso del sesgo de decisión secuencial, como señalan Peer y Gamliel (2013), cuando los jueces deciden un mismo tipo de caso de forma secuencial durante cierto periodo de tiempo —por ejemplo, toda una mañana—, progresivamente tienden a fallar más a favor del *statu quo*; es decir, tienden a dejar las cosas tal como están (p. 116). No obstante, en un estudio efectuado por Danziger *et al.* (2011) sobre un universo de 1112 casos resueltos por ocho jueces en Israel sobre pedidos de libertad condicional, se halló que esta tendencia se puede revertir después del almuerzo. Específicamente, los investigadores hallaron que el 65 % de las resoluciones eran favorables a los solicitantes al inicio de cada sesión —por la mañana, luego del desayuno, o después del almuerzo—. Este porcentaje se reducía gradualmente a lo largo de cada sesión, llegando hasta el rango de 0 a 10 %. Luego del descanso del almuerzo, los porcentajes volvían a incrementarse. Ello ocurre pues la variación del *statu quo* demanda una «carga argumentativa» que consume energía cognitiva, la cual —mientras transcurre la mañana— comienza a escasear. Por esta razón, el sesgo de decisión secuencial se encuentra emparentado con el sesgo de *statu quo* o inercia, mediante el cual las personas tienden a dejar las cosas tal como están, o a adoptar la misma decisión que ellos u otra persona han adoptado en el pasado sobre el mismo asunto.

III.3. Sesgos en el proceso de sentenciar

Finalmente[24], siempre de acuerdo con Peer y Gamliel (2013), los sesgos también están presentes en el proceso de sentenciar, aunque aquí solo es menester mencionar al sesgo de anclaje y ajuste como el más importante. Es necesario indicar que el sesgo que a continuación se menciona no aparece exclusivamente en el proceso de sentenciar.

El llamado «efecto ancla» (Kahneman, 2014, p. 161) es uno de los sesgos que ha recibido mayor atención por parte de los especialistas, dadas sus particularidades. Mediante este, una cifra que normalmente proviene de la experiencia de la persona consultada funciona como ancla y hace

24 Los sesgos y heurísticas hasta aquí listados son una primera mitad de factores que pueden incidir en la decisión judicial y que no están relacionados al contexto de justificación. A la literatura proveniente de la psicología deberíamos sumar una extensa literatura proveniente de ciencias sociales, que da cuenta de la incidencia de factores culturales e ideológicos en el proceso de toma de decisiones.

que este ajuste algún estimado de acuerdo con tal estándar prefijado. Un ejemplo nos puede ayudar a aclarar el concepto: imaginemos una persona que ha nacido y crecido en una ciudad pequeña del Perú, tal como Moquegua —para clarificar el ejemplo, fijemos la población de Moquegua en, aproximadamente, cien mil habitantes—. En una conversación amical, la persona de nuestro ejemplo es consultada sobre qué número de población aproximada considera que tiene una ciudad de tamaño mediano en el Perú. Dada su experiencia de vida sobre el tamaño de las ciudades —es decir, el anclaje—, probablemente esta persona diga que una ciudad de tamaño mediano tiene entre trescientos mil y cuatrocientos mil habitantes; en otras palabras, una cifra cercana a la de la ciudad de Cuzco. Ahora comparemos esta respuesta con la que nos daría una persona que ha crecido en una ciudad como Lima. En este segundo caso, el ancla se encuentra muy alejada de la de nuestro primer ejemplo, por lo que es probable que, para nuestra segunda persona consultada, una ciudad de tamaño mediano posea, como mínimo, un millón de habitantes. Si ello es así, una urbe cercana a tal número de habitantes sería Arequipa en lugar de Cuzco.

Se sostiene que el efecto ancla es un sesgo complejo, pues opera en variantes distintas tanto en el sistema 1 como en el sistema 2 (Sotomayor, 2021, p. 119). Como señala Kahneman (2014), en el sistema 1 opera como un efecto de «sugestión» o *priming*, mientras que en el sistema 2 opera como una operación consciente de ajuste frente a una cifra de anclaje (pp. 161-166). En términos sencillos, ello quiere decir que no siempre el anclaje es el puro producto del pensamiento rápido, sino que a veces está involucrado el pensar despacio.

¿Qué tan relevante puede ser este sesgo para el derecho? Pues mucho; por ejemplo, en la fijación de montos por reparación civil se puede presentar el efecto anclaje. Si la pretensión del demandante es elevada, ello puede sesgar al tomador de decisiones. Asimismo, la duración de una pena o sanción puede estar determinada por el pedido del órgano acusador o una de las partes (el ancla), o por la experiencia previa del juez decidiendo casos similares. Propuestas como la del «arbitraje de oferta final» de Robert Aumann (2009) buscan minimizar el efecto del sesgo de anclaje. Ello se lograría al obligar al tomador de decisiones a no ajustar su posición a un punto medio entre las demandas de las dos partes —en el ejemplo de Aumann, se trata de arbitrajes laborales entre empleadores y sindicatos—, sino a elegir entre las demandas de cada parte. De esta forma, se lograría que las partes aporten posturas mejor sustentadas por evidencia y razones (p. 10)[25].

25 Para comentarios, consúltese Flores Borda (2013).

Si los sesgos operan por influjo de heurísticas y si estas son atajos para el procesamiento de información, lo que lleva a formas de pensamiento sistemática e involuntariamente alejadas de algún estándar de racionalidad, una teoría tradicional de la imparcialidad, centrada en quién toma la decisión y en cómo lo hace, parece insuficiente para dar cuenta de dichos procesos fuertemente asociados al sistema 1. Por ello, en la siguiente sección propondremos una nueva articulación del contenido conceptual del estándar de imparcialidad, tomando en cuenta algunos aportes de la psicología cognitivo-conductual, en especial los aportes de las investigaciones sobre sesgos y heurísticas.

IV. HACIA LA FORMULACIÓN DE UN NUEVO ESTÁNDAR DE IMPARCIALIDAD

A partir de la exposición realizada sobre el estándar de imparcialidad a nivel jurisprudencial, es posible formular un nuevo estándar de imparcialidad. En ese sentido, el concepto general consiste en el deber de juzgar de modo equidistante los méritos de los argumentos de las partes. Para ello, será necesario desarrollar los siguientes elementos[26]:

1. *Imparcialidad subjetiva:* un juzgador no debe tener interés en el resultado del procedimiento.
2. *Imparcialidad objetiva:* un juzgador no debe desarrollar o estar contaminado por funciones de postulación. Llamaremos a esta dimensión «imparcialidad objetivo-funcional».

Asimismo, a partir de nuestra exploración sobre los aportes de la psicología cognitivo-conductual y, en especial, del análisis sobre sesgos y heurísticas, podemos derivar una nueva prescripción de racionalidad:

3. *Imparcialidad objetivo-cognitiva:* se debe procurar un ambiente de toma de decisiones que permita que el juzgador no esté expuesto a un entorno que afecte su labor psicológica de toma de decisiones bajo la perturbación de sesgos cognitivos[27], lo cual simultáneamente podría hacer dudar de su imparcialidad desde una perspectiva razonable (apariencia de imparcialidad) que traicione la confianza de los ciudadanos. En nuestra opinión, la teoría de las apariencias, a pesar de la importancia de su desarrollo jurisprudencial desde el TEDH, termina diluyéndose en esta nueva dimensión de la imparcialidad.

26 Costa (2021) se opone a esta clasificación, pues considera que es equívoco reducir la imparcialidad a tan solo dos elementos cuando, según su parecer, esta garantía comprende a otras doce garantías fundamentales (pp. 95 y ss.).

27 En el mismo sentido, ver Delfino y Sousa (2018), y Costa (2018). Otra línea de investigación promisoria consiste en diseñar estrategias de «reversión» de la incidencia de sesgos. En principio, ello podría lograrse mediante mecanismos de arquitectura de decisiones. Ver Jolls y Sunstein (2006).

Los elementos subjetivos y objetivos delineados conforman el contenido normativo de la garantía de imparcialidad como la disposición de la autoridad de juzgar por sus méritos los argumentos sometidos a su consideración. Estos serán sintetizados en lo sucesivo.

IV.4. Imparcialidad subjetiva

Como ya se había anticipado, una primera dimensión de la imparcialidad es la subjetiva. Esta tiene que ver con un requisito anímico, exigiendo que el órgano juzgador no tenga ningún interés en el resultado del proceso. Como señala Cabral (2007):

> La imparcialidad refleja, por tanto, una *virtud.* Es subjetiva, teniendo relación directa con un análisis del psiquismo de los sujetos procesales que tienen el deber de mantener este peculiar estado anímico, bajo pena de viciar la relación procesal con la falta de un presupuesto procesal de validez, que puede generar la nulidad de los actos practicados [...].
>
> Así ocurre, por ejemplo, con la imparcialidad del juez: debe tratar a los demandantes de forma impersonal, ajeno a los intereses controvertidos, descomprometido con la victoria de una u otra parte, lo cual viene consagrado en un brocardo secular del derecho romano: *nemo iudex in causa sua.* No significa, sin embargo, que el juez deba estar completamente descomprometido: el magistrado debe tener la responsabilidad con la decisión correcta, dando razón a la parte que, según el ordenamiento jurídico, debe levantarse como vencedora (pp. 342-343).

Esta forma de entender a la imparcialidad ha sido acogida por diversos autores, quienes suelen enfocarse mayormente en el plano subjetivo de esta institución. Entre ellos tenemos a Picó i Junoy (1998)[28], quien señala que «la imparcialidad consiste en poner en paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juez. Mediante esta imparcialidad pretende garantizarse que el juzgador se encuentre en la mejor situación psicológica y anímica para emitir un juicio objetivo sobre el caso concreto ante él planteado» (p. 23).

Bajo ese entendimiento se han consagrado diversas causales por las cuales se asume que un juez sí tendría interés en el resultado de la causa y que, por tanto, debe apartarse por propia iniciativa, a riesgo de ser recusado si no lo hiciere. Tenemos ejemplos de ello en las prescripciones contenidas en los artículos 305 y 207 del Código Procesal Civil (CPC) peruano, referentes a las causas de impedimento y recusación, respectivamente.

De las once causales reguladas en ambos artículos, salvo el conocimiento del proceso en otra instancia (CPC, 1993, art. 305, inc. 5) y haber

28 En opinión compartida por Priori (2002, p. 34).

intervenido en el proceso como otro sujeto procesal (art. 307, inc. 4)[29], todas las demás son supuestos de imparcialidad subjetiva que deben ser acreditados. Asimismo, no es por otra razón que el mismo CPC, en su artículo 313, permite al juez abstenerse de seguir conociendo el proceso por causas diferentes a las establecidas para el impedimento. Esto es lo que se denomina «abstención por decoro o delicadeza» y se trata de una cláusula general que se configura cuando «se presentan motivos que perturban la función del juez»; esto es, cuando afectan su psiquis, no permitiéndole mantener el debido distanciamiento emocional con las partes o, en general, con lo que pueda decidir en el proceso.

Todas estas causales responden a una valoración previamente realizada por el legislador sobre problemas en la psiquis del funcionario que juzga un caso en el contexto de un procedimiento administrativo o judicial. Aquí es necesario demostrar alguno de estos hechos (objetivos) y lleva a la consecuencia de tener que abstenerse o ser recusado, dado que se concluye que hay una afectación anímica. Esto se da porque escudriñar la mente de una persona puede ser particularmente complejo y no sería viable en el contexto de un proceso.

IV.2. Imparcialidad objetivo-funcional

En un procedimiento en el que existen partes y un juzgador, la división de funciones se establece en tanto que las primeras solicitan y el último da respuesta a los pedidos planteados. Se trata de las funciones postulantes y judicantes, las cuales no deben ser confundidas y, además, los sujetos que intervienen en el proceso no deben poder desempeñar aleatoriamente cualquiera de ellas. Cuando se trata de un procedimiento ante órganos estatales, el objetivo de imponer esta exigencia de división a la autoridad decisora reside en que su pronunciamiento va a generar un impacto en la esfera jurídica del ciudadano, sea en su libertad o en su patrimonio, o de un sujeto de derecho en su patrimonio. Así, frente a las consecuencias gravosas posibles, la decisión debe ser dada por una autoridad que no haya ejercido funciones postulantes; esto es, que no haya sido parte en el mismo procedimiento ni se haya comportado como tal, por ejemplo, realizando conductas de parte (Sousa, 2020, pp. 84-85; Delfino & Sousa, 2018, pp. 54 y ss.).

La rígida separación entre acusador y juzgador, por tanto, responde a la garantía para los ciudadanos de que la autoridad es un *tercero* respecto del conflicto y, como se ha dicho, ello no solo tiene aplicación en el ámbito jurisdiccional, sino en cualquier procedimiento público o privado, principalmente en aquellos que pueden desencadenar una

29 En ambos casos lo que se presupone es que el juez que ha conocido el proceso en otra instancia, o que ha intervenido como otro sujeto procesal u órgano de auxilio judicial, no podría ser imparcial, pero la mejor explicación para esto no es que tenga interés en el resultado, sino que podría verse afectado por el sesgo de confirmación. Ver Nieva Fenoll (2014, p. 133).

sanción[30]. Estos procedimientos se caracterizan por la existencia de una investigación a efectos de discernir si es que se ha cometido una infracción a alguna norma que impone cierto deber en el sistema jurídico y que, eventualmente, podría conducir a la imposición de una sanción. Existiendo una fase de investigación, hay un órgano encargado de llevar adelante esta labor y, de otro lado, un órgano encargado propiamente de juzgar, decidiendo si es que se cometió o no la infracción e imponiendo la sanción.

Bajo este esquema funcional, el órgano investigador/acusador es una parte en el procedimiento contrapuesta a la parte que es investigada/acusada. Por definición, las partes son parciales porque velan por sus propios intereses, desarrollan actividades que favorecerán su posición y, además, porque no tienen una función judicante —esto es, no deciden la controversia—. En el caso específico de que el investigador/acusador sea un órgano estatal, como sería el caso del Ministerio Público en el proceso penal y las secretarías técnicas en los procedimientos administrativos sancionadores, este tiene el deber de objetividad. Ser objetivo, en este contexto, presupone que su función de investigación, búsqueda de elementos de juicio, imputación de cargos y actuación en el proceso para defender su hipótesis acusatoria debe ser realizada sin apasionamientos ni prejuicios respecto del caso, pero también presupone un deber de interpretar correctamente el derecho, formular una hipótesis acusatoria sustentada en pruebas o archivar cuando estas no tengan el mérito suficiente para continuar con la investigación.

En este punto específico, por tanto, no existe discrecionalidad de parte del acusador. Este no tiene libertad para elegir entre interpretar correcta o incorrectamente el derecho, tampoco tiene libertad para valorar la prueba sin dar cuenta de las inferencias realizadas a partir de los medios de prueba, o entre archivar o llevar adelante la causa. Se trata de auténticos deberes. Esta es la diferencia entre un particular que asume la parte activa en un proceso civil y un órgano estatal que hace lo propio en un proceso penal o un procedimiento administrativo sancionador.

Pues bien, contar con el deber de objetividad, siendo parte en un procedimiento por asumir la función de investigar, lleva a que el órgano investigador/acusador no deba ser imparcial ni pueda serlo. Esto quiere decir que es titular del deber jurídico de imparcialidad y, además, debido a su función, es inherentemente parcial respecto de aquello que está investigando. Por ello, no podría ser imparcial, aun cuando pretenda serlo.

30 Aquí está, pues, la característica de la *terzietà*: la necesidad de ser un tercero frente al conflicto de la que hablaban Hobbes y Beccaria. Sobre el tema, ver Andrés Ibáñez (2015, pp. 211-212).

Asimismo, dado que el órgano investigador/acusador parte de ciertas hipótesis y busca evidencia que permita confirmarlas, y que solo en caso considere que tales hipótesis se encuentren debidamente justificadas deberá imputar cargos, lo que correspondería es que defienda su hipótesis acusatoria frente al juzgador. Formulada la acusación contra la otra parte del procedimiento, con mayor razón el órgano que lo hace no podría ser imparcial ni tampoco debe serlo. Por tal motivo, Alvarado Velloso (2003) considera una contradicción de términos afirmar que el Ministerio Público debe ser imparcial, pues ello se opone a su función acusadora (p. 18)[31].

Todo lo contrario ocurre en el caso del órgano juzgador. Este debe ser imparcial en los casos que juzga y, además, sí puede ser materialmente imparcial, aunque en los hechos se encuentre afecto a sesgos cognitivos que podrían comprometer su imparcialidad. Por ejemplo, si el juzgador participase, de algún modo, en la formulación de la acusación, en la estrategia para probar la responsabilidad de los investigados o, en todo caso, recibiera apoyo o asesoría por parte del investigador/acusador en el análisis de la evidencia aportada por él mismo o por el investigado/acusado, entonces queda claro que su análisis y evaluación de los argumentos se verían seriamente condicionados por la posición del investigador/acusador. En efecto, este órgano tiene como objetivo defender su imputación o acusación, por lo que una condición necesaria para la imparcialidad del juzgador es mantener una estricta división de funciones y asegurarse un alejamiento de la labor investigativa y de quien la haya realizado.

En este sentido, si bien existen autoridades que tienen la competencia de investigar y, de ser el caso, solicitar la imposición de sanciones por la presunta comisión de infracciones o delitos, existen otras autoridades que deben encargarse de evaluar si es que ese tipo de pedidos se encuentra debidamente justificado a la luz de lo señalado tanto por el órgano acusador como por el particular acusado. Esta decisión, vale precisar, debe darse por un órgano que no sea una parte y que, además, tenga un necesario distanciamiento con ambas partes. Por ello, cualquier falta de separación rígida y precisa entre el acusador y juzgador, sea total o parcialmente, se muestra incompatible con la Constitución peruana y, específicamente, con el estándar normativo de la garantía de imparcialidad.

IV.3. Imparcialidad objetivo-cognitiva

Esta dimensión de la imparcialidad busca evitar que el juez «acumule funciones judicantes que generen distorsiones [sesgos] cognitivas» (Delfino & Sousa, 2018, p. 54). Como advertimos, cabe destacar que

31 Ver, en la misma línea, Eduardo Costa (2018).

esta faceta no ha sido identificada por la jurisprudencia propiamente como una dimensión autónoma de la imparcialidad; sin embargo, bien puede comprender un aspecto importante de la teoría de las apariencias, mostrándose como conceptualmente más precisa y teniendo como ventaja una vinculación directa con la imparcialidad objetivo-funcional que acabamos de desarrollar.

Hemos visto que el despliegue de la teoría de las apariencias a nivel jurisprudencial busca demostrar la existencia de circunstancias —objetivas, según se afirma— que comprometen la imparcialidad del juez por razones ajenas a la psiquis de este. Recuérdese el caso del juez que ordenó la prisión preventiva a partir de la afirmación de la existencia de elementos de juicio y que, luego, pasó a formar parte del tribunal que decidió la condena. Si bien el TEDH no trató específicamente la cuestión de la probable existencia de sesgos cognitivos, en realidad es perfectamente posible sostener esta «apariencia» de parcialidad como una auténtica probabilidad de que el juzgador esté afectado por sesgos cognitivos que lleven a que la decisión que vaya a emitir esté previamente condicionada. De hecho, es posible que el TEDH pueda no haber tratado en su momento aspectos de la teoría de los sesgos cognitivos, pues estos son producto de investigaciones más recientes. Más bien, optó por referirse a la *erosión de la confianza del ciudadano frente a su sistema de justicia* —que es una fórmula algo imprecisa— a fin de explicar circunstancias en las que realmente no sería posible obtener una decisión acorde a derecho.

Sin perjuicio de lo mencionado, la génesis de la teoría de las apariencias permanece particularmente oscura. En efecto, si lo que se busca es hacer más «objetiva» la determinación de las hipótesis de parcialidad —evitando la necesidad de explorar la psiquis del juez—, entonces recurrir a estándares del tipo «apariencia de imparcialidad que descarte cualquier duda legítima», «confianza de los tribunales frente al público» o «inexistencia de algún hecho que lleve a dudar sobre la parcialidad» no se muestra como una empresa promisoria. La razón es que estos criterios no son suficientemente precisos, más allá de que haya necesidad de que el interesado pruebe la existencia del hecho encuadrable como hipótesis de parcialidad. Al final, la duda legítima, la desconfianza proyectada o la duda de parcialidad son términos particularmente vagos que el juez que resuelve alguna recusación termina calificando desde su propia perspectiva subjetiva.

En otras palabras, si alguna «objetivización» es traída por esta teoría, únicamente podría ser el alejarse de la comprobación de la existencia de interés en el resultado que exigiría la imparcialidad subjetiva; pero no logra que los criterios para determinar la «apariencia de parcialidad» sean, en sí mismos, objetivos. Al final, termina existiendo subjetividad

para calificar esta «apariencia», «confianza» o «duda legítima», recalando en un profuso casuismo[32].

De esta manera, con el trasfondo de las investigaciones sobre sesgos cognitivos, consideramos que la teoría de las apariencias bien podría diluirse en la imparcialidad subjetiva y en la de tipo objetivo-cognitivo. Si bien la primera tiene que ver con evitar que exista un interés del juez en el resultado del proceso, su constatación pasa por demostrar la ocurrencia de hechos más o menos objetivos: ser deudor de una de las partes, haber sido abogado de una de estas, etc., dado que no es posible, en el contexto de un proceso, sumergirse en la psiquis del juez mediante test psicológicos. Así pues, el aumento de causales objetivas en que se presuponga la existencia de interés en el resultado del proceso ayudaría a no tener que apelar a estándares que adolecen de vaguedad, tales como los de «duda legítima», «desconfianza», etc.

Por otro lado, consideramos que la «apariencia» bien puede ceder paso a la imparcialidad objetivo-cognitiva, dado que esta permite determinar con un mayor grado de precisión cuándo es que existe un sesgo cognitivo con una incidencia lo suficientemente significativa como para determinar en qué situaciones existen razones para concluir que hay parcialidad en el tomador de decisiones.

Pero no solo ello: demostrar la existencia de sesgos frecuentes en diversos momentos procesales, tal como se ha referido anteriormente, permitiría diseñar una estructura procesal adecuada para que pueda evitarse la proliferación de los mismos de parte de los jueces. Si bien los sesgos no son pasibles de ser eliminados, es posible contener su incidencia y gravedad a través de la creación de nuevas reglas de impedimento, recusación o abstención, tal como —según vimos— están presentes en el Código Procesal Civil peruano, entremezcladas con causales que corresponden a la imparcialidad subjetiva. Esta es, precisamente, la relación entre imparcialidad objetivo-funcional y objetivo-cognitiva: la rígida separación de funciones entre el órgano investigador/acusador y el órgano juzgador lleva a que se reduzcan notablemente las posibilidades de que el razonamiento jurídico quede distorsionado por algún sesgo cognitivo. Así pues, nos parece que esta es dependiente de la efectiva implementación de aquella. Mientras el juzgador evite realizar funciones postulantes, estará más propenso a evadir los razonamientos que le correspondía procesar psicológicamente a las partes. No en vano Eduardo Costa (2020), refiriéndose a la separación de jueces que existe en los diversos procesos penales de Latinoamérica, señala que esta «no

32 Ver la formulación del principio de imparcialidad de los Principios de Bangalore (Unodc, 2019, p. 10). Aunque haya un esfuerzo por ejemplificar casos de existencia o inexistencia de predisposición o prejuicio a fin de constatar la imparcialidad (ver comentarios 56 en adelante), parece inevitable apelar constantemente a términos vagos y a la ejemplificación mediante casos.

es más que una estrategia legal que impide que los sesgos cognitivos contraídos por el juez durante el curso de las investigaciones criminales sean trasladados al proceso judicial».

Por ello, concretamente, la imparcialidad objetivo-cognitiva exige dos cuestiones diferentes: a) todo diseño organizacional debe buscar que la autoridad que emitirá la decisión esté lo menos expuesta posible a sesgos cognitivos, pues esto terminará perjudicando su deber de aplicar correctamente el derecho y valorar las pruebas y los argumentos presentados; y b) toda autoridad decisora tiene el deber de procurar no verse afectada por algún sesgo cognitivo que pueda afectar su objetividad e idoneidad al momento de decidir, realizando los comportamientos que sean necesarios para preservar su ecuanimidad y equidistancia frente a ambas partes[33].

V. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD: GARANTÍAS PARA EL JUZGADOR Y PARA LAS PARTES

Clásicamente, se ha definido a la independencia judicial como una garantía institucional u orgánica[34] que exige que los órganos jurisdiccionales puedan cumplir con su función decisional únicamente sujetos a las normas del sistema jurídico sin injerencias externas (Andrés Ibáñez, 2015, pp. 140-141). Así, hay injerencia «cuando los actos externos tienen el suficiente poder para que el juez resuelva sin tomar en cuenta la propia preferencia» (Montoya Chávez, 2015, p. 308)[35].

Pero es también muy común distinguir entre las dimensiones externa e interna de la independencia. Como indica Taruffo (2019), «la independencia externa se refiere a la totalidad del poder judicial, y garantiza su autonomía respecto a cualquier influencia o condicionamiento que pueda provenir de otros poderes, legítimos o ilegítimos» (p. 19)[36], siendo que el fundamento de la independencia externa es la separación de poderes (Lovatón, 2017, pp. 27-28). Aquí tiene que ver, por ejemplo, la autonomía del Poder Judicial en cuanto a la selección y elección de magistrados, la definición del presupuesto, etc.

De otro lado se encuentra la dimensión interna, que refiere a cada magistrado individualmente considerado en un caso concreto, en la

33 Estos criterios han sido destacados por la Corte Suprema peruana en el Recurso de Nulidad N.° 760-2020 Lima. En efecto, como destaca Geyh (2013), la imparcialidad judicial perfecta no existe y, precisamente, debe buscarse un diseño normativo y un contexto real que posibilite al juez ser lo suficientemente imparcial para resolver conforme a derecho (pp. 509 y ss.).

34 Aunque no es posible ingresar al debate teórico, entendemos que una garantía institucional no presupone una atribución de situaciones jurídicas a una persona, sino que comprende un conjunto de normas jurídicas relativas al funcionamiento de las instituciones jurídicas. Sin perjuicio de ello, las garantías institucionales evidentemente están vinculadas a los derechos fundamentales. Sobre el asunto, ver Sarlet (2018, pp. 185-186).

35 Para el autor, la ausencia de injerencias es uno de los elementos de la independencia judicial.

36 En el mismo sentido, ver Andrés Ibáñez (2015, p. 141).

medida que «este principio establece que el juez no puede ser limitado o condicionado, por ejemplo, por los actos del poder ejecutivo o por las exigencias de los poderes económicos, o de cualquier sujeto que sea portador de intereses diferentes de aquellos que se encuentran tutelados por la ley» (Taruffo, 2019, p. 19)[37]. Frente a ello, parece quedar claro que la independencia externa e interna son categorías que, si bien comparten el *nomen iuris*, en realidad tienen que ver con fenómenos diversos. De un lado, la independencia externa es un principio que, a su vez, es una concreción de otros principios constitucionales de distribución de competencias y funciones en la parte orgánica de la Constitución, en el equilibrio existente entre el Poder Judicial y los demás poderes. De otro lado, la independencia interna es una garantía (individual) de la cual es titular el propio magistrado frente a cualquier influencia externa que pueda, en un caso concreto, llevarle a no cumplir con su función de interpretar y aplicar el derecho[38].

La relación entre independencia externa e interna no es la de ser una condición necesaria, sino más bien contingente. Es posible, por ejemplo, que el Poder Judicial tenga conflictos con el Poder Ejecutivo por asuntos presupuestarios[39], pero que, a pesar de ello, los jueces puedan cumplir con su función. De la misma manera, es posible que en un sistema sea el Ejecutivo el que designe a los jueces y que estos, en los hechos, sean internamente independientes, y que en otros sistemas la designación política haya servido precisamente para lo contrario.

La garantía de independencia —esto es, la independencia interna— es claramente diferente de la garantía de la imparcialidad, cuyos titulares son las partes, mientras que el destinatario es el Estado, y específicamente el juzgador, quien asume la titularidad del deber de respetar dicha

37 Aquí Andrés Ibáñez (2015, pp. 145-150) toma otro camino pues, si bien delimita la independencia interna al juez individualmente considerado, restringe el concepto a presiones que puedan provenir de otros jueces situados en posiciones de poder o de interferencias de jueces en general en la propia actividad jurisdiccional.

38 Si bien asociar «independencia externa» con injerencia a poderes externos a la magistratura e «independencia interna» a poderes o jerarquías de la misma organización judicial es una concepción bastante frecuente —ver Ferrajoli (1995, p. 584), Pásara (2007, p. 316) y Núñez Vaquero (2020, p. 315)—, no nos parece la mejor forma de plantear el problema. Creemos, más bien, que el elemento caracterizador de la independencia interna no reside en la proveniencia de la injerencia, sino en quién es titular de la independencia, dado que la injerencia, en realidad, podría provenir de jueces jerárquicamente superiores al magistrado en cuestión, como también de otros actores. Esta idea parece ser defendida por Picó i Junoy (1998), aunque más adelante indica que «la independencia despliega su eficacia en un momento previo al ejercicio de la función jurisdiccional, mientras que la imparcialidad tiene lugar en el momento procesal, esto es, durante el desarrollo de la citada función» (pp. 31-32). Esto, nos parece, tampoco es una forma acertada, puesto que en el propio íter procesal podría darse precisamente la afectación a la independencia que luego terminaría perjudicando la imparcialidad a la que tienen garantía las partes.

39 Piénsese, por ejemplo, en el caso en que el Poder Judicial peruano demandó al Poder Ejecutivo alegando que el proyecto presupuestario a ser materia prima para la elaboración anual del proyecto de ley de presupuesto anual de la república, que sería debatido y aprobado por el Congreso, no podía ser modificado por el Ejecutivo. El Tribunal Constitucional le dio la razón indicando que la independencia llevaba a que el Poder Judicial fije autónomamente sus objetivos institucionales, siendo el presupuesto parte de ellos (Exp. 004-2004-CC/TC, 2004).

garantía. No obstante, a diferencia de lo que ocurre con la independencia externa, entre la primera y la segunda sí existe una relación de condición necesaria: solo es posible que exista imparcialidad si es que el juez es (internamente) independiente (Andrés Ibáñez, 2015, pp. 213 [nota 13] y 216; Taruffo, 2019, p. 14; Exp. 00512-2013-PHC/TC, 2013, § 3.3.3). Si no lo fuese, a nuestro juicio, surgirían problemas de imparcialidad subjetiva o, inclusive, la predisposición a que emerjan sesgos cognitivos en favor de una de las partes[40].

En el caso de la Constitución peruana, la garantía de la imparcialidad es implícita, en tanto que la garantía de la independencia está reconocida en el artículo 139, inciso 2, y en el artículo 146, párrafo 3, inciso 1:

> Art. 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
>
> [...]
>
> 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución [...].
>
> Art. 146.
>
> [...]
>
> El Estado garantiza a los magistrados judiciales: 1. Su independencia. Solo están sometidos a la Constitución y a la ley.

Es por ello que, a nivel jurisdiccional, el fiscal y el juez son órganos que no tienen dependencia ni jerarquía entre sí, pues pertenecen a instituciones diferentes[41] y, por tanto, no pueden sustituirse en las funciones del otro. No solo ello: ser titular de la garantía de independencia obliga a que el juzgador, a la vez, deba hacerla valer frente a cualquier intromisión a fin de promover la garantía de la imparcialidad de la que es titular la parte del proceso en que aquel interviene. En efecto, su deber de ser imparcial en el caso que es materia de su conocimiento exige, entre otros aspectos, que deba luchar por preservar su independencia. Sin embargo, la defensa de la independencia no puede llevar al juzgador a cometer arbitrariedades pues, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, «no puede invocarse el principio de independencia en tanto existan signos de parcialidad» (Exp. 00512-2013-PHC/TC, 2013, § 3.3.5).

40 Por supuesto, es una condición necesaria pero no suficiente. Ver Andrés Ibáñez (2015, p. 216).

41 Es recién a partir de la Constitución peruana de 1979 —y su desarrollo por el Decreto Legislativo N.° 82— que el Ministerio Público dejó de ser un órgano adscrito al Poder Judicial.

VI. CONCLUSIONES

La investigación emprendida en el presente artículo nos lleva a cinco conclusiones centrales, que aquí listamos:

1. El repaso por la jurisprudencia del TEDH, la Corte IDH, el Tribunal Constitucional y las cortes peruanas nos ha permitido identificar algunas dimensiones de la garantía de imparcialidad y su incorporación a la práctica jurisprudencial peruana que resulta pertinente sumillar.

   En el desarrollo jurisprudencial del TEDH asistimos a la progresiva elaboración de una teoría de las apariencias que guía el análisis en varios casos. Asimismo, se analizó la cuestión de la acumulación de funciones instructoras y juzgadoras, a la vez que se hizo hincapié en la imagen de imparcialidad que debe proyectar el juez ante la sociedad. Finalmente, es importante mencionar que el TEDH ha enfatizado el cuidado que los juzgadores deben demostrar en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. La condición fundamental aquí es que, a través de la exposición de sus opiniones, no manifiesten formas de parcialidad respecto de alguna de las partes.

   Por su parte, la Corte IDH ha sostenido que la garantía de imparcialidad forma parte del debido proceso, por lo que se exige también en procedimientos en los que se ejercen funciones materialmente jurisdiccionales. A su vez, la Corte ha ofrecido algunos lineamientos a tomar en cuenta para que una estructura organizacional respete el estándar de imparcialidad. Sobre esta cuestión, si bien se permite la concentración de facultades de investigación y sanción en una misma entidad, estas facultades deben recaer en instancias o dependencias diferenciadas de la organización.

   En tercer término, el Tribunal Constitucional y otras instancias jurisdiccionales peruanas han recogido y adaptado algunos de los lineamientos precedentes. Por ejemplo, este tribunal ha establecido que las garantías de independencia e imparcialidad son extensibles a las etapas de investigación y acusación; no obstante, en el caso del Ministerio Público, la imparcialidad se entiende como deber de objetividad. Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha concluido que el deber de imparcialidad también aplica para comisiones investigadoras del Congreso, e incluso para procedimientos privados en los que se ejerzan funciones formal o materialmente jurisdiccionales.

   Finalmente, en los dos casos analizados de la CSNJPE peruana se ha llamado la atención sobre la necesidad de sopesar la libertad de

expresión con el deber de resguardar la confianza de la población y la imparcialidad del Poder Judicial.

Como vemos, en la interacción entre cortes de derechos humanos y la jurisdicción nacional encontramos un fructífero ejemplo de diálogo jurisprudencial y de enriquecimiento de las herramientas interpretativas para la garantía de imparcialidad.

2. La incorporación de un análisis sobre la incidencia de heurísticas y sesgos cognitivos nos ha permitido identificar una nueva dimensión de la imparcialidad, que hemos llamado «imparcialidad objetivo-cognitiva». Esta propugna la generación de un entorno decisorio que evite incurrir en sesgos. Así, en la medida en que los sesgos se pueden presentar en cualquier momento del íter procesal —desde las audiencias, pasando por el proceso de toma de decisiones y llegando al momento de decidir—, se puede utilizar una variedad de estrategias para su control, que incluye mecanismos de arquitectura de decisiones, modificaciones en el diseño institucional y estrategias para hacer que los tomadores de decisiones sean conscientes de los sesgos a los que pueden estar expuestos. Esta última es una estrategia que expresamente se identifica en el Recurso de Nulidad N.° 760-2020 Lima.

3. El análisis emprendido nos ha llevado a la formulación de una teoría sobre la garantía de imparcialidad que distingue entre tres dimensiones: subjetiva, objetivo-funcional y objetivo-cognitiva. Mediante la imparcialidad subjetiva, un juzgador no debe tener interés en el resultado del procedimiento, ante la ausencia de lo cual se habilitan causales de impedimento y recusación. Por su parte, la imparcialidad objetivo-funcional prescribe que un juzgador no deba desarrollar o estar contaminado por funciones de postulación. Finalmente, la imparcialidad objetivo-cognitiva se orienta a procurar un ambiente de toma de decisiones que permita que el juzgador no esté expuesto a un entorno que afecte su labor psicológica de toma de decisiones bajo la perturbación de sesgos cognitivos.

4. La distinción entre tres facetas de la garantía de imparcialidad nos permite plantear algunas críticas a la teoría de las apariencias. En concreto, dicha teoría suele asociarse a estándares como los de confianza de la ciudadanía, inexistencia de hechos que lleven a dudar de la imparcialidad o duda legítima, todos estos criterios en buena medida indeterminados. Frente a ello, un análisis que incorpore la incidencia de heurísticas, sesgos, ideología y prejuicios podría resultar más fructífero. En suma, sostenemos que la teoría de las apariencias podría reconfigurarse a través de un análisis pormenorizado de esta nueva dimensión de la garantía de imparcialidad.

5. La garantía de imparcialidad guarda relaciones conceptuales y prácticas con la garantía de independencia. En efecto, en su dimensión interna, la garantía de independencia establece que el juez no puede estar expuesto a influencias externas que condicionen su decisión, de tal forma que la misma termine apartándose de una correcta interpretación y aplicación del derecho. Entonces, es pertinente observar que la garantía de independencia interna es distinta de la garantía de la imparcialidad, en donde el titular es la parte, mientras que el destinatario es el Estado y, más específicamente, el juzgador, quien asume la titularidad del deber de respetar dicha garantía. No obstante, a diferencia de lo que ocurre con la independencia externa —es decir, la de todo el Poder Judicial ante la posible injerencia indebida de otros poderes—, entre la independencia interna y la imparcialidad sí que existe una relación de condición necesaria, pues solo es posible que exista imparcialidad si es que el juez es (internamente) independiente. Si no lo fuese, surgirían problemas de imparcialidad subjetiva —existencia de interés en el resultado del proceso— o, inclusive, la predisposición a que emerjan sesgos cognitivos en favor de una de las partes.

REFERENCIAS

Alvarado Velloso, A. (2013). O garantismo processual. En F. Didier Jr., J. R. Nalini, G. G. Ramos y W. Levy (coords.), *Ativismo judicial e garantismo processual* (pp. 13-34). Salvador: Juspodivm.

Andrés Ibáñez, P. (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*. Madrid: Trotta.

Asencio Mellado, J. M. (2013). *Principio acusatorio e imparcialidad. La inconstitucionalidad del art. 220 del Código de Procedimiento Penal*. Lima: Grijley.

Atienza Rodríguez, M. (2001). Ética judicial. *Jueces para la democracia*, (40), 17-18.

Aumann, R. (2009). *Game Engineering*. Discussion Paper N.° 518. Center for the Study of Rationality. https://econpapers.repec.org/paper/hujdispap/dp518.htm

Ávalos Rodríguez, C. C. (2008). Derecho al juez imparcial. Recusación e inhibición cuando se ha interpuesto demanda constitucional contra el juez de la causa. En J. L. Castillo Alva (dir.), *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema* (pp. 949-980). Lima: Grijley.

Bonavides, P. (2004). *Curso de direito constitucional* (15.ª ed.). São Paulo: Malheiros.

Cabral, A. (2007). Imparcialidade e impartialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Revista do Processo*, *32*(149), 339-364.

Costa, E. J. F. (2018). *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicología*. Salvador: Juspodivm.

Costa, E. J. F. (2020). Juiz de garantias e viés de confirmação. *Empório do direito.* https://emporiododireito.com.br/leitura/54-juiz-de-garantias-e-vies-de-confirmacao

Costa, E. J. F. (2021a). As garantias arquifundamentais contrajurisdicionais: não-criatividade e imparcialidade. En *Processo e garantia* (vol. I, pp. 93-101). Londrina: Thoth.

Costa, E. J. F. (2021b). O juiz e o administrador público: entre imparcialidade e impessoalidade. *Empório do direito.* https://emporiododireito.com.br/leitura/111-o-juiz-e-o-administrador-publico-entre-imparcialidade-e-impessoalidade

Costa, E. J. F. (2021c). Notas para uma garantística. En *Processo e garantia* (vol. I, pp. 121-126). Londrina: Thoth.

Danziger, S., Levav, J., & Avnaim-Pesso, L. (2011). Extraneous Factors in Judicial Decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, *108*(17), 6889-6892. https://www.pnas.org/content/108/17/6889

De la Jara, J., Rivas, G., & Juscamaita, A. (2017). Hand vs. Brain. El sesgo de retrospectiva en la implementación de la Fórmula de Hand. *21.ª Conferencia Anual de la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE)*. https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alacde2017/papers/17-Hand-Brain-sesgo-retrospectiva-implementacion.pdf

Delfino, L., & Sousa, D. C. (2018). Levando a imparcialidade a sério: o (mau) exemplo da Súmula n. 252 do Supremo Tribunal Federal (e do art. 971, parágrafo único, do Código de Processo Civil). *Revista Brasileira de Direito Processual*, *26*(101), 49-69.

Fariña, F., Arce, R., & Novo, M. (2003). Cognitive Bias and Judicial Decisions. En M. Vanderhallen, G. Vervaeke, P. J. Van Koppen y J. Goethals (eds.), *Much ado about crime* (pp. 287-304). Bruselas: Uitgeverij Politeia NV.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2013). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Teoría del derecho* (vol. I). Madrid: Trotta.

Flores Borda, G. (2013). Teoría de juegos y Derecho: arbitraje de oferta final. *Foro Jurídico*, (12), 79-96. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13802

Geyh, C. G. (2013). The Dimensions of Judicial Impartiality. *Florida Law Review*, *65*(2), 493-552.

Jolls, C., & Sunstein, C. (2006). Debiasing through Law. *The Journal of Legal Studies*, *35*(1), 199-242.

Kahneman, D. (2003). Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics. *The American Economic Review*, *93*(5), 1449-1475.

Kahneman, D. (2014). *Pensar rápido, pensar despacio*. Barcelona: Debolsillo.

Lovatón Palacios, D. (2017). *Sistema de justicia en el Perú*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Miranda, J. (2008). *Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais* (4.ª ed., vol. IV). Coimbra: Coimbra Editora.

Montoya Chávez, V. (2015). Medición inferencial de la independencia judicial de un Tribunal Constitucional a través de indicadores. En *Anuario de Investigación del CICAJ 2013-2014* (pp. 299-346). Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho PUCP. https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/168205

Nieva Fenoll, J. (2014). *Derecho procesal I. Introducción*. Madrid: Marcial Pons.

Nieva Fenoll, J. (2019). Trasfondo psicológico de la independencia judicial. En J. Nieva Fenoll y E. Oteiza (dirs.), *La independencia judicial, un constante asedio* (pp. 23-37). Madrid: Marcial Pons.

Núñez Vaquero, Á. (2020). ¿Violan los precedentes la IJI? Desencuentros desde la incomprensión. *Derecho PUCP*, (84), 303-331.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). (2013). *Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*. Nueva York: Naciones Unidas.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). (2019). *Los principios de Bangalore sobre la conducta judicial*. Viena: Naciones Unidas.

Páez, A. (2021). Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales. En F. J. Arena, P. Luque y D. Moreno Cruz (eds.), *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas* (pp. 187-222). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Pásara, L. (2007). Estado de derecho y Sistema de Justicia en América Latina. *Revista Oficial del Poder Judicial*, *1*(1), 309-323.

Peer, E., & Gamliel, E. (2013). Heuristics and Biases in Judicial Decisions. *Court Review*, *49*, 114-118.

Picó i Junoy, J. (1997). *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch.

Picó i Junoy, J. (1998). *La imparcialidad judicial y sus garantías: la recusación y la abstención*. Bosch: Barcelona.

Pólya, G. (1973). *How to Solve It*. Princeton: Princeton University Press.

Priori, G. (2002). La imparcialidad de los jueces. Reflexiones sobre una sentencia. *Diálogo con la jurisprudencia*, (46), 29-37.

Robertson, C. B. (2018). Judicial Impartiality in Partisan Era. *Florida Law Review*, *70*(4), 739-776.

Sarlet, I. W. (2018). *La eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* (13.ª ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Sotomayor, E. (2021). *Argumentación jurídica. Una introducción*. Lima: Zela.

Sousa, D. C. (2020). El carácter mítico de la cooperación procesal. *Revista de la Maestría de Derecho Procesal*, *8*(1), 78-142.

Stanovich, K., & West, R. (2000). Individual Differences in Reasoning: Implications for the Rationality Debate? *Behavioral and Brain Sciences*, *23*(5), 645-726.

Taruffo, M. (2019). Consideraciones generales sobre la independencia de los jueces. En J. Nieva Fenoll y E. Oteiza, (dirs.), *La independencia judicial, un constante asedio* (pp. 13-22). Madrid: Marcial Pons.

Tversky, A., & Kahneman, D. (1982). *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge: Cambridge University Press.

Vicente y Guerrero, G. (2021). Hacia la legitimidad ética de la decisión jurídica: los principios de ética judicial (CGPJ, 2016). *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (44), 345-375.

Weinstein, I. (2002-2003). Don't Believe Everything You Think: Cognitive Bias in Legal Decision Making. *Clinical Law Review*, 9(783), 783-834.

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Acuerdo Plenario N.° 3-2007/CJ-116 (Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], 16 de noviembre de 2007).

Affaire Lavents c. Lettonie. Requête N.° 58442/00 (TEDH, 28 de noviembre de 2002).

A. Menarini Diagnostics S.R.L. v. Italy. N.° 43509/08 (TEDH, 27 de septiembre de 2011).

Blethyn Oliver Pinto. Exp. 4289-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 17 de febrero de 2005).

Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte IDH, 5 de agosto de 2008).

Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte IDH, 2 de julio de 2004).

Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas (Corte IDH, 22 de noviembre de 2005).

Caso Petro Urrego vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte IDH, 8 de julio de 2020).

Caso Potestad Sancionadora de la CGR, Colegio de Abogados de Arequipa c. Congreso de la República. Exp. 0020-2015-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 25 de abril de 2018).

Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas (Corte IDH, 31 de enero de 2001).

César Humberto Tineo Cabrera. Exp. 00156-2012-PHC/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 8 de agosto de 2012).

Código Iberoamericano de Ética Judicial (2006). https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_mex_ane_57.pdf

Código Procesal Constitucional, Ley N.° 31307 (Congreso de la República [Perú], 21 de julio de 2021).

Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N.° 957 (Poder Ejecutivo [Perú], 29 de julio de 2004).

Constitución para la República del Perú (Asamblea Constituyente [Perú], 12 de julio de 1979).

Constitución Política del Perú (Congreso Constituyente [Perú], 29 de diciembre de 1993).

Convención Americana de Derechos Humanos (22 de noviembre de 1969).

De Cubber v. Belgium. ECHR 14 (TEDH, 26 de octubre de 1984).

Defensoría del Pueblo. Exp. 0023-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 9 de junio de 2004).

Directiva para regular las declaraciones de los jueces a través de los medios de comunicación, Directiva 012-2014-CE-PJ, aprobada mediante Res. Adm. 353-2014-CE-PJ (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial [Perú], 15 de octubre de 2014).

Fiscal de la Nación contra el Congreso de la República. Exp. 0004-2006-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 29 de marzo de 2006).

Hauschildt v Denmark. ECHR 7 (TEDH, 24 de mayo de 1989).

Jesús Giles Alipazaga y otros. Exp. 00512-2013-PHC/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 19 de junio de 2013).

Kyprianou v. Cyprus. ECHR 873 (TEDH, 15 de diciembre de 2005).

Ley Orgánica del Ministerio Público, Poder Ejecutivo del Perú, Decreto Legislativo N.° 52 (16 de marzo de 1982).

Luciano López Flores a favor de Alejandro Toledo Manrique y otra. Exp. 04968-2014-PHC/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 4 de noviembre de 2015).

Martín Titi Hancco. Exp. 4810-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 26 de mayo de 2006).

Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. (acumulados). Exps. 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 11 de diciembre de 2006).

Olujić vs. Croacia. IHRL 3663 (ECHR 2009) (TEDH, 5 de febrero de 2009).

Otegi Mondragón y otros v. España. N.° 4184/15 (TEDH, 6 de noviembre de 2018).

Poder Judicial. Exp. 004-2004-CC/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 31 de diciembre de 2004).

Recurso de Nulidad N.° 760-2020 (Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], 5 de abril de 2021).

Resolución N.° 10. Expediente 249-2015-42-5001-JR-PE-01 (Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada [Perú], 22 de octubre de 2018).

Resolución N.° 10. Expediente 002999-2017-37-5001-JR-PE-01 (Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada [Perú], 12 de noviembre de 2018).

Resolución N.° 04. Expediente 002999-2017-55-5001-JR-PE-01 (Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada [Perú], 15 de enero de 2019).

Sentencia Plenaria N.° 1-2015/301-A.2-ACPP (Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], 5 de mayo de 2015).

Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, Resolución Ministerial N.° 010-93 (Poder Ejecutivo [Perú], 8 de enero de 1993).

Piersack v. Belgium. ECHR 6 (TEDH, 1 de octubre de 1982).

Recibido: 09/6/2023
Aprobado: 13/9/2023

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202302.006
CC BY
DERECHO PUCP
N° 91, 2023
diciembre-mayo
pp. 201-228
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Estándares probatorios y dilemas jurídicos en la identificación de restos de personas víctimas de desaparición forzada. Una mirada desde la experiencia chilena*

Standards of Proof and Legal Dilemmas in the Identification of the Remains of Victims of Forced Disappearance. A Look from the Chilean Experience

DANIELA ACCATINO**
Universidad Austral de Chile (Chile)

Te busqué entre los destrozados,
hablé contigo. Tus restos me miraron y yo
te abracé. [...]

Es sólo cosa de muertos.

Sí, es sólo cosa de muertos el ver cada
una de estas letras abriéndose en nichos.

Letras, letritas, dice, tumbas del amor ido dice.

RAÚL ZURITA, «CANTO A SU AMOR DESAPARECIDO»

Resumen: El desafío de la búsqueda de las personas víctimas de desaparición forzada comprende usualmente el de la recuperación de la identidad de los restos que logran ser hallados. Este trabajo releva la dimensión jurídica de la identificación y su calidad de decisión acerca de la prueba de un hecho, que puede ser analizada con las herramientas conceptuales de la teoría de la prueba jurídica. Sobre esa base, se aborda la pregunta sobre el estándar de prueba aplicable y se ofrece un análisis basado en la experiencia chilena reciente, en la que se ha tendido a consolidar la prueba positiva de ADN como una suerte de *golden standard*, exclusivo y excluyente, para la identificación. A menudo, sin embargo, ese resultado no se puede alcanzar por deterioro del ADN en las muestras de restos obtenidos, por la escasez de las muestras dada la práctica de exhumaciones clandestinas o por falta de muestras de parientes para comparación. El trabajo explora las preguntas

* Una versión inicial de este trabajo fue presentada en 2018 en la Latin American Studies Association Annual Conference en el panel «Forensic 'technologies of truth' from Latin American origins to global diffusion» organizado por Adam Rosenblatt. Agradezco a todos los participantes, y en especial a Cath Collins, sus comentarios y su impulso para proseguir la investigación. Agradezco también las largas entrevistas que me concedieron Mario Carroza, entonces ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago y actualmente ministro de la Corte Suprema de Chile; y Marisol Intriago, encargada de la Unidad Especial de Identificación Forense del Servicio Médico Legal. Igualmente, agradezco las conversaciones con Alvaro Mesa, ministro en visita a cargo de las causas penales por violaciones de derechos humanos de la dictadura en la zona Sur Austral de Chile, siempre dispuesto a aclarar mis dudas. Y, finalmente, doy también las gracias a los árbitros anónimos de la revista por sus agudas observaciones.

** Doctora en Derecho por la Universidad de Granada (España) y profesora de Derecho Probatorio y de Derechos Humanos y Justicia Transicional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile (Valdivia).
Código ORCID: 0000-0002-8436-0630. Correo electrónico: daccatino@uach.cl

que se abren entonces, tanto respecto de la posibilidad de que otra clase de pruebas forenses sean aceptables y suficientes como sobre el trato que se debe dar a los restos cuya identificación no resulta actualmente posible.

Palabras clave: Identificación forense, desaparición forzada, ADN

Abstract: The challenge of the search for victims of enforced disappearance usually includes the recovery of the identity of the remains that are found. This paper highlights the legal dimension of identification and its quality as a decision about the proof of a fact, which can be analyzed with the conceptual tools of the theory of legal evidence. On that basis, it analyzes the question about the applicable standard of proof considering the recent Chilean experience, which shows how positive DNA evidence has tended to consolidate as a sort of golden standard, exclusive and excluding, for the identification of human remains in the case of enforced disappearances. However, that standard of certainty will be often difficult to meet because of deterioration of DNA in the remains samples obtained, because of the scarcity of samples given the practice of massive clandestine exhumations or because of a lack of relatives' samples for comparison. The paper explores the questions that then open up, regarding both the possibility that other forensic evidence may be acceptable as sufficient and the treatment of the unidentified remains.

Keywords: Forensic identification, enforced disappearance, DNA

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN: TRAS LA BÚSQUEDA Y LA RECUPERACIÓN, LA RESTITUCIÓN DE LA IDENTIDAD A LOS RESTOS DE PERSONAS DETENIDAS DESAPARECIDAS.- II. LA IDENTIFICACIÓN COMO DECISIÓN JURÍDICA.- III. EL ESTÁNDAR DE PRUEBA PARA LA IDENTIFICACIÓN.- IV. LOS MÉTODOS DE IDENTIFICACIÓN Y LAS EXPERIENCIAS DE ERROR: EL CASO DEL PATIO 29 DEL CEMENTERIO GENERAL EN CHILE.- V. LA PRUEBA POSITIVA DE ADN COMO *GOLD STANDARD* DE IDENTIFICACIÓN EN LA EXPERIENCIA CHILENA RECIENTE.- VI. EL DILEMA DE LAS OSAMENTAS EN ESPERA DE IDENTIFICACIÓN.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: TRAS LA BÚSQUEDA Y LA RECUPERACIÓN, LA RESTITUCIÓN DE LA IDENTIDAD A LOS RESTOS DE PERSONAS DETENIDAS DESAPARECIDAS

La conmemoración número cincuenta del golpe de Estado en Chile tuvo entre sus acontecimientos más relevantes el anuncio por el presidente de la república de un Plan Nacional de Búsqueda de Personas Detenidas Desaparecidas durante la dictadura (1973-1990), con el objeto de «esclarecer las circunstancias de la desaparición y/o muerte de las personas víctimas de desaparición forzada y su paradero», «garantizar el acceso a la información y participación de las y los familiares y la sociedad respecto de los procesos de búsqueda de víctimas de desaparición forzada» e «implementar medidas de reparación y

garantías de no repetición de la comisión del crimen de desaparición forzada» (Subsecretaría de Derecho Humanos, 2023a). El anuncio del presidente de la república pone de relieve la enorme deuda que arrastra todavía el proceso transicional chileno, que de un universo de 1496 víctimas de desaparición forzada —incluyendo personas detenidas desaparecidas y personas ejecutadas cuya muerte fue certificada, pero cuyos cuerpos no fueron entregados— solo ha logrado restituir los restos de 303, afectando el derecho a la verdad de los familiares de la víctimas y también, en su dimensión social o colectiva, de todos los ciudadanos.

El plan anunciado —del cual se desconocían aún, a la fecha de redacción final de este trabajo, los detalles, pues no había sido publicado todavía el decreto que lo crea y regula— debiera materializar finalmente en Chile la recomendación de desarrollar una política pública integral en materia de desapariciones, cuyos objetivos deben ser, según disponen los Principios Rectores para la Búsqueda de Personas Desaparecidas, aprobados en 2019 por el Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, «además de la búsqueda, […] la prevención de desapariciones forzadas, el esclarecimiento de las ya ocurridas, el justo castigo de los perpetradores y la adopción de medidas de protección de las víctimas, entre otras medidas que garanticen que no se vuelvan a cometer desapariciones forzadas» (principio 3.1). Y en lo relativo específicamente a la búsqueda, se espera que el plan responda, como disponen los mismos principios, a «las obligaciones de los Estados de buscar, localizar, liberar, identificar y restituir los restos, según corresponda, de todas las personas sometidas a desaparición» (principio 3.3).

Este trabajo se concentra en uno de los últimos eslabones de una política de búsqueda: el de la identificación de los restos de las personas desaparecidas forzadamente, que antecede usualmente a su restitución, con el objeto de poner de relieve los desafíos específicos que suscita ese momento y proponer caminos para su abordaje. La identificación constituye un aspecto escasamente visibilizado del horror abismal de la desaparición forzada que se abre cuando tiene lugar el evento, en sí mismo extraordinario, de la recuperación de restos, con el que parece que se cerrara la tarea extenuante de la búsqueda. En ese momento, sin embargo, se comienzan a plantear las dificultades que suscita la restitución de la identidad a los restos que han sido hallados, usualmente en fosas comunes, degradados por el transcurso de muchos años desde la muerte, a menudo fragmentados, dispersos e, incluso —como en el caso chileno—, removidos para ser vueltos a desaparecer. La «catástrofe de la identidad» que representa la desaparición forzada (Gatti, 2008) se proyecta entonces en la dificultad de devolver a los restos hallados un nombre propio y una red de vínculos que los acoja, una dificultad que impacta en el derecho de los familiares a conocer el destino de sus seres queridos y a la reparación.

El trabajo se pregunta, en primer lugar, en qué consiste la identificación y propone definirla como un acto institucional, usualmente judicial, que establece oficial o autoritativamente, con validez jurídica, la identidad de los restos de una persona y que permite certificar su muerte. Advertida esa calidad de decisión institucional reglada jurídicamente, la cuestión de las técnicas científicas o forenses de identificación y su fiabilidad y suficiencia, así como las que se refieren a la incidencia de las concepciones de las familias y comunidades de origen de las víctimas acerca de su reconocimiento, pueden ser analizadas con las herramientas conceptuales de la teoría de la prueba jurídica. Eso permitirá abordar, en particular, la pregunta por el estándar de prueba aplicable a la decisión que resuelve sobre la identificación, la que se responderá a partir del análisis de la experiencia chilena y su marco normativo, aunque extrayendo a partir de ella observaciones generales.

Realizaremos entonces un recorrido por los dramáticos casos de errores en la identificación de los restos de personas detenidas desaparecidas que han marcado la experiencia chilena y observaremos cómo se ha consolidado la prueba positiva de ADN como una suerte de *golden standard*, exclusivo y excluyente, para la identificación. Esta constatación abre, a su vez, nuevas preguntas que son abordadas en las últimas secciones del trabajo, como: ¿es posible que otras pruebas sean consideradas suficientes cuando la prueba de ADN no arroja resultados positivos o no se puede practicar?, y ¿qué tratamiento se debe dar a los restos recuperados de personas detenidas desaparecidas cuando la incertidumbre acerca de la identificación no se puede resolver jurídicamente? Para abordarlas, se analizará nuevamente la experiencia chilena con el fin de extraer observaciones más generales y proponer estrategias de trabajo que tomen en cuenta los estándares internacionales.

II. LA IDENTIFICACIÓN COMO DECISIÓN JURÍDICA

En la literatura sobre los procesos de búsqueda de personas víctimas de desaparición forzada en contextos de violencia política sistemática es usual que se ponga de relieve que la identificación tiene una «doble naturaleza» como proceso a la vez forense y social, en el que tienen incidencia tanto los estándares científicos propios de los expertos forenses como las tradiciones y concepciones acerca del reconocimiento que son propias de los familiares y la comunidad de la persona desaparecida, y que inciden en su aceptación del resultado forense (Rosenblatt, 2015, p. 22; Wagner, 2008, p. 10). Pero esta representación deja en el tintero una tercera dimensión de la identificación como *acto jurídico o institucional* por el que se establece oficial o autoritativamente, con validez jurídica, la identidad de los restos de una persona. Aunque esta dimensión no

se suela explicitar en la literatura, es interesante notar cómo ella está implícita incluso en el uso de la propia expresión de «forense» para designar el saber científico que está en juego, la que alude a la relevancia de esas conclusiones expertas para el «foro»; esto es, para el espacio institucional de las decisiones jurídicas (Moon, 2012, pp. 156-157)[1]. La guía de la Cruz Roja Internacional titulada *Identificación Forense de Restos Humanos* sí da cuenta de esa dimensión al definirla como una «determinación legal» basada en la coincidencia científica entre la información sobre una persona desaparecida y la de determinados restos humanos (ICRC, 2013, p. 2).

El órgano competente para adoptar la decisión jurídica de identificación puede ser administrativo o judicial. En Chile, hasta ahora, el proceso de búsqueda de las personas víctimas de desaparición forzada durante la dictadura ha seguido un cauce exclusivamente judicial (Sferrazza, 2021), y las recuperaciones e identificaciones de restos que se han logrado han estado a cargo de los jueces que son responsables de las causas penales por crímenes de la dictadura. Se trata actualmente de ministros de las Cortes de Apelaciones, que son designados especialmente por la Corte Suprema para conocer esos casos bajo la figura de «ministros en visita» y, usualmente, con un régimen de dedicación exclusiva. El procedimiento aplicable es el propio del proceso inquisitivo y escrito regulado por antiguo Código de Procedimiento Penal, pues la reforma procesal penal que instituyó el nuevo procedimiento oral y público solo es aplicable a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia, la que se verificó en forma escalonada por regiones a partir del año 2000. Por consiguiente, los ministros en visita instruyen primero la investigación o sumario, iniciado en la mayor parte de los casos en virtud de querellas interpuestas por familiares de las víctimas o agrupaciones de derechos humanos, y luego conocen también de la etapa de juicio o plenario, en la que los acusados hacen valer sus defensas. En algunos casos, los hallazgos de restos de personas detenidas desaparecidas han tenido lugar en virtud de informaciones a las que se logra acceder en el marco de la investigación judicial del delito de secuestro, que es el tipo penal

1 Esta dimensión jurídica o institucional de la identificación podría estar ausente en el caso de exhumaciones puramente privadas y de las que no se pretenda derivar ningún tipo de responsabilidad u otra consecuencia jurídica —como las que en el caso de España se describen en Aguilar (2019)—, las que sin embargo no suelen incluir la determinación de la identidad de los restos. Por otra parte, vale la pena advertir que a las tres dimensiones mencionadas podría agregarse también una cuarta que en este trabajo no ha sido considerada: la dimensión política —en sentido amplio— de la identificación, que se expresa particularmente en el momento, temporal y analíticamente previo, de la decisión estatal o comunitaria de emprender no solo un proceso de exhumación de fosas comunes o tumbas clandestinas, sino también de identificación de los restos. Este punto se puede confrontar con Collins (2020, p. 332), Garibiain *et al*. (2017) y Wagner (2008, pp. 249-265). Apuntando a esta dimensión, Bennett (2020) pone de relieve, por una parte, cómo las concepciones sobre lo que la justicia y la reparación requieren respecto de los restos humanos recuperados en contextos de atrocidades masivas son culturalmente variables y pueden no comprender necesariamente la identificación individual (pp. 525-526). Por otra parte, observa que puede haber también selectividad —una política— en la determinación de quiénes serán reconocidos e identificados (p. 530).

aplicable conforme a la legislación que estaba vigente en el momento en que ocurrieron las desapariciones forzadas. En ese caso, el juez o la jueza a cargo ordenan la exhumación y solicitan los informes periciales para resolver su identificación. En otros casos, como el del Patio 29 del Cementerio General de Santiago —donde existían antecedentes de que habían sido sepultados anónimamente, como NN, muchos cuerpos de personas asesinadas en los días siguientes al golpe de Estado de 1973—, para proceder a la exhumación, se inicia una investigación penal por inhumación ilegal y es el tribunal que instruye ese proceso el que solicita los informes forenses y resuelve sobre la identificación[2].

Esas decisiones judiciales acerca de la identificación de los restos hallados consisten en *decisiones acerca de la prueba del hecho de la pertenencia de ciertos restos a una determinada persona* que se fundan en pruebas consistentes, especialmente en informes periciales emitidos, en el caso chileno, por el Servicio Médico Legal (SML), que es el órgano público —dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos— legalmente encargado de prestar asistencia forense a los tribunales de justicia. Una vez que se advierte esta dimensión institucional y, específicamente, probatoria de la identificación, se vuelve posible observar la forma en que esta se realiza con las herramientas conceptuales de la teoría de la prueba judicial. Es lo que haremos en la siguiente sección para poner de relieve cómo la decisión judicial sobre la identificación supone la aplicación de un estándar de prueba que defina qué clase de pruebas y bajo qué circunstancias cuentan estas como suficientes.

III. EL ESTÁNDAR DE PRUEBA PARA LA IDENTIFICACIÓN

La decisión judicial sobre la identificación constituye, como decía, una decisión acerca de la prueba de un hecho. Para comprender la forma en que esa decisión institucionalizada opera es útil traer a la discusión algunos conceptos propios de la teoría de la prueba judicial y, en particular, el concepto de *estándar de prueba*. Toda decisión sobre la prueba supone la aplicación de un estándar que determine cuándo la prueba disponible puede considerarse jurídicamente suficiente para tener por probado un cierto hecho en una determinada clase de proceso (Taruffo, 2003; Laudan, 2006; Ferrer, 2007, 2021; Coloma, 2009; Accatino, 2011). Asimismo, para entender el papel de los estándares de prueba es necesario

2 Debido a las dificultades técnicas que suele plantear la identificación —a las que luego haremos referencia— es posible que los procesos penales en cuyo marco se han realizado las exhumaciones sigan avanzando y lleguen incluso a sentencia de término antes de que se cuente con antecedentes que, a juicio del tribunal, resulten suficientes para resolver sobre la identificación. Para abordar estas situaciones, cada «ministro en visita» mantiene abierta una investigación general y separada sobre inhumaciones y exhumaciones ilegales en su territorio jurisdiccional, y en ese marco resuelve sobre las identificaciones que hayan quedado pendientes cuando recibe nuevos antecedentes forenses.

advertir que en el proceso judicial, como en el ámbito del conocimiento empírico en general, no caben certezas absolutas; es decir, las hipótesis acerca de lo ocurrido pueden resultar más o menos confirmadas por las pruebas, que incrementarán o reducirán su probabilidad, pero su verdad no puede ser demostrada. En otras palabras, existe siempre un margen de incertidumbre en la decisión sobre la prueba y la tarea de los estándares es definir cuál es el margen aceptable en las diversas clases de procesos. La definición de ese margen de incertidumbre aceptable a través de la fijación de un estándar de prueba más o menos exigente se debe fundamentar en consideraciones éticas o de moralidad política relativas a la significación o gravedad de los costos que, en las diversas clases de decisiones probatorias, tienen los dos tipos de error correlativos en los que esas decisiones pueden incurrir: el error al tener por probada una hipótesis falsa —o falso positivo— y el error al tener por no probada una hipótesis verdadera —o falso negativo—.

En el caso de los procedimientos penales, por ejemplo, se entiende que las consecuencias del error al tener por probada la culpabilidad de un sujeto inocente son más graves que las consecuencias del error al no tener por probada la acusación cuando el sujeto es verdaderamente culpable y que por eso se justifica fijar un estándar de prueba muy alto para la prueba de la acusación. Se trata de un estándar que se expresa a través de la fórmula de la prueba *más allá de toda duda razonable* (MADR) y que se puede interpretar como exigencia de prueba tendencialmente completa que sea capaz de descartar o refutar las hipótesis compatibles con la inocencia que hayan sido sostenidas por la defensa (Accatino, 2011). Bajo este estándar, el riesgo de dar por probada erróneamente la culpabilidad se reduce al mínimo, pero se eleva correlativamente el riesgo de errar al absolver. Ese riesgo aumenta porque la aplicación del estándar MADR requerirá que se absuelva, aunque la hipótesis de la culpabilidad sea más probable a la luz de las pruebas que la hipótesis de la inocencia, si es que esta no ha podido ser descartada o refutada. Es por eso que, para explicar la asunción de ese estándar, se suele decir que «es preferible que mil culpables queden libres a que un solo inocente sea condenado erróneamente».

Esta distribución diferenciada del riesgo del error, que parece razonable en el caso del proceso penal, puede resultar inequitativa, sin embargo, en otra clase de procedimientos, en los que los costos de un falso positivo y un falso negativo sean simétricos o menos dispares, como ocurre en los procedimientos civiles patrimoniales. Esto se ve, por ejemplo, cuando está en juego la indemnización de un daño, donde el error al tener por probada la hipótesis de que el daño se debió a la negligencia del demandado tiene las mismas consecuencias que el error al no tenerlo probado: en ambos casos alguien —el demandado, en el primer caso; la víctima, en el segundo— asume injustamente los costos

patrimoniales de un daño. En esta clase de procesos es usual que resulte aplicable un estándar de preponderancia de la prueba —o probabilidad prevaleciente— que, para tener por probado un hecho, requiere que este sea confirmado por las pruebas en mayor grado que la hipótesis de que aquel no haya ocurrido —o que la hipótesis alternativa sostenida por la contraparte—.

Una pregunta que se abre al advertir la dimensión jurídica y, en particular, judicial de la identificación es, por consiguiente, la pregunta sobre el estándar de prueba aplicable para adoptar esa decisión. Con respecto al caso chileno, lo primero que cabe observar es que no existe en la legislación una disposición legal expresa que fije un estándar de prueba para esta clase de decisión. El estándar de prueba MADR está previsto legalmente en el nuevo Código Procesal Penal solo respecto de la prueba de la acusación (Accatino, 2011) y, en cualquier caso, ese cuerpo legal no se aplica a los procesos penales referidos a crímenes de la dictadura, que siguen regidos por las reglas procesales vigentes en el momento en que esos delitos ocurrieron —es decir, el antiguo Código de Procedimiento Penal—. Entre ellas hay algunas que se refieren expresamente a la identificación, pero no determinan un estándar de prueba aplicable, sino los tipos de pruebas pertinentes. Así, el artículo 122 de ese Código señala que «la identificación del occiso se hará mediante informes papilares, dactiloscópicos o de otro tipo, o por testigos, que a la vista de él, den razón satisfactoria de su conocimiento». La decisión sobre el umbral de suficiencia aplicable resulta, entonces, una decisión discrecional del juez. Hay dos consideraciones adicionales que cabe hacer en este sentido.

Por una parte, esa discrecionalidad se ejercerá en el caso de restos de personas víctimas de desaparición forzada a través de la valoración de pruebas periciales relativas a la identificación, es decir, en diálogo con uno o más informes forenses[3]. Es importante notar que, siendo la identificación —como advertimos antes— también un concepto científico o técnico forense, esos informes pueden expresar conclusiones respecto a si puede aceptarse un resultado como positivo en un caso concreto, aplicando los estándares de suficiencia internos a la disciplina. La posibilidad teórica de que esos estándares internos a las comunidades expertas difieran del estándar jurídico de prueba que se considere

3 De ahí que las disposiciones del antiguo Código de Procedimiento Penal que resultan más relevantes son las que se refieren a la valoración de la prueba pericial, en la que usualmente se basará la decisión sobre la identificación. Se trata de los artículos 472 («El dictamen de dos peritos perfectamente acordes, que afirmen con seguridad la existencia de un hecho que han observado o deducido con arreglo a los principios de la ciencia, arte u oficio que profesan, podrá ser considerado como prueba suficiente de la existencia de aquel hecho, si dicho dictamen no estuviere contradicho por el de otro u otros peritos») y 473 («Fuera del caso expresado en el artículo anterior, la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez como una presunción más o menos fundada, según sean la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se apoyen, la concordancia de su aplicación con las leyes de la sana lógica y las demás pruebas y elementos de convicción que ofrezca el proceso»).

aplicable en la decisión judicial (Ferrer, 2007, p. 48; Vásquez, 2016, pp. 267 y ss.) hace que la definición y la inteligibilidad de esos criterios y de su aplicación a cada caso resulten, por tanto, claves para un ejercicio reflexivo de esa discrecionalidad judicial.

Por otro lado, las consideraciones anteriores sobre el fundamento de la decisión de adoptar un determinado estándar de prueba muestran que existe un espacio *al interior del discurso jurídico* para tomar en cuenta las particulares consideraciones éticas o humanitarias asociadas a la exhumación e identificación de víctimas de atrocidades masivas, al evaluar el costo comparativo de los errores en juego y resolver sobre el nivel de exigencia del estándar de prueba aplicable a las identificaciones en esta clase de casos[4]. Esto permite complejizar la perspectiva que suele afirmar la existencia de una tensión, para las prácticas forenses en escenarios de atrocidades masivas, entre los fines jurídico-judiciales de obtención de prueba y los fines humanitarios y de reparación respecto de los deudos (Rosenblatt, 2015, pp. 45 y ss.; Stover & Shigekane, 2004; Nesiah, 2002; Wagner, 2008, pp. 95 y ss.).

Lo que interesa advertir es que las consideraciones humanitarias que están en juego en contextos de violaciones sistemáticas de derechos humanos pueden y deben ser tomadas en cuenta en la propia sede judicial cuando se trata de valorar los costos sociales de los riesgos de error y definir bajo qué estándar de prueba una identificación se tendrá por probada. En principio, la dramática historia de incertidumbre respecto del destino de un ser querido desaparecido forzadamente, a la que la identificación y la restitución de la identidad pueden poner término, y el consiguiente riesgo de revictimización y reactivación del trauma que un error cometido por el Estado al identificar puede causar (Medina & Sandberg, 2016), sugieren la adopción de un estándar de prueba especialmente exigente, equivalente al MADR.

Una vez asumida la aplicación de ese estándar, la pregunta que sigue es la de cuáles son los métodos forenses de identificación que pueden proporcionar resultados que logren satisfacer el umbral de prueba más allá de toda duda razonable respecto de la identidad de los restos de una persona víctima de desaparición forzosa.

En cuanto a los métodos de identificación, el «giro forense» en la investigación de las atrocidades masivas ha ido dando lugar, poco a poco y no sin dificultades, a una progresiva uniformación de criterios y principios de buenas prácticas forenses a nivel internacional (CICR,

4 Una consideración semejante realiza Rodrigo Coloma (2009) respecto del estándar de prueba aplicable en los procesos penales y civiles por violaciones sistemáticas de derechos humanos y la relevancia que en su definición tiene la consideración de las peculiaridades y las expectativas especiales referidas a la decisión probatoria en esa clase de casos. Una discusión semejante aplicada al análisis crítico de una sentencia concreta se puede ver en Accatino (2016).

2009; Cordner & McKelvie, 2002; Goodwin, 2017; Tidball-Binz, 2006; Tidball-Binz *et al*., 2013). Ella se enfrenta, sin embargo, al mismo tiempo, a la rápida evolución en las tecnologías de identificación, motivada en muchos casos por los propios desafíos suscitados por las intervenciones humanitarias en contextos de posconflicto (Sarkin, 2017; Wagner, 2008, pp. 82 y ss.).

Entre esas innovaciones, las que se refieren a los métodos de identificación basados en ADN han ido adquiriendo, como se sabe, enorme protagonismo y valoración tanto entre los expertos forenses como en las comunidades afectadas y también en el ámbito jurídico (Lynch, 2003, 2013). Aunque los criterios internacionales de buenas prácticas forenses destacan que este no puede ser considerado como el único método aceptable para la identificación[5], su prestigio social y jurídico —que hace que tienda a ser asumido más o menos acríticamente como fuente de certeza absoluta— puede determinar una fuerte expectativa, tanto entre los familiares de las personas desaparecidas forzadamente como en los actores judiciales, de que se cuente con esa prueba para dar por probada la identidad de los restos[6].

La experiencia chilena reciente ilustra bien esta situación en lo que se refiere tanto a las expectativas de familiares como a las decisiones institucionales relativas a la identificación. Para comprender esta experiencia es importante advertir que la cuestión de los métodos de identificación ha estado marcada en Chile por el dramático reconocimiento oficial, en el año 2006, de graves errores en la identificación de los restos recuperados de un conjunto de sepulturas de personas inhumadas como NN ubicadas en el Patio 29 del Cementerio General de Santiago (Bustamante & Ruderer, 2009; Medina & Sanberg, 2016; Wyndham & Read, 2010). Vale la pena que nos detengamos brevemente en esta historia para comprender mejor las prácticas actuales.

5 Así, por ejemplo, reseñando esos criterios internacionales, Tidball-Binz (2006) afirma que «El análisis del ADN no debe excluir la utilización de otros medios objetivos de identificación y, por lo tanto, no debe considerarse como el primer y único método disponible para realizar una identificación positiva, ya que no siempre es viable desde un punto de vista financiero y/u operativo; suscita expectativas y exigencias infundadas por parte de las familias de los desaparecidos, que podrían descartar así otros métodos sólidos de identificación; y no se pueden descartar los errores de manipulación y de laboratorio (por ejemplo, contaminación, normas inadecuadas, etiquetado incorrecto de las muestras, etc.), lo que hace obligatoria la comprobación cruzada de los resultados, incluida la utilización de métodos tradicionales de identificación» (p. 400). La traducción es de la autora.

6 Así lo pone de relieve, por ejemplo, respecto de los familiares, Rosenblatt (2015, p. 29); mientras que Wagner y Rosenblatt (2016) observan la articulación de una retórica de superación de injusticias, negligencias y errores pasados del Estado a través de la nueva certeza asociada a la tecnología del ADN.

IV. LOS MÉTODOS DE IDENTIFICACIÓN Y LAS EXPERIENCIAS DE ERROR: EL CASO DEL PATIO 29 DEL CEMENTERIO GENERAL EN CHILE

Ya desde los años de la dictadura se presumía, a partir de informaciones de diversas fuentes, que en el Patio 29 del Cementerio General de Santiago habían sido sepultados irregularmente los restos de personas detenidas en los primeros meses siguientes al golpe de Estado en diversos lugares de la capital chilena y de las que se perdió luego todo rastro. Iniciada la transición democrática y en virtud de una querella por inhumación ilegal presentada en 1991 por la Vicaría de la Solidaridad —un organismo dependiente de la Iglesia católica que cumplió un importante papel en la asistencia a las víctimas de la dictadura y sus familiares—, se inició el proceso de exhumación de las tumbas del Patio 29, que llevó a la recuperación de 126 restos esqueletales. El tribunal designó para esa tarea de exhumación a dos peritos miembros del Grupo de Antropología Forense (GAF), una agrupación no estatal que se había formado dos años antes por iniciativa de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Antropólogos de Chile (Cáceres, 2004; Padilla & Reveco, 2004). El GAF, no obstante, no se logró proyectar en ese momento como equipo estable y progresivamente las tareas de análisis de los restos exhumados fueron asumidas por el SML, que constituyó en 1994 su Unidad de Identificación de Detenidos Desaparecidos (UIDD).

Las primeras pericias de identificación, que arrojaron resultados positivos para veintitrés restos, se completaron en 1993 y se basaron en la comparación de datos antropomórficos y odontológicos, *ante mortem* y *post mortem*, entre el universo de posibles víctimas y los restos recuperados. La UIDD comenzó a utilizar luego, en forma complementaria, la técnica de la superposición craneofacial (Intriago, 2018), una metodología mediante la cual se superpone una imagen de video de una fotografía de cráneo sobre otra de una fotografía de la persona a la que se atribuye para determinar el grado de coincidencia estructural en diversos puntos. Se trata de una metodología que se volvió célebre tras ser aplicada en la identificación de los restos del médico Josep Mengele, el «ángel de la muerte» de Auschwitz, quien escapó de Alemania para vivir clandestinamente en Sudamérica y cuyos supuestos restos fueron exhumados en 1985 de un cementerio en São Paulo y sometidos a un proceso de identificación que convocó a destacados expertos forenses de diversos países (Keenan & Weizman, 2012, 2013). Apoyándose especialmente en esa técnica, el SML informó cincuenta nuevas identificaciones positivas en 1994, a las que sumaron luego diecinueve en 1995, una en 1998, dos en 1999 y una última en 2002, la única que tomó en cuenta, además, exámenes de ADN mitocondrial

practicados en el laboratorio de genética forense del SML[7]. En todos los casos los resultados de las pericias fueron considerados judicialmente como prueba suficiente para establecer las identificaciones —aunque, como veremos luego, en algunos casos la decisión fue adoptada por tribunales superiores, conociendo de recursos procesales contra una negativa inicial del tribunal de primera instancia—.

Parecía que el calvario de incertidumbre de esas familias había terminado y que finalmente los restos de sus seres queridos podían descansar en paz. Lo muestra con elocuencia un documental que hoy resulta doblemente conmovedor: *Fernando ha vuelto,* de Silvio Caiozzi (1998). El documental relata el proceso de restitución de la identidad y el reencuentro familiar con los restos de Fernando Olivares Mori, funcionario de las Naciones Unidas detenido el 5 de octubre de 1973 por personal de la Armada Nacional y desaparecido desde entonces; e incluye, también, las imágenes de la pericia de superposición craneofacial y el testimonio de su eficacia persuasiva. Pero esas certezas científicas y judiciales se desmoronaron dolorosamente pocos años después, en 2006, cuando fueron informados los resultados de las pruebas de ADN mitocondrial que comparaban la huella genética de los restos y la de familiares en la línea materna de la persona víctima de desaparición forzada a la que habían sido atribuidos. Se hizo público entonces que esas pruebas excluían la existencia de una relación de parentesco respecto de 48 de los 96 restos identificados, entre ellos los que habían sido atribuidos a Fernando Olivares Mori, la víctima protagonista del documental.

La magnitud de los errores y la divulgación de la existencia de antecedentes conocidos por el SML y el Ministerio de Justicia, que ya a partir de 1994 ponían en duda la fiabilidad de las identificaciones, generaron consternación entre los familiares y dieron lugar a una revisión completa de la institucionalidad y de las prácticas de identificación forense. Esa revisión se inició en 2006 con la conformación de una Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados, en ejercicio de sus funciones de fiscalización de los servicios dependientes del Gobierno, seguida del nombramiento de un Panel de Expertos integrado por destacados científicos forenses chilenos y extranjeros, convocado por la Comisión Asesora Presidencial para la Políticas de Derechos Humanos para definir la metodología de una auditoría científica a las identificaciones ya realizadas y ofrecer recomendaciones respecto de casos pendientes de identificación, de la constitución de un banco de datos genéticos de los familiares de víctimas de desaparición forzada y de la acreditación del SML.

7 Todos estos datos constan en el informe de la Comisión Investigadora (2006, p. 6) nombrada por la Cámara de Diputados, a la que se hará referencia más adelante.

El informe de la Comisión Investigadora (2006) destacó como un factor decisivo en los errores la falta de una actitud crítica de los peritos respecto a la fiabilidad de los resultados de las metodologías de identificación utilizadas por el SML: «Uno de los principales errores cometidos», dice, consistió en «haber dado carácter de certeza absoluta a cosas que no la tenían […] sin tener presente que se trabajó con elementos científicos que tenían márgenes de error o de duda muy altos» (p. 137)[8]. La auditoría científica a las identificaciones del Patio 29 apuntaba en un sentido semejante en sus conclusiones cuando advertía que la falta de acceso a publicaciones periódicas y otros recursos para mantener actualizados sus conocimientos podría haber llevado a los peritos a atribuir a una técnica, que la literatura especializada considera útil para descartar o excluir identificaciones, valor suficiente para fundar una identificación positiva (Auditoría Científica, 2006, pp. 55 y ss.). Ella agrega, además, la hipótesis de un posible sesgo inconsciente, favorable a la confirmación de la identificación por la familiaridad de los peritos con los casos y los actores y a causa de la empatía hacia sus expectativas de certidumbre (pp. 55 y ss.).

Con respecto a la decisión judicial de estimar que los informes forenses constituían evidencia suficiente para tener por probada la identidad de los restos, en el informe de la Comisión Investigadora (2006) se constata que algunas de las identificaciones judiciales terminaron produciéndose en virtud de un recurso presentado por la abogada de una de las organizaciones que se sumó a la querella por inhumación ilegal, Pamela Pereira, quien es además hija de un detenido desaparecido cuyos restos se presumía que podían estar en el Patio 29. La abogada había solicitado al juez que estaba a cargo de la causa la inscripción de los fallecimientos en el Registro Civil y la devolución de los restos a sus familiares, argumentando que habían transcurrido más dos meses desde la entrega de los informes forenses de identificación favorables del SML sin que se practicara ninguna diligencia adicional. El juez no dio lugar a la petición, expresando dudas respecto a la fiabilidad de los resultados. Recurrida esa decisión por la abogada Pereira ante la Corte de Apelaciones de Santiago, esta acogió el recurso y ordenó que se establecieran las identificaciones y que los restos fueran entregados a sus familiares (p. 99). Esta reconstrucción es interesante porque confirma, por una parte, la relevancia de la *dimensión institucional*, y específicamente judicial, de la identificación. Y también porque permite observar, en concreto, que hay un margen de apreciación discrecional del juez que

8 Este aspecto es destacado también por Marisol Intriago (2018), responsable desde 2011 de la Unidad Especial de Identificación Forense: «una de las herramientas más utilizadas para obtener identificaciones "100% certeras", fue la superposición cráneo facial, metodología que, a la luz del estado actual de las ciencias, carece a todas luces de la confiabilidad para llegar a estos resultados. Especialmente y considerando que una enorme cantidad de víctimas había sufrido lesiones traumáticas de alta energía en cráneo y cara» (p. 25).

adopta la decisión en primera o segunda instancia, y que es difícil realizar esa valoración de un modo que no se agote en la deferencia acrítica, más aún si la forma de presentación de los resultados de los informes periciales utiliza un lenguaje que exagera su carácter concluyente, generando también en los familiares de las víctimas una expectativa de pronta resolución y restitución de las osamentas de sus seres queridos

V. LA PRUEBA POSITIVA DE ADN COMO *GOLD STANDARD* DE IDENTIFICACIÓN EN LA EXPERIENCIA CHILENA RECIENTE

Tras la dramática experiencia de los errores en las identificaciones de restos exhumados del Patio 29, las prácticas del SML y de los tribunales experimentaron importantes cambios (Intriago, 2018, 2022). Un nuevo Panel de Expertos internacionales asistió la formación en el SML del Programa de Identificación de Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos, que sustituyó a la anterior Unidad de Identificación de Detenidos Desaparecidos —y que luego cambió de nombre a Programa de Derechos Humanos y, posteriormente, a Unidad Especial de Identificación Forense—, y proporcionó orientaciones para el diseño de protocolos para los diversos procedimientos, incluyendo la formulación de un modelo de «informe pericial integrado» de identificación.

Este modelo de informe sintetiza toda la información y los resultados obtenidos respecto de un caso. Como explica la página web del SML, este informe es redactado por un equipo multidisciplinario «en un lenguaje comprensible, que responda a los requerimientos y preguntas que el ministro o juez instructor ha formulado a las ciencias forenses»[9]. En él se analizan conjuntamente los resultados de las varias pericias, incluyendo el informe antropológico, el informe odontológico, el informe de evidencia asociada y el informe de genética (Intriago, 2018)[10]. Y, además, a propósito de la referencia anterior al uso de un lenguaje comprensible,

9 Ver Servicio Médico Legal (s.f.).

10 De acuerdo a la información explicitada en la página web del SML, los diversos informes periciales que el informe sintetiza y conecta son adjuntados, además, como anexos: el informe de terreno, «donde se detallan todas las actividades de la exhumación, sitio de hallazgo y proceso de recuperación de las evidencias»; el informe antropológico completo, «donde se consigna el perfil biológico a través de la determinación del sexo, edad, estatura y patrón ancestral», y «se establecen características individualizantes, presencia de lesiones, tipo (ante, peri y post mortem) y cantidad de las mismas»; el informe odontológico, «que establece el análisis de lesiones y comparaciones entre carta dental, radiografías y antecedentes clínicos ante mortem con las piezas dentales disponibles»; el informe de evidencia asociada, que «detalla el estudio de las prendas textiles y/o evidencia cultural asociada, constatando materiales de confección, estado de conservación, alteraciones de las prendas, época a la cual pertenecen, presencia de huellas químicas, desgarraduras, sangre y otros»; el informe de medicina legal, que «integra la evaluación de traumas realizada por los peritajes de antropología, odontología y medicina legal, para determinar la causa y manera de la muerte, así como la naturaleza, tipo, número y trayectoria de lesiones»; y el informe de genética, que «contiene los resultados de ADN alcanzados y la probabilidad de identificación, así como el detalle respecto a la cantidad y tipo de muestras óseas y de referencia, y el laboratorio responsable del análisis, entre otros aspectos». Ver Servicio Médico Legal (s.f.).

respecto del informe de genética se explican tanto las «hipótesis y antecedentes para el cálculo de probabilidad de identificación» como el «cálculo de probabilidad de identificación». Se trata de un cambio importante que favorece la inteligibilidad de los fundamentos de los resultados forenses, tanto para los familiares como para el juez o la jueza que deba resolver en definitiva sobre la identificación, a quienes, además, los resultados son presentados oralmente por los peritos para resolver eventuales dudas.

Aunque los informes forenses de identificación que emite el SML sintetizan e integran múltiples antecedentes —incluyendo, junto a los informes de genética forense, informes comparativos de datos *pre mortem* y *post mortem* resultantes de los análisis de osamentas y de la superposición de fotografías dentales—, en los expedientes judiciales se observa que el único dato que las resoluciones judiciales que tienen por establecida la identificación recogen y explicitan es el que se refiere a la existencia de un resultado de compatibilidad «positiva y confirmada» entre los perfiles genéticos del individuo y de los familiares con un porcentaje de probabilidad de identificación superior a 99,9 %. La reiteración de este mismo formato en numerosas resoluciones dictadas con posterioridad a los cambios que trajo consigo el reconocimiento de los errores cometidos en las identificaciones de restos hallados en el Patio 29 del Cementerio General sugiere que los tribunales asumen que solo esa altísima probabilidad de identificación basada en evidencia genética satisface el estándar jurídico de prueba[11]. La prueba de ADN parece ser concebida como una suerte de *truth machine* que permite cerrar las controversias mediante resultados irrefutables (Lynch, 2013) y un resultado satisfactorio en esa prueba es visto como una suerte de *golden standard* de identificación (Lynch, 2003)[12].

Es importante advertir que aquí damos por supuesta la fiabilidad de los resultados de las pruebas de ADN, la que depende de que los procedimientos de obtención y análisis de muestras sean rigurosos. Ello, en el caso de las identificaciones de restos de personas víctima de desaparición forzada, se pretende cautelar mediante la aplicación de nuevos protocolos y el compromiso de que los análisis genéticos se

11 Un dato adicional que apunta en el mismo sentido es que el SML solo informa en su página web (2021) como «víctimas identificadas de violaciones a los derechos humanos» a las 166 personas identificadas conforme a ese criterio —prueba de ADN con resultado de probabilidad de identificación superior a 99,9 %—, no obstante existir otras varias identificaciones —como, por ejemplo, las de los restos hallados en las fosas comunes de Pisagua— confirmadas mediante otra clase de pericias, certificadas judicialmente y hasta ahora no puestas en duda por sus familiares.

12 También Ferrándiz y Robben (2015) destacan que «[l]a tecnología del ADN ha revolucionado el campo forense, transformando la identificación biológica casi en una especie de fetiche» (pp. 9-10). Con un énfasis especial en las aplicaciones del ADN en la identificación de personas víctimas de desaparición forzada, Smith (2016) observa a su vez que «[p]ara muchas familias en búsqueda, el ADN surge como un lugar al margen de la política, un espacio ontológico de producción de la verdad que no se ve afectado por la brutalidad de la desaparición, la tortura, el secuestro e incluso la muerte» (p. 1052).

realicen en laboratorios extranjeros certificados. Si se da por supuesta esa fiabilidad, un resultado de coincidencia de perfiles genéticos que arroje ese grado tan alto de probabilidad de identificación satisface efectivamente la exigencia del estándar de prueba MADR que, como argumentamos antes, parece razonable aplicar tratándose de identificaciones forenses. El problema, como veremos, es que la atención exclusiva a esa pericia hace pensar que se la asume como *equivalente* al estándar de prueba, como si se tratara de una suerte de *prueba legal* de identificación con la que sería necesario contar en todo caso.

Y, sin embargo, las circunstancias en que tiene lugar el proceso de identificación de los restos hallados de las víctimas de desaparición forzada, más de cuarenta años después de ocurridas las muertes y usualmente en fosas comunes, determinan que ese umbral no siempre se podrá alcanzar, ya sea porque la degradación del ADN de los restos por el transcurso del tiempo puede hacer imposible la obtención de muestras útiles, porque el contexto de potenciales víctimas puede ser abierto o porque resulta imposible obtener muestras de familiares cuya comparación permita ese grado de certeza (Fowler & Thompson, 2017). Un escollo mayor, además, reside en la masiva operación desarrollada por la dictadura en 1979 —tras los primeros hallazgos de restos de personas detenidas desaparecidas, en los Altos Hornos de Lonquén— y dirigida a remover los restos de los lugares donde habían sido inhumados clandestinamente y volverlos a desaparecer, una operación que recibió el nombre en clave de «Retiro de Televisores» (Lira, 2015). En los lugares iniciales de inhumación que fueron posteriormente removidos solo ha sido posible hallar mínimos fragmentos óseos, lo que vuelve todavía más difícil obtener muestras útiles, a lo que se suma además para algunos hallazgos una mayor incertidumbre respecto de los potenciales grupos de referencia para identificar familiares que puedan aportar muestras de comparación.

Estas dificultades abren, en primer lugar, la pregunta por la posibilidad de que, en los casos en que la pericia de ADN no se puede practicar o no alcanza la probabilidad de identificación mayor a 99,9 %, otras pruebas diferentes o una combinación de ellas se consideren suficientes para establecer judicialmente la identificación. Eso supondría aceptar que la prueba positiva de ADN no es equivalente al estándar de prueba, sino que constituye *una* aplicación posible del estándar MADR que no excluye, teóricamente, la posibilidad de que otras pruebas o combinaciones de pruebas resulten suficientes.

Esta fue una posibilidad aceptada en entrevistas tanto por el ministro Mario Carroza, juez instructor por varios años de la causa Patio 29 y de otras causas con identificaciones pendientes en Santiago, como por la directora de la Unidad de Identificaciones del Servicio Médico Legal, la

doctora Marisol Intriago[13]. Ambos sostuvieron que la determinación en concreto de la suficiencia de las pruebas debía atender a las particulares circunstancias de cada caso, pero admitieron, a la vez, que no se habían planteado aún, con posterioridad a 2006, casos en los que se aceptara una identificación sin prueba genética que alcanzara esa altísima probabilidad de identificación, sino que por ahora los esfuerzos estaban centrados en completar en la mayor medida posible la base de muestras biológicas de familiares de las personas oficialmente reconocidas como víctimas de desaparición forzada[14]. Esta preferencia por la metodología forense de identificación que supone el menor riesgo de error podría incluso ser defendida como un mecanismo de reparación frente a los errores pasados, como sugieren Wagner y Rosenblatt (Rosenblatt & Wagner, 2017, p. 241; Wagner, 2008, pp. 245 y ss.).

Si bien se deja abierta, entonces, la posibilidad de que en un caso existan otros datos que pudieran confirmar con un grado suficiente de probabilidad la identidad, no hay definiciones jurisprudenciales de cuáles podrían ser esos métodos o combinaciones. A nivel internacional, la síntesis de estándares en materia de identificación forense de la Cruz Roja señala que otros medios científicos de identificación que podrían ser concluyentes hasta un grado que se consideraría más allá de toda duda razonable en contextos legales incluyen la coincidencia de datos dentales *ante mortem* y *post mortem*, así como la de rasgos físicos o médicos únicos, como los registrados con radiografías esqueléticas o consistentes en prótesis o implantes quirúrgicos numerados (ICRC, 2013, p. 10). Parece improbable, sin embargo, que en el caso de hallazgos de fragmentos óseos en fosas removidas por los agentes de la dictadura esa clase de información resulte accesible.

VI. EL DILEMA DE LAS OSAMENTAS EN ESPERA DE IDENTIFICACIÓN

Las dificultades especiales que suscita la identificación de los restos de víctimas de desaparición forzada de la dictadura chilena, particularmente por su remoción sistemática, plantean, además, una segunda cuestión relativa a cómo asumir la imposibilidad de resolver la incertidumbre cuando el estándar de identificación no logra ser satisfecho. ¿Cuánto tiempo se debe seguir esperando en busca de mejores muestras de los restos o de familiares o de nuevos avances tecnológicos? ¿Cuánto tiempo y en qué condiciones hay que mantener los restos exhumados en las instalaciones forenses? ¿En qué momento asumir que la identificación no

13 Entrevistas realizadas por la autora el 11 de enero de 2017.

14 Este sigue siendo un desafío extraordinariamente importante, considerando que existen aproximadamente doscientas cincuenta personas oficialmente reconocidas como víctimas de desaparición forzada durante la dictadura respecto de las cuales no existen aún muestras biológicas de referencia (Collins *et al*., 2021, p. 46).

será posible y qué hacer entonces? Se trata de preguntas que en el caso chileno solo fueron abordadas incidentalmente en las recomendaciones del Panel de Expertos en Identificación Humana que se constituyó en Chile en el año 2006, en el marco del abordaje de los errores de identificación ocurridos en los casos del Patio 29 del Cementerio General. En esas recomendaciones se señala respecto de casos en que se mantienen identificaciones pendientes que «después de haber realizado todos los esfuerzos» —y los esfuerzos a los que se refiere consisten, vale la pena observarlo, en la realización de análisis genéticos—,

> y en caso [de] que no se haya logrado obtener resultados, se recomienda que tanto las muestras óseas que no haya sido posible analizar y/o identificar, como los datos de las familias y las muestras de referencia, sean guardadas bajo estricta custodia, de acuerdo con protocolos claramente establecidos, esperando otras técnicas que permitan la identificación en el futuro (p. 5).

De acuerdo con la información recopilada en el *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile* correspondiente al año 2019, en respuesta a la consulta respecto a las prácticas que han sido generadas frente a los restos fragmentarios no identificables con las técnicas científicas actuales, la Unidad Especial de Identificación Forense del SML indica que

> se realizan cuidadosas discusiones y reflexiones con las agrupaciones más cercanas al caso, y el o la ministro/a responsable, antes de determinar cómo proceder. En cuatro sitios, se ha procedido a hacer descansar los restos en los memoriales allí erigidos (Calama, Chihuío, Lonquén y Paine), con las Agrupaciones asumiendo el papel de la familia para asegurar una recepción digna. Se resguardan los registros científicos pertinentes, ante la posibilidad de que futuros avances permitan obtener las anheladas certezas (Collins *et al.*, 2019, pp. 50-51).

Y con respecto a los restos que aún permanecen en la custodia del Servicio, se señala que ellos «son resguardados bajo condiciones de máximo cuidado y seguridad» (p. 51)[15].

En el proceso de elaboración del Plan de Búsqueda que ha sido recientemente anunciado se hizo referencia también a los restos óseos aún no identificados. Así, en el documento con el que el Ministerio de

15 Esporádicamente se han hecho públicas, no obstante, informaciones que han abierto dudas y dado lugar a investigaciones respecto a los estándares de custodia. La última de ellas fue la noticia difundida a comienzos de 2023 de que varias cajas con restos óseos que podrían corresponder a personas detenidas desaparecidas durante la dictadura se habrían mantenido depositadas durante varios años en el Departamento de Medicina Legal de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, en una bodega que estuvo expuesta a una inundación y sin registros de origen ni cadenas claras de custodia. Algunos años antes, en abril de 2018, se había vivido una situación similar en la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, cuando se encontraron en su sede algunas bolsas con fragmentos óseos y se generó una intensa polémica interna con respecto a su origen y a las condiciones en que eran mantenidos. Al respecto, ver Velásquez y Núñez (2018).

Justicia y Derechos Humanos difundió el diseño participativo del nuevo plan de búsqueda (2023b), se señala que

> existen en dependencias del Servicio Médico Legal osamentas que no han podido ser identificadas por los métodos modernos que están siendo aplicados en la actualidad, sin embargo, con las nuevas muestras genéticas de referencia de familiares, será posible confirmar o descartar que estos restos corresponden o no a estas víctimas. Así mismo, se realizará toda pericia necesaria para confirmar o descartar la identidad de estos restos (p. 10).

El mismo documento agrega que

> en los casos en que no sea posible identificar los restos recuperados, pero exista la convicción de la existencia de otras víctimas entre los restos óseos no identificables, o bien, se encuentren junto a restos culturales identificables por los familiares, se podrán realizar procesos de reparación simbólica, con la restitución colectiva a las familias, organizaciones de familiares y/o comunidades vinculadas a dichos restos encontrados (p. 14).

Ciertamente, esas posibilidades de restitución colectiva —que, como se apuntaba antes, han sido realizadas ya en algunos casos en Chile durante los últimos años— representan un camino que puede integrar las aspiraciones de una recuperación de la pertenencia de las víctimas a su comunidad de origen y de un digno descanso para ellos. Una vez que se conozca el contenido del decreto que regula el Plan de Búsqueda, seguramente se abrirá una discusión sobre este punto que debiera considerar de manera más general los diversos valores, intereses y perspectivas en juego, así como la diversidad de situaciones que pueden presentarse, tanto desde el punto de vista de la situación de los restos hallados y el grado de determinación y certeza del contexto de víctimas a las que podrían pertenecer, como de las relaciones y las actitudes de las diversas comunidades de referencia (familiares, agrupaciones u otras). Sin pretensión de agotar aquí la complejidad de esa trama, es posible observar que junto a las expectativas de las familias que han sobrellevado largamente la carga enorme de la incertidumbre, la búsqueda y la suspensión del duelo, son relevantes también otras dos perspectivas: la del reconocimiento de un estatus moral peculiar de los restos humanos, que los hace merecedores de un trato digno; y la de los intereses públicos en la posible relevancia futura de esos restos como evidencias para la reconstrucción de la verdad y para la determinación judicial de responsabilidades.

Con respecto a las expectativas de las familias, ellas se expresan en términos de *derechos* articulados en respuesta a las experiencias de la guerra y las atrocidades masivas por el derecho humanitario y por el

derecho internacional de los derechos humanos (Sferrazza, 2021a, 2021b), especialmente el derecho a conocer las circunstancias de la desaparición y el destino final de sus familiares desaparecidos, y el derecho a recuperar sus restos mortales en condiciones dignas y de conformidad con sus normas y costumbres culturales. A ellos se agrega también el derecho a participar en las diversas etapas de la búsqueda, incluyendo la etapa de identificación y restitución. En cuanto a la forma en que estos derechos se podrían concretar en las decisiones relativas al tratamiento de restos que no han podido ser identificados, este último derecho de naturaleza procedimental cobra especial significación, dada la diversidad de actitudes y pautas culturales que pueden determinar las pretensiones específicas de las familias. Así lo disponen también los Principios rectores para la búsqueda de personas desaparecidas del Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada (2019), que señalan que «cuando solamente se han podido encontrar e identificar restos mortales parciales, la decisión sobre continuar la búsqueda para ubicar e identificar los restos faltantes debe considerar las posibilidades reales de identificar más restos y las necesidades expresadas por los familiares, en el marco de sus normas culturales funerarias» (principio 7.3). En la experiencia chilena reciente el SML reporta, por ejemplo, que «[h]an surgido también situaciones en que familias que han recuperado un ser querido, indican su deseo de no repetir nuevamente el ciclo en el caso de que se dieran identificaciones posteriores de nuevos fragmentos de restos» (Collins *et al.*, 2019, p. 51). Frente a estas situaciones es interesante la fórmula con que el SML describe su forma de proceder: «Cada caso se resuelve en forma individual, procurando siempre velar por la dignidad de la persona y por un trato reparatorio con sus deudos» (p. 51).

Con independencia de esta cuestión relativa a la notificación o no a las familias de eventuales nuevas identificaciones de fragmentos óseos, los esfuerzos por seguir avanzando en ellas pueden justificarse también por la posible relevancia como prueba de esa eventual información futura. Un interés público —que, además, se podría vincular con el derecho de los familiares a la persecución judicial de las responsabilidades por la desaparición forzada de su ser querido— cuya intensidad solo podrá ser establecida, en concreto, frente a cada caso y su historial judicial, pero que parece requerir al menos de prácticas rigurosas de registro y que, de todos modos, es importante relevar y considerar en la ponderación que justifique las decisiones particulares que se adopten.

Y, por último, queda por considerar la perspectiva de los propios restos, de las exigencias independientes que podrían resultar de su estatus moral, de su calidad de no ser meros «objetos», a la que aluden también los Principios rectores para la búsqueda de personas desaparecidas del Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada

(2019, principio 2.4). Adam Rosenblatt (2015), en su libro sobre las prácticas y dilemas de la ciencia forense frente a las atrocidades masivas, expresa muy elocuentemente esta perspectiva bajo la forma de una pregunta formulada a Clyde Snow, fundador del Equipo Argentino de Antropología Forense (EAAF):

> Si se te presentara un escenario en el que supieras que las pruebas que puedan obtenerse de una fosa no van a ser utilizadas judicialmente, y en el que no haya familiares supervivientes que pudieran ser localizados para los que la identificación pudiera ser significativa, ¿seguirías teniendo la sensación de que merece la pena gastar tiempo, esfuerzo, recursos en sacar a la gente de una fosa común sólo por su bien, aunque estén muertos? (p. 153).

Es cierto que no es esta exactamente la pregunta que nos ocupa en este trabajo, en el que damos por supuesto que la excavación y la recuperación de los restos ya ha tenido lugar, pero el punto general que esta pregunta plantea es si hay exigencias éticas independientes de los derechos de las familias y de los intereses públicos en la verdad y la justicia que resulten de la condición moral del cuerpo muerto, y que puedan incidir en las decisiones relativas al trato debido a los restos óseos que no han sido objeto aún de identificación positiva[16]. Sin perjuicio de las controversias filosóficas en torno al fundamento de esas exigencias morales —que debaten, por ejemplo, sobre su articulación como «derechos humanos de los muertos» (Moon, 2014, 2020) o bajo la ética de los cuidados (Rosenblatt, 2015, pp. 167 y ss.)—, existe un amplio reconocimiento de los principios de dignidad y respeto hacia los cuerpos muertos en el derecho internacional humanitario (Londoño & Silva, 2020, pp. 28-31) y en los protocolos que rigen la acción forense humanitaria (Moon, 2014, p. 58).

Nuevamente, la aplicación concreta de esos principios estará expuesta a la peculiaridad de los casos concretos y a la ponderación de la forma en que se presenten los otros bienes en juego. Así, aunque se pudiera estimar —lo asumo para los efectos del argumento— que esos principios justifican *prima facie* una suerte de deber de procurar la identificación de los restos recuperados de fosas comunes o tumbas clandestinas, por ejemplo, porque al restituir la identidad se «restaura su personalidad en la muerte» (Moon, 2014, p. 59), se podría discutir si en el caso de fragmentos óseos dispersos se justificaría mantener indefinidamente la vigencia de ese deber a la espera de nuevos avances técnicos. Pero incluso si se justificara en estos casos suspender los esfuerzos de identificar,

16 Se trata de una perspectiva a la que se presta creciente atención en la ética de la bioarqueología y la antropología forense (Squires *et al*., 2019), y que tiene también aplicaciones en el campo de la ética de la medicina forense y de trasplantes, tanto así que, junto al campo de la bioética, comienza a emerger el de la necroética (Gómez *et al*., 2020).

lo que parece ineludible es que esos restos no vuelvan a desaparecer. Cualesquiera sean las circunstancias concretas en que se deba decidir qué hacer con restos humanos que no han podido ser identificados, estos merecen al menos el registro de su existencia y una disposición cuidadosa. Aunque no se puedan volver a unir todas las letras de un nombre en una tumba, esos restos merecen un trato amoroso que repare póstuma y anónimamente la infinita brutalidad sufrida y expresada, de nuevo, en esa imposibilidad de identificación.

VII. CONCLUSIONES

La restitución de la identidad a los restos de personas víctimas de desaparición forzada supone una decisión jurídica de identificación que puede ser analizada útilmente con las herramientas conceptuales de la teoría de la prueba jurídica. De ese modo, se pone de relieve que se trata de una decisión acerca de la prueba de un hecho, lo que supone la aplicación de un estándar probatorio para evaluar la suficiencia de las pruebas forenses que se aporten para acreditar la identidad de los restos. Dado que los errores consistentes en falsos positivos tienen costos muy altos de revictimización, es razonable que el estándar aplicado sea el estándar de prueba más allá de toda duda razonable.

La experiencia chilena reciente, que está marcada por los graves errores que se cometieron en la identificación de restos de varias personas víctimas de desaparición forzada exhumados del Patio 29 del Cementerio General de Santiago, muestra que en la práctica el estándar de prueba aplicado exige una prueba de ADN con resultado de compatibilidad positiva entre los perfiles genéticos del individuo y de los familiares con un porcentaje de probabilidad de identificación superior a 99,9 %.

La dificultad de contar con esa clase de prueba en el caso de víctimas de desaparición forzada, particularmente si —como ocurre en el caso chileno— los restos fueron objeto de una política sistemática de remoción, lleva a considerar la posibilidad de otras pruebas capaces de satisfacer el umbral de suficiencia probatoria. Las orientaciones internacionales sugieren que hay otros cotejos de datos *ante mortem* y *post mortem*, como los relativos a datos dentales o a rasgos físicos o médicos únicos, que podrían ser idóneos para satisfacer el estándar de prueba más allá de toda duda razonable y a los que puede ser relevante prestar atención en las prácticas de decisión jurídica sobre la identificación.

Sin embargo, dadas las circunstancias en que tienen lugar los hallazgos de restos de personas desaparecidas forzadamente, es posible que no se logre contar tampoco con esas pruebas y que sea necesario abordar el problema del trato debido a los restos no identificados. Cualquier

política que se adopte al respecto debe considerar diversas perspectivas en juego. Por una parte, las expectativas de las familias, que tienen derecho a conocer las circunstancias de la desaparición y el destino final de sus familiares desaparecidos, a recuperar sus restos mortales en condiciones dignas y de conformidad con sus normas y costumbres culturales, y también a participar en las diversas etapas de la búsqueda, incluyendo las de identificación y restitución. Por otra parte, también se debe considerar la relevancia de una posible identificación futura desde el punto de vista del derecho a la verdad, que en su dimensión colectiva asiste a toda la ciudadanía, y de las obligaciones del Estado de perseguir y establecer las responsabilidades penales por las violaciones sistemáticas de derechos humanos. Por último, se deben tomar en cuenta, además, las exigencias éticas de tratamiento digno que resultan de la condición moral del cuerpo muerto y que requieren al menos que esos restos anónimos no vuelvan a desaparecer.

REFERENCIAS

Accatino, D. (2011). Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, *XXXVII*, 483-511. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512011000200012

Accatino, D. (2016). Prueba, verdad y justicia de transición. El caso de Cecilia Magni y Raúl Pellegrin. *Revista de Derecho (Valdivia)*, *XXIX*(1). http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000100016

Aguilar, P. (2019). El primer ciclo de exhumaciones y homenajes a fusilados republicanos en Navarra. *Kamchatka. Revista de análisis cultural*, *13*. https://doi.org/10.7203/KAM.13.13531

Auditoría Científica. (2006). *Informe final de auditoría científica al proceso de identificación de restos de Patio 29* [documento obtenido a través de solicitud de acceso a la información a través del Portal de Transparencia del Consejo para la Transparencia del Estado de Chile].

Bennett, C. (2020). Is DNA always the answer? En R. C. Parra, S. C. Zapico y D. H. Ubelaker (eds.), *Forensic Science and Humanitarian Action: Interacting with the Dead and the Living* (pp. 521-534). Hoboken: John Wiley & Sons. https://doi.org/10.1002/9781119482062.ch33

Cáceres, I. (2004). Antropología Forense en Chile. En *Actas del V Congreso Chileno de Antropología* (vol. 2, pp. 940-945). Colegio de Antropólogos de Chile. https://www.aacademica.org/v.congreso.chileno.de.antropologia/123.pdf

Caiozzi, S. (dir.). (1998). *Fernando ha vuelto* [película]. Productora Caiozzi y García Ltda.

Collins, C. (2020). The reemergence of the disappeared, the role of remains and forensic gaze. *Memory Studies*, *13*(3). https://doi.org/10.1177/1750698020914016

Collins, C., & Ordoñez, A. (2021). "Conversar con el pasado, transformar este presente": Justicia transicional como justicia constituyente. En *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2021* (pp. 29-101). Centro de Derecho Humanos de la Universidad Diego Portales. https://derechoshumanos.udp.cl/publicacion/conversar-con-el-pasado-transformar-este-presente-justicia-transicional-como-justicia-constituyente/

Collins, C., Accatino, D., Bustos, F., Hau, B., López, L., Ordóñez, A., Ugás, F., Cea, K., Fernández, K., García, B., Jorquera, M. J., Labbé, N., & Méndez, D. (2019). La memoria en los tiempos del cólera: Verdad, justicia, reparaciones, y garantías de no repetición por los crímenes de la dictadura chilena. En *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2019* (pp. 23-132). Centro de Derecho Humanos de la Universidad Diego Portales. https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/12/01_Memoria_en_tiempos_de_colera-1.pdf

Coloma, R. (2009). Estándares de prueba y juicios por violaciones a los derechos humanos. *Revista de Derecho (Valdivia)*, *XXII*(2). http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502009000200011

Comisión Investigadora. (2006). *Informe acerca de las eventuales irregularidades cometidas en el Servicio Médico Legal, las que condujeron a la errónea identificación de los cuerpos humanos hallados en el 'Patio 29' del Cementerio General de la ciudad de Santiago.* https://ciperchile.cl/wp-content/uploads/Informe-C%C3%A1mara-Diputados-Patio-29.pdf

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). (2009). *Personas desaparecidas, análisis forense de ADN e identificación de restos humanos. Guía sobre prácticas idóneas en caso de conflicto armado y de otras situaciones de violencia armada* (2.ª ed.). https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc_003_4010.pdf

Cordner, S., & McKelvie, H. (2002). Developing standards in international forensic work to identify missing persons. *International Review of the Red Cross*, *84*(848), 867-884.

Ferrándiz, F., & Robben, A. C. G. M. (eds.). (2015). Introduction. The ethnography of exhumations. En *Necropolitics: Mass Graves and Exhumations in the Age of Human Rights* (pp. 1-38). Filadelfia: University of Pennsylvania Press. https://doi.org/10.9783/9780812291322-002

Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba.* Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Ferrer, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso.* Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Fowler, G., & Thompson, T. (2017). ¿Un mero ejercicio técnico?: desafíos y soluciones tecnológicas para la identificación de personas en escenarios de fosas comunes en un contexto moderno. En S. Garibiain, E. Anstett y J. M. Dreyfus (eds.), *Restos humanos e identificación. Violencia de masa, genocidio y el 'giro forense'* (pp. 115-133). Buenos Aires: Miño y Dávila Editores.

Garibiain, S., Anstett, E., & Dreyfus, J. M. (eds.). (2017). Introducción: ¿Por qué exhumar? ¿Por qué identificar? En *Restos humanos e identificación. Violencia de masa,* genocidio *y el 'giro forense'* (pp. 9-20). Buenos Aires: Miño y Dávila Editores.

Gatti, G. (2008). *El detenido-desaparecido. Narrativas posibles para una catástrofe de la identidad*. Montevideo: Trilce.

Gómez A., León, A., Pinto, B., & Marulenta, J. (2020). Necroética: el cuerpo muerto y su dignidad póstuma. *Aesthethika. Revista internacional de estudio e investigación interdisciplinaria sobre subjetividad, política y arte*, *16*(2).

Goodwin, W. (2017). The use of forensic DNA analysis in humanitarian forensic action: the development of a set of international standards. *Forensic Science International*, (278), 221-227. https://doi.org/10.1016/j.forsciint.2017.07.002

International Committee of the Red Cross (ICRC). (2013). *Forensic identification of human remains.* https://www.icrc.org/sites/default/files/topic/file_plus_list/4154-forensic_identification_of_human_remains.pdf

International Committee of the Red Cross (ICRC). (2022). *The forenisc human identification process: An integrated approach*. https://shop.icrc.org/the-forensic-human-identification-process-an-integrated-approach-pdf-en.html

Intriago, M. (2018). El camino de la identificación forense en el Servicio Médico Legal de Chile. *Revista Internacional de Antropología y Odontología Forense*, *1*(2).

Intriago, M. (2020). The Chilean experience in forensic identification of human remains. En R. C. Parra, S. C. Zapico y D. H. Ubelaker (eds.), *Forensic Science and Humanitarian Action: Interacting with the Dead and the Living* (pp. 703-714). Hoboken: John Wiley & Sons. https://doi.org/10.1002/9781119482062.ch46

Keenan, T., & Weizman, E. (2012). *Mengele's Skull. The Advent of a Forensic Aesthetics.* Sternberg Press, Portikus.

Keenan, T., & Weizman, E. (2013). *El cráneo de Mengele.* Libretas 03. México, D. F.: Fundación Jumex Arte Contemporáneo.

Laudan, L. (2006). *Truth, error and criminal law. An essay in legal epistemology.* Cambridge: Cambridge University Press.

Lira, E. (2015). Chile. Desaparición forzada: 1973-2015. En M. Giusti, G. Gutiérrez y S. Salmón (eds.), *La verdad nos hace libres* (pp. 549-573). Lima: Fondo Editorial PUCP.

Londoño, X., & Silva, M. (2020). The protection of the missing and the dead under international law. En R. C. Parra, S. C. Zapico y D. H. Ubelaker (eds.), *Forensic Science and Humanitarian Action: Interacting with the Dead and the Living* (pp. 25-35). Hoboken: John Wiley & Sons. https://doi.org/10.1002/9781119482062.ch2

Lynch, R. (2003). God's signature: DNA profiling, the new gold standard in forensic science. *Endeavour*, *27*(2), 93-97. https://doi.org/10.1016/s0160-9327(03)00068-1

Lynch, R. (2013). Science, truth, and forensic cultures: the excepcional legal status of DNA evidence. *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, *44*(1), 60-70. https://doi.org/10.1016/j.shpsc.2012.09.008

Medina, E., & Sandberg, I. (2016). Science and Harm in Human Rights Cases: Preventing the Revictimization of Families of the Disappeared. *Yale Legal Forum*, *125,* 331-342.

Moon, C. (2012). Interpreters of the Dead: Forensic Knowledge, Human Remains and the Politics of the Past. *Social & Legal Studies*, *22*(2), 149-169. https://doi.org/10.1177/0964663912463724

Moon, C. (2014). Human rights, human remains: forensic humanitarianism and the human rights of the dead. *International Social Science Journal*, *65*(215-216), 49-63. https://doi.org/10.1111/issj.12071

Moon, C. (2020). What Remains? Human Rights After Death. En K. Squires, D. Errickson y N. Márquez-Grant (eds.), *Ethical Approaches to Human Remains* (pp. 39-58). Cham: Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-030-32926-6_3

Nesiah, V. (2002). Overcoming tensions between family and judicial procedures. *International Review of the Red Cross*, *84*(848), 823-844. https://doi.org/10.1017/S1560775500104195

Padilla, E., & Reveco, I. (2004). Memoria del Grupo de Antropología Forense y su aporte al campo de los derechos humanos en Chile. En *Actas del V Congreso Chileno de Antropología* (vol. 2, pp. 1100-1108). Colegio de Antropólogos de Chile. https://www.aacademica.org/v.congreso.chileno.de.antropologia/146.pdf

Panel de Expertos en Identificación Humana. (2006). *Recomendaciones del Panel de Expertos*. Santiago: Comisión Asesora Presidencial para las Políticas de Derechos Humanos. https://ciperchile.cl/wp-content/uploads/Recomendaciones-Panel-de-Expertos.pdf

Rosenblatt, A. (2015). *Digging for the disappeared. Forensic Science after atrocity.* Stanford: Stanford University Press.

Rosenblatt, A., & Wagner, S. (2016). Known unknowns: forensic science, the nation state, and the iconic dead. En C. Stojanowksi y W. Duncan (eds.), *Studies in forensic biohistory. Anthropological perspective* (pp. 237-266). Cambridge: Cambridge University Press.

Sarkin, J. (2017). How developments in the science and technology of searching, recovering and identifying the missing/disappeared are positively affecting the rights of victims around the world. *Human Remains and Violence*, *3*(1), 71-89. https://doi.org/10.7227/HRV.3.1.6

Servicio Médico Legal. (s.f.). *Informe Pericial Integrado*. https://www.sml.gob.cl/index.php/informe-pericial-integrado/

Servicio Médico Legal. (2021). *Listado de víctimas de violación a los derechos humanos identificadas a la fecha*. https://www.sml.gob.cl/index.php/2021/05/listado-de-victimas-de-violacion-a-los-dd-hh-identificadas-a-la-fecha/

Sferrazza, P. (2021a). La búsqueda de personas desaparecidas en Chile: ¿necesidad de un complemento humanitario? *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, *LXVI* (243), 79-108. http://dx.doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2021.243.70276

Sferrazza, P. (2021b). La búsqueda de personas desaparecidas: derecho humano de las víctimas y obligación internacional del Estado. *Estudios Constitucionales*, *19*(1), 265-308. https://doi.org/10.4067/S0718-52002021000100265

Sferrazza, P. (2021c) Comentarios a los Principios Rectores para la Búsqueda de Personas Desaparecidas del Comité contra las Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, *XXI*, 773-796. http://dx.doi.org/10.22201/iij.24487872e.2021.21.15609

Smith, L. A. (2016). Identifying Democracy: Citizenship, DNA, and Identity in Postdictatorship Argentina. *Science, Technology & Human Values*, *41* (6), 1037-1062. https://doi.org/10.1177/0162243916658708

Squires, K., Errickson, D., & Márquez-Grant, N. (2019). *Ethical approaches to human remains: a global challenge un bioarchaeology and forensic anthropology.* Cham: Springer.

Stover, E., & Shigekane, R. (2004). Exhumation of mass graves: balancing legal and humanitarian needs. En E. Stover y H. M. Weinstein (eds.), *My neighbor, my enemy: justice and community in the aftermath of mass atrocity* (pp. 85-103). Cambridge: Cambridge University Press.

Subsecretaría de Derechos Humanos. (2023a). *Plan Nacional de Búsqueda*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile. https://www.derechoshumanos.gob.cl/plan-nacional-de-busqueda/

Subsecretaría de Derechos Humanos. (2023b). *Diseño participativo del Plan Nacional de Búsqueda*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile. https://www.minjusticia.gob.cl/media/2022/09/Diseno_Participativo_PlanBusqueda.pdf

Taruffo, M. (2003). Rethinking standards of proof. The American Journal of *Comparative Law*, *51* (31), 663- 679.

Tidball-Binz, M. (2006). Forensic investigations into the missing. Recommendations and operational best practices. En A. Schmitt, E. Cunha y J. Pinheiro (eds.), *Forensic anthropology and medicine: Complementary sciences from recovery to cause of death* (pp. 383-407). Totowa, Nueva Jersey: Humana Press.

Tidball-Binz, M., Penchaszadeh, V., Vullo, C., Salado Puerto, M., Fondebrider, L., Carlotto, E., Gershanik, A., Villegas Beltrán, F., Albertelli, S., Toker, L., & Goodwin, W. (2013). A good practice guide for the use of forensic genetics applied to human rights and international humanitarian law investigations. *Forensic Science International: Genetics Supplement Series*, *4*(1). https://doi.org/10.1016/j.fsigss.2013.10.109

Vásquez, C. (2016). *De la prueba científica a la prueba pericial.* Madrid: Marcial Pons.

Wagner, S. (2008). *To know where le lies: DNA technologies and the search for Sbrenica missings.* Berkeley: University of California Press.

Wyndham, M., & Read, P. (2010). From state terrorism to state errorism: post-Pinochet Chile's long search for truth and justice. *The Public Historian*, *32*(1), 31-44. https://doi.org/10.1525/tph.2010.32.1.31

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Ley N.° 1853, Código de Procedimiento Penal (Ministerio de Justicia [Chile], 1906). *Diario Oficial*, 18 de febrero de 1906. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=22960

Principios rectores para la búsqueda de personas desaparecidas (Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, 28 de agosto de 2019). https://www.ohchr.org/es/documents/legal-standards-and-guidelines/guiding-principles-search-disappeared-persons

Recibido: 11/05/2023
Aprobado: 13/10/2023

MISCELÁNEA

DERECHO PUCP
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202302.007
CC BY
DERECHO PUCP
N° 91, 2023
diciembre-mayo
pp. 231-270
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Descripción de los riesgos y desafíos para la integridad académica de aplicaciones generativas de inteligencia artificial*

Risks and Challenges Posed by Artificial Intelligence Generative Applications for Academic Integrity

ROBERTO NAVARRO-DOLMESTCH**
Universidad Católica del Maule (Chile)

Resumen: Este artículo analiza, desde una perspectiva descriptiva y como apertura de una línea de investigación, el impacto que las tecnologías de inteligencia artificial generativas (IAG) pueden representar para la integridad académica, materializado en la actividad docente y en los procesos de evaluación en la enseñanza universitaria del derecho. El artículo toma como premisa la definición de la integridad académica como un conjunto de valores y sostiene que de la IAG surgen una serie de riesgos que amenazan dichos valores, como la excesiva dependencia y confianza en la IAG, la irrealizabilidad del proyecto pedagógico y la pérdida de competitividad de las instituciones educativas, entre otros. Para minimizar o anular tales riesgos y, de esa forma, impedir que ellos se concreten en afectaciones a la integridad académica, se identifican cuatro medidas de mitigación para ser aplicadas en entornos universitarios.

Palabras clave: Integridad académica, inteligencia artificial, generación automática de texto, *chatbot*, ChatGPT

Abstract: From the perspective of a descriptive analysis, and as a starting point to a new research line, this paper examines the potential impact Generative Artificial Intelligence (GAI) technologies may have on academic integrity, manifested in the learning and evaluation processes of law classes at the university level. The article takes as its premise the definition of academic integrity as a set of values and argues that a series of risks arise from the GAI that threaten those values, such as excessive dependence and trust in the GAI, the unreallizability of the pedagogical project and the loss of competitiveness of educational institutions, among others. To minimize or nullify such risks, and thus prevent them from affecting academic integrity, four mitigation measures are identified to be applied in university environments.

Keywords: Academic integrity, artificial intelligence, automatic text generation, chatbot, ChatGPT

* Este artículo se ha elaborado en el marco del Proyecto Fondecyt de Iniciación 2023 N.° 11230216, financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo del Gobierno de Chile, titulado «Aplicación del Derecho Penal a la Inteligencia Artificial», y del que su autor es investigador responsable.
** Doctor en Derecho por la Universidade da Coruña (España). Profesor de Derecho Penal de la Universidad Católica del Maule (Chile).
Código ORCID: 0000-0003-0907-5714. Correo electrónico: ronavarro@ucm.cl

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. APLICACIONES DE GENERACIÓN AUTOMÁTICA DE LENGUAJE NATURAL.- III. INTEGRIDAD ACADÉMICA.- IV. CONDUCTAS Y SU (DIS)VALORACIÓN.- V. RIESGOS.- V.1. RIESGOS PROCEDIMENTALES.- V.1.1. EXCESIVA DEPENDENCIA Y CONFIANZA EN LA AIG.- V.1.2. IRREALIZABILIDAD DEL PROYECTO PEDAGÓGICO.- V.1.3. INCORPORACIÓN DE SESGOS Y DISCRIMINACIÓN EN EL APRENDIZAJE.- V.2. RIESGOS DE RESULTADO INDIVIDUALES.- V.2.1. RESPONSABILIDAD LEGAL.- V.2.2. APRENDIZAJE DISTORSIONADO Y ADQUISICIÓN DE SESGOS Y DISCRIMINACIONES.- V.2.3. SOBRECALIFICACIÓN INFUNDADA.- V.3. RIESGOS DE RESULTADO COLECTIVOS.- V.3.1. PÉRDIDA DE COMPETITIVIDAD DE LA INSTITUCIÓN.- V.3.2. CONTAMINACIÓN DE LA CULTURA ACADÉMICA.- V.3.3. DEGRADACIÓN DEL VALOR ÉTICO DE LA INSTITUCIÓN.- VI. MEDIDAS DE MITIGACIÓN.- VI.1. ADAPTACIÓN DE LOS MARCOS NORMATIVOS.- VI.2. REVALORIZACIÓN DEL PENSAMIENTO CRÍTICO.- VI.3. CAMBIOS EN LOS PARADIGMAS DE LA DOCENCIA Y LA EVALUACIÓN.- VI.4. CUESTIONAMIENTO DE MODELOS DE *E-LEARNING*.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La inteligencia artificial (IA) es un conjunto heterogéneo de tecnologías que pretenden emular las capacidades humanas para el desarrollo de tareas que, hasta su surgimiento, eran propias y exclusivas de los seres humanos (Abbott & Sarch, 2019, p. 329; 2020, p. 179; Barfield & Pagallo, 2020, p. 1; Fierens *et al.*, 2021, p. 51)[1]. Tales capacidades se refieren, principalmente, a la percepción del mundo, la comprensión e interpretación de este, el raciocinio, la argumentación y la creatividad. Dentro de este contexto se inscribe la inteligencia artificial generativa (IAG), que es un enfoque tecnológico que consiste en «el aprendizaje por máquinas no-supervisado o semisupervisado para crear nuevo contenido, incluido, pero no limitado, a imágenes digitales, vídeo, audio, texto o código» (Hu, 2022). Los modelos generativos «se definen como métodos o técnicas que son capaces de transformar información en código o un subconjunto de códigos desde el que se puede reconstruir la información» (Abukmeil *et al.*, 2021, p. 2). La IAG se ha desarrollado en torno a dos marcos preferentes: *Generative Adversarial Network* (GAN)

1 En un esfuerzo por entregar una definición más comprensiva de la IA, Russell y Norvig (2020) distinguen cuatro enfoques definitorios, distinción que aún tiene vigencia. El primero, el «enfoque del test de Turing», plantea que la IA es aquella tecnología capaz de interactuar verbalmente con un ser humano sin que este pueda percatarse de que está conversando con una máquina. El segundo, el «enfoque cognitivo», propone que IA es aquella tecnología que piensa como un ser humano en el sentido en que ha sido determinado por la ciencia cognitiva. Se trata de que las máquinas inteligentes resuelvan problemas siguiendo los mismos pasos de razonamiento que un ser humano enfrentado al mismo problema. El tercero, el «enfoque de las leyes del pensamiento», plantea que IA es aquella tecnología capaz de efectuar inferencias correctas; es decir, de aplicar las leyes de la lógica en forma autónoma. En este enfoque, la IA se describe como aquella con la capacidad suficiente de tomar la descripción de un problema expresado en notación lógica y encontrar la solución, si ella existe. Y el cuarto, el «enfoque del agente racional», considera que la IA es aquella capaz de tomar los datos del mundo externo, procesarlos y decidir cursos de acción y soluciones racionales a los problemas que se presentan. La racionalidad implica la correcta construcción de inferencias lógicas; adicionalmente, la racionalidad también se integra de algo que está más allá de las meras inferencias lógicas, para lo cual la IA requiere aplicar conocimientos previos del mundo circundante (pp. 5-8).

(Albahar & Almalki, 2019, p. 3245; Caldera, 2019, p. 181; Raj *et al.*, 2022, p. 181) y *Generative Transformer* (Dale, 2021; Hu, 2022). El primero se puede emplear, por ejemplo, en la generación de imágenes y vídeos digitales, y, con ellos, en usos como las *deepfakes*[2]; el segundo, por su parte, ha permitido desarrollar los chats conversacionales de generación de contenido como ChatGPT (Generative Pre-trained Transformer) de OpenAI o BERT (Bidirectional Encoder Representations from Transformers) de Google.

Las tecnologías generativas, cuyo desarrollo fue posible gracias al avance en redes neuronales y al aprendizaje automático (*machine learning*), están diseñadas para ejecutar tareas que, generalmente, incluyen resumir o sintetizar textos, traducir automáticamente o generar diálogos, preguntas o paráfrasis; generar texto desde información numérica o estructurada (como tablas) o desestructurada; o generar texto desde multimodalidad, como la conversión de imágenes o vídeos en textos en lenguaje natural (Azaria, 2022; Li *et al.*, 2022) o viceversa. Dentro de esas tecnologías, los Modelos de Lenguaje (ML)[3] son aplicaciones informáticas, que pueden estar basadas en IA y que generan contenidos expresados en imágenes digitales (fotografías o vídeos) o en lenguaje natural; esto es, de la misma forma en la que los seres humanos usamos el lenguaje. En este último caso, es difícil o prácticamente imposible para un lector humano determinar si un contenido fue generado por una máquina.

En el caso de ChatGPT, uno de los ML más famosos y difundidos, el usuario puede entablar con la aplicación una interacción que emula

2 El término *deepfake* (traducido como «ultrafalso» por autores como García-Ull [2021], Miquel-Vergés [2022] y Simó Soler [2023]) es una denominación genérica que se utiliza para designar contenido digital de vídeo, imágenes u otro completa o parcialmente fabricado, o la manipulación y transformación de contenido previamente existente (Van der Sloot & Wagensveld, 2022, p. 1) con la ayuda de aplicaciones que funcionan con base en técnicas de *deep learning* (Tolosana *et al.*, 2022, p. 4). Aunque la fabricación de imágenes o su manipulación son fenómenos antiguos, el uso de tecnología de IA ha permitido que el proceso de creación o manipulación se haga marcadamente más fácil, rápido y barato, facilitando obtener resultados más convincentes (Winter & Salter, 2020, p. 2). Estas técnicas han sido utilizadas en actividades como la sátira política, la generación de *fakenews* —informaciones falsas, algunas de ellas generadas con la ayuda de esas técnicas (Alibašić & Rose, 2019, p. 465; Melo, 2022)—, y de *pornfakes* —vídeos que muestran, generalmente, el rostro de mujeres famosas en escenas de contenido sexual o pornográfico (Harris, 2019; Brown & Fleming, 2020; Popova, 2020)—. A la fecha, el fenómeno de las *deepfakes* representa varios desafíos jurídicos y políticos (Chesney & Citron, 2019).

3 Los ML son modelizaciones de un idioma y de cómo este es utilizado por los seres humanos, estando compuesto por palabras con «significado» y reglas gramaticales, de sintaxis y de ortografía. La aplicación funciona con probabilidades, es decir, puede predecir qué palabra debería venir a continuación de otra, de acuerdo con un contexto determinado, gracias a *tokens* (unidades que corresponden a partes de ese idioma) y vectores de *embedding* (que permiten ir fijando vínculos entre las palabras). Tanto los *tokens* aprendidos como los requerimientos del usuario (*prompts*) son transformados a lenguaje de máquinas (secuencias numéricas binarias) que permiten a la aplicación reconocer tales secuencias y detectar patrones. Con base en esos patrones, el *chatbot* es capaz de generar texto que, al ser leído por un humano, es coherente y tiene lógica y sentido, aunque la información generada no sea necesariamente real o correcta. Dentro de los ML se distinguen los de «gran tamaño» (*Large Languaje Models*), concepto referido al volumen de datos usados en el proceso de entrenamiento de la aplicación y la cantidad de parámetros utilizados. Se puede encontrar una síntesis del tamaño de las bases de datos de entrenamiento de varias aplicaciones de ML en Bender *et al.* (2021, p. 611, tabla 1).

una «conversación», de ahí su descripción como «chat conversacional». En tal interacción, el usuario introduce un requerimiento (*script*) y obtiene una respuesta del chat, similar en forma y estructura a la que podría obtenerse de un interlocutor humano. ChatGPT es capaz no solo de incluir elementos de hecho y datos en sus respuestas, sino también de modificar sus respuestas con base en nuevos *inputs* proporcionados por el usuario. La amplia difusión de esta aplicación, su inmediata disponibilidad para uso por cualquier usuario con conexión a internet y la generación de ingentes volúmenes de investigación sobre ella justifican que en este artículo me refiera principalmente a ChatGPT. No obstante, los riesgos que se identifican son válidos, en general, para las tecnologías y aplicaciones de generación automatizada de contenido digital. Si se busca ampliar el tema, Gozalo-Brizuela y Garrido-Merchán (2023) hacen una revisión sobre el estado del arte en materia de tecnologías generativas.

Como generalmente ocurre con los avances tecnológicos, las aplicaciones generativas ofrecen innumerables ventajas[4]; pero, a la vez, imponen desafíos y representan riesgos que hacen imprescindible conocer y gestionar adecuadamente tales herramientas. El nacimiento de tecnologías generativas basadas en IA ha provocado alarmas en el mundo académico, prediciéndose el fin de la docencia como la conocemos hoy (Crawford *et al.*, 2023).

Este artículo se presenta como una primera aproximación a su objeto de análisis y abre una nueva línea de investigación de mi parte. Por esa razón, debe ser visto como una exposición descriptiva del fenómeno y, a la vez, un intento de revisión de la literatura sobre la materia. En ese contexto, tiene como objetivos describir los riesgos que representa para la integridad académica el desarrollo de tecnologías generativas basadas en IA y proponer algunas medidas de mitigación que se pueden adoptar para hacer frente a tales riesgos. En términos de la relevancia para este estudio, las tecnologías de generación de texto son capaces no solo de generar *abstracts* o sintetizar fuentes bibliográficas, sino también de escribir ensayos, artículos o tesis. Además, tienen la capacidad de responder preguntas incluidas en un examen, ya sea que estas estén expresadas en formato de selección múltiple o de desarrollo. Se ha sostenido que ChatGPT «puede generar, incluso en su estado básico, estudios de investigación de apariencia plausible para revistas bien ranqueadas» (Dowling & Lucey, 2023).

La enseñanza del derecho es especialmente vulnerable ante estas tecnologías. Los objetos de estudio de esta carrera se expresan en ideas abstractas que se fundamentan en datos de la realidad —como

4 Una revisión sistemática de estudios empíricos sobre el uso de ML de gran tamaño en aspectos educacionales puede encontrarse en Yan *et al.* (2023).

normas, evolución histórica de las instituciones, conflictos sociales, soluciones de aplicación de normas a hechos de la realidad, etc.—. Ese escenario es propicio para el uso (y abuso) de tecnologías generativas. En consecuencia, el foco de este artículo estará puesto en la docencia universitaria en la carrera de Derecho; sin embargo, ello no obsta a que los problemas que aquí se describen pueden ser extrapolables a otras áreas del conocimiento. Además, esta contribución puede servir como base para una —a mi juicio— necesaria discusión sobre estas temáticas que debe verificarse en las universidades.

En el apartado II expondré el contexto fáctico del objeto de estudio de este artículo, en el que haré una breve exposición sobre las aplicaciones de tecnologías algorítmicas de escritura y de generación de contenido, así como de los usos que puede dárseles en el ámbito del desempeño académico de estudiantes universitarios. El apartado III contiene una delimitación conceptual sobre la integridad académica con el objeto de precisar su contenido y, de esa forma, obtener elementos relevantes para el apartado IV. En este último hago una descripción de las conductas que se consideran disvaloradas desde la perspectiva de la integridad académica, distinguiendo entre plagio, suplantación de autoría y simulación de autoría. Asimismo, en el apartado V propongo una taxonomía de los riesgos que las tecnologías generativas representan para la integridad académica. Esta clasificación distingue entre riesgos procedimentales —excesiva dependencia y confianza en la AIG, irrealizabilidad del modelo pedagógico o formativo, e incorporación al aprendizaje de sesgos y discriminaciones— y riesgos de resultado —responsabilidad legal, aprendizaje distorsionado, sesgos y discriminación, sobrecalificación infundada, pérdida de competitividad de la institución de educación superior, contaminación de la cultura académica y degradación del valor ético de la institución—. En el apartado VI propongo cuatro medidas de mitigación de los riesgos previamente identificados en el apartado V —adaptación de los marcos normativos universitarios, revaloración del pensamiento crítico, cambios en los paradigmas de docencia y evaluación, y cuestionamiento de los entornos pedagógicos asincrónicos y a distancia—. El apartado VII, por último, está destinado a las conclusiones.

II. APLICACIONES DE GENERACIÓN AUTOMÁTICA DE LENGUAJE NATURAL

Las tecnologías de IAG, capaces de generar contenidos en forma autónoma y sin intervención humana directa, han registrado un avance importante en la interrelación directa con las personas. Es posible augurar que el lanzamiento de ChatGPT o Chat Generative Pre-Trained Transformer en noviembre de 2022 (Li *et al.*, 2023), desarrollado por la empresa OpenAI y considerado «un gran avance en la tecnología

de IA generativa» (Eke, 2023)[5], llegue a convertirse en un hito en esta materia. ChatGPT es la aplicación con el crecimiento de consumidores más acelerado de la historia[6], con cien millones de usuarios registrados en dos meses desde su lanzamiento (Helberger & Diakopoulos, 2023)[7]. Además, ha logrado atraer la atención de legisladores[8], medios de comunicación (Dale, 2021; García-Peñalvo, 2023), y académicos e investigadores, sobre todo en los aspectos éticos (Gordijn & Have, 2023). Recientemente, ChatGPT ha sido integrado con Bing, el motor de búsqueda de Microsoft, combinando las capacidades conversacionales con las de búsqueda en internet (Bing Chat); y se ha liberado una nueva versión: ChatGPT-4[9]. ChatGPT no es el único chat conversacional (Floridi, 2023, p. 14)[10], pero su lanzamiento aceleró una carrera entre las empresas tecnológicas en la materia (Höppner & Streatfeild, 2023; Rahaman *et al.*, 2023)[11].

ChatGPT es una herramienta capaz de procesar imágenes y lenguaje humano y de producir contenido. Es una interfaz conversacional en línea basada en un paradigma de modelo de generación de lenguaje preentrenado (Susnjak, 2022, p. 3; Kasneci *et al.*, 2023)[12]. «Está diseñado para generar respuestas de texto similares a las humanas a la entrada del usuario en un contexto conversacional» (Aydin & Karaarslan, 2022, p. 22), con niveles crecientes de confiabilidad a medida que se

5 En junio de 2018, científicos de OpenAI publicaron el *paper* «Improving Language Understanding by Generative Pre-Training» en versión *preprint* en la propia web de OpenAI (Radford *et al*., 2018), por entonces, una organización sin fines de lucro. El trabajo, firmado por Alec Radford, Karthik Narasimhan, Tim Salimans e Ilya Sutskever, es el comienzo de ChatGPT.

6 Ver Bartz (2023).

7 Ver Milmo (2023a).

8 Helberger y Diakopoulos (2023) analizan los ajustes que la Unión Europea está intentando introducir a su proyecto de regulación sobre IA a partir de la difusión de ChatGPT y cómo esta tecnología no calza en los moldes tradicionales con los que se analiza y regula la IA en general.

9 La versión ChatGPT-4 fue anunciada el 15 de marzo de 2023. Ella es descrita por OpenAI como un «gran modelo multimodal (que acepta entradas de texto y emite salidas de texto hoy, con entradas de imágenes en el futuro) que puede resolver problemas difíciles con mayor precisión que cualquiera de nuestros modelos anteriores, gracias a su conocimiento general más amplio y capacidades de razonamiento avanzadas» (OpenAI, 2023). Sin embargo, la compañía ha sido renuente en proporcionar públicamente información que respalde las anunciadas características de su nuevo producto (Heaven, 2023).

10 Entre los otros grandes modelos de lenguaje se pueden mencionar BERT, GLaM y LaMDA, todos de Google; Fairseq y LLaMA, de Meta; GPT-Neo, GPT-J y GPT-NeoX, de EleutherAI; Claude, de Anthropic; Megatron-Turing NLG, de Microsoft y Nvidia; Chinchilla, de DeepMind; YaLM 100B, de Yandex; BLOOM, de Hugging Face; y Alexa, de Amazon.

11 Google, por ejemplo, ha tenido varios problemas con su *chatbot* conversacional Bard y la tecnología que lo soporta, LaMDA (*Language Model for Dialogue Applications*). Además de los errores en los que incurrió sobre el telescopio espacial James Webb en su presentación pública (Milmo, 2023b), que le significó a Google una fuerte baja del precio de sus acciones (Floridi, 2023, p. 15), la firma tecnológica debió enfrentar el conflicto generado por uno de sus ingenieros, que decidió hacer públicas sus preocupaciones por la eventual capacidad sintiente que habría desarrollado el *chatbot* (Tiku, 2022). Por su parte, Meta, propietaria de Facebook, Instagram y WhastApp, ha efectuado anuncios sobre su propia aplicación conversacional basada en *deep learning*, que podría llamarse LlaMa (Hern, 2023).

12 Este modelo de generación de lenguaje preentrenado se basa en la arquitectura *Transformer*, es el de más reciente desarrollo y muestra mejores rendimientos que los otros tres modelos existentes —el basado en ejemplos, el estadístico y el basado en redes neuronales— en la ejecución de tareas. Su mayor debilidad se encuentra, sin embargo, en que tiene menores niveles de fidelidad que los otros modelos (Li *et al.*, 2022).

va profundizando su entrenamiento directamente proporcionales a la generalidad de la materia sobre la que se le consulte (Qin *et al.*, 2023). ChatGPT, de uso gratuito[13] a través de internet[14], funciona gracias a algoritmos de *deep learning*, un tipo de IA. Tiene la habilidad de «comprender» las preguntas o los requerimientos que se le formulen, encontrar patrones o relaciones generadas a partir de las enormes bases de datos con las que fue entrenado —y sigue siéndolo—[15], y construir una respuesta escrita con diferentes niveles de corrección y precisión.

Desde la aparición pública de ChatGPT se han hecho estudios y ensayos que pretenden analizar la posibilidad de que dicha herramienta pueda generar textos académicos.Susnjak (2022) experimentó con diversas respuestas generadas por ChatGPT. Al analizarlas a la luz de los estándares intelectuales propuestos por Paul (2005), concluyó que las respuestas proporcionadas por el chat «pueden evaluarse como claras en la exposición, precisas con respecto a los ejemplos utilizados, relevantes para las preguntas formuladas y suficientemente profundas y amplias considerando las restricciones impuestas y lógicamente coherentes en textos más extensos» (p. 13). Jabotinsky y Sarel (2023) condujeron un experimento en el que requirieron a ChatGPT que generara texto, incluyendo referencias bibliográficas, sobre los riesgos de la IA en la producción científica. Los autores lograron determinar que el *chatbot* fue capaz de generar textos con sentido y bien escritos. Sin embargo, detectaron errores en las referencias bibliográficas proporcionadas (algunas de ellas, inexistentes) y destacaron que la información con la que ha sido entrenado solo comprende hasta 2021. A pesar de los defectos, los autores concluyen que ChatGPT tiene un potencial útil para la escritura académica. Asimismo, los autores sometieron a prueba a Bing y encontraron que este *chatbot* generó información menos específica y utilizó fuentes de información generales (como blogs) que no califican como fuentes válidas de información para un *paper* académico.

Bommarito y Katz (2022) condujeron una evaluación experimental de ChatGPT-3 (la versión previa a ChatGPT) que consistió en aplicarle una prueba de acceso a la barra de abogados en Estados Unidos. Los autores descubrieron que el rendimiento de ChatGPT en resolver esos exámenes se ubicó muy por encima del margen de aleatoriedad en los resultados y que superó el porcentaje de aprobación en dos de las materias incluidas en la evaluación (derecho de daños y de evidencia).

13 Aunque existe la posibilidad de pagar una suscripción que da acceso a la versión Plus con mejoras en rendimiento y tiempos de respuesta respecto de la versión gratuita. Se puede a ceder a ChatGTP a través del siguiente enlace: https://openai.com

14 Ya sea desde un navegador o *browser* en un computador de escritorio, un dispositivo móvil (como un *smartphone* o una *tablet*), la web de OpenAI o a través de API y extensiones desarrolladas para integrar ChatGPT con otras aplicaciones.

15 Se estima que ChatGPT fue entrenado con un conjunto de datos compuesto por trescientos mil millones de palabras (Helberger & Diakopoulos, 2023).

También hallaron que tuvo un rendimiento muy similar al de postulantes humanos. Carrasco *et al.* (2023) sometieron a ChatGPT al examen MIR 2022 en España y concluyeron que, de acuerdo con el puntaje obtenido en tal examinación, el *chatbot* de OpenAI podría «haber elegido múltiples especialidades en distintos hospitales a lo largo del Estado» español. Choi *et al.* (2023), haciendo un ensayo similar, determinaron que ChatGPT habría aprobado los exámenes finales de las cuatro asignaturas que incluyeron en su estudio, obteniendo una calificación C+ en todas ellas; y que «si dicho desempeño fuera constante en toda la carrera de derecho, las calificaciones obtenidas por ChatGPT serían suficientes para que se graduara».

En el proceso de redacción de este artículo, desarrollé un pequeño ensayo solo para ilustrar el rendimiento de ChatGPT y sin pretender que sus resultados sirvan como evidencia porque no apliqué una metodología específica. Le formulé a ChatGPT sesenta de las preguntas del Modelo de Prueba PDT de acceso a las universidades chilenas para las asignaturas de Historia y Ciencias Sociales publicado por Demre, tal como aparecen escritas en el modelo. La aplicación reconoció el formato de selección múltiple de las preguntas, ya que en sus respuestas indicó cuál de las alternativas era la correcta; pudo completar cuadros de información (como en la pregunta N.° 27 del modelo); fue capaz de interpretar diagramas presentados en el modelo gráficamente, pero introducidos a ChatGPT solo con texto (como en las preguntas N.° 34, 40, 49 y 51); realizó ejercicios de comprensión lectora (preguntas N.° 9, 23, 29, 30, 32, 44, 47, 48, 50 y 55); y pudo prescindir de gráficos de información incluidos en el modelo de prueba, pero indicando la fuente de los datos (preguntas N.° 20 y 58). Al comparar las respuestas entregadas por ChatGPT[16] con las claves publicadas por Demre (2022), ChatGPT acertó en cincuenta y cinco de las sesenta preguntas formuladas; esto es, tuvo un 91,7 % de acierto. Esto significa que, de haber rendido la examinación, ChatGPT habría obtenido ochocientos ochenta y ocho puntos de un total de mil.

En el mundo del derecho, y a pesar de su enfoque generalista, ChatGPT ya ha tenido usos concretos en la función jurisdiccional. En esa línea, este *chatbot* fue utilizado por un tribunal colombiano como apoyo en la construcción de fundamentos jurídicos en el dictado de una de sus sentencias[17].

16 Generadas con la versión liberada el 14 de marzo de 2023 (OpenAI, s.f.).

17 Se trata de la sentencia del Juzgado 1.° Laboral del Circuito de Cartagena, de 30 de enero de 2023. En el proceso se discutía el alcance de las prestaciones de seguridad social para un niño con síndrome autista. Recurriendo a la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, «Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del decreto legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones», el Tribunal —luego de expresar sus fundamentos jurídicos—, agrega que se decidió «extender los argumentos de la decisión adoptada, conforme al uso de inteligencia artificial (IA)».

Floridi (2023) explica los ML comparándolos por analogía con los loros estocásticos, pero advirtiendo brillantemente que

> La analogía ayuda, pero solo en parte, no solo porque los loros tienen una inteligencia propia que sería la envidia de cualquier IA sino, sobre todo, porque los [Modelos de Lenguaje de Gran Tamaño] sintetizan textos de nuevas formas, reestructurando los contenidos en los que han sido entrenados, no proporcionando simples repeticiones o yuxtaposiciones. Se parecen mucho más a la función de autocompletar de un motor de búsqueda. Y en su capacidad de síntesis se asemejan a esos alumnos mediocres o perezosos que, para escribir un breve ensayo, utilizan una decena de referencias pertinentes sugeridas por el profesor y, tomando un poco de aquí y un poco de allá, arman un texto ecléctico, coherente, pero sin haber entendido mucho ni añadido nada. Como tutor universitario en Oxford, corregí muchos de ellos cada trimestre. Ahora ChatGPT puede producirlos de manera más rápida y eficiente (p. 15).

Estas tecnologías ofrecen oportunidades únicas para el mejoramiento continuo de la enseñanza universitaria que «incluyen una mayor participación, colaboración y accesibilidad de los estudiantes» (Cotton *et al.*, 2023). Pueden permitirles identificar fuentes de información de una manera más rápida que a través de las búsquedas en bases de datos convencionales, facilitarles el procesamiento de mayores volúmenes de datos para discriminar los relevantes de los accesorios o contribuir al proceso de formación de un juicio crítico sobre diversos temas, por mencionar algunos aspectos. Pero estas tecnologías también plantean desafíos (Islam & Islam, 2023; Kasneci *et al.*, 2023; Riley & Alvarez, 2023), entre ellos uno de carácter ético e, incluso, jurídico que se relaciona con lo que en términos coloquiales denominamos «copia».

La versión 3.5 de ChatGPT, disponible en forma gratuita, se diferencia de todas las otras aplicaciones generativas y conversacionales existentes, incluso de sus propias versiones previas[18], por las capacidades que dicho *chatbot* tiene. No solo puede entender texto natural y contestar

La sentencia deja constancia de que se le formularon varias preguntas a ChatGPT sobre la cuestión debatida como, por ejemplo: «¿El menor autista está exonerado de pagar cuotas moderadoras en sus terapias?», «¿Las acciones de tutela en estos casos se deben conceder?», «¿Exigir en estos casos la cuota moderadora es una barrera de acceso al servicio de salud?» y «¿La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tomado decisiones favorables en casos similares?». La sentencia consigna las respuestas generadas por la aplicación y advierte que «[e]l propósito de incluir estos textos producto de la IA no es en manera alguna reemplazar la decisión del Juez. Lo que realmente buscamos es optimizar los tiempos empleados en redacción de sentencias, previa corroboración de la información suministrada por IA» (Sentencia de 30 de enero de 2023, §11). En todo caso, no se alcanza a visualizar de qué forma el uso de ChatGPT podría lograr los propósitos declarados, sobre todo si en el proceso de dictado de la sentencia el Tribunal recurre a la aplicación solo después de exponer los fundamentos construidos por el juez. De todos modos, este uso concreto de la IA fue objeto de atención mediática; por ejemplo, el hecho fue cubierto por *The Guardian* (Taylor, 2023).

18 Generative Pre-trained Transformer 2 (GPT-2) de OpenAI, lanzado en noviembre de 2019, y el Generative Pre-trained Transformer 3 (GPT-3), de la misma empresa y lanzado en junio de 2020 (Zhang & Li, 2021; Perkins, 2023).

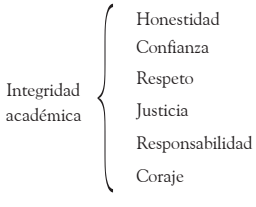
preguntas, sino que también es capaz de traducir entre distintos idiomas, rechazar requerimientos inapropiados, contradecir premisas incorrectas, resumir textos, generar escritura creativa como poesía, contar chistes o crear cuentos (Eke, 2023; Jiao *et al.*, 2023; Talan & Kalinkara, 2023, p. 35). Y se encuentra aún en su infancia. Como lo han destacado Aljanabi y ChatGPT (2023, p. 16) —¡sí, el propio *chatbot* es coautor declarado de esta fuente!—, «una de las direcciones futuras más prometedoras para ChatGPT es su integración con otras tecnologías de IA, tales como la visión de computadores y la robótica»[19]. A ello se puede agregar que ChatGPT tiene un enfoque generalista con relación a la información de entrenamiento empleada, pero nada obsta a que en un corto o mediano plazo surjan chats conversacionales entrenados en áreas específicas del conocimiento. El derecho puede ser una de ellas.

III. INTEGRIDAD ACADÉMICA

Para identificar los riesgos que las tecnologías de IA de generación de contenido representan para la integridad académica[20], tomaré como referencia la definición propuesta por el International Center for Academic Integrity (2021) sin perjuicio de destacar que, a nivel de definición, un consenso sobre cómo definir la integridad académica está lejos de alcanzarse y su comprensión está fuertemente influida por contextos nacionales, como lo demuestran los diferentes trabajos que integran el *Handbook of Academic Integrity* (Bretag (ed.), 2016).

El International Center for Academic Integrity (2021) define la integridad académica como un compromiso con seis valores fundamentales: honestidad, confianza, justicia, respeto, responsabilidad y coraje (ver figura 1).

Figura 1. Esquema de los valores que integran el concepto de integridad académica



Fuente: International Center for Academic Integrity (2021).

19 Como las funcionalidades que ya ha desarrollado ChatGPT-4. Al respecto, ver nota al pie N.° 9.

20 García-Villegas *et al.* (2016) explican que en el contexto latinoamericano se prefieren otras expresiones para dar cuenta del fenómeno, tales como «fraude» o «incumplimiento de deberes académicos»; es decir, denominaciones que ponen el acento en sus aspectos negativos a diferencia de la de «integridad académica», más propia del entorno angloamericano, que destaca un enfoque positivo (pp. 162-163).

Desde una perspectiva deontológica, la adhesión sustancial a estos valores permite reconocer una actividad académica como tal en la medida que la adecuación a tales valores es un requisito de la esencia de las labores de docencia e investigación. Desde un enfoque ético utilitarista, la recepción de los señalados valores permite atribuirle valor y credibilidad a la actividad académica.

El International Center for Academic Integrity (2021) estima que el valor de la honestidad se encuentra en la base de los valores de la confianza, la justicia, el respeto y la responsabilidad, actuando como un sustrato necesario para el desarrollo ético. Entiende a la honestidad como aquella cualidad positiva que consiste en ser legítimo o veraz, esto es, como la ausencia de fraude o engaño.

En virtud del valor de la confianza, los «miembros de la comunidad académica deben ser capaces de confiar en que el trabajo, ya sea de estudiantes o investigadores, no es falsificado y que los estándares se aplican por igual a todos» (p. 6).

El valor de justicia es definido por ICAI como aquella cualidad positiva que consiste en la «calidad o estado de ser justo, especialmente el trato justo o imparcial, la falta de favoritismo hacia un lado u otro» (p. 7). La adhesión a este valor impone el deber de un tratamiento imparcial que refuerza la importancia de la verdad, las ideas, la lógica y la racionalidad; y se manifiesta en componentes de predictibilidad, transparencia y expectativas claras y razonables (p. 7).

El valor del respeto es entendido como una alta o especial consideración o la cualidad de ser estimado. Este valor se desenvuelve en dos perspectivas. La primera, el autorrespeto, que significa enfrentar los desafíos sin comprometer los valores propios; y la segunda, el heterorrespeto, que consiste en «valorar la diversidad de opiniones y apreciar la necesidad de desafiar, probar y refinar las ideas» (p. 8).

El valor de la responsabilidad consiste en la cualidad de asumir un deber y cumplirlo desde una perspectiva ética e, incluso, normativa (jurídica). La adhesión del valor de la responsabilidad para con uno mismo como para con los otros distribuye y aumenta la posibilidad de introducir cambios importantes en la comunidad académica (p. 9).

Finalmente, el valor del coraje significa la capacidad de cada uno de los miembros de la comunidad de actuar de acuerdo con los propios valores con fundamento, a pesar del miedo de adoptar esa posición y de comportarse de acuerdo con las propias convicciones personales. Tal actuación solo tiene protección si los valores propios tienen fundamento y son aceptados por el resto de la comunidad (p. 10).

IV. CONDUCTAS Y SU (DIS)VALORACIÓN

Desde la aparición de los programas de procesamiento de texto hemos contado con herramientas de ayuda en el proceso de escritura; por ejemplo, las funciones de corrección ortográfica y gramatical y de autocorrección con que cuenta el procesador de texto MS Word, o los asistentes digitales de escritura (DWA, por sus siglas en inglés), que permiten introducir mejoras sustanciales a la redacción, la gramática y el vocabulario utilizado en un texto escrito. El anuncio efectuado por Microsoft sobre el lanzamiento de 365 Copilot[21] promete llevar las herramientas productivas a un nivel sin precedentes.

Las utilidades existentes son herramientas cuyo uso no solo se encuentra naturalizado, sino que, además, puede ser valorado. Nadie cuestionaría a un estudiante que ha enmendado sus erratas en un ensayo o en una tesis gracias al corrector ortográfico y gramatical de MS Word; y, de hecho, lo reprochable sería que, en la redacción de un trabajo escrito, su autor incurra en tales errores por no haberlas utilizado. Los asistentes digitales de escritura basados en IA ayudan a superar barreras idiomáticas que pueden incrementar el acceso de personas no nativas del inglés para publicar sus investigaciones en revistas anglófonas que, prácticamente, monopolizan las principales vías de difusión del conocimiento, incluso en las ciencias jurídicas y criminológicas (Faraldo-Cabana, 2018; 2019; Faraldo-Cabana & Lamela, 2021). Las aplicaciones de ML, a través de las funciones para las que están diseñadas, tienen un potencial enorme, cuya utilización en la docencia podría aportar gran valor.

No obstante, las herramientas informáticas también generan riesgos para la integridad académica y al propio proceso docente que es necesario identificar y mitigar. Tal tarea debe comenzar por una identificación previa respecto de las posibles conductas involucradas. No cualquier utilización de herramientas basadas en IA va a conducir, automáticamente, a conductas que pueden desvalorarse desde la perspectiva de la integridad académica. Establecer dicha relación causal sería una simplificación inadmisible.

En palabras de Eke (2023), el riesgo de las aplicaciones ML consiste en que «tanto los estudiantes como los investigadores puedan comenzar a externalizar su escritura a ChatGPT. Si algunas respuestas tempranas a las preguntas de ensayo de nivel universitario sirven de algo, los profesores deberían estar preocupados por el futuro de los ensayos como una forma de evaluación».

21 Microsoft (2023) ha anunciado la integración de IA a su paquete de aplicaciones de productividad 365 Copilot, antes conocida como Office. Esto significa que Word, Excel, PowerPoint, Outlook y Teams, entre otras, pasarán a estar dotadas de la capacidad de desarrollar acciones en forma autónoma.

Me parece acertada la descripción que hace Eke porque permite distinguir dos grandes grupos de casos dentro de la utilización de tecnologías. El primero, compuesto por aquellas conductas en las que el uso de herramientas tecnológicas es irreprochable porque tal utilización no lesiona valores ni reglas; el segundo, constituido por comportamientos disvalorados porque el uso de herramientas tecnológicas infringe tales valores o normas. En este grupo, que Dawson (2021) denomina genéricamente *e-cheating*, el uso de las herramientas tecnológicas sobrepasa el mero apoyo o ayuda que ellas prestan. Estimo que en este grupo de *e-cheating* pueden reconocerse tres formas específicas de conductas disvaloradas: plagio, suplantación de autoría y simulación de autoría.

En el caso del plagio —palabra que derivaría del latín *plagiare*, «secuestro con el propósito de convertir a la víctima en esclavo» (Fishman, 2016, p. 13)—, es poco lo que puede agregarse en términos de su descripción como conducta disvalorada, a pesar de que en ella no abundan los consensos ni las definiciones precisas (Jelenic & Kennette, 2022, pp. 16-17). Según una sentencia penal dictada en Chile, el plagio es «[l]a apropiación de una obra ajena, haciéndola pasar como propia o bien utilizando los elementos creativos de aquella para la elaboración de una nueva creación de carácter ilegítima» (*Carlos Antonio Urquieta Salazar c/ Margarita Leonor Cid Lizondo*, 27 de mayo de 2011, considerando 11). De acuerdo con la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI, 1980), el plagio consiste en «el acto de ofrecer o presentar como propia, en su totalidad o en parte, la obra de otra persona, en una forma o contexto más o menos alterados» (p. 192). El elemento central del plagio es la usurpación de un contenido perteneciente a otra persona que es su autora.

El plagio convencional o básico consiste en la trascripción de un contenido de autoría ajena y su atribución a una persona distinta. Aunque las tecnologías de IA pueden facilitar esta forma de plagio, es evidente que la posibilidad de incurrir en él es completamente independiente de tales tecnologías. En otras palabras, el riesgo de plagio convencional existe con o sin tecnologías de IA e, incluso, con la misma intensidad. Con relación a las herramientas informáticas, el riesgo de plagio es especialmente relevante a propósito de las herramientas de parafraseo automático (APT, por sus siglas en inglés). El plagio puede ser facilitado sustancialmente por estas herramientas (Rogerson & McCarthy, 2017), ya que ellas permiten cambiar la estructura sintáctica y gramatical de párrafos enteros, pero adoptando las ideas contenidas en la fuente parafraseada y omitiendo la referencia a la fuente consultada. El parafraseo no es necesariamente una tarea fácil y requiere no solo de habilidades, sino también de conocimientos sobre la materia; pero las tecnologías de IA permiten a quien efectúa el parafraseo prescindir de

habilidades y conocimientos para hacerlo. Esta modalidad, denominada «plagio simulado», «inteligente» o «elaborado» (Echavarría, 2014, p. 710; 2016), puede burlar fácilmente los *softwares* de detección de plagio.

En el entorno angloamericano se ha investigado y descrito la conducta de *commercial cheating*, esto es, el reclutamiento por parte de estudiantes de terceras personas que escriben por ellos o ellas sus ensayos, memorias o tesis a cambio de un pago (Newton & Lang, 2016; Newton, 2018) y que en nuestro medio se conoce como «suplantación de autoría» (Comas Forgas & Sureda Negre, 2008; Rojas Chavarro & Olarte Collazos, 2010)[22]. No conozco estudios que hayan determinado la incidencia de este fenómeno en Chile, pero su existencia es una cuestión conocida[23]. La externalización de la redacción de trabajos académicos a una aplicación de generación automática de texto funciona con la misma lógica del *commercial cheating* y constituye el mismo tipo de infracción a la integridad académica. No obstante, las aplicaciones de generación automática de texto pueden llevar el fenómeno a niveles sin precedentes y tienen el potencial de amenazar masivamente la forma en la que entendemos la docencia y el proceso de evaluación. En palabras de King y del propio ChatGPT (2023),

> [l]os estudiantes universitarios podrían potencialmente usar ChatGPT para hacer trampa en las tareas de redacción de ensayos alimentando al chatbot con indicaciones y preguntas específicas, y luego copiando y pegando las respuestas generadas en sus propios trabajos. Esto les permitiría producir fácilmente ensayos sin poner el esfuerzo y la investigación necesarios para escribir contenido original.

No obstante el plagio y la suplantación de identidad, las tecnologías de IA analizadas en este artículo plantean un escenario diferente. En términos descriptivos, este nuevo escenario consiste en el caso de un estudiante que haya obtenido su trabajo directamente desde una aplicación de generación automática de texto, o una parte más o menos sustancial de este, pero que aparente ser su autor, sin reconocer su verdadera fuente de creación, sin referenciar el origen de los insumos para su redacción o sin declarar el método utilizado para la creación del contenido.

En este escenario, la extracción sin indicar la fuente no puede considerarse plagio porque el *chatbot* no es un ser humano y el plagio

22 El problema parece presentarse no solo a nivel de estudios conducentes a un grado, sino también en los estudios de doctorado. Aitchison y Mowbray (2016) han estudiado «servicios de apoyo a la escritura», generalmente provistos *online* y especialmente dirigidos a estudiantes de doctorado que sucumben ante la constante presión por publicar.

23 Basta una simple búsqueda en internet para encontrar sitios en los que se ofrece el servicio de «asesoramiento» en la redacción de memorias y tesis. Es muy probable que la fórmula de la asesoría sea un eufemismo para referirse a la venta de textos escritos por terceras personas que el adquirente presentará como elaborados por él mismo.

requiere de la usurpación de la autoría de una persona (Kleebayoon & Wiwanitkit, 2023). Es cierto que el *chatbot* habrá tomado la información de alguna fuente bibliográfica humana, ya que su habilidad no es inventar una respuesta o generar nuevo conocimiento, sino articular una respuesta sobre la base de su información de entrenamiento. Pero, aun así, tomar la información preparada por un *chatbot* que proviene de fuentes «humanas» y simular ser su autor no es suficiente para considerarlo una forma de plagio propiamente tal. Asimismo, en este escenario no hay una contraprestación para el tercero que actúa como el verdadero autor del contenido; por el contrario, solo existe una relación entre el estudiante y una máquina inteligente generadora del contenido. Propongo denominar «simulación de autoría» a esta modalidad de deshonestidad académica que se desarrolla en entornos tecnológicos.

A modo de ilustración, formulé a ChatGPT el siguiente requerimiento: «Escribe un resumen sobre "Who Dares Fine a Murderer? The Changing Meaning of Money and Fines in Western European Criminal Systems", escrito por Patricia Faraldo-Cabana» (Faraldo-Cabana, 2015). El *chatbot* generó la siguiente respuesta:

> "Who Dares Fine a Murderer? The Changing Meaning of Money and Fines in Western European Criminal Systems" es un artículo escrito por Patricia Faraldo-Cabana que aborda el papel del dinero y las multas en los sistemas criminales de Europa occidental. El artículo examina cómo ha cambiado la percepción del dinero como una forma de compensación por el delito, desde la antigua Grecia hasta la actualidad, y cómo el uso de multas ha evolucionado en respuesta a los cambios económicos y culturales.
>
> Faraldo-Cabana argumenta que la multa se ha utilizado históricamente como una forma de restaurar el orden social, ya que la compensación monetaria no solo compensaba a la víctima sino que también castigaba al delincuente. Sin embargo, a medida que la economía se ha vuelto más compleja, la multa se ha utilizado cada vez más como una fuente de ingresos para el Estado en lugar de un castigo por el delito.
>
> El artículo también destaca las diferencias culturales en la percepción del dinero y las multas en Europa occidental, y cómo estas diferencias han influido en la evolución de los sistemas criminales. Por ejemplo, en países como Alemania, donde se valora la idea de que la justicia no tiene precio, las multas se han utilizado con moderación, mientras que en países como España, donde las multas se han utilizado históricamente como una forma de obtener ingresos para el Estado, se han aplicado con mayor frecuencia.
>
> En general, "Who Dares Fine a Murderer? The Changing Meaning of Money and Fines in Western European Criminal Systems" ofrece una perspectiva interesante sobre cómo la percepción del dinero y las

> multas ha evolucionado en los sistemas criminales de Europa occidental y cómo estos cambios han reflejado las transformaciones económicas y culturales a lo largo del tiempo[24].

El texto puede considerarse una buena síntesis del artículo, pero ChatGPT erró en la identificación de la fuente[25]. Sin embargo, su respuesta perfectamente podría ser utilizada por un o una estudiante en la entrega de un informe o trabajo escrito evaluado.

Surge la interrogante sobre la necesidad de distinguir una forma específica de conductas disvaloradas —la simulación de autoría— si ya existen el plagio y la usurpación de autoría. Estimo que reconocer esta tercera modalidad de conducta disvalorada se justifica por las diferencias que tiene con relación a las otras dos modalidades.

La primera diferencia consiste en que las tecnologías de IA tienen la capacidad de conferirle a la simulación de autoría un efecto amplificador de los riesgos para la integridad académica. Si el plagio tradicional se basa en la fatídica, pero engorrosa combinación de las acciones copiar-pegar (*copy-paste*), las tecnologías algorítmicas de escritura y de generación de contenido que se pueden usar deshonestamente pueden serlo a una escala industrial por la facilidad de uso que ellas tienen y la posibilidad de replicar sus utilizaciones. Haciendo una analogía, el aumento de la escala de los riesgos para la integridad académica es igual al que, en su momento, representó la invención y masificación de la máquina fotocopiadora para la propiedad intelectual de los libros.

La segunda diferencia que plantean las indicadas tecnologías es que su utilización es prácticamente indetectable y que, con ello, resulte imposible acreditar una conducta disvalorada. La indetectabilidad se debe a que los *softwares* de detección de plagio no son capaces de identificar el parafraseo hecho con herramientas algorítmicas, ni tampoco si un texto fue producido por una aplicación de generación automatizada (Rudolph *et al.*, 2023). El profesor o profesora que evalúa un trabajo escrito tampoco está en condiciones de percibir si un texto es de autoría propia del estudiante sometido a la evaluación o fue escrito por una máquina. Se han hecho esfuerzos por desarrollar herramientas de detección (clasificación) de contenido generado automáticamente, pero sin resultados concretos por el momento (Perkins, 2023, p. 13). OpenAI, de hecho, informa en su página web que se encuentra trabajando en una aplicación denominada Classifier (Kirchner *et al.*, 2023), que podría llegar a tener la capacidad de determinar si un texto fue escrito por una persona o fue generado por ChatGPT. Pero la empresa advierte que

24 Texto generado por ChatGPT Mar 14 version. Se puede revisar la aplicación en el siguiente enlace: https://chat.openai.com/

25 Según la aplicación, el artículo fue publicado en *Law and Society Review* en 2017 (la referencia correcta puede consultarse en la bibliografía).

dicha aplicación tiene importantes limitaciones[26] y que ella «[n]o debe usarse como una herramienta principal para la toma de decisiones, sino como un complemento de otros métodos para determinar la fuente de un texto» (Kirchner *et al.*, 2023). Además, advierten los ingenieros de OpenAI, «los estudiantes pueden aprender rápidamente cómo evadir la detección modificando algunas palabras o cláusulas en el contenido generado» (Kirchner *et al.*, 2023). La indetectabilidad también se debe a los altos costes asociados a los procesos de auditoría o investigación sobre la autoría y detección de conductas disvaloradas, que requieren de tecnologías innovadoras que no todas las universidades están en condiciones de financiar o en capacidad de acceder a ellas (Crawford *et al.*, 2023, p. 2; Eke, 2023, p. 3; Kasneci *et al.*, 2023, p. 13).

La característica de la indetectabilidad y la precariedad de las herramientas para contrarrestarla hacen que surja otro tipo de riesgo: la posibilidad de juzgar inadecuadamente como conducta disvalorada el comportamiento de un estudiante que no lo ha sido (falso positivo) o la de considerar como lícito el comportamiento de un estudiante que efectivamente ha sido deshonesto (falso negativo). Las tecnologías generativas pueden desencadenar un círculo vicioso de afectación al valor de la confianza como parte de la integridad académica. Por un lado, la posibilidad de su utilización por los y las estudiantes podría conducir a los profesores y las profesoras a comenzar el proceso evaluativo desde una premisa de desconfianza; es decir, desde una situación inicial de negación de dicho valor. Por otro lado, la urgencia por detectar y evitar conductas disvaloradas plantea el riesgo de instalar culturas de vigilantismo al interior del proceso docente que también implican una afectación al valor de la confianza como elemento estructurante de la integridad académica[27].

La tercera diferencia consiste en el carácter informatizado de las técnicas de deshonestidad que el mal uso de las tecnologías de IA permite desarrollar (Dawson, 2021, pp. 5-6). Esto significa que, en tanto los métodos «tradicionales» responden a experiencias individuales difícilmente compartibles con otros en términos de sus productos, las tecnologías están ampliamente disponibles, son transables, distribuibles y accesibles para casi cualquier usuario que disponga de una conexión a internet y un dispositivo que le permita navegar por ella. En otras palabras, las técnicas de deshonestidad tecnologizadas dejan de ser una experiencia individual y pueden pasar a tener un carácter colectivo que llegue a muchas personas instantáneamente.

26 Por ejemplo, es muy poco fiable en textos cortos de menos de mil caracteres, pues puede generar falsos positivos o negativos. Además, se recomienda su uso solo para textos escritos en idioma inglés, ya que en otros idiomas «funciona significativamente peor» (Kirchner *et al.*, 2023). Tampoco puede operar sobre textos predecibles, como una lista de los primeros mil números primos, porque la respuesta siempre la misma.

27 Este riesgo ha sido puesto de relieve por Henry y Oliver (2022).

V. RIESGOS

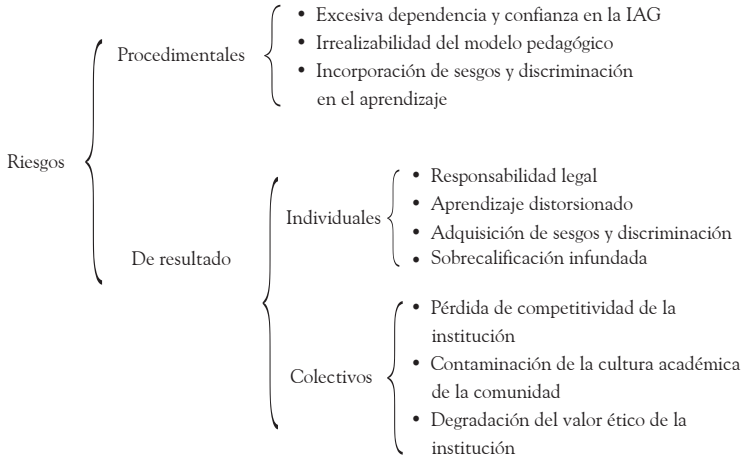
La identificación de los riesgos éticos, su evaluación y mitigación son áreas que han adquirido especial relevancia a propósito de la energía que ha mostrado el desarrollo de la IA después de su segundo invierno (Boddington, 2017; Bryson, 2020; Donath, 2020; Eitel-Porter, 2021; Felländer *et al.*, 2022; Hagendorff, 2020; 2022; Hermansson & Hansson, 2007; Powers & Ganascia, 2020; Siau & Wang, 2020; Spivak & Shepherd, 2021; Vanem, 2012; Yapo & Weiss, 2018). En general, se destacan los riesgos que plantea la IA para la vigencia de los derechos fundamentales (Council of Europe, 2018; Yeung, 2019), o para la decisión y ejecución de políticas públicas que podrían imponer una *algocracia* (Danaher, 2016; 2022; Chace, 2018, pp. 89 y ss.; Gritsenko & Wood, 2020; Chomanski, 2022), entre otros tópicos. En particular, los riesgos para la integridad académica también han despertado la atención científica y académica (Abdelaal *et al.*, 2019; Jabotinsky & Sarel, 2023; Lancaster, 2021; Moya *et al.*, 2023; Perkins, 2023; Roe & Perkins, 2022).

Los riesgos deben ser entendidos como amenazas que pueden llegar a concretarse en daños o afectaciones efectivas, en el caso del objeto de este artículo, para la integridad académica. Es decir que la IA tiene ciertas condiciones que, en determinadas circunstancias, representan una potencial agresión a los valores sobre los que se estructura la integridad académica.

La identificación de los riesgos de la IA en la docencia superior requiere reconocer que ella tiene una doble dimensión. Por un lado, es un proceso continuo de carácter dinámico que se va desenvolviendo en el tiempo y en el que se van verificando hitos; y, por otro, es un resultado, una situación final a la que se llega. Por ello, he identificado dos grandes grupos de riesgos: los *procedimentales*, que refieren a las amenazas sobre la docencia entendida como proceso; y los *de resultado*, es decir, los peligros de la IA que impactan el producto final del proceso de docencia[28]. Un esquema de los riesgos identificados se muestra en la figura 2.

28 Se puede encontrar una tipología diferente de riesgos para la integridad académica en Kasneci *et al.* (2023).

Figura 2. Esquema de los riesgos de la IA para la integridad académica



Fuente: elaboración propia.

No es posible en esta oportunidad hacer una descripción detallada de cada uno de los riesgos identificados porque dicha empresa excedería la extensión de un artículo. Por ello, formularé una enunciación de tales riesgos, dejando la posibilidad de su desarrollo para futuras investigaciones.

V.1. Riesgos procedimentales

V.1.1. Excesiva dependencia y confianza en la AIG

La excesiva dependencia y confianza en la AIG es una forma de riesgo o amenaza que puede describirse con base en dos parámetros: dependencia y confianza, y que se produce cuando estos superan un umbral en la interacción usual de los usuarios con la tecnología, de la misma forma en que una afición se transforma en una adicción. En el primer parámetro, enfocado en la dependencia, el riesgo surge cuando los y las estudiantes —pero también los profesores y las profesoras— adquieren conductas en el proceso de aprendizaje que transforman a las tecnologías de IAG en elementos imprescindibles del proceso, ante cuya ausencia el desarrollo de sus acciones propias no pueda llevarse a cabo. En el segundo parámetro, el de la confianza, el riesgo se manifiesta cuando el usuario adquiere la convicción de que la información o los contenidos generados por la IAG son necesariamente autosuficientes y correctos, renunciando a una posición crítica sobre ellos.

Aunque las tecnologías de IA son cautivadoras, tanto porque sorprenden como porque facilitan el trabajo, no debe olvidarse que los contenidos generados por la IAG no están —ni pueden estar— libres de errores u omisiones. Se ha detectado que ChatGPT presenta fallas de sentido

común (Ji *et al.*, 2023) y no está aún preparado para proporcionar pruebas matemáticas o cálculos de alta calidad de manera consistente (Frieder *et al.*, 2023). Los errores en la IAG corresponden a los fenómenos que los expertos denominan «alucinación» —información generada sin base fáctica— y «divergencia» —fragmentos desalineados de la información de entrenamiento— (Xiao & Wang, 2021; Rebuffel *et al.*, 2022, p. 319; Bang *et al.*, 2023; Ji *et al.*, 2023). Los errores y los déficits de confiabilidad que presenta la IAG, como en el caso de ChatGPT, no la transforman en una herramienta inútil, a juicio de Dale (2021), sino que todo depende de para qué se use.

En consecuencia, así como no puede pretenderse, por ejemplo, obtener del *chatbot* consejos médicos porque sus errores pueden poner en riesgo la salud de personas (Dale, 2021), apoyar todo el proceso de enseñanza en esas herramientas también es desaconsejable. La excesiva dependencia y confianza en la IAG se presenta como un riesgo para los valores de honestidad y confianza que configuran la integridad académica. Si los estudiantes desarrollan una relación de dependencia con la IAG al nivel descrito, están renunciando al proceso mismo de aprendizaje y ello puede conducir a actos que afecten la honestidad, no solo por la posible realización de las conductas disvaloradas como la simulación de autoría, sino también por la misma renuncia de los estudiantes a su rol de protagonistas de su propio aprendizaje. En consecuencia, el resto de la comunidad académica, y principalmente los profesores, dejarán de confiar en sus estudiantes sobre el grado de aprendizaje que estos estén adquiriendo, lo que afectaría a la confianza como valor. Indirectamente, ello puede conducir a afectaciones a valores de la integridad académica como la justicia y el respeto.

V.1.2. Irrealizabilidad del proyecto pedagógico

La utilización masiva, descontrolada y sin supervisión de IAG puede poner en riesgo la «realizabilidad del proyecto pedagógico» de una institución de educación superior. Este riesgo es especialmente fuerte en aquellas instituciones que han optado por modelos pedagógicos basados en el desarrollo de competencias o de resultados de aprendizaje. El mal uso (y abuso) de las tecnologías de IAG puede llevar a que los estudiantes no logren el desarrollo de las competencias o de los aprendizajes esperados. En un escenario —espero— distópico en esta materia, los estudiantes pueden transformarse en meros operadores de máquinas generadoras de información, pero sin que logren una comprensión ni un análisis crítico, incapaces de construir su propio conocimiento y de generar otros nuevos.

Este riesgo de irrealizabilidad amenaza indirectamente los valores de la integridad académica, ya que una institución incapaz de concretar sus propios objetivos en docencia podría generar una cultura en la que nada

importe, con los valores de la integridad académica como los primeros candidatos a dicha indiferencia.

V.I.3. Incorporación de sesgos y discriminación en el aprendizaje

Uno de los principales problemas de la IA en general, y en particular de las tecnologías generativas, es la existencia en ellas de sesgos y criterios de discriminación —arbitraria— provenientes de la información utilizada en sus procesos de entrenamiento (Bender *et al.*, 2021, pp. 613 y ss.; Weidinger *et al.*, 2021, pp. 9-18) y de su propio desarrollo. Así, la inclusión y la diversidad son factores que se consideran necesarios para el desarrollo de una IA ética (Dignum, 2019, pp. 100-101). Los sesgos y la discriminación son los presentes en la sociedad y en la información con la que son entrenadas las herramientas de IA, o los de los propios programadores de las aplicaciones (Whitby, 2011, p. 143). El uso de tales herramientas, en consecuencia, produce el riesgo de que los estudiantes incorporen en su proceso de aprendizaje tales sesgos y criterios de discriminación. Es cierto que las visiones sesgadas y discriminatorias parecen ser propias del ser humano, lo que significa que tales sesgos y discriminaciones también estarán presentes en la enseñanza y el aprendizaje sin el uso de IAG. Pero si esa condición es propiamente humana, parece que estamos en la necesidad de tolerar ciertos márgenes «naturales» de sesgos y discriminación, al punto de que hemos desarrollado mecanismos para detectarlos y, en lo posible, superarlos. Una cuestión distinta es que sea conveniente que aceptemos —o tengamos que aceptar— los que provienen de máquinas. El riesgo se hace más intenso si se considera el *black box effect* propio de la IA, una característica de complejidad de las tecnologías de *deep learning* que hace imposible reconstruir los procesos que ejecutó la máquina para llegar al resultado que entrega, lo que prácticamente atribuye a sus resultados un carácter inescrutable. «El peligro está en crear y usar decisiones que no son justificables, legitimables o que simplemente no permiten obtener explicaciones detalladas de ese comportamiento» ejecutado por la máquina (Barredo Arrieta *et al.*, 2020, p. 83).

El aprendizaje mediado por errores, sesgos o discriminaciones afecta directamente la honestidad. Los miembros de la comunidad académica que aprenden bajo esas condicionantes no podrán ser honestos y, de hecho, ni siquiera estarán en condiciones de percibir sus propios errores. Pero también amenaza la confianza entre los distintos miembros de la comunidad, presentando un escenario propicio para una pérdida del respeto, otro de los valores amenazados.

V.2. Riesgos de resultado individuales

V.2.1. Responsabilidad legal

Dentro de los riesgos de resultado de carácter individual se encuentra el de sufrir consecuencias o responsabilidades legales.

Las conductas disvaloradas antes mencionadas (plagio y suplantación y simulación de autoría) pueden llevar a que la persona que incurra en ellas infrinja normas jurídicas universitarias o administrativas por las que puede ser sancionada, produzca un daño a terceros que deba indemnizar o cometa un delito que le haga penalmente responsable. Asimismo, esas conductas pueden llegar a comprometer la responsabilidad civil o administrativa de la propia institución universitaria por infringir los deberes de supervisión sobre sus propios estudiantes al permitir que esas conductas disvaloradas se ejecuten o por no adoptar medidas de prevención adecuadas para impedirlas.

La presencia de conductas disvaloradas pueden hacer que sus protagonistas intenten evadir los mecanismos de control para evitar sufrir las consecuencias legales. El éxito de estas maniobras de evasión afecta directamente los valores académicos de justicia y responsabilidad. Por otro lado, un sistema eficaz de control y supervisión que sea capaz de reprimir estas conductas puede conducir a otros riesgos, como la irrealizabilidad del modelo pedagógico.

V.2.2. Aprendizaje distorsionado y adquisición de sesgos y discriminaciones

De igual forma, el mal uso de herramientas de IA puede conducir a un aprendizaje distorsionado, ya sea porque el o la estudiante adquirió información incorrecta, sesgada o discriminatoria; porque no internalizó esa información y, por tanto, es incapaz de procesarla; o porque las mejoras que el o la estudiante introdujo pueden no reflejar su conocimiento como autor o autora de un texto escrito y corregido automáticamente (Perkins, 2023). La sobreutilización de herramientas de IA como fuente de información o como instrumentos para «hacer el trabajo», la no contrastación con otras fuentes y la ausencia de análisis crítico pueden llevar a que el aprendizaje logrado se encuentre completamente distorsionado por los sesgos y la discriminación presente en la IA.

Cabe subrayar que un aprendizaje distorsionado o sesgado afecta directamente los valores de integridad académica de honestidad, confianza y respeto.

V.2.3. Sobrecalificación infundada

El uso de tecnologías algorítmicas de generación de texto y contenido puede conducir a que los ensayos, memorias o tesis —en general, las evaluaciones escritas— arrojen un rendimiento asimétrico con las

competencias desarrolladas o los aprendizajes obtenidos; en otras palabras, a una sobrecalificación que carezca de fundamento fáctico en términos del real aprendizaje del o la estudiante.

La conducta de mejorar el rendimiento numérico en las evaluaciones —notas o calificaciones— usando deshonestamente la tecnología introduce, como es evidente, un elemento de injusticia. Tales conductas aumentan la probabilidad de una mejor calificación con una fracción del esfuerzo que otro/a estudiante honesto/a puso en la realización de la misma tarea sometida a evaluación. El subsidio que el uso deshonesto de la tecnología puede producir es una amenaza al valor de justicia que forma parte de la definición de integridad académica. Aunque el proceso de evaluación es el mismo para todos los estudiantes, el uso fraudulento de tecnología no está considerado dentro de los criterios evaluativos y hace que se obtenga la misma evaluación —o mejor— con menos esfuerzo que quien se empeñó más.

V.3. Riesgos de resultado colectivos

V.3.1. Pérdida de competitividad de la institución

En la esfera de los riesgos de resultado de carácter colectivo, la utilización indebida de tecnologías de IA puede llegar a amenazar la competitividad de una institución de educación de superior. Una universidad en la que el uso de tales prácticas incorrectas se masifique y no se adopten medidas de mitigación puede ver afectada la competitividad de sus titulaciones, tanto por una cuestión de imagen pública como por la menor calidad de los profesionales que egresen de ella.

V.3.2. Contaminación de la cultura académica

La difusión de prácticas deshonestas y su falta de represión puede hacer que estas terminen naturalizándose y normalizándose. Este proceso sostenido en el tiempo, que permite que las prácticas deshonestas se naturalicen y normalicen, deteriora y contamina la cultura académica de una institución universitaria. La contaminación se manifiesta en el desapego de sus miembros a los valores de integridad académica y, con ello, en la renuncia a los valores que esta implica.

V.3.3. Degradación del valor ético de la institución

El proceso de degradación a que puede conducir una cultura académica contaminada puede generar, finalmente, una pérdida del valor ético de tal institución. El valor ético —esto es, el fuerte compromiso real y material con la integridad académica— es una condición que debería ser considerada como el principal activo intangible en una universidad. Así, la pérdida de competitividad y la degradación de su valor ético muestra un escenario profundamente perverso, caracterizado por la negación de la integridad académica.

VI. MEDIDAS DE MITIGACIÓN

Los desafíos que plantea la IA[29] en la actividad docente universitaria conducen la mirada a lo que se ha descrito como la destreza digital (*digital dexterity*); esto es, la «capacidad de autoorganizarse rápidamente para ofrecer un nuevo valor a partir de las tecnologías digitales» (Soule *et al.*, 2016, p. 5). Me parece razonable que, frente a las nuevas realidades que se están construyendo a partir de los desarrollos tecnológicos, las universidades adopten una actitud de reconocimiento hacia ellas e inicien un proceso de reflexión que les permita obtener los beneficios que tales tecnologías ofrecen, aprovechándolos para diseñar y aplicar en forma efectiva medidas que mitiguen los riesgos que ellas plantean. Estas tareas deberían ser asumidas con un sentido de urgencia, atendida la velocidad con la que la tecnología se desarrolla[30].

En este sentido, creo necesario explorar cuatro medidas de mitigación de los riesgos antes descritos: la adaptación de marcos normativos, la revalorización del pensamiento crítico, los cambios en los paradigmas de la docencia y el cuestionamiento de los modelos de *e-learning*. A continuación, se ofrece una breve explicación de ellas.

VI.1. Adaptación de los marcos normativos

El normativo es uno de los elementos que conforman una organización. Las normas son mandatos de comportamiento que poseen ciertas características que las hacen importantes, a saber: a) tienen la capacidad de aumentar la predictibilidad de los comportamientos de los otros —que no es lo mismo que pretender que las normas *determinen* comportamientos ajenos—; b) guían la selección de comportamientos que efectúan las personas, ya que las normas indican qué es lo esperable y qué no; c) obligan a mejorar la coordinación entre personas colaboradoras en un proyecto o tarea común (Malle *et al.*, 2017, pp. 4-5); y d) tienen una cierta capacidad para motivar el comportamiento de las personas, mostrando la trascendencia de los intereses relevantes a proteger, en los que se denominan los «efectos expresivo-integradores» de las normas (Díez Ripollés, 2003, p. 151).

La adaptación de los marcos normativos como medida de mitigación consiste en que las universidades inicien un proceso interno de discusión que lleve a una adaptación de sus normas internas a las nuevas

29 A modo de ejemplo, Sparrow (2022) y Cassidi (2023) destacan los problemas que las tecnologías generativas basadas en IA suponen para los sistemas de evaluación en las universidades, mostrando cómo casas de estudio universitarias británicas y australianas han adoptado medidas para impedir las conductas deshonestas en tales evaluaciones.

30 Stephen Marche (2022, citado por Rudolph *et al.*, 2023) ha estimado un horizonte temporal de diez años para que la academia enfrente estas nuevas realidades construidas a partir de avances tecnológicos: «dos años para que los estudiantes descubran la tecnología, tres años más para que los profesores reconozcan que los estudiantes están usando la tecnología y luego cinco años para que los administradores de la universidad decidan qué hacer, si acaso, al respecto (p. 13)».

realidades marcadas por la IA. Se trata de que las reglamentaciones estén construidas considerando estos nuevos riesgos para evitar vacíos normativos que hagan que, frente a una conducta disvalorada, esta deba ser sancionada aun en ausencia de norma —afectando la predictibilidad requerida de las normas— o que no pueda ser sancionada por ausencia de normativa que lo permita, afectando la vigencia de valores de integridad académica. En este sentido, la adaptación de los marcos normativos pasa por la incorporación de una regulación especialmente diseñada para lo que aquí he denominado «simulación de autoría».

Además de verificar que las normas contemplen los nuevos escenarios propuestos por las tecnologías, el proceso de definir estas nuevas reglas puede ser también provechoso para la comunidad académica. En efecto, el proceso de construir un nuevo cuerpo regulatorio requiere de, al menos, tres elementos: que las personas conozcan el fenómeno que se pretende regular, tanto en su descripción como en sus aspectos valorativos; que esté claro cuáles son las opciones para regular ese fenómeno; y un consenso sobre la respuesta que las normas van a proporcionar frente a ese fenómeno y las consecuencias que se van a generar ante su incumplimiento. La concreción de esos tres elementos en la realidad es un proceso de por sí provechoso porque estos implican el compromiso de los miembros de la comunidad académica con el problema y su posible o posibles soluciones.

VI.2. Revalorización del pensamiento crítico

La recopilación de información, el levantamiento bibliográfico e, incluso, la síntesis de conocimientos existentes son tareas que pueden ser ejecutadas automatizadamente con la ayuda de tecnologías de IA y, en particular, las generativas. Esto significa que tales tareas deberían dejar de tener una incidencia alta en el proceso de evaluación. Pero hay un área en la que, por el momento, las aplicaciones de IAG no han sido capaces de igualarnos: el pensamiento crítico y reflexivo. Si una parte importante de las tareas que integran la actividad de los estudiantes puede ser externalizada, lo lógico sería concentrarse en aquellas que aún no pueden serlo. Esta es una de las externalidades positivas que plantean las tecnologías de IAG: ofrecen una buena razón para revalorizar el pensamiento crítico.

Pero, para revalorizar el pensamiento crítico, primero se debe tener un concepto sobre él. De acuerdo con la descripción de Paul (2005), el pensamiento crítico es aquel que comprende el análisis, la evaluación y la mejora del propio pensamiento, y su resultado es el pensamiento creativo (p. 28).

Orientar la docencia hacia el pensamiento crítico requiere, después de la definición, de un consenso sobre la forma en la que dicha orientación

puede ser materializada y de las metodologías para lograrlo. Todas estas cuestiones deberían estar en el centro de la actividad académica en las universidades.

La adopción del pensamiento crítico como un estándar para la evaluación, por ejemplo, ayuda a mitigar los riesgos de la IAG. Si la docencia y la evaluación se quedan en los niveles de datos, repetición y memorización, tales actividades pueden sucumbir frente a las tecnologías de la IA.

VI.3. Cambios en los paradigmas de la docencia y la evaluación

La revalorización del pensamiento crítico como horizonte de la docencia produce como consecuencia que una revisión, también crítica, de los paradigmas de docencia y evaluación se torne necesaria. Esta medida de mitigación consiste en la generación de espacios de discusión académica en la comunidad universitaria sobre los beneficios y riesgos de la IA en la actividad docente. Este proceso de discusión tiene como externalidad la difusión de las problemáticas y pone a los miembros de la comunidad académica en la posición de tener que analizarlos y adoptar puntos de vista y convicciones sobre la cuestión. El proceso de discusión puede generar una simbiosis importante —y positiva— con la medida de adaptación normativa, ya que el mayor conocimiento de la norma asegura su mayor efecto expresivo-integrador.

A nivel operativo, la irrupción de la IAG obligará a repensar aspectos importantes de la docencia, como la evaluación[31]. La IAG puede ayudar enormemente en el proceso de evaluación, proveyendo a los profesores de instrumentos creativos capaces de estimular el interés y la imaginación de los estudiantes, pero sus riesgos obligan a adoptar medidas más concretas. Por lo pronto, un desafío para los profesores es el de ser capaces de generar «preguntas resistentes al fraude» (Susnjak, 2022, p. 4), como aquellas en las que el estudiante deba generar un conocimiento nuevo aplicando los contenidos estudiados. Mi área de especialización, el derecho penal, se presta particularmente para preguntas de desarrollo de casos, por ejemplo. Otras cuestiones, como la revalorización de las examinaciones presenciales, aparecen como buenas alternativas, así como diseñar instrumentos de evaluación que escapen de las posibilidades —actuales— de la tecnología: preguntas con enunciados largos cuya resolución requiera aplicación o pensamiento crítico, de la habilidad de integrar conocimientos o que se refieran a información que quede fuera del periodo comprendido en la información de entrenamiento (Rudolph *et al.*, 2023). En otras

31 Al respecto, pueden consultarse los interesantes trabajos contenidos en la obra colectiva editada por Margaret Bearman *et al*. (2020).

palabras, frente a la llegada de las tecnologías de IA, la evaluación —más que nunca antes— requiere apuntar a la recogida de evidencia sobre si los y las estudiantes fueron capaces de internalizar los conceptos marco del derecho, como el razonamiento jurídico o el Estado de derecho, y su integración con los conceptos centrales de cada disciplina, de acuerdo con la distinción entre ambos propuesta por Donson y O'Sallivan (2017, pp. 23-26).

VI.4. Cuestionamiento de modelos de *e-learning*

Los entornos de aprendizaje asincrónico, también conocidos como *e-learning*, ofrecen buenas oportunidades para una difusión de prácticas desleales y conductas disvaloradas con relación a la integridad académica, en especial la evaluación en tales entornos asincrónicos (Grijalva *et al.*, 2006; Stuber-McEwen *et al.*, 2009; Carabantes Alarcón, 2020; Holden *et al.*, 2021; Chiang *et al.*, 2022). La creciente popularidad de estos entornos de aprendizaje debería considerar la irrupción de las tecnologías de IAG. Una valoración profunda de la compatibilidad de ambas es, en todo caso, recomendable, en particular en los procesos de evaluación. En estos entornos, la evaluación carece de los mecanismos de control formal que conllevan las aplicadas presencialmente. Uno de esos mecanismos —el más básico— es la vigilancia directa, que impide que los estudiantes externalicen el desarrollo de sus respuestas a aplicaciones de AIG. Si el entorno carece de esa vigilancia directa, el desarrollo de una evaluación puede ser externalizada a una IAG. La complejidad del tema impide analizarlo en profundidad aquí, por lo que me parece apropiado solo dejarlo planteado para futuras investigaciones sobre la materia.

VII. CONCLUSIONES

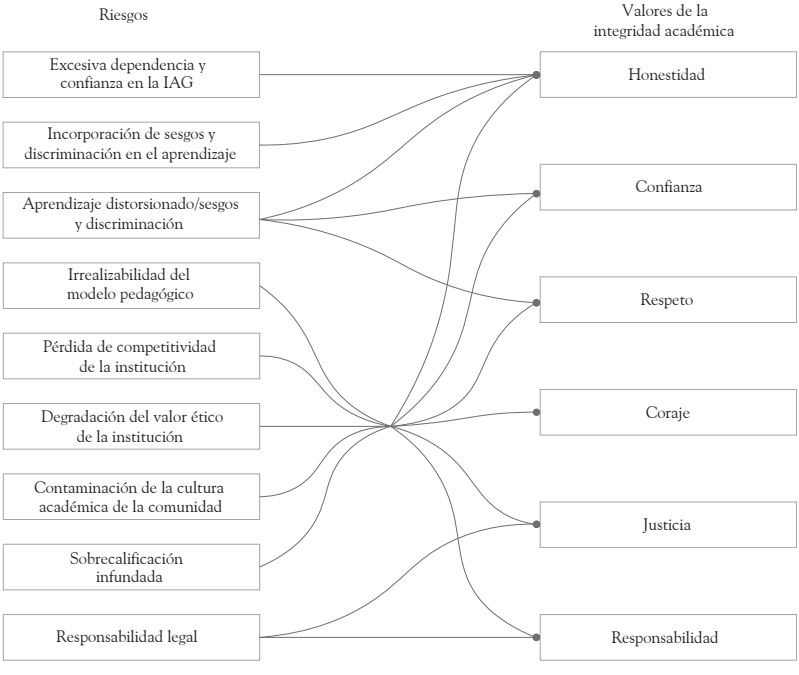
El vertiginoso desarrollo tecnológico que está registrando la IA tiene un enorme potencial para la docencia en las universidades. En el otro lado de la moneda, esas mismas tecnologías plantean desafíos sobre los que se requieren procesos continuos de investigación, discusión y análisis. En particular, las tecnologías algorítmicas de escritura y de generación de contenido (IAG) están obligando —queramos reconocerlo o no— a replantear los paradigmas con los que hemos impartido la docencia y, como parte de ella, aquellos con los que se ha evaluado el aprendizaje o la obtención de competencias por parte de los estudiantes.

Una buena demostración de las nuevas realidades que plantea la IA son las posibilidades que ofrece la aplicación ChatGPT. Usada deshonestamente, esta puede suplantar al estudiante en sus evaluaciones, principalmente en las escritas por medio de ensayos, memorias de grado o tesis.

Este artículo ha tenido como objetivo la exposición sintética de las relaciones eventualmente problemáticas con la IA (y, dentro de ella, con la IAG). En ese sentido, actúa como un primer encuentro con la temática expuesta y, a su vez, representa el inicio de una línea de investigación sobre la materia, intentando un examen de la bibliografía existente. Su hipótesis, que ha tomado como punto de partida la definición de integridad académica como un conjunto de valores (ver figura 1), plantea que las tecnologías de IAG amenazan directa o indirectamente tales valores y se configuran, en consecuencia, como riesgos para esta.

Como parte del análisis, se ha propuesto una taxonomía de riesgos, subclasificada en riesgos procedimentales y de resultado, y en su exposición se ha establecido la relación entre tales riesgos y los valores de la integridad académica. A modo de síntesis, dichas relaciones se grafican en la figura 3.

Figura 3. Relación entre los riesgos para la integridad académica y los valores que la componen



Fuente: elaboración propia.

Finalmente, y sobre la base de la identificación de los riesgos y de sus relaciones conflictivas con los valores de la integridad académica, se propusieron cuatro medidas de mitigación. Estas son la adaptación de los marcos normativos de las universidades para que sus propias

regulaciones den cuenta de las tecnologías de IAG y de su impacto sobre la actividad académica; la revalorización del pensamiento crítico como estrategia para relevar la importancia de la docencia y cómo esta debería enfocarse al desarrollo en los y las estudiantes de una actitud crítica y reflexiva, habilidades que, por el momento escapan a las posibilidades de la IAG; cambios en los paradigmas de docencia y evaluación, lo que supone reconocer la existencia de la IAG y cómo esta pueda alterar negativamente tales procesos; y el cuestionamiento de los modelos pedagógicos asincrónicos basados en tecnologías de información y comunicación.

La llegada de las tecnologías de IA y, en particular, de las de IAG, requiere que las universidades partan por conocerlas y comprenderlas. Este proceso permitirá tomar conciencia no solo de las ventajas y posibilidades que ellas entregan para la innovación pedagógica, sino también de los riesgos. La docencia, entendida como un proceso, podría verse profundamente alterada por la irrupción tecnológica. Como las universidades no tienen capacidad ni de detener el desarrollo tecnológico ni de impedir que sus estudiantes utilicen estas tecnologías emergentes, solo les queda actuar para aprovecharlas y regularlas. En todo caso, ellas ofrecen un buen escenario para iniciar o retomar un proceso de discusión sobre la integridad académica.

REFERENCIAS

Abbott, R., & Sarch, A. (2019). Punishing Artificial Intelligence: Legal Fiction or Science Fiction. *UC Davis Law Review*, *53*(1), 323-384.

Abbott, R., & Sarch, A. (2020). Punishing artificial intelligence: Legal fiction or science fiction. En S. Deakin y C. Markou (eds.), *Is Law Computable? Critical perspectives on Law and Artificial Intelligence* (pp. 177-204). Hart Publishing. https://doi.org/doi.org/10.5040/9781509937097.ch-008

Abdelaal, E., Walpita Gamage, S., & Mills, J. (2019). Artificial Intelligence Is a Tool for Cheating Academic Integrity. *AAEE 2019 Annual Conference*.

Abukmeil, M., Ferrari, S., Genovese, A., Piuri, V., & Scotti, F. (2021). A Survey of Unsupervised Generative Models for Exploratory Data Analysis and Representation Learning. *ACM Computing Surveys*, *54*(5), 1-40. https://doi.org/https://doi.org/10.1145/3450963

Aitchison, C., & Mowbray, S. (2016). Doctoral Writing Markets: Exploring the Grey Zone. En T. Bretag (ed.), *Handbook of Academic Integrity* (pp. 287-301). Springer.

Albahar, M., & Almalki, J. (2019). Deepfakes: Threats and countermeasures systematic review. *Journal of Theoretical and Applied Information Technology*, *97*(22), 3242-3250.

Alibašić, H., & Rose, J. (2019). Fake News in Context: Truth and Untruths. *Public Integrity*, *21*(5), 463-468. https://doi.org/https://doi.org/10.1080/10999922.2019.1622359

Aljanabi, M., & ChatGPT. (2023). ChatGPT: Future Directions and Open possibilities [editorial]. *Mesopotamian Journal of Cybersecurity*, *2023*, 16-17. https://doi.org/https://doi.org/10.58496/MJCS/2023/003

Aydin, Ö., & Karaarslan, E. (2022). OpenAI ChatGPT Generated Literature Review: Digital Twin in Healthcare. *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4308687*. https://doi.org/https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4308687

Azaria, A. (2022). ChatGPT Usage and Limitations. *HAL Open Science*, 1-6. https://doi.org/https://doi.org/10.31219/osf.io/5ue7n

Bang, Y., Cahyawijaya, S., Lee, N., Dai, W., Su, D., Wilie, B., Lovenia, H., Ji, Z., Yu, T., Chung, W., Do, Q. V., Xu, Y., & Fung, P. (2023). A Multitask, Multilingual, Multimodal Evaluation of ChatGPT on Reasoning, Hallucination, and Interactivity. *ArXiv*, *abs/2302.0*.

Barfield, W., & Pagallo, U. (2020). *Advanced Introduction to Law and Artificial Intelligence*. Edward Elgar Publishing. https://doi.org/https://doi.org/10.4337/9781789905137

Barredo Arrieta, A., Díaz-Rodríguez, N., Del Ser, J., Bennetot, A., Tabik, S., Barbado, A., Garcia, S., Gil-Lopez, S., Molina, D., Benjamins, R., Chatila, R., & Herrera, F. (2020). Explainable Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, taxonomies, opportunities and challenges toward responsible AI. *Information Fusion*, *58*, 82-115.

Bartz, D. (2023). As ChatGPT's popularity explodes, U.S. lawmakers take an interest. *Reuters*. https://www.reuters.com/technology/chatgpts-popularity-explodes-us-lawmakers-take-an-interest-2023-02-13/

Bearman, M., Dawson, P., Ajjawi, R., Tai, J., & Boud, D. (eds.). (2020). *Re-imagining University Assessment in a Digital World*. Springer.

Bender, E. M., Gebru, T., McMillan-Major, A., & Shmitchell, S. (2021). On the Dangers of Stochastic Parrots: Can Language Models Be Too Big? En *Proceedings of the 2021 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency* (pp. 610-623). https://doi.org/https://doi.org/10.1145/3442188.3445922

Boddington, P. (2017). *Towards a Code of Ethics for Artificial Intelligence*. Springer. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/978-3-319-60648-4

Bommarito, M. J., & Katz, D. M. (2022). GPT Takes the Bar Exam. *ArXiv*, *abs/2212.1*. https://doi.org/https://doi.org/10.2139/ssrn.4314839

Bretag, T. (ed.) (2016). *Handbook of Academic Integrity*. Springer. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/978-981-287-098-8

Brown, W., & Fleming, D. H. (2020). Celebrity headjobs: or oozing squid sex with a framed-up leaky {Schar-JØ}. *Porn Studies*, *7*(4), 357-366. https://doi.org/10.1080/23268743.2020.1815570

Bryson, J. J. (2020). The Artificial Intelligence of the Ethics of Artificial Intelligence: An Introductory Overview for Law and Regulation. En M. Dubber, F. Pasquale y S. Das (eds.), *The Oxford Handbook of Ethics of AI* (pp. 3-25). Oxford University Press. https://doi.org/https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190067397.001.0001

Caldera, E. (2019). "Reject the Evidence of Your Eyes and Ears": Deepfakes and the Law of Virtual Replicants. *Seton Hall Law Review*, *50*(1), 177-205.

Carabantes Alarcón, D. (2020). Integridad académica y educación superior: nuevos retos en la docencia a distancia. *Análisis Carolina*, *28*, 1-13. https://doi.org/https://doi.org/10.33960/ac_38.2020

Carrasco, J. P., García, E., Sánchez, D. A., Estrella Porter, P. D., De La Puente, L., Navarro, J., & Cerame, A. (2023). ¿Es capaz "ChatGPT" de aprobar el examen MIR de 2022? Implicaciones de la inteligencia artificial en la educación médica en España. *Revista Española de Educación Médica*, *1*, 55-69. https://doi.org/https://doi.org/10.6018/edumed.556511

Cassidy, C. (2023, 10 de enero). Australian universities to return to 'pen and paper' exams after students caught using AI to write essays. *The Guardian*. https://www.theguardian.com/australia-news/2023/jan/10/universities-to-return-to-pen-and-paper-exams-after-students-caught-using-ai-to-write-essays

Chace, C. (2018). *Artificial intelligence and the two singularities*. CRC Press. https://doi.org/https://doi.org/10.1201/9781351254465

Chesney, R., & Citron, D. K. (2019). Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security. *California Law Review*, *107*, 1753-1819. https://doi.org/https://doi.org/10.2139/ssrn.3213954

Chiang, F.-K., Zhu, D., & Yu, W. (2022). A systematic review of academic dishonesty in online learning environments. *Journal of Computer Assisted Learning*, *38*(4), 907-928. https://doi.org/https://doi.org/10.1111/jcal.12656

Choi, J. H., Hickman, K. E., Monahan, A., & Schwarcz, D. (2023). ChatGPT Goes to Law School [white paper]. *Journal of Legal Education*, (387). https://doi.org/https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4335905

Chomanski, B. (2022). Legitimacy and automated decisions: the moral limits of algocracy. *Ethics and Information Technology*, *24*(3), 1-9. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/s10676-022-09647-w

Comas Forgas, R., & Sureda Negre, J. (2008). El intercambio y compra-venta de trabajos académicos a través de Internet. *Revista Electrónica de Tecnología Educativa*, (26), 1-16. https://doi.org/https://doi.org/10.21556/edutec.2008.26.466

Cotton, D. R. E., Cotton, P. A., & Shipway, J. R. (2023). Chatting and cheating: Ensuring academic integrity in the era of ChatGPT. *Innovations in Education and Teaching International*, *0*(0), 1-12. https://doi.org/https://doi.org/10.1080/14703297.2023.2190148

Council of Europe. (2018). *Study on the Human Rights dimensions of automated data processing techniques (in particular algorithms) and possible regulatory*

implications. Council of Europe. https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5

Crawford, J., Cowling, M., & Allen, K.-A. (2023). Leadership is needed for ethical ChatGPT: Character, assessment, and learning using artificial intelligence (AI). *Journal of University Teaching & Learning Practice*, *20*(1), 1-19. https://doi.org/https://doi.org/10.53761/1.20.3.02

Dale, R. (2021). GPT-3: What's it good for? *Natural Language Engineering*, *27*(1), 113-118. https://doi.org/https://doi.org/10.1017/s1351324920000601

Danaher, J. (2016). The Threat of Algocracy: Reality, Resistance and Accommodation. *Philosophy & Technology*, *29*(3), 245-268. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/s13347-015-0211-11

Danaher, J. (2022). Freedom in an Age of Algocracy. En S. Vallor (ed.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Technology* (pp. 250-272). Oxford University Press. https://doi.org/https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190851187.013.16

Dawson, P. (2021). *Defending Assessment Security in a Digital World Preventing E-Cheating and Supporting Academic Integrity in Higher Education*. Routledge. https://doi.org/https://doi.org/10.4324/9780429324178

Departamento de Evaluación, Medición y Registro Educacional (Demre). (2022). *Modelo de Prueba de Historia y Ciencias Sociales*. https://demre.cl/publicaciones/2023/2023-22-03-31-modelo-historia-csociales

Díez Ripollés, J. L. (2003). El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena. En L. Arroyo Zapatero, U. Neumann y A. Nieto Marín (eds.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo* (pp. 147-172). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Dignum, V. (2019). *Responsible artificial intelligence. How to develop and use AI in a responsible way*. Springer. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/978-3-030-30371-6

Donath, J. (2020). Ethical Issues in Our Relationship with Artificial Entities. En M. D. Dubber, F. Pasquale y S. Das (eds.), *The Oxford Handbook of Ethics of AI* (pp. 53-73). Oxford University Press. https://doi.org/https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190067397.013.3

Donson, F., & O'Sullivan, C. (2017). Building blocks or stumbling block? Teaching actus reus and mens rea in criminal law. En K. Gledhill y B. Living (eds.), *The Teaching of Criminal Law. The pedagogical imperatives* (pp. 21-33). Routledge.

Dowling, M., & Lucey, B. (2023). ChatGPT for (Finance) research: The Bananarama Conjecture. *Finance Research Letters*, *53*. https://doi.org/https://doi.org/10.1016/j.frl.2023.103662

Echavarría, M. A. (2014). ¿Qué es el plagio? Propuesta conceptual del plagio punible. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, *44*(121), 699-720.

Echavarría, M. A. (2016). El delito de plagio: una propuesta de regulación penal de la infracción al derecho de autor. *Cuadernos de Derecho Penal*, *15*, 85-101. https://doi.org/https://doi.org/10.22518/20271743.577

Eitel-Porter, R. (2021). Beyond the promise: implementing ethical AI. *AI and Ethics*, *1*(1), 73-80. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/s43681-020-00011-6

Eke, D. O. (2023). ChatGPT and the rise of generative AI: Threat to academic integrity? *Journal of Responsible Technology*, *13*. https://doi.org/https://doi.org/10.1016/j.jrt.2023.100060

Faraldo-Cabana, P. (2015). Who Dares Fine a Murderer? The Changing Meaning of Money and Fines in Western European Criminal Systems. *Social & Legal Studies*, *25*(4), 489-507. https://doi.org/https://doi.org/10.1177/0964663915618545

Faraldo-Cabana, P. (2018). Research excellence and Anglophone dominance: The case of law, criminology and social science. En K. Carrington, R. Hogg, J. Scott y M. Sozzo (eds.), *The Palgrave Handbook of Criminology and the Global South* (pp. 163-182). Palgrave. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/978-3-319-65021-0_9

Faraldo-Cabana, P. (2019). Consecuencias imprevistas de la dominación anglófona en las ciencias sociales y jurídicas. *RES. Revista Española de Sociología*, *28*(1), 45-60. https://doi.org/https://doi.org/10.22325/fes/res.2018.57

Faraldo-Cabana, P., & Lamela, C. (2021). How international are the top international journals of criminology and criminal justice? *European Journal on Criminal Policy and Research*, *27*(2), 151-174. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/s10610-019-09426-2

Felländer, A., Rebane, J., Larsson, S., Wiggberg, M., & Heintz, F. (2022). Achieving a Data-Driven Risk Assessment Methodology for Ethical AI. *Digital Society*, *1*(2), 13. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/s44206-022-00016-0

Fierens, M., Rossello, S., & Wauters, E. (2021). Setting the scene: On AI ethics and regulation. En J. De Bruyne y C. Vanleenhove (eds.), *Artificial Intelligence and the Law* (pp. 49-72). Intersentia.

Fishman, T. (2016). Academic Integrity as an Educational Concept, Concern, and Movement in US Institutions of Higher Learning BT - Handbook of Academic Integrity. En T. Bretag (ed.), *Handbook of Academic Integrity* (pp. 7-21). Springer Singapore. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/978-981-287-098-8_1

Floridi, L. (2023). AI as Agency Without Intelligence: on ChatGPT, Large Language Models, and Other Generative Models. *Philosophy & Technology*, *36*(1), 15. https://doi.org/https://doi.org/10.2139/ssrn.4358789

Frieder, S., Pinchetti, L., Griffiths, R.-R., Salvatori, T., Lukasiewicz, T., Petersen, P. C., Chevalier, A., & Berner, J. J. (2023). Mathematical Capabilities of ChatGPT. *ArXiv*, *abs/2301.1*.

García-Peñalvo, F. (2023). La percepción de la Inteligencia Artificial en contextos educativos tras el lanzamiento de ChatGPT: disrupción o pánico. *Education in the Knowledge Society*, *24*. https://doi.org/https://doi.org/10.14201/eks.31279

García-Ull, F. (2021). Deepfakes: The next challenge in fake news detection. *Anàlisi*, *64*, 103-120. https://doi.org/https://doi.org/10.5565/rev/analisi.3378

García-Villegas, M., Franco-Pérez, N., & Cortés-Arbeláez, A. (2016). Perspectives on Academic Integrity in Colombia and Latin America. En T. Bretag (ed.), *Handbook of Academic Integrity* (pp. 161-180). Springer. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/978-981-287-098-8_10

Gordijn, B., & Have, H. ten. (2023). ChatGPT: evolution or revolution? *Medicine, Health Care and Philosophy*. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/s11019-023-10136-0

Gozalo-Brizuela, R., & Garrido-Merchán, E. C. (2023). ChatGPT is not all you need. A State of the Art Review of large Generative AI models. *ArXiv*, *abs/2301.0*.

Grijalva, T. C., Nowell, C., & Kerkvliet, J. (2006). Academic Honesty and Online Courses. *College Student Journal*, *40*(1), 180-185.

Gritsenko, D., & Wood, M. (2020). Algorithmic governance: A modes of governance approach. *Regulation and Governance*. https://doi.org/https://doi.org/10.1111/rego.12367

Hagendorff, T. (2020). The Ethics of AI Ethics: An Evaluation of Guidelines. *Minds and Machines*, *30*(1), 99-120. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/s11023-020-09517-8

Hagendorff, T. (2022). Blind spots in AI ethics. *AI and Ethics*, *2*(4), 851-867. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/s43681-021-00122-8

Harris, D. (2019). Deepfakes: False Pornography Is Here and the Law Cannot Protect You. *Duke Law & Technology Review*, *17*, 99-127.

Heaven, D. (2023). GPT-4 is bigger and better than ChatGPT—but OpenAI won't say why. *MIT Technology Review*. https://www.technologyreview.com/2023/03/14/1069823/gpt-4-is-bigger-and-better-chatgpt-openai/?utm_source=engagement_email&utm_medium=email&utm_campaign=wklysun&utm_content=03.19.23.nonsubs_eng&mc_cid=d42ec9a242&mc_eid=a0446d3f11

Helberger, N., & Diakopoulos, N. (2023). ChatGPT and the AI Act. *Internet Policy Review*, *12*(1). https://doi.org/https://doi.org/10.14763/2023.1.1682

Henry, J. V., & Oliver, M. (2022). Who Will Watch the Watchmen? The Ethico-political Arrangements of Algorithmic Proctoring for Academic Integrity. *Postdigital Science and Education*, *4*(2), 330-353. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/s42438-021-00273-1

Hermansson, H., & Hansson, S. O. (2007). A three-party model for ethical risk analysis. *Risk Management*, *9*(3), 129-144. https://doi.org/https://doi.org/10.1057/palgrave.rm.8250028

Hern, A. (2023). TechScape: Will Meta's massive leak democratise AI – and at what cost? *The Guardian*. https://www.theguardian.com/technology/2023/mar/07/techscape-meta-leak-llama-chatgpt-ai-crossroads

Holden, O. L., Norris, M. E., & Kuhlmeier, V. A. (2021). Academic Integrity in Online Assessment: A Research Review. *Frontiers in Education*, 6. https://doi.org/https://doi.org/10.3389/feduc.2021.639814

Höppner, T., & Streatfeild, L. (2023). *ChatGPT, Bard & Co.: an introduction to AI for competition and regulatory lawyers*. Hausfeld. https://www.hausfeld.com/en-us/what-we-think/competition-bulletin/chatgpt-bard-co-an-introduction-to-ai-for-competition-and-regulatory-lawyers/

Hu, L. (2022). *Generative AI and Future. GAN, GPT-3, DALL·E 2, and what's next*. Medium. https://pub.towardsai.net/generative-ai-and-future-c3b1695876f2

International Center for Academic Integrity (ICAI). (2021). *The Fundamental Values of Academic Integrity* (3.ª ed.). https://academicintegrity.org/images/pdfs/20019_ICAI-Fundamental-Values_R12.pdf

Islam, I., & Islam, M. N. (2023). Opportunities and Challenges of ChatGPT in Academia: A Conceptual Analysis [preprensa]. *Authorea*, 1-9. https://doi.org/https://doi.org/10.22541/au.167712329.97543109/v1

Jabotinsky, H. Y., & Sarel, R. (2023). *Co-authoring with an AI? Ethical dilemmas and Artificial Intelligence* [documento de trabajo]. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4303959

Jelenic, M., & Kennette, L. N. (2022). Cheating: It depends how you define it. *Canadian Perspectives on Academic Integrity*, *5*(2), 16-33. https://doi.org/https://doi.org/10.11575/cpai.v5i2.75649 ISSN

Ji, Z., Lee, N., Frieske, R., Yu, T., Su, D., Xu, Y., Ishii, E., Bang, Y. J., Madotto, A., & Fung, P. (2023). Survey of Hallucination in Natural Language Generation. *ACM Computing Surveys*, *55*(12), 1-38. https://doi.org/https://doi.org/10.1145/3571730

Jiao, W., Wang, W., Huang, J., Wang, X., & Tu, Z. (2023). Is ChatGPT A Good Translator? A Preliminary Study. *ArXiv*, *abs/2301.0*. https://doi.org/https://doi.org/10.48550/arXiv.2301.08745

Kasneci, E., Sessler, K., Küchemann, S., Bannert, M., Dementieva, D., Fischer, F., Gasser, U., Groh, G., Günnemann, S., Hüllermeier, E., Krusche, S., Kutyniok, G., Michaeli, T., Nerdel, C., Pfeffer, J., Poquet, O., Sailer, M., Schmidt, A., Seidel, T., Stadler, M., Wellwe, J., Kuhn, J., & Kasneci, G. (2023). ChatGPT for Good? On Opportunities and Challenges of Large Language Models for Education. *Learning and Individual Differences, 103*. https://doi.org/https://doi.org/10.35542/osf.io/5er8f

Kirchner, J. H., Ahmad, L., Aaronson, S., & Leike, J. (2023). *New AI classifier for indicating AI-written text*. OpenAI.

Kleebayoon, A., & Wiwanitkit, V. (2023). Artificial Intelligence, Chatbots, Plagiarism and Basic Honesty: Comment. *Cellular and Molecular Bioengineering*. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/s12195-023-00759-x

Lancaster, T. (2021). Academic Dishonesty or Academic Integrity? Using Natural Language Processing (NLP) Techniques to Investigate Positive Integrity in Academic Integrity Research. *Journal of Academic Ethics*, *19*(3), 363-383. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/s10805-021-09422-4

Li, H., Moon, J. T., Purkayastha, S., Celi, L. A., Trivedi, H., & Gichoya, J. W. (2023). Ethics of large language models in medicine and medical research. *www.thelancet.com/digital-health*, *5*, 333-335. https://doi.org/https://doi.org/10.1016/S2589-7500(23)00083-3

Li, W., Wu, W., Chen, M., Liu, J., Xiao, X., & Wu, H. (2022). Faithfulness in Natural Language Generation: A Systematic Survey of Analysis, Evaluation and Optimization Methods. *ArXiv*, *abs/2203.0*.

Malle, B. F., Scheutz, M., & Austerweil, J. L. (2017). Networks of social and moral norms in human and robot agents. En M. I. Aldinhas Ferreira, E. E. Kadar, J. Silva Sequeira, G. S. Virk y M. O. Tokhi (eds.), *A world with robots. International Conference on Robot Ethics: ICRE 2015* (pp. 3-17). Springer. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/978-3-319-46667-5_1

Melo, V. E. (2022). *Fake News*. Thomson Reuters, La Ley.

Microsoft. (2023). *Introducing Microsoft 365 Copilot – your copilot for work*. Microsoft. https://blogs.microsoft.com/blog/2023/03/16/introducing-microsoft-365-copilot-your-copilot-for-work/

Milmo, D. (2023a). ChatGPT reaches 100 million users two months after launch. *The Guardian*. https://www.theguardian.com/technology/2023/feb/02/chatgpt-100-million-users-open-ai-fastest-growing-app

Milmo, D. (2023b). Google AI chatbot Bard sends shares plummeting after it gives wrong answer. *The Guardian*. https://www.theguardian.com/technology/2023/feb/09/google-ai-chatbot-bard-error-sends-shares-plummeting-in-battle-with-microsoft

Miquel-Vergés, J. (2022). Nuevas tecnologías en la educación superior virtual. Las tecnologías del ultrafalso y de la traducción cara a cara. *Human Review. Revista Internacional de Humanidades*, *12*(4), 1-20. https://doi.org/https://doi.org/10.37467/revhuman.v11.3967

Moya, B. A., Eaton, S. E., Pethrick, H., Hayden, K. A., Brennan, R., Wiens, J., McDermott, B., & Lesage, J. (2023). Academic Integrity and Artificial Intelligence in Higher Education Contexts: A Rapid Scoping Review Protocol. *Canadian Perspectives on Academic Integrity*, *5*(2), 59-75.

Newton, P. M. (2018). How Common Is Commercial Contract Cheating in Higher Education and Is It Increasing? A Systematic Review. *Frontiers in Education*, *3*, 1-18. https://doi.org/https://doi.org/10.3389/feduc.2018.00067

Newton, P. M., & Lang, C. (2016). Custom Essay Writers, Freelancers, and Other Paid Third Parties. En T. Bretag (ed.), *Handbook of Academic Integrity* (pp. 249-271). Springer. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/978-981-287-098-8_38

OpenAI. (s.f.). *Chat GPT — Release Notes*. https://help.openai.com/en/articles/6825453-chatgpt-release-notes

OpenAI. (2023). GPT-4 Technical Report. *ArXiv*, *abs/2303.0*. https://api.semanticscholar.org/CorpusID:257532815

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (1980). *Glosario de derecho de autor y derechos conexos*. Organización Mundial de Propiedad Intelectual.

Paul, R. (2005). The state of critical thinking today. *New Directions for Community Colleges*, (130), 27-38. https://doi.org/https://doi.org/10.1002/cc.193

Perkins, M. (2023). Academic Integrity considerations of AI Large Language Models in the post pandemic era: ChatGPT and beyond. *Journal of University Teaching & Learning Practice*, *20*(2), 1-24. https://doi.org/https://doi.org/10.53761/1.20.02.07

Popova, M. (2020). Reading out of context: pornographic deepfakes, celebrity and intimacy. *Porn Studies*, *7*(4), 367-381. https://doi.org/10.1080/23268743.2019.1675090

Powers, T. M., & Ganascia, J.-G. (2020). The Ethics of the Ethics of AI. En M. Dubber, F. Pasquale y S. Das (eds.), *The Oxford Handbook of Ethics of AI* (pp. 27-51). Oxford University Press. https://doi.org/https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190067397.013.2

Qin, C., Zhang, A., Zhang, Z., Chen, J., Yasunaga, M., & Yang, D. (2023). Is ChatGPT a General-Purpose Natural Language Processing Task Solver? *ArXiv*, *abs/2302.0*.

Radford, A., Narasimhan, K., Salimans, T., & Sutskever, I. (2018). *Improving Language Understanding by Generative Pre-Training*. OpenAI. https://cdn.openai.com/research-covers/language-unsupervised/language_understanding_paper.pdf

Rahaman, S., Ahsan, T., Anjum, N., Rahman, M., & Rahman, N. (2023). The AI Race is On! Google's Bard and OpenAI's ChatGPT Head to Head: An Opinion Article. *SSRN*. https://doi.org/http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4351785

Raj, R. J. S., Babu, S. A., Jegatheesan, A., & Xavier, V. M. A. (2022). A GAN-Based Triplet FaceNet Detection Algorithm Using Deep Face Recognition for Autism Child. En J. D. Peter, A. H. Alavi y S. L. Fernandes (eds.), *Disruptive Technologies for Big Data and Cloud Applications. Proceedings of ICBDCC 2021* (pp. 177-187). Springer.

Rebuffel, C., Roberti, M., Soulier, L., Scoutheeten, G., Cancelliere, R., & Gallinari, P. (2022). Controlling hallucinations at word level in data-to-text generation. *Data Mining and Knowledge Discovery*, *36*(1), 318-354. https://doi.org/10.1007/s10618-021-00801-4

Riley, S., & Alvarez, L. C. (2023). *ChatGPT, Friend or Foe in the Classroom?* https://otl.du.edu/chatgpt-friend-or-foe-in-the-classroom/

Roe, J., & Perkins, M. (2022). What are Automated Paraphrasing Tools and how do we address them? A review of a growing threat to academic integrity. *International Journal for Educational Integrity*, *18*(1), 15. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/s40979-022-00109-w

Rogerson, A. M., & McCarthy, G. (2017). Using Internet based paraphrasing tools: Original work, patchwriting or facilitated plagiarism? *International Journal*

for Educational Integrity, *13*(1), 2. https://doi.org/https://doi.org/10.1007/s40979-016-0013-y

Rojas Chavarro, M., & Olarte Collazos, J. (2010). Plagio en el ámbito académico. *Revista Colombiana de Anestesiología*, *39*(4), 537-538. http://www.scielo.org.co/pdf/rca/v38n4/v38n4a10.pdf

Rudolph, J., Tan, S., & Tan, S. (2023). ChatGPT: Bullshit spewer or the end of traditional assessments in higher education? *Journal of Applied Learning & Teaching*, 6(1), 1-22. https://doi.org/https://doi.org/10.37074/jalt.2023.6.1.9

Russell, S., & Norvig, P. (2020). *Artificial intelligence: A modern approach* (4.ª ed.). Pearson.

Siau, K., & Wang, W. (2020). Artificial Intelligence (AI) Ethics: Ethics of AI and Ethical AI. *Journal of Database Management (JDM)*, *31*(2), 74-87. https://doi.org/https://doi.org/10.4018/jdm.2020040105

Simó Soler, E. (2023). Retos jurídicos derivados de la inteligencia articial generativa. *Arxius*, *2*. https://doi.org/https://doi.org/10.31009/InDret.2023.i2.11

Soule, D., Puram, A., Westerman, G., & Bonnet, D. (2016). *Becoming a Digital Organization: The Journey to Digital Dexterity* [documento de trabajo N.° 301). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2697688

Sparrow, J. (2022). 'Full-on robot writing': the artificial intelligence challenge facing universities. *The Guardian*. https://www.theguardian.com/australia-news/2022/nov/19/full-on-robot-writing-the-artificial-intelligence-challenge-facing-universities

Spivak, B., & Shepherd, S. (2021). Ethics, Artificial Intelligence, and Risk Assessment. *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, *49*. https://doi.org/10.29158/JAAPL.210066-21

Stuber-McEwen, D., Wiseley, P., & Hoggatt, S. (2009). Point, Click, and Cheat: Frequency and Type of Academic Dishonesty in the Virtual Classroom. *Online Journal of Distance Learning Administration*, *12*(3).

Susnjak, T. (2022). ChatGPT: The End of Online Exam Integrity? *ArXiv*, *abs/2212.0*.

Talan, T., & Kalinkara, Y. (2023). The Role of Artificial Intelligence in Higher Education: ChatGPT Assessment for Anatomy Course. *International Journal of Management Information Systems and Computer Science*, *7*(1), 33-40. https://doi.org/http://dx.doi.org/10.33461/uybisbbd.1244777

Taylor, L. (2023). Colombian judge says he used ChatGPT in ruling. *The Guardian*. https://www.theguardian.com/technology/2023/feb/03/colombia-judge-chatgpt-ruling

Tiku, N. (2022). The Google engineer who thinks the company's AI has come to life. *The Washington Post*. https://www.washingtonpost.com/technology/2022/06/11/google-ai-lamda-blake-lemoine/

Tolosana, R., Vera-Rodriguez, R., Fierrez, J., Morales, A., & Ortega-Garcia, J. (2022). An Introduction to Digital Face Manipulation. En C. Rathgeb, R. Vera-Rodriguez, R. Tolosana y C. Busch (eds.), *Handbook of Digital Face Manipulation and Detection. From DeepFakes to Morphing Attacks* (pp. 3-26). Springer.

Van der Sloot, B., & Wagensveld, Y. (2022). Deepfakes: regulatory challenges for the synthetic society. *Computer Law & Security Review*, *46*. https://doi.org/https://doi.org/10.1016/j.clsr.2022.105716

Vanem, E. (2012). Ethics and fundamental principles of risk acceptance criteria. *Safety Science*, *50*, 958-967. https://doi.org/https://doi.org/10.1016/j.ssci.2011.12.030

Weidinger, L., Mellor, J. F. J., Rauh, M., Griffin, C., Uesato, J., Huang, P.-S., Cheng, M., Glaese, M., Balle, B., Kasirzadeh, A., Kenton, Z., Brown, S. M., Hawkins, W. T., Stepleton, T., Biles, C., Birhane, A., Haas, J., Rimell, L., Hendricks, L. A., Isaac, W., Legassick, S., Irving, G., & Gabriel, I. (2021). Ethical and social risks of harm from Language Models. *ArXiv*, *abs/2112.0*. https://doi.org/https://doi.org/10.48550/arXiv.2112.04359

Whitby, B. (2011). On Computable Morality An Examination of Machines as Moral Advisors. En M. Anderson y S. L. Anderson (eds.), *Machine Ethics* (pp. 138-150). Cambridge University Press.

Winter, R., & Salter, A. (2020). DeepFakes: uncovering hardcore open source on GitHub. *Porn Studies*, *7*(4), 382-397. https://doi.org/https://doi.org/10.1080/23268743.2019.1642794

Xiao, Y., & Wang, W. Y. (2021). On Hallucination and Predictive Uncertainty in Conditional Language Generation. *ArXiv*, *abs/2103.1*.

Yan, L., Sha, L., Zhao, L., Li, Y.-S., Maldonado, R. M., Chen, G., Li, X., Jin, Y., & Gavsević, D. (2023). Practical and Ethical Challenges of Large Language Models in Education: A Systematic Literature Review. *ArXiv*, *abs/2303.1*. https://doi.org/https://doi.org/10.48550/arXiv.2303.13379

Yapo, A., & Weiss, J. (2018). Ethical Implications of Bias in Machine Learning. *Proceedings of the Annual Hawaii International Conference on System Sciences*. https://doi.org/https://doi.org/10.24251/hicss.2018.668

Yeung, K. (2019). *Responsibility and AI*. Council of Europe. https://rm.coe.int/responsability-and-ai-en/168097d9c5

Zhang, M., & Li, J. (2021). A commentary of GPT-3 in MIT Technology Review 2021. *Fundamental Research*, *1*(6), 831-833. https://doi.org/https://doi.org/10.1016/j.fmre.2021.11.011

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Ley 2213, Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del decreto legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y

se dictan otras disposiciones (Congreso de la República [Colombia], 13 de junio de 2022).

Carlos Antonio Urquieta Salazar c/ Margarita Leonor Cid Lizondo, Sentencia Rol 2595-2009 (Octavo Juzgado de Garantía de Santiago [Chile], 27 de mayo de 2011). https://juris.pjud.cl/busqueda/u?q7av

Salvador Espitia Chávez c/ Salud Total E.P.S, Sentencia N.° 32 (Juzgado 1.° Laboral del Circuito de Cartagena [Colombia], 30 de enero de 2023).

Recibido: 20/03/2023
Aprobado: 20/06/2023

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202302.008
CC BY
DERECHO PUCP
N° 91, 2023
diciembre-mayo
pp. 271-300
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Las transgresiones respetuosas de la enseñanza del *common law* y el derecho civil en Quebec: lecciones del método transistémico de educación jurídica*

Respectful Transgressions of Common Law and Civil Law Teaching in Quebec: Lessons from the Transsystemic Method of Legal Education

ÁLVARO CÓRDOVA FLORES**
Independiente (Perú)

Resumen: Este artículo explora cómo se enseña el derecho en el orden bijurídico de Quebec, donde coexisten la tradición del derecho civil y el *common law*. Se centra particularmente en el desarrollo y la implementación del método transistémico de educación jurídica desarrollado en la Facultad de Derecho de la Universidad McGill, en Canadá. Este método consiste, en esencia, en enseñar ambas tradiciones jurídicas simultánea y comparativamente. Tiene por objetivo que sus egresados puedan navegar las diferentes tensiones políticas y culturales existentes en Canadá, entablar diálogos jurídicos interculturales y ejercer en dos sistemas jurídicos. Esta metodología, en la que se enfatiza la convivencia de dos sistemas jurídicos, ha implicado también repensar la noción del derecho, alejándose de miradas legalistas y abrazando nociones cercanas al pluralismo jurídico. El artículo se estructura explicando las diferentes capas contextuales que han rodeado el surgimiento y desarrollo de este método transistémico. Se explica el contexto macroinstitucional presentando las tensiones entre anglo-Canadá y la provincia de Quebec; el contexto mesoinstitucional, que explica las discusiones surgidas al interior de la provincia y la Facultad de Derecho; mientras que el contexto microinstitucional presenta cómo se enseñan los cursos de obligaciones/contratos y responsabilidad extracontractual/*torts*.

Palabras clave: Educación jurídica, derecho comparado, sistemas bijurídicos, método transistémico

Abstract: This article explores how the law is taught in the bi-juridical order of Quebec, where civil law and common law coexist. It focuses mainly on how the trans-systemic method of legal education was implemented and developed at the Faculty of Law of McGill University, in Canada. This method consists of teaching both legal traditions simultaneously and comparatively. It aims to enable its graduates to navigate Canada's political and cultural tensions, engage in cross-cultural legal dialogues and practice in two legal systems.

* Deseo agradecer los valiosos comentarios de Vladimir Aráoz, Jorge León y Shauna Van Praagh a las versiones previas de este artículo. Igualmente, los agradecimientos van a los revisores anónimos que permitieron mejorar este trabajo. Desde luego, cualquier error es de entera responsabilidad del autor.

** Abogado por la Universidad de Lima (Perú). Magíster en Derecho por la Universidad de Victoria (Canadá).
Código ORCID: 0009-0003-8928-9073. Correo electrónico: alvaro.cordova.flores@gmail.com

This approach emphasizes the coexistence of two legal systems, moving away from legalistic views and embracing legal pluralism. The article explains the different contextual layers surrounding the emergence and development of this trans-systemic method. It explains the macro-institutional context by presenting the tensions between Anglo-Canada and the province of Quebec; the meso-institutional context, which focuses on the discussions within the province and the law faculty; while the micro-institutional context presents how courses on obligations/contracts and tort/torts are taught.

Keywords: Legal education, comparative law, bi-juridical systems, trans-systemic method

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ACOMODOS INSTITUCIONALES EN FAVOR DE LA TRADICIÓN DEL DERECHO CIVIL EN QUEBEC.- II.1. LA CAÍDA DE LA NUEVA FRANCIA Y LA PRESERVACIÓN DE LA TRADICIÓN DEL DERECHO CIVIL.- II.2. LA LUCHA POR LA CODIFICACIÓN EN QUEBEC.- II.3. LA CORTE SUPREMA CANADIENSE Y LA TRADICIÓN DEL DERECHO CIVIL.- III. ENSEÑANZA TRANSISTEMÉMICA DEL DERECHO: ANTECEDENTES Y DESARROLLO.- III.1. TENSIONES EN LA EDUCACIÓN JURÍDICA EN QUEBEC.- III.2. DE LA YUXTAPOSICIÓN A LA INTEGRACIÓN TRANSISTÉMICA.- IV. EPISTEMOLOGÍA Y METODOLOGIA DEL MÉTODO TRANSISTÉMICO.- IV.1. EPISTEMOLOGÍA DEL METODO TRANSISTÉMICO. - IV.2. EL CURSO DE OBLIGACIONES/CONTRATOS.- IV.3. EL CURSO DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL/*TORTS*.- V. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Las comparaciones entre el *common law* y el derecho civil[1] han sido terreno fértil para investigaciones enfocadas en observar la influencia —e, inclusive, la superioridad— de un sistema sobre el otro[2]. Han existido también trabajos que buscan extraer lecciones de la enseñanza del *common law* en Estados Unidos (Pérez Lledó, 1992, p. 41) o de determinadas técnicas, como el método socrático o del caso (Gelli, 1999, p. 445). No obstante, en Latinoamérica no se ha prestado atención a las experiencias pedagógicas surgidas en los órdenes jurídicos mixtos. Estos son órdenes jurídicos donde coexisten las tradiciones jurídicas del *common law* y el derecho civil. Sudáfrica, Escocia, Puerto Rico o Canadá son ejemplos de ello, aunque cada uno de estos guarde características distintas (Palmer, 2012). En la provincia de Quebec, en Canadá, coexisten oficial y activamente estos dos sistemas. Así, el Código Civil de Quebec, que gobierna las relaciones privadas, convive con la tradición del derecho público gobernada por el *common law* y

1 El término *civil law* se utilizará solamente cuando entienda que podría generase una confusión entre la tradición jurídica del derecho civil y la especialidad de derecho civil.

2 Sobre el particular, se sugiere revisar el reciente número 87 de la revista *Derecho PUCP* sobre la temática «Diálogos entre el sistema de derecho civil y *common law*». Para un debate respecto de la superioridad de uno u otro sistema, ver la discusión entre Escobar Rozas (2006) y León Hilario (2007).

con el resto de las provincias, que se gobiernan enteramente por el *common law*.

En tal sentido, y considerando que cada uno de estos sistemas está asociado a diferentes filosofías y metodologías de enseñanza jurídica (Valcke, 1995; Rheinstein, 1938), es pertinente preguntarnos: ¿cómo se enseña el derecho en los órdenes legales mixtos? ¿Qué alternativas se han planteado y qué lecciones han dejado estas experiencias? Este trabajo se centra en investigar el llamado «programa transistémico de educación jurídica» desarrollado en la Facultad de Derecho de la Universidad McGill en Montreal, provincia de Quebec. Este método consiste en la enseñanza comparativa, integrada y simultánea de las tradiciones del *common law* y el derecho civil. Se trata, pues, de un experimento sin mayores precedentes en el derecho comparado. Su particularidad ha llevado a que se lo describa como un programa «nacido para ser salvaje» (Dedek & De Mestral, 2009, p. 889), como el experimento curricular más «inusual en los anales de la educación jurídica» (Arthurs, 2009, p. 709), y a que se diga que su implementación ha sido un «momento langdeliano» (Strauss, 2006, p. 763) en la educación jurídica.

La formación del método transistémico se ancla en la particular relación forjada entre el Gobierno Federal canadiense y la provincia de Quebec. Una relación construida al calor de álgidas tensiones culturales y políticas, pero también de aproximaciones pragmáticas que dieron origen a acomodos institucionales que permitieron la convivencia de dos culturas jurídicas. Para dar una idea de las complejidades en las que se origina este método, cabe precisar que la Facultad de Derecho de McGill es parte de una universidad tradicionalmente anglófona situada en una ciudad bilingüe que está en una provincia donde el idioma oficial es el francés, rige el derecho civil y tiene una notoria herencia católica. A su vez, está en un país oficialmente bilingüe, de herencia anglicana y en el que predomina el inglés y el *common law*[3]. Si lector latinoamericano, acostumbrado a un tradicional Estado unitario y monojurídico, siente algo de desconcierto, ello está plenamente justificado.

Pero para quienes forjaron las diferentes etapas de la aproximación transistémica, esta era la cotidianidad desde donde podían construir alternativas dialogantes de educación jurídica. Así se inició un proceso de prueba y error en el que se abrazaron las diversas tensiones lingüísticas, jurídicas, políticas y sociales existentes. Ciertamente, estas históricas tensiones enmarcan el surgimiento del método transistémico, pero no lo explican. Fue la tradición comparatista y el liderazgo intelectual de los profesores de esta casa de estudios lo que permitió dar el paso

3 El 22 % de la población de Canadá tiene al francés como lengua materna, de acuerdo con el censo de 2011. Ese año se determinó también que el 78,9 % de la población de la provincia de Quebec tiene al francés como idioma materno. Ver Statistics Canada (s.f.).

hacia el método transistémico. Para ello se plantearon aproximaciones epistemológicas heterodoxas sobre el significado, el contenido y los alcances del derecho para, a partir de ahí, imaginar cómo este debía ser enseñado. Fue ese liderazgo lo que motivó que se abrazara «la heterodoxia intelectual como ortodoxia» (Arthurs, 2009, p. 710), confrontando y superando las mencionadas tensiones.

Si bien este es, en estricto, un trabajo de pedagogía jurídica comparada en el que presento el origen, desarrollo y experiencia del método transistémico, me interesa también resaltar la relación entre este método y el pluralismo jurídico. Este método asume la igualdad de jerarquía del *common law* y el derecho civil al teorizar lo jurídico desde estos dos sistemas legales simultáneamente. En contextos monojurídicos, en cambio, se tiende a asumir que el sistema legal dominante es el único parámetro de legalidad, jerárquicamente superior y, por tanto, excluyente de otros sistemas.

La aproximación transistémica, en cambio, brinda la oportunidad de pensar dos sistemas relacionalmente y enfatizando el reconocimiento, la coexistencia y el diálogo. De ahí que el pluralismo jurídico asome como uno de los elementos subyacentes del método. Esto se logra, en parte, al reconstruir nuestro entendimiento sobre los sistemas jurídicos como manifestaciones de tradiciones. La perspectiva de las tradiciones jurídicas elaborada por Patrick Glenn (2010) permite entender los sistemas legales como una «particular ejemplificación» de una tradición —esto es, información transmitida que sirve para legitimar ideas y crear obligaciones (que pueden ser o no vinculantes) (p. 24)— o como «argumentos sustantivos en […] relación dialógica con otras tradiciones del mundo» (2005, p. 898).

Así, la mirada positivista sobre los sistemas jurídicos proyecta una manera particular de entender el mundo que excluye otras formas de normatividad y en donde la diferencia es un conflicto de normas. En contraste, concebir los sistemas jurídicos como tradiciones no solo permite expandir las fuentes de normatividad, sino que hace posible entender que las relaciones entre tradiciones son en principio relaciones de «influencia y persuasión», y no de «conflicto y dominación» (p. 897)[4].

Esta perspectiva ha servido también de inspiración para que en otras latitudes se aplique este mismo método para la enseñanza del *common law* y las tradiciones jurídicas indígenas del Canadá. Así, antes que sugerir un trasplante o la implementación de este método en otros contextos,

4 La teoría de Patrick Glenn, quién también fue profesor en la Facultad de Derecho de McGill, se desarrolla en extenso en su comentado y varias veces reeditado libro sobre las tradiciones legales del mundo. Esta perspectiva le permite evitar las inconsistencias que observa en las teorías positivistas del derecho, permitiendo también analizar otras tradiciones jurídicas además de los sistemas legales de Occidente.

planteo una invitación a reflexionar también sobre cómo y desde dónde se piensa la educación jurídica y, por consiguiente, el derecho.

Debe incidirse, en todo caso, en que el diálogo entre sistemas que plantea este método no busca oscurecer las fuentes o singularidades de cada tradición jurídica. Lo que se pretende es reconocer sus diferencias sin que ello limite el análisis jurídico. O, como lo expresara una de las arquitectas de este programa, Shauna Van Praagh, de quien tomo inspiración para el título de este artículo: «Estamos trasgrediendo y respetando los límites al mismo tiempo; sin sentirnos atados por estos, pero sin suprimirlos. La idea es no preocuparnos tanto en los límites, sino centrarnos en las preguntas concretas» (citada en Wayland, 2012, p. 13).

Para entender los orígenes y el desarrollo del método transistémico deben revisarse escalonadamente las diferentes capas contextuales y tensiones que lo enmarcan. Por ello, la sección II de este artículo está dedicada a examinar los aspectos históricos e institucionales que han encuadrado la singular relación entre Quebec y Canadá. Esta mirada macroinstitucional explica sucintamente la tirantez entre las poblaciones anglófonas y las francófonas, la resistencia de esta frente a los intentos de asimilación de aquella y los acomodos institucionales que caracterizan y configuran el discurso jurídico-constitucional canadiense. En efecto, son estos acomodos históricos los que han permitido la formación y el desenvolvimiento del régimen bijurídico y bilingüe canadiense.

En la sección III exploro las tensiones mesoinstitucionales surgidas al interior de la provincia sobre la enseñanza del derecho en Quebec desde la segunda mitad del siglo XX, prestando atención a la transición de una educación jurídica con énfasis en la práctica hacia una de tipo universitario que enfatiza lo teórico. También describe cómo se ha enseñado el derecho en la Facultad de Derecho de McGill. En esencia, resaltaré los procesos e intentos que finalmente devinieron en lo que ahora se conoce como el «método transistémico de educación jurídica». Específicamente, me centraré en observar cómo los énfasis en las concepciones monojurídicas dejaron paso a concepciones polijurídicas eclécticas.

Por último, y siguiendo con el análisis escalonado, en la sección IV se aborda una perspectiva microinstitucional, presentando la experiencia de dos profesoras que han impartido los cursos de contratos y de responsabilidad extracontractual/*torts* bajo el método transistémico. Estas experiencias son esclarecedoras porque, más allá de los planteamientos en abstracto, nos permiten apreciar los retos particulares a los cuales se enfrentan los profesores de esta facultad. Sirve también para observar cómo la línea divisora entre el derecho civil y el *common law* resulta ser menos evidente de lo que parece y cómo se analizan los textos jurídicos desde una perspectiva transistémica.

II. ACOMODOS INSTITUCIONALES EN FAVOR DE LA TRADICIÓN DEL DERECHO CIVIL EN QUEBEC

Las relaciones entre Quebec y Canadá están marcadas por una historia de conquista, resistencia y convivencia a través de la construcción pragmática de acomodos institucionales. En el siglo XVI, lo que hoy es Canadá era un territorio poblado por naciones indígenas, dominios británicos y el virreinato de la Nueva Francia. Como consecuencia de la Guerra de los Siete Años (1756-1763), dicho virreinato fue conquistado por la Corona británica, instaurándose una serie de arreglos institucionales que permitieron que las culturas inglesa y francesa convivieran —aunque no sin tensiones— bajo el dominio británico en Norteamérica. Esta convivencia, que se configurará tiempo después, de dos naciones dentro de un solo Estado se ha caracterizado por la coexistencia de «dos soledades»[5]. Con dicho término se busca describir la manera en que estas sociedades coexisten, guardando cada una sus particularidades y sin entablar un diálogo dirigido a forjar vínculos necesarios para imaginar una sola identidad. A continuación, haré referencia a algunos puntos históricos y arreglos institucionales que permiten entender de mejor manera las consecuencias de la dinámica que las «dos soledades» tienen en la educación jurídica transistémica.

II.1. La caída de la Nueva Francia y la preservación de la tradición del derecho civil

Entre 1532 y 1763, el virreinato de Nueva Francia (también llamado «Canadá») ejercía jurisdicción en parte de lo que hoy es la provincia de Quebec, instaurando así un orden legal similar al existente en París. Tras su caída y conquista, el Reino británico se comprometió a mantener el sistema legal francés (Costumbres de París), que ya se encontraba enraizado en la sociedad quebequense[6]. Asimismo, se comprometió a respetar la libre práctica de la religión católica en dicho territorio por las mismas razones[7]. No obstante, prontamente se buscó socavar aspectos que identificaban a la población francófona de Quebec, como la religión católica y la tradición del derecho civil, intentando establecer el orden

5 El término proviene del título de la novela del autor Hugh MacLennan, *Two Solitudes*, publicada en 1945, y describe las distancias de las relaciones culturales entre las poblaciones anglófonas y francófonas. Si bien esta distancia era vista como algo negativo, el jurista canadiense Jeremy Webber ha enfatizado una interpretación alternativa. Teniendo en cuenta que la frase fue tomada de una carta del poeta alemán Rainer Maria Rilke y que su intención no era describir desesperanza, sino amor, Webber sugiere que la frase puede servir también para entender que las personas pueden vivir juntas sin abandonar su propio sentido de identidad y unicidad. Sobre el punto, ver Webber (1994).

6 Ver, por ejemplo, el artículo 42 de la Capitulación de Montreal del 8 de septiembre de 1760, que establecía que los «franceses y canadienses […] continuarán siendo gobernados de acuerdo con las Costumbres de París y los usos establecidos para esas tierras, no siendo pasibles de otros impuestos que no hayan sido establecidos bajo la dominación francesa» (Kennedy, 1930, p. 24).

7 Sobre el particular, ver el artículo IV del Tratado de París, del 10 de febrero de 1763. Sin embargo, posteriormente se dieron instrucciones secretas a fin de reducir la influencia de la Iglesia católica e implantar la Iglesia anglicana. Al respecto, revisar las instrucciones al gobernador Murray del 7 de diciembre de 1763 (Kennedy, 1930, pp. 47-48).

jurídico británico en desmedro de la tradición jurídica de inspiración francesa[8]. En respuesta, se ha argumentado que la población de Quebec rechazó estas políticas mediante una «forma de resistencia pasiva», boicoteando el uso de las cortes británicas y acudiendo a formas privadas de resolución de disputas que se inspiraban en el derecho de tradición francesa (Morel, 1960, p. 53)[9].

Esta resistencia se desarrolló en un contexto geopolítico favorable para la población francófona. En 1775 las tensiones entre las trece colonias norteamericanas y la Corona británica llevaron a que esta busque asegurar la lealtad de la población de Quebec y evite su apoyo a la revolución independentista de los Estados Unidos. Por ello, se reconoció el *ancien droit* para la resolución de casos sobre propiedad y derechos civiles (*civil rights*) en Quebec[10]. Con ello se formalizó entonces un espacio en donde convivían oficialmente la normativa del *ancien droit* y el *common law* inglés, siendo ello la génesis de lo que hoy se conoce como la «jurisdicción mixta o bijurídica en Canadá»[11].

A fin de consolidar este compromiso, el Parlamento británico emitió la Ley Constitucional de 1791, que dividió la colonia en dos provincias, cada una con sus legislaturas y sus diferentes tradiciones jurídicas, religiosas y lingüísticas (Kennedy, 1930, p. 194). Cada provincia actuaba como una unidad política diferente con autonomías institucionalizadas[12]. Con ello se pacificó momentáneamente el gobierno de estas colonias, aunque las tensiones culturales no desaparecieron (Webber, 1994, p. 89).

Una serie de insurrecciones en 1837 desequilibraron las estructuras gubernamentales coloniales. El Parlamento británico encargó al político inglés lord Durham investigar los levantamientos y plantear soluciones; sin embargo, Durham partía de prejuicios bien extendidos en contra de la población francófona en Quebec. Consideraba que esta era ignorante, inactiva, no progresista, además de ser un pueblo sin historia ni literatura (Durham, 1839, p. 112). Antes que encontrar una lucha por principios

8 Mediante la Proclamación Real (*The Royal Proclamation*) del 7 de octubre de 1763 se crearon y establecieron los límites del gobierno colonial británico sobre Quebec. Se estructuró también el funcionamiento de las cortes, que resolverán de acuerdo con el *Law and Equity* de la manera más parecida posible a las leyes de Inglaterra (Kennedy, 1930, p. 35).

9 El argumento planteado por André Morel ha sido cuestionado posteriormente, indicando que no existió una variación significativa en el número de arbitrajes, por lo que no sería plausible referirse a una resistencia pasiva. Ver Decroix *et al*. (2012).

10 Para ello emitieron la Ley de la Norteamérica Británica el 22 de junio de 1774, conocida como la Ley de Quebec de 1774 (*British North American (Quebec) Act, Jun 22, 1774).* El punto VIII de la norma establece que las controversias relativas a la propiedad y los derechos civiles (*civil rights*) serán tratadas de acuerdo con las leyes de Canadá; es decir, el territorio de Quebec (Kennedy, 1930, pp. 138-139).

11 Para una revisión de las particularidades de este sistema legal mixto o, para ser más precisos, del sistema bijurídico canadiense, ver Palmer (2012, pp. 354-380).

12 Se dividió la colonia en el Alto Canadá (*Upper Canada)* y el Bajo Canadá (*Lower Canada*). La primera —hoy día, la provincia de Ontario— era un territorio donde la tradición cultural inglesa y protestante predominaba, en contraste con el Bajo Canadá —hoy Quebec—, donde la tradición cultural francesa y católica prevalecían.

políticos, Durham afirmó haber encontrado una lucha entre «razas» que se manifestaba en la lucha de dos naciones al interior de un solo Estado. También observó que el derecho aplicado en Quebec era en parte francés e inglés, sin divisiones claras, lo que generaba inseguridad y confusión (pp. 7, 26 y 44). Para solucionar esta animosidad recomendó la reunificación de las dos provincias y la eliminación gradual de la lengua y la cultura francesa, entre otras medidas. Siguiendo tales recomendaciones, el Parlamento británico emitió la Ley de la Unión de 1840, que decretó la unificación de estas autonomías bajo lo que se denominó la «provincia de Canadá»[13]. Así se creó un solo cuerpo legislativo para las dos regiones y se estableció el uso del inglés como única lengua oficial en dicho Parlamento, aunque se mantuvo el derecho civil para los territorios de lo que hoy es Quebec.

II.2. La lucha por la codificación en Quebec

Años después, las élites de Quebec plantearon la existencia de la tradición del derecho civil como una precondición para incorporarse a la emergente confederación canadiense. La promulgación del Código Civil para el Bajo Canadá de 1866 (*Civil Code of Lower Canada*) permitió que Quebec se afiliara a la confederación, diluyendo los temores de que se alteren sus leyes e instituciones jurídicas (Brierley & Macdonald, 1993, p. 6; Young, 1994, p. 177). Se cumple así con una finalidad no solo jurídica, sino también política, al concebir este Código Civil como una defensa del nacionalismo quebequense frente a la posible influencia del *common law* en Quebec. Más aun, al ser el recipiente de los valores de la sociedad quebequense de la época, fue considerado como una auténtica «constitución social» o «constitución civil» (Brierley & Macdonald, 1993, p. 34).

Desde luego, también existían motivos técnicos que justificaban la codificación de la normativa vigente en Quebec, que era dispersa, estaba en diferentes idiomas y en algunos casos era difícil de encontrar. Por ello, se quería organizar la normativa existente y cubrir los vacíos creados por la ausencia de normas en francés (Howes, 1987, p. 529). Al final, este Código fue una síntesis del *ancien droit* y los elementos impuestos por el derecho inglés, reflejando una mixtura de instituciones y valores. Además, se internalizó

> la tensión existente entre los valores sociales tradicionales dominantes en el Quebec rural —la familia, la agricultura, el sectarismo— frente a aquellos valores liberales asociados con las sociedades urbanas y con las

13 La Ley de la Unión de 1840, Una Ley para Unir a las Provincias del Alto Canadá y del Bajo Canadá y para el Gobierno de Canadá de Julio de 1840 (*British North American Act, 1840, An Act to reunite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the Government of Canada*). Ver Kennedy (1930, p. 433).

> economías de mercado emergentes […] el individualismo, el comercio y el pluralismo (Brierley & Macdonald, 1993, p. 42).

Este Código fue sustituido por el Código Civil de Quebec de 1994, el mismo que se encuentra vigente al momento de escribir estas líneas. Este cuerpo normativo, que consolida la tradición del bilingüismo jurídico, tiene la clásica organización existente en otros códigos civiles. Está dividido en diez libros y regula aspectos sobre personas, familia, sucesiones, propiedad, obligaciones, hipotecas, medios probatorios, prescripción, registros públicos y derecho internacional privado. Es por esta razón, por ejemplo, que la responsabilidad civil extracontractual se rige en Quebec por la tradición del derecho civil y no por los *torts*, característicos del *common law.*

El Código Civil de 1866, precisamente, precede otro hito importante en la construcción del sistema bijurídico: la Ley de la Norteamérica Británica de 1867, promulgada por el Parlamento británico que creó el dominio federal de Canadá, que incluía buena parte de las provincias que hoy conforman la Federación de Canadá[14]. En base a esta norma, Canadá fue adquiriendo su progresiva independencia[15], que se vio finalmente perfeccionada con la llamada «repatriación de la Constitución»[16] y con la dación de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982. Por ello, la Ley de la Norteamérica Británica de 1867 es considerada su primera (y aún vigente) Constitución.

Cabe resaltar dos aspectos de esta norma que contrastan con la normativa anterior: a) se consolidó el uso del francés e inglés en el Parlamento del Dominio de Canadá; y b) se confirmó que el Parlamento federal tenía la competencia exclusiva sobre el derecho penal, pero que las provincias tenían plena competencia para la regulación del derecho privado y la formalización del matrimonio. Se observa, por consiguiente, la consolidación de los acomodos institucionales que recogen las perspectivas bilingües y bijurídicas diseñadas para garantizar la coexistencia de dos sistemas jurídicos bajo una sola unidad política.

II.3. La Corte Suprema canadiense y la tradición del derecho civil

La Corte Suprema de Canadá tiene la particular característica de revisar decisiones de jueces del derecho civil y del *common law.* Por ello,

14 La Ley de la Norteamérica Británica de 1867 (*British North American Act de 1867*). Ver Kennedy (1930, p. 617).

15 La independencia de Canadá fue gradual y en muchos aspectos, consolidada mediante prácticas y convenciones. Por ejemplo, mediante el Estatuto de Westminster de 1931 se reconoció la soberanía al Parlamento canadiense. Y en 1949 se eliminaron las apelaciones civiles al Comité Judicial de Consejo Privado de Gran Bretaña, estableciendo a la Corte Suprema de Canadá como su más alta corte.

16 El proceso de *repatriación* se concretó cuando, a pedido el Gobierno federal de Canadá, el Parlamento del Reino Unido emitió una ley estableciendo que ninguna norma de ese Parlamento tendrá efectos en el territorio de Canadá. Con ello, se consolidó la gradual independencia de Canadá.

históricamente ha existido una preocupación por mantener jueces supremos que, además de ser bilingües, tengan también experiencia en la resolución de casos de la tradición del derecho civil. Así, desde su creación en 1875 se reservan asientos para jueces provenientes del *civil law*[17]. Actualmente, tres de los nueve asientos son reservados para jueces provenientes de la Corte de Apelaciones o de la Corte Superior de la provincia de Quebec, o seleccionados entre los abogados de la provincia[18].

En realidad, esta Corte fue y es un espacio de tensiones y diálogos entre estas dos tradiciones jurídicas. Así, durante el siglo XIX prevaleció en en ella la perspectiva de la «unificación del derecho» en Canadá —que entendía que el *common law* debía estar vigente en todo su territorio—, oscureciendo la relevancia del derecho civil. Durante dicho periodo, el Código Civil de 1866 fue interpretado de acuerdo con principios del *common law*[19]. Esta tendencia asimilacionista y homogenizadora se contraponía a posturas nacionalistas en Quebec, que abogaban por la protección de la «integridad del derecho civil» y en contra de su desaparición. Solamente a partir de 1920 la Corte Suprema canadiense comenzó a dejar de lado la idea de la «unificación nacional del derecho» y abrazó la especificidad de la tradición del derecho civil, enfatizando que, por ser en sí mismo un sistema, debía ser interpretado en concordancia con sus propias reglas y doctrinas[20].

Esta contraposición de posturas ha sido caracterizada como las tensiones entre nociones polijurídicas y monojurídicas sobre el derecho aplicable en Quebec[21]. La tendencia polijurídica fue sostenida por el juez supremo

17 Ver Ley de la Corte Suprema de 1875 de Canadá.

18 Ver el artículo 6 de la Ley de la Corte Suprema de 1985. La propia Corte Suprema canadiense ha tenido que decidir sobre el caso en que un juez supremo no cumplía con tal requisito, al no pertenecer a la asociación de abogados de Quebec. Ver el caso *Reference re Supreme Court Act ss 5 and 6* (2014).

19 Ejemplo de ello es la sentencia del caso *Canadian Pacific Railway v. Robinson* (1887), en la que la Corte interpretó el artículo 1056 del Código Civil del Bajo Canadá de 1866 en virtud del parámetro del *common law*, indicando que era preferible una aplicación del derecho similar en todo Canadá a una aplicación diferenciada. Lo que había ocurrido es que el Código Civil del Bajo Canadá estaba siendo interpretado de acuerdo con los principios del *common law*. Ver L´Heureux-Dubé (2002, p. 461).

20 Este criterio se precisó en la sentencia del caso *Desrosiers v. Canada* (1920), en donde el juez supremo Pierre-Basile Mignault destacó la especificidad del *civil law* frente al *common law*. Ver L´Heureux-Dubé (2002, p. 462).

21 Los términos «polijurídico» y «monojurídico» requieren de alguna precisión. En primer lugar, son términos que tiene un contenido valorativo, pero también descriptivo. En un sentido valorativo, el término «polijurídico» (*polijurality*) se inspira en el pensamiento del antropólogo Clifford Geertz, y es una tendencia que observa que otras tradiciones o culturas jurídicas presentan «una alternativa para nosotros» en contraste con una «alternativa de nosotros» (Howe, 1987, p. 525). Desde una perspectiva descriptiva, lo polijurídico describe el contexto de diversidad de fuentes normativas existentes en Quebec (derecho natural, canónico, del *common law*, etc.). Ello inclusive con posterioridad a la entrada en vigor del Código Civil de 1866, ya que algunos jueces de la Corte Suprema canadiense eran contrarios al Código Civil por motivos ideológicos y metodológicos. De esa forma, entendían que la labor del juez no se basaba en apuntar artículos de normas, sino que su trabajo era convencer mediante la utilización de normas que emanaban del derecho natural o las costumbres. Lo «monojurídico», en cambio, apunta a describir la utilización de una sola fuente del derecho; en este caso, el Código Civil de Quebec. Cada uno de estos términos, sin embargo, puede ser interpretado desde concepciones más o menos localistas o universales.

Henri-Elzéar Taschereau (1836-1911), quien consideraba que el Código Civil de 1866 no era la única fuente jurídica en Quebec[22]. Entendía que la labor judicial podía utilizar una variedad de fuentes como el derecho natural, el derecho civil francés o escocés, el *common law* y la doctrina comparada. Ello era manifestación de una aproximación hacia lo jurídico que era común en el siglo XIX, en donde la retórica —entendida como el arte de la persuasión y no en su sentido peyorativo— tenía un rol más importante que la aplicación de un sistema unificado de leyes, tendencia que no se asentaría en la mentalidad judicial si no hasta bien entrado el siglo XX (Howes, 1987, p. 550). Como se observa, lo polijurídico quitaba relevancia al derecho civil de Quebec, aunque no lo ignoraba.

Alrededor de la década de 1920, la aproximación polijurídica fue perdiendo presencia en la Corte Suprema. El juez supremo Pierre-Basile Mignault (1854-1945) comenzó a enfatizar la singularidad y jerarquía del derecho civil frente a otras fuentes[23]. Temiendo la virtual desaparición de la tradición del derecho civil en Quebec, Mignault se esforzó en resaltar cómo los principios de este sistema brindaban mejores resultados en la práctica jurídica de la provincia. Así, «purificó» el derecho civil de Quebec al mostrar los conflictos entre este y el *common law*, resaltando el rol de resistencia del Código Civil de Quebec frente a los avances del *common law* en la provincia (Howes 1987, p. 551).

Actualmente, la Corte Suprema de Canadá es reconocida no solo como la máxima instancia jurisdiccional, sino también como la guardiana de la tradición bijurídica y bilingue de Canadá (L´Heureux-Dubé, 2002, p. 461). Así, desde las prácticas y tendencias asumidas por la Corte Suprema, se consolidó la coexistencia de las dos tradiciones jurídicas: el *common law* para el derecho público para toda la Federación y el *civil law* para el derecho privado de Quebec.

No obstante, las fuentes de la tradición del derecho civil tienen que convivir con fuentes provenientes del *common law* en materia procesal (sistema adversarial), penal (de competencia federal) y en lo que a la estructura de las cortes se refiere (Jukier, 2011, p. 55). Esto último no debe pasarse por alto al analizar el discurso jurídico, ya que la propia organización del sistema de cortes en Quebec está estructurada de manera similar a la de cualquier otra provincia de Canadá, en donde

22 El juez supremo Henri-Elzéar Taschereau fue el primer presidente francófono de la Corte Suprema de Canadá, donde estuvo desde 1878 hasta 1906. Procedía de la clase latifundista de Quebec, lo que puede explicar también su desdén hacia el Código Civil de 1866. Aunque ha sido caracterizado como centralista y deferente hacia los precedentes, cosa no común en los jueces del *civil law*, Howes (1987) ha destacado su aproximación universalista al derecho (p. 525).

23 Pierre-Basile Mignault fue el juez de la Corte Suprema canadiense que, tomando en cuenta el declive del uso del derecho civil en Luisiana y atendiendo a su temor de que ello pudiera ocurrir en Quebec, apuntaló el uso del derecho civil en la Corte Suprema de Canadá, que era proclive a la influencia del *Privy Council* de la Corona británica. El historiador canadiense Howes (1987) ha dicho que Mignault fue el «sepulturero del derecho civil canadiense, al que remplazó por el derecho civil quebequense» (p. 523).

solo el *common law* es reconocido. Es por ello que se ha hablado de que en Quebec existe un «sistema de justicia civil orientado al *common law*» (p. 55). Ello ha generado una influencia importante sobre la metodología y redacción de sentencias por parte de los jueces civiles en Quebec, que además de hacer un uso de precedentes judiciales sin que la legislación lo establezca, redactan las sentencias con un «pensamiento discursivo» que contrasta con la sucinta motivación de un típico juez francés (p. 57).

III. ENSEÑANZA TRANSISTÉMICA DEL DERECHO: ANTECEDENTES Y DESARROLLO

Luego de haber revisado los factores históricos macroinstitucionales que generaron la existencia de la jurisdicción bijurídica en Canadá, me enfoco ahora en los factores mesoinstitucionales, como las tensiones surgidas entre diferentes actores relacionados a la educación jurídica en Quebec y en McGill, particularmente. Y es que también deben considerarse las tensiones existentes entre filosofías de enseñanza, nociones nacionalistas o cosmopolitas del derecho, localismos y universalismos, o inclusive los desacuerdos entre educadores y la agremiación de abogados. El mérito del método transistémico, como se apreciará más adelante, no es haber sabido diluir estas tensiones, sino haberlas entendido como tensiones estables y beneficiosas en vez de confrontarlas como dicotomías insalvables. De esta manera, estas tensiones fueron aceptadas como el marco que genera alternativas limitadas entre las cuales las instituciones pueden tomar decisiones innovativas o como el ambiente adecuado para iniciar una conversación entre soledades y otredades.

III.1. Tensiones en la educación jurídica en Quebec

La enseñanza del *common law* y el derecho civil parten de entendimientos diferentes sobre el rol que debe tener la formación jurídica. La enseñanza del *civil law* ha sido tradicionalmente universitaria: una labor intelectual, una disciplina académica que brindaba una cultura general y no tanto una preparación práctica (Valcke, 1995, pp. 80-81). Por ello, históricamente incluían cursos de filosofía, historia y teología, entre otros. Se esperaba así que el estudiante adquiriera habilidades analíticas y madurez intelectual. A principios del siglo XIX, las facultades de Derecho del *civil law* se centraban en la enseñanza del derecho privado y, solo cuando se consolidó la idea del Estado-nación, se generalizaron los cursos de derecho constitucional y administrativo (p. 82). Por último, en la tradición europea continental de enseñanza del derecho, quien postula a un programa de derecho no requiere de un título universitario previo para su admisión a la facultad, porque se entendía que sería en la universidad y en la facultad en donde adquiriría una formación global y no solamente técnica.

En contraste, la enseñanza del *common law* no tiene sus orígenes en la universidad. La educación del *common law* se realizaba principalmente mediante la práctica profesional, por lo que era no era extraño ejercer el derecho sin haber llevado cursos universitarios. Es por ello que, durante el siglo XIX, las *escuelas* de derecho (*schools of law*) en Norteamérica se enfocaban en entrenar expertos en leyes y en argumentación jurídica, desarrollando planes de estudios solo con cursos netamente jurídicos, sin entrar a tallar en aspectos de cultura general (Valcke, 1995, p. 79). Si bien en el siglo XIX ya existían *escuelas* de derecho en Norteamérica, no era obligatorio haber cursado estudios universitarios para ejercer la abogacía. Se trataba, pues, de un sistema dual: podían ejercer derecho quienes hubiesen cumplido con los requisitos establecidos de las prácticas profesionales o quienes hubieran acudido a la universidad (Pérez Perdomo, 2018). Este sistema dual dejaría de existir en el siglo XX, cuando se exigió la educación universitaria para poder ejercer el derecho, pero esta educación jurídica —erigida sobre dichas nociones— proyectaba una mirada técnica del derecho. Ello explica por qué la carrera de Derecho en Norteamérica, con la excepción de Quebec, es considerada de posgrado, ya que la exigencia de un pregrado garantiza cierta cultura general y la *escuela* de derecho solamente se enfoca en la educación técnica del derecho (Brierley, 1945, p. 30).

En Quebec, hasta 1946, existían dos modalidades de educación jurídica. En la primera, el derecho podía ser aprendido fuera de la universidad. El aprendiz de abogado se instruía en los conceptos del derecho y la práctica profesional en las oficinas de abogados o de notarios. Esta modalidad, llamada *clericature* en francés, tenía una duración de tres a cinco años. La segunda modalidad implicaba asistir a la universidad y, luego de tres años de estudios, adquirir el título universitario. Solo a partir de 1947 se estableció, por ley, que para el ejercicio de la abogacía en Quebec se requerían necesariamente estudios universitarios. De esa manera, se pasó a instituir que la educación jurídica sea brindada exclusivamente con base en la enseñanza universitaria (*university-type approach*).

Pero, a pesar de haberse convertido en una enseñanza de tipo universitario, durante las dos décadas posteriores a 1946 la educación jurídica estaba dominada por aproximaciones pragmáticas del derecho en virtud del estilo que imprimían los profesores, en su mayoría abogados, notarios o jueces que se dedicaban también a la enseñanza. Ello determinaba en buena parte los patrones de estudios de quienes acudían a las facultades de Derecho. Así, en las décadas de 1950 y 1960, un estudiante no pasaba tanto tiempo en la biblioteca después de clases, sino que acudía a estudios jurídicos o notarías a empaparse de las labores abogadiles

(Weiler, 1982, pp. 2-3)[24]. Sin embargo, la gradual profesionalización de la enseñanza jurídica fue dejando de lado esta tendencia en favor de aquella que entendía que el derecho era una disciplina intelectual.

A esto coadyuvó que en la década de 1960 la agremiación de abogados de Quebec (Barreau du Québec) dejara de intervenir directamente en el currículo de las facultades de Derecho. Hasta entonces esta institución, integrada por abogados y notarios, podía influir directamente en el plan de estudios de las facultades de Derecho de toda la provincia, enfatizando usualmente cursos de corte pragmático y local, y restringiendo iniciativas académicas, polijurídicas o cosmopolitas. No obstante, una vez que esta institución decidió dejar de interferir en los planes de estudios, se observó un incremento en cursos de corte más académico[25].

III.2. De la yuxtaposición a la integración transistémica

Desde su fundación en 1848, y siendo una institución anglófona, la Facultad de Derecho de la Universidad McGill ha impartido cursos de la tradición del derecho civil en inglés. Posteriormente, y no sin vaivenes, se impartieron clases en francés, así como cursos propios del *common law*. Dada esta historia, es comprensible que actualmente el programa transistémico enfatice lo bilingüe y lo bijurídico. Así, el programa transistémico hunde sus raíces en las propias lecciones institucionales generadas a lo largo de una serie debates. Este proceso de ensayo y error ha estado influenciado esencialmente por las tensiones generadas entre las perspectivas polijurídicas y monojurídicas. Cabe precisar que dentro de la perspectiva polijuíridica se pueden apreciar concepciones más o menos formales o pragmáticas, y más o menos comparatistas o integrativas. Son estas tensiones las que caracterizan e impregnan mucho de lo que inspiró el modelo actual de educación jurídica en McGill.

Con anterioridad a la expedición del Código Civil de Quebec de 1866, las perspectivas polijurídicas enfatizaban cursos en donde se enseñaba la Coutume de Paris, los textos de William Blackstone, las Instituciones de Justiniano, historia del derecho y derecho internacional. En contraste, las tendencias monojurídicas enfatizaban la enseñanza de cursos de derecho privado o derecho comercial, centrándose en la enseñanza del derecho local y dejando de lado perspectivas comparadas o universalistas. Ello respondía también a la cultura jurídica de Quebec,

24 Weiler narra su experiencia como estudiante de derecho en la provincia de Ontario, aunque similar realidad se observaba en Quebec.

25 Si bien actualmente el Barreau du Québec no interfiere en el plan de estudios, puede argumentarse que mantiene una influencia indirecta al estar a cargo de calificar a los estudiantes que finalizan sus estudios universitarios y que quieren pertenecer a la asociación que autoriza el ejercicio de la abogacía en la provincia. Esta calificación se realiza a través de cursos y exámenes caracterizados por ser más apegados a lo legalista que a lo teórico. En tal sentido, algunos estudiantes se sienten inclinados a tomar los cursos que les sean más útiles para pasar el curso y los exámenes de tal institución.

cuya preocupación era la «integridad del derecho civil» frente a la influencia del *common law*[26].

Estas dos tendencias convivían en constante tensión. Esporádicamente, una de ellas dominaba la mentalidad de los profesores de la Facultad de Derecho, pero también ocurrió que esta tensión generó la aparición de nociones eclécticas. Por ejemplo, posiciones que desde lo monojurídico abrazaban nociones comparatistas. Este es el caso del decano de la Facultad de Derecho de 1897 a 1913, Frederick Parker Walton, quien, proveniente de e influenciado por la educación jurídica europea, privilegiaba la enseñanza del derecho de tipo universitario[27]. Entendía, al mismo tiempo, que tal enseñanza debía priorizar el estudio del derecho local, pero sin dejar de lado perspectivas del derecho comparado, disciplina naciente en esa época. Desde la perspectiva de Walton, sin embargo, el abordaje comparatista no tenía por propósito entender principios universales de justicia, sino enriquecer y perfeccionar el derecho local. Así, sin inclinarse totalmente por una visión polijurídica y universalista, Walton habría establecido los cimientos de lo que sería la reflexión predominante en McGill durante el siglo XX, que es la enseñanza del derecho con una fuerte perspectiva comparatista (Macdonald, 1990, p. 244).

Luego de haber expedido únicamente títulos de bachiller en Derecho Civil (*Bachelor in Civil Law* o BCL), desde la década de 1910 se incluyeron, por un breve periodo, algunos cursos de *common law* y, además, un programa para obtener un bachillerato en Leyes (*Bachelor of Laws* o LLB); esto es, el título que acreditaba la enseñanza del *common law*. Se diseñó el programa teniendo en mente a personas interesadas en los negocios, el periodismo y la actividad pública en general. Este programa tenía limitaciones propias del contexto federativo de Canadá; por ejemplo, los estudiantes del programa no podían ejercer fuera de Quebec por no cumplir con los requisitos establecidos por las agremiaciones de abogados de las provincias regidas por el *common law*. La intención de estas modificaciones curriculares, así como de la activación de los estudios de maestría y doctorado en la década de 1930, era subrayar el perfil académico de la educación jurídica; es decir, se buscaba enfatizar la «educación jurídica» antes que «educar abogados» (Macdonald, 1990, p. 253).

26 La defensa del *civil law* en Quebec se hacía teniendo en cuenta las lecciones de lo ocurrido en Luisiana (Estados Unidos), en donde dicho sistema había sido absorbido por el *common law* estadounidense.

27 Walton era un romanista originario de la ciudad Glasgow, Escocia. Entendía que «el derecho no era ni una norma trascendente de la naturaleza, ni un dictado de la razón», sino que consistía solamente en el derecho vigente en cada jurisdicción (Macdonald, 1990, p. 245). Cuestionaba la corriente monojurídica y nacionalista que predominaba en la provincia; por ello, no le interesaba preservar la puridad del *civil law* en Quebec.

Estos intentos iban de la mano con los esfuerzos por implementar una educación jurídica universitaria, lo que generaba recelo entre los jueces y abogados profesores, quienes veían amenazadas no solamente sus posiciones en la estructura universitaria, sino también sus propias maneras de entender el derecho. En esa línea, tendencias provenientes del nacionalismo jurídico en Quebec influyeron para que los cursos del *common law* sean descontinuados. Las nociones sobre la educación profesional y las lealtades hacia la noción de que la Facultad debería educar abogados volvieron dominar en la segunda mitad de la década de 1930 (Macdonald, 1990, p. 269).

Ya en la década de 1960, una serie de cambios sociales y políticos brindaron un contexto más favorable para las nociones políjuridicas y comparatistas. Así, en 1968, luego de una década en donde las perspectivas polijurídicas —con énfasis en el derecho privado, comparatista y bilingüe— se asentaron en la Facultad, se planteó la reincorporación de la enseñanza del *common law* en McGill[28]. Ello dio inicio a lo que con posterioridad se llamaría el Programa Nacional de McGill. Los espacios generados por el contexto de la «revolución tranquila»[29] y la posibilidad de que abogados graduados en Quebec pudieran ejercer en la provincia vecina de Ontario —siempre que pasen los exámenes correspondientes— favorecieron la implementación de este proyecto[30].

El Programa Nacional era bilingüe y bijurídico, «secuencial y comparativo» (Morrisette, 2002, p. 19). En este, los estudiantes entrantes podían elegir entre tres opciones: a) completar un bachillerato en

28 Entre otros aspectos importantes, la creación del Instituto de Derecho Aeronaútico en 1951 y del Instituto de Derecho Comparado generó una mirada más interdisciplinaria y una demanda también por cursos del *common law.* Ello sirvió para arropar el estudio del *common law* desde una perspectiva académica y evitar que, desde el nacionalismo jurídico, se le acusara de carcomer las bases del derecho civil en la provincia.

29 En la década de 1960 la sociedad quebequense atravesó por un proceso de severos cambios sociales y políticos. La llamada «revolución tranquila» (*revolution tranquille*) en Quebec, puso fin a la dominación de grupos conservadores nacionalistas que, en alianza con Iglesia católica, dominaban la política en Quebec. La poderosa minoría anglófona enquistada en la provincia de Quebec, que se reservaba los mejores puestos de trabajo y salarios, fue desafiada por la población que reivindicaba la cultura francesa. Ello también catalizó un contexto en donde propuestas secesionistas comenzaron a tener viabilidad política, aunque posteriormente no fueron respaldadas en las urnas en las décadas de 1980 y 1990. Ello significó también que McGill tuviera que expandir su posible mercado de estudiantes, para lo cual era indispensable que pudieran ejercer también fuera de la provincia de Quebec. Ver Morrissette (2002, p. 17).

30 Macdonald (1990) ha señalado tres aspectos externos que habrían brindado un contexto de apertura hacia este desarrollo en la malla curricular de McGill. Uno de ellos es la «revolución tranquila», que generó nuevos espacios para la aparición de nuevas facultades de Derecho francófonas y la creación de un Ministerio de Educación que encausó los fondos necesarios para las universidades. Otro punto importante fue que la Asociación de Derecho de Ontario permitió, desde 1957, que graduados de universidades de otras provincias ejerzan la profesión en Ontario, siempre que pasen los exámenes pertinentes. La atracción de un buen número de postulantes, ya no solo de la provincia de Quebec, permitiría también mantener un estándar de admisión elevado. Cambios en la propia Asociación de Derecho de Quebec también facilitaron la implementación. Hasta ese entonces, la preparación para pasar los exámenes de la asociación —que permiten la práctica jurídica en la provincia— era asumida por las facultades de Derecho, añadiendo un cuarto año; sin embargo, desde 1968 la tarea fue asumida por la Asociación, para lo cual puso a su disposición sus propios locales. Con ello, se bridó más libertad a las facultades de Derecho para decidir sobre su malla curricular (pp. 299-305).

civil law, b) completar el grado de bachiller en *common law*, o c) completar ambos grados en cuatro años[31].

Entre 1968-1985, los estudiantes que desearan obtener los dos títulos debían tomar los cursos de uno de los sistemas jurídicos y luego debían llevar algunos cursos básicos del otro sistema en lo que restaba de sus estudios. Al ingresar a la Facultad, los estudiantes eran divididos de la siguiente manera: un grupo de *civil law* y uno de *common law*. En el primer año cada grupo tomaba exclusivamente los cursos básicos de una de las tradiciones jurídicas: contratos, responsabilidad y propiedad. En el segundo año, debían llevar cursos de la otra tradición jurídica. De esta manera, el grupo que había sido expuesto únicamente a la tradición del derecho civil en el primer año tomaba los cursos básicos del *common law* en el segundo año y viceversa. En el segundo año de estudios se enfatizaba la aproximación comparatista que se nutría, en parte, de la experiencia que los estudiantes habían adquirido en el primer año (Jutras, 2001, p. 81). Con ello se cumplía una labor intelectual y pragmática al brindar al estudiante la posibilidad de ejercer en todo Canadá, pero también se permitía que los estudiantes asuman contextos transnacionales o internacionales con mayor naturalidad (Dedek & De Mestral, 2009, p. 903).

Aunque esta fórmula brindaba satisfacciones, también generaba «efectos indeseables» (Morrissette, 2002). Los estudiantes que llevaban el *common law* en el primer año no podían observar «el dinamismo y flexibilidad del derecho civil, enmarcado en estructuras formales como el Código Civil» (p. 19); mientras que los estudiantes expuestos a la tradición del derecho civil percibían que el *common law* era una «tradición legal caótica y desordenada» (Jutras, 2001, p. 80). De esa manera, se generaban identidades y sentimientos de supremacía basados en el sistema jurídico al que habían sido expuestos originalmente. Los supremacistas del *common law* criticaban la «pontificación y dogmatismo» del derecho civil, mientras que los supremacistas del derecho civil, criticaban la «casuística e inestabilidad» del *common law* (Morrissette, 2002, p. 19).

Se contravenía de esta manera el propósito con el que se había creado el Programa, que era generar una conversación estable, un «diálogo humilde» entre «otredades» (Morrissette, 2002, p. 22); o, también, crear un marco para la interacción de estas dos tradiciones jurídicas «sin que pierdan sus cimientos lingüísticos, históricos y culturales» (Jutras, 2001, p. 80). Como se puede percibir, el Programa Nacional parecía estar nutriendo la perspectiva de las «dos soledades» en el contexto de la

31 A diferencia de las dos primeras opciones, que requerían un mínimo de tres años y noventa y cinco créditos, la tercera opción implicaba ciento veinticinco créditos y cuatro años de estudios como mínimo. Solamente desde 1972 se abrió la posibilidad obtener los dos grados (Morrisette, 2002, p. 19).

Facultad de Derecho; dos historias que reconocen su existencia, pero sin entablar un diálogo estable o fructífero. Por ello, en 1985 se implantaron modificaciones para evitar este fenómeno. Así, los cursos del segundo año iban a ser enseñados de forma explícitamente comparativa, tomando en cuenta lo aprendido el primer año.

En 1999 el Programa McGill, llamado informalmente «Programa Transistémico», buscó superar esta situación. Su objetivo fue enfatizar la integración y desalentar perspectivas compartimentadas. La esencia del método transistémico recae en la enseñanza de diversas disciplinas del derecho privado, integrando las visiones del *common law* canadiense con la perspectiva de la tradición del derecho civil quebequense. Los estudiantes son admitidos a un programa integrado y ya no son divididos en el primer año. A la par, los cursos básicos del derecho privado no se enseñan en virtud de una sola tradición jurídica, sino integrando las aproximaciones del *common law* y del derecho civil. Así, cada uno de los cursos transistémicos, como obligaciones extracontractuales/*torts*, obligaciones/contratos o derecho de familia, son enseñados en un mismo salón de clase de manera comparada, integrada y bilingüe. Si bien en la transición hacia el Programa Transistémico se promovió la coenseñanza, con un profesor de cada tradición jurídica, es común ahora que cada profesor tenga conocimiento de ambas tradiciones[32].

En suma, el Programa Transistémico es resultado de la interacción de dos aproximaciones de la educación jurídica comparada: una secuencial, en donde se enseña primero una tradición antes de contemplar los elementos de la otra tradición; y una integrada consistente en «introducir ideas, estructuras y principios que pueden ser extraídos tanto del derecho civil y el *common law* en un campo determinado, antes de explorar las manifestaciones particulares de estas ideas, estructuras y principios en cada tradición jurídica vernácula» (Jutras, 2001, p. 80). En esencia, las visiones comparatistas y polijurídicas se han desarrollado y han ganado impronta en la educación jurídica transistémica, y con ellas un énfasis pedagógico en las categorías generales y de procesos en desmedro de reglas específicas de determinada jurisdicción (Jukier, 2005, p. 792).

IV. EPISTEMOLOGÍA Y METODOLOGÍA JURÍDICA DEL MÉTODO TRANSISTÉMICO

Hasta este punto, he presentado el contexto histórico y su relación con la educación del derecho en el particular entorno quebequense,

32 Cabe precisar que el curso de propiedad no fue inicialmente un curso transistémico. En el primer año se enseñaba el curso de propiedad en el *civil law* y en el segundo año se enseñaba en el *common law*. Ello se justificaba debido a su desarrollo sistémico y «especificidad cultural». Además, así se trataba de inculcar a los estudiantes una idea de la experiencia de la «lógica interna de cada uno de los sistemas» (Dedek & De Mestral, 2009, p. 905); sin embargo, posteriormente se implementó un curso transistémico sobre propiedad llamado *Property/Les biens*.

así como la creación del método transistémico de enseñanza jurídica como respuesta a este contexto. Me he referido a estos puntos como macro y mesoinstitucionales. Ahora es turno de presentar una mirada más cercana al método transistémico en sí, que puede denominarse «microinstitucional» por cuanto entra a tallar en la epistemología y metodología de la enseñanza transistémica del derecho.

IV.1. Epistemología del método transistémico

El Programa Transistémico ha generado una serie de reflexiones, retos e interrogantes acerca la enseñanza del derecho. Inclusive al interior de esa Facultad, existen importantes debates entre los profesores y los estudiantes sobre los alcances y el significado del programa, discusiones álgidas que pueden llevar a la frustración y a un permanente cuestionamiento sobre los alcances del Programa.

Lo subyacente es que los debates sobre la metodología de la enseñanza son, al fin y al cabo, debates sobre la naturaleza del derecho. Kasirer (2002), quien fue profesor en dicha Facultad, ha dicho que este Programa es una oportunidad para entender el derecho como una meta intelectual sin concebirlo desde una perspectiva instrumentalizada, «valorando el conocimiento sobre la información» (p. 29). Plantea que el objetivo de la educación jurídica es adquirir cultura y proveer al estudiante de capacidades cosmopolitas antes que multijurisdiccionales. Por ello, afirma que se debe estudiar derecho no para un fin, sino comprendiendo que el estudio del derecho es un fin en sí mismo. La educación jurídica estaría vinculada con la esencia del derecho, la naturaleza del conocimiento legal y el significado de «pensar como abogado», advirtiendo los elementos simbólicos y persuasivos del derecho con una mirada en las «múltiples normatividades» (pp. 29-41).

Kasirer (2003) advierte que la enseñanza en jurisdicciones mixtas tiende a construir una idea coherente de la mixtura de tradiciones jurídicas, lo que no resulta apropiado, ya que el énfasis debe estar en la fluidez e hibridez, en percibir la educación jurídica como un diálogo intercultural en derecho y no en un mero entrenamiento sobre normas de determinada jurisdicción (p. 482)[33]. Es por ello que resalta que la educación jurídica debe enfocarse en la dinámica del encuentro de las tradiciones jurídicas, entendiendo la educación jurídica como un «mestizaje» (p. 481). Pensar el derecho como mestizaje implica vincularlo con el pluralismo jurídico, en cuanto acepta la multiplicidad normativa y no solo la descripción de un contexto. Con la utilización del vocablo «mestizaje», Kasirer también busca cuestionar la pretendida pureza y coherencia de los sistemas

33 Es por ello que Kasirer (2003) hace referencia a una «jurisprudencia nómada». Lo mixto no debe ser apreciado, dice Kasirer, como el desarrollo de algo «puro y coherente»; el mestizaje, por el contrario, debe enfatizar el movimiento, lo dinámico.

jurídicos (p. 489). A ello apunta el Programa Transistémico: a no centrarse tanto en los sistemas, sino en la relación entre las tradiciones jurídicas, en las conversaciones. Ello invita también a abrir las puertas a otras tradiciones jurídicas, además de las del *common law* y el derecho civil, y se pregunta acerca de la posibilidad de incluir a las tradiciones jurídicas de los pueblos indígenas.

Otro debate plantea la pregunta acerca de las implicancias del término «trans» en lo transistémico. ¿Se está enfatizando solamente el diálogo *entre sistemas* o se pretende ir más allá de los sistemas? Esta pregunta se realiza tomando en consideración que el *derecho estatal como sistema* viene siendo cuestionado severamente, apreciándose cada vez con más interés la noción del derecho sin Estado (*non-state law*). Por ello es que resulta más beneficioso entender estos sistemas como tradiciones jurídicas (Glenn, 2005, p. 863).

La implementación de este programa también implicó un severo cambio en aspectos institucionales de la Facultad. A nivel de profesores, por ejemplo, se modificaron los criterios de contratación, se incrementó su carga de trabajo, y se requirieron habilidades lingüísticas y entrenamiento en una tradición jurídica distinta a la aprendida, así como habilidades para trabajar en grupo y coenseñar cursos. Otra cuestión compleja es la determinación de materiales para los cursos transistémicos, que por su singularidad eran inexistentes, debiendo suplirse con consultas al derecho comparado, siempre buscando el equilibrio entre las coincidencias y las particularidades de cada una de las tradiciones jurídicas (Morrissette, 2002, p. 25).

Tomando en cuenta esta perspectiva, la formación jurídica transistémica permite que los estudiantes planteen otro tipo de preguntas. Aspectos como cuál es el derecho aplicable en determinada situación no son el tipo de interrogantes que se pretende analizar, sino las experiencias y razones que se encuentran detrás de una norma y que buscan regular determinadas conductas. Es por ello que en el primer año en la Facultad de Derecho los alumnos llevan el curso de Fundamentos del Derecho (*Foundations of Law*), donde los estudiantes son expuestos a ideas elementales de teoría del derecho, además de a sus aspectos culturales e históricos. Según Macdonald y MacLean (2005), esto coadyuva a la familiarización con las perspectivas teóricas subyacentes en el Programa Transistémico, como las perspectivas pluralistas, policéntricas, no positivistas e interaccionales (p. 721). En efecto, para los precitados autores, la educación jurídica transistémica consiste en un «proyecto heurístico» en donde se enfatiza lo «policéntrico y lo contingente» de otras tradiciones jurídicas, explorando su autoridad, racionalidad y subjetividad jurídica, y subrayando las prácticas y experiencias relevantes para esa tradición jurídica (p. 746).

IV.2. El curso de Obligaciones/Contratos

Rosalie Jukier (2005), profesora de Contratos en la Facultad de Derecho de McGill, ha escrito sobre la experiencia de la enseñanza transistémica. Confiesa que, para quienes están involucrados en la educación jurídica transistémica, es difícil poder articular una idea precisa sobre el contenido de este método: «Lo sentimos, lo actuamos, lo vivimos, y lo intuimos, pero cuando se trata de describirlo, nos encontramos a menudo sin palabras» (p. 791). No obstante, ha explorado cómo las aspiraciones de la enseñanza transistémica se reflejan en el curso de Contratos.

Ella explica que enseñar Contratos en un ambiente bijurídico requiere de la creación de un diálogo entre los distintos elementos de ambas tradiciones, aunque no siempre existe una correspondencia entre los conceptos utilizados en las diferentes tradiciones, por lo que esta labor requiere de mucha creatividad. Jukier presenta sus clases a manera de un diálogo de ida y vuelta entre las dos tradiciones con base en fuentes primarias, «creando en los estudiantes una destreza ausente en el entrenamiento monojurídico» (p. 796).

Por ejemplo, compara cómo jueces del Reino Unido y de Quebec resuelven un conflicto de intereses basado en hechos muy similares, cada uno según sus tradiciones jurídicas[34]. Los hechos relevantes en ambos casos son los siguientes: en un contrato de alquiler comercial las partes pactaron que durante su vigencia el local bajo alquiler debía mantenerse abierto durante las horas usuales de atención al público. Esta situación terminó siendo financieramente problemática para los arrendatarios, que optaron por mantener cerrado el local durante horas normalmente consideradas de atención al público, incumpliendo la cláusula referida. Así, no estaba en discusión el incumplimiento del contrato, sino si el arrendador podía solicitar el cumplimiento específico de la obligación (*specific performance*) de mantener abierto el local comercial o si solo podía solicitar la reparación por daños y perjuicios. Jukier explica que los jueces británicos utilizaron una argumentación ortodoxa del *common law*, en donde el cumplimiento específico de la obligación (*remedy of specific performance*) es una medida excepcional, aplicable cuando la indemnización no resulta adecuada. Asimismo, resalta que los jueces británicos consideraron que no estaban en capacidad de supervisar el cumplimiento de la obligación de mantener el local abierto en determinadas horas, puesto que la orden de cumplimiento de operar un negocio no es lo suficientemente precisa (p. 805).

De otro lado, Jukier explica que los jueces de la Corte Superior de Quebec no encontraron mayor problema en entender que se trataba

34 Las sentencias utilizadas son: *Co-operatice Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd* (1997), emitida por lo que entonces era la Cámara de los Lores; y, de otro lado, *Construction Belcourt Ltée v. Golden Griddle Pancake House Ltd* (1988), de la Corte Superior de Quebec.

de una obligación muy clara y que, por lo tanto, la supervisión de su cumplimiento era muy sencilla. Igualmente, entendieron que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes pudieron haber prevenido tal situación, no pudiendo el arrendatario evadir su obligación. Jukier indica que los jueces de Quebec han afirmado que es el acreedor quien tiene la potestad de elegir el remedio que le parezca conveniente. En contraste, el cumplimiento específico de la obligación en el *common law* parece ser una opción discrecional de la Corte.

En su opinión, las diferentes posiciones a las que arriban los jueces se explican en virtud de las mentalidades de los sistemas jurídicos. Jukier afirma que el ejemplo propuesto también sirve para analizar el concepto de transplante jurídico. Indica que en Quebec los jueces solían utilizar la lógica (o interpretación) propia del *common law* británico en este tipo de casos, actitud que fue modificada tras el reclamo de doctrinarios civilistas quebequenses (p. 803). Así también pueden asumirse ciertas figuras del *common law* británico, como el *injunction*, sin necesariamente aceptar todas las consecuencias diseñadas por el *commmon law*. Afirma, además, que el trasplante solo tendrá éxito si el «concepto prestado» puede adaptarse dentro de la mentalidad del sistema legal en cuestión. Así, para Jukier, cuando se «analizan los resultados comparativos en el contexto de las respectivas tradiciones jurídicas, nos hemos movido de una enseñanza comparativa a una enseñanza transistémica» (p. 808). Por ello advierte que la diferencia entre una enseñanza legal monojurídica y el modelo transistémico radica en que, bajo este modelo, los estudiantes aprenden a reconocer los diferentes desarrollos históricos de las tradiciones del *common law* y del derecho civil.

IV.3. El curso de Responsabilidad Extracontractual/*Torts*

Shauna Van Praagh (2012), también docente en McGill, ha escrito sobre pedagogía transistémica desde su experiencia en la enseñanza del curso de Responsabilidad Extracontractual/*Torts*. Utilizando la sentencia del caso *Palsgraf v. Long Island Railroad Co.* (1928), observa las diferencias entre la responsabilidad civil en el *common law* y en el derecho civil (p. 245). El referido caso, emitido en 1928 por la Corte de Apelaciones de Nueva York, es enseñado usualmente durante el primer año en las escuelas de Derecho de Estados Unidos y otras jurisdicciones del *common law* porque captura varios elementos de la responsabilidad civil extracontractual. A partir de este caso, Van Praagh explora el contraste entre la aproximación del juez Benjamin N. Cardozo, que escribió la opinión de la mayoría, y la del voto discordante del juez William S. Andrews.

Sin pretender hacer un resumen sustancioso del caso, es posible señalar los hechos que lo configuran y sobre los que se le analiza desde una

mirada transistémica. Helen Palsgraf era una pasajera esperando abordar un tren. A varios metros de ella, en el andén opuesto, unos pasajeros trataban de subir sus paquetes y abordar un vagón ya en movimiento. Sin saber que tales paquetes contenían pirotécnicos, dos trabajadores de la compañía de trenes ayudaban a estos pasajeros a abordar el tren. En estas circunstancias uno de los paquetes cayó, originando una explosión que provocó que una balanza, ubicada en el andén de enfrente, hiriera a Helen Palsgraf. Por tal motivo, ella demandó a la compañía de trenes por negligencia, solicitando que se le compense por los daños sufridos. En segunda instancia, la Corte de Apelaciones de Nueva York rechazó la demanda.

Van Praagh estructura su artículo identificando tres maneras diferentes de aproximarse a la sentencia del caso *Palsgraf*: a) diferencias sustantivas, b) de estilo de argumentación y c) de estilo de enseñanza de los jueces.

Sobre el primer punto, Van Praagh explica que el voto del juez Cardozo se sustentó en una aproximación plenamente inidentificable con la doctrina del *common law*, mientras que el juez Andrews habría sustentado su posición en una aproximación que sustantivamente resuena con el derecho civil. La diferencia esencial entre estas perspectivas radica en cómo se configura el *deber de protección*. Para el juez Cardozo la compañía ferroviaria no podía ser responsabilizada porque no tenía un deber específico de protección para con Palsgraf. Por ello, al no existir deber específico, Cardozo no analiza la causalidad de los hechos y el daño producido[35]. En sentido contrario, el juez Andrews propuso que existe un deber general de no causar daño a otro y, en caso ello ocurra, la persona que lo ocasionó será responsable. Así, configuró la responsabilidad civil de manera muy similar a la manera en que usualmente se establece en la tradición del derecho civil, rechazando implícitamente la mirada de los *torts*[36]. Para Van Praagh la decisión del juez Andrews daría la impresión de ser una aplicación de una normativa muy similar a los artículos pertinentes del Código Civil de Quebec.

Sobre el segundo punto, Van Praagh afirma, respecto a la forma y el método utilizado, que el juez Andrews utiliza una aproximación inductiva, incluyendo elementos hipotéticos, imágenes e ilustraciones,

35 De acuerdo con esta perspectiva, al no existir un deber específico de los trabajadores que estaban ayudando con el paquete de pirotécnicos, no existe negligencia (*tort of negligence*) respecto de la demandante. Para Cardozo la negligencia es un «término relacional» (*term of relation*), por lo que la «negligencia no es accionable a menos que envuelva la invasión de un interés protegido». En tal sentido, la conducta de los trabajadores de la compañía ferroviaria sería considerada como un daño al dueño del paquete, pero no como un daño en relación con una persona que se encuentra lejos de la acción que causó el daño.

36 Para el juez Andrews, un acto irrazonable o negligente implica un daño a todos los que hayan podido estar ahí. Así, Van Praagh estima que Andrews habría aplicado una concepción de responsabilidad propia del derecho civil, utilizando como ejemplo para graficar aquello artículos del Código Civil de Quebéc (arts. 1457 y 1607) y del Código Civil francés (art. 1382). En contraste, en el *common law* no hay un deber general, sino que existen diferentes *torts* con diversos orígenes y características.

que son características propias del juez del *common law*. En contraste, el juez Cardozo utiliza un estilo argumentativo deductivo propio del juez del *civil law*. Primero redacta los hechos del caso y, antes de justificar su opinión, establece su conclusión como si fuese un principio. La historia y los hechos no son lo central, sino el principio que debe ser identificado y aplicado.

Sobre el tercer punto, Van Praagh explora los estilos pedagógicos y potencialidades educativas de las decisiones de estos jueces. Entiende que estos votos representan un ejemplo ideal de los roles que los jueces tienen en cada una de las tradiciones, de cómo persuaden y justifican sus decisiones. Imaginando la opinión de cada uno de los jueces como un «momento pedagógico», Van Praagh afirma que la confianza con la que escribe el juez Cardozo evoca al doctrinario del derecho civil, por cuanto ofrece un análisis jurídico como si fuese una fuente oficial derecho. La «transparencia» del juez Andrews, en contraste, sería una característica de la enseñanza del método del caso: «el método que deja en cada uno de nosotros la carga de aprender a entrelazar hechos, principios y política» (p. 259).

De esta manera, Van Praagh afirma que el *caso Palsgraf* permite observar el contraste de la responsabilidad civil en el *common law* y el derecho civil, así como las diferencias de estilos y metodologías utilizadas por jueces de ambas tradiciones jurídicas; sin embargo, advierte que esta comparación no debe resultar en una «trampa comparativa de elección y conflicto» (p. 254). Y es que, en su experiencia docente, luego de analizar el caso, los estudiantes se sienten condicionados a preferir a uno u otro juez, o a elegir una u otra tradición jurídica. Precisamente ante esta situación, afirma que encontrar manifestaciones de ambas tradiciones jurídicas en una sentencia tan importante como *Palsgraf* ayuda a evitar caer en la referida trampa y apunta, en cambio, a que se debe pensar en la comparación como coexistencia (p. 254). Con ello desea expresar que en vez centrarse en elegir entre supuestas tradiciones en conflicto, la visión transistémica apunta a reconocer que las tradiciones jurídicas están siempre entremezcladas.

Por aquellas razones, este particular enfoque sobre la sentencia del caso *Paslgraf* es una lección propia del método transistémico en donde se puede ver cómo las tradiciones jurídicas confluyen y se entremezclan: «Se aferran a sus características y énfasis particulares, al mismo tiempo que colisionan constante y frecuentemente, llegan a resultados similares» (p. 254). Advierte, por ello, que para el profesor o la profesora del método transistémico resulta engañoso dibujar una línea divisoria clara entre ambas tradiciones. El mensaje prevalente en el artículo de Van Praagh es que, desde el método transistémico, la aproximación al derecho parece ser más holística y menos centrada en una visión mecánica del derecho.

V. REFLEXIONES FINALES

El método transistémico es una metodología que permite aproximarse al derecho teorizando con base en dos tradiciones jurídicas. No se trata solamente de una aproximación comparada, aislada en un curso de la malla curricular, sino que se complementa con una mirada integracionista a fin de formar abogados capaces de navegar en las tradiciones del *common law* y el derecho civil.

Teorizar el derecho de manera transistémica acentúa la perspectiva abstracta de su estudio, aunque debe precisarse que se trata de abstracciones hundidas en la historia concreta de un país que, desde su origen, es oficialmente bijurídico y bicultural. Pero, como se ha apreciado, la construcción de los acomodos institucionales que permitieron un sistema bijurídico no se forjó siempre mediante consensos armoniosos. La aproximación transistémica surgió en un contexto condicionado por tensiones macro, meso y microinstitucionales, y por liderazgos académicos dispuestos a navegar estas tensiones, incorporando las lecciones de diálogo y convivencia. En efecto, la Facultad de Derecho de McGill ha sido un lugar donde se han entrecruzado tensiones entre el *common law* y el derecho civil, entre el francés y el inglés, entre las jurisdicciones provinciales y federales, entre nociones polijurídicas y monojurídicas, nacionalistas y comparadas, pragmáticas y liberales del derecho, entre profesores a tiempo completo y profesores abogados/jueces, y entre la Facultad de Derecho y la agremiación de abogados. Así, se planteó una alternativa que no busca eliminar estas tensiones institucionales, sino asumir sus enseñanzas promoviendo un «diálogo humilde» entre el *common law* y el derecho civil, un diálogo comparado que entiende al otro sistema como una «alternativa para nosotros» en vez de como una «alternativa de nosotros» (Howe, 1987, p. 525).

Este diálogo propone dejar de lado aquellas visiones compartimentadas de los ordenamientos jurídicos. De ahí que el planteamiento transistémico se centre en los diálogos y los flujos de mentalidades de cada una de las tradiciones jurídicas antes que en sus límites. Es por ello que se ha afirmado que los límites entre cada tradición se respetan y, al mismo tiempo, se transgreden. En efecto, se respetan las características de cada tradición jurídica, pero en simultáneo su comparación cercana forja una integración que busca las coincidencias y explicar las diferencias, cuidando de no osificar el sistema bijurídico y más bien entendiendo que el diálogo es su *modus vivendi*.

Si bien es poco probable erradicar las cansinas discusiones que proponen la competencia entre el derecho civil y el *common law*, o la superioridad de uno sobre el otro, la mirada transistémica desplaza esta discusión para enfocarse en la coexistencia de ambos sistemas jurídicos. En otras palabras, el método transistémico contiene una noción subyacente del

common law y el derecho civil. Cuando son estudiados en contextos monojurídicos, estos sistemas se asumen como cánones de legitimidad de lo jurídico; es decir, son utilizados como parámetro de lo que está dentro y fuera del sistema jurídico dominante. Pero si ambos son enseñados transistémicamente, el diálogo entre las tradiciones jurídicas es enfatizado antes que las visiones jerarquizadas de un sistema sobre otro (u otros). Sin la implícita concepción de que determinado sistema jurídico es superior a otro, el discurso jurídico deja de estar vinculado a un solo sistema. Ello también es una invitación para abordar el pluralismo jurídico y teorizar sobre otras tradiciones jurídicas.

En efecto, la influencia del Programa Transistémico se ha hecho sentir en la Facultad de Derecho de la Universidad de Victoria, ubicada en el extremo oeste de Canadá, en la provincia de la Columbia Británica. En dicha universidad se está implementando un programa en el que además de obtener el grado en Derecho (llamado *Juris Doctor)*, se otorgaría también el grado de *Juris Indigenarum Doctor*. Así, en este programa se enseñaría *common law* y una serie de cursos sobre tradiciones jurídicas indígenas, como las de los pueblos inuit, anishnabek, salish de la costa y crees[37]. Si bien en esa provincia solo las normas del *common law* están vigentes, lo cierto es que en los últimos años se ha tomado mayor conciencia del rol de los pueblos indígenas en la creación y construcción del Estado canadiense. Y, unido a ello, se ha generado una conciencia sobre la ausencia de un diálogo entre el orden jurídico pancanadiense con los órdenes jurídicos indígenas debido a que no se reconocía a estos últimos como tales. Con el programa de la Universidad de Victoria se pretende plantear una alternativa de solución a dicha ausencia de diálogo jurídico.

El Programa Transistémico de la Universidad McGill ha buscado dar una solución práctica a un contexto complejo que tiene diferentes capas, intensidades y mitos. La solución propuesta ha partido de una visión aparentemente paradojal: transgredir y respetar al mismo tiempo los límites de las tradiciones legales (Wayland, 2012, p. 13). Si bien la reflexión final nos debe invitar a confrontar las tensiones macro, meso y micro, ciertamente puede ocurrir que estas estén sumergidas o acalladas por los mitos de la tradición jurídica dominante, por lo que debe plantearse un trabajo de visibilización previo que permita ponderar la urgencia de entender y respetar otras tradiciones jurídicas existentes.

Es inevitable imaginar cómo una aproximación transistémica al derecho podría aterrizar en otros contextos como el latinoamericano, por

37 Ver la propuesta del programa conjunto de *Juris Doctor* y *Juris Indigenarum Doctor*, en: https://www.uvic.ca/stories/first-indigenous-law-degree/index.php. La propuesta fue aprobada por las autoridades de la Universidad de Victoria y al escribirse estas páginas ya existe una primera promoción de egresados de este programa.

ejemplo, donde el orden jurídico estatal convive con ordenes jurídicos indígenas. O, más aún, en contextos en donde se ha reconocido el constitucionalismo plurinacional en algunas constituciones. Aunque puede ser tentador abrazar el enfoque transistémico del derecho, es importante también entender que este se originó como una respuesta particular a un contexto específico. Por ello, quizá la lección más relevante sea la de previamente visibilizar las tensiones existentes alrededor de la educación jurídica en cada entorno. Observar estas tenciones desde las miradas macro, meso y microinstitucionales permite ordenar ideas, pero también revisar críticamente los mitos del orden jurídico dominante. Asumir las tensiones como elementos no tanto coyunturales, sino más bien estructurales y estructurantes de una realidad compleja, permite visibilizarlos y asumirlos con seriedad, generando además una predisposición para concebir alternativas institucionales posibles en dichos contextos. Junto a ello, el rol de los liderazgos académicos y la creación de una comunidad académica que comparta tal objetivo parecen ser también elementos indispensables.

REFERENCIAS

Arthurs, H. (2005). Madly Off in One Direction: McGill's New Integrated, Polyjural, Transsistemic Law Programme. *McGill Law Journal*, *50*, 708-720. https://www.mcgill.ca/centre-crepeau/files/centre-crepeau/Arthurs_madly.pdf

Brierley, J. E. C. (1986). Quebec Legal Education Since 1945: Cultural Paradoxes and Traditional Ambiguities. *The Dalhousie Law Journal*, *10*(1), 5-44. https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1458&context=dlj

Brierley, J. E. C., & Macdonald, R. A. (coords.). (1993). *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*. Toronto: Emond Montgomery.

Decroix, A., Gilles, D., & Morin M. (2012). *Les tribunaux et l'arbitrage en Nouvelle-France et au Québec de 1740 à 1784*. Montreal: Éditions Thémis.

Dedek, H., & De Mestral, A. (2009). Born to be Wild: The 'Trans-Systemic' Programme at McGill and the de-nationalization of Legal Education. *German Law Journal*, *10*(7), 889-911. https://doi.org/10.2139/ssrn.1488265

Durham, J. (1839). *Report on the Affairs of British North America.* Montreal.

Escobar Rosas, F. (2006). El common law y el Derecho germánico: Aportes e influencias. Entrevista al Doctor Freddy Escobar Rozas. *Foro Jurídico*, (6), 231-236. https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/120019

Gelli, M. (1999). Enseñanza del derecho constitucional y sistema democrático (desde la perspectiva del método socrático). *Pensamiento Constitucional*, 6(6), 445-466. https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/97934

Glenn, P. (2005). Doin' the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions. *McGill Law Journal*, *50*, 863-898. https://www.mcgill.ca/centre-crepeau/files/centre-crepeau/Glenn_doin.pdf

Glenn, P. (2010). *Legal Traditions of the World* (4.ª ed.). Nueva York: Oxford University Press.

Howes, D. (1987). From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Quebec Law 1875-1929. *McGill Law Journal*, *32*(3), 523-558.

Jukier, R. (2011). Inside the Judicial Mind: Exploring Judicial Methodology in the Mixed Legal System of Quebec. *Journal of Comparative Law*, 6(1), 55-69. https://doi.org/10.2139/ssrn.2002354

Jukier, R. (2005). Where Law and Pedagogy Meet in the Transsystemic Contracts Classroom. *McGill Law Journal*, *50*, 790-808.

Jutras, D. (2001). Two Arguments for Cross-Cultural Legal Education. En H. Assmann y G. Brüggem (eds.), *Unterschiedliche Rechskulturen-Konvergenz des Rechtsdenkens/Different Legal Cultures Convergence of Legal Reasoning* (pp. 75-86). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft. https://doi.org/10.2139/ssrn.2815675

Kasirer, N. (2002). Bijuralismo in Law´s Empire and in Law's Cosmos. *Journal of Legal Education, 52*(29), 29-41.

Kasirer, N. (2003). Legal Education as *Métissage*. *Tulane Law Review*, *78*(1&2), 481-501.

Kennedy, W. (1930). *Statutes*, *Treaties and Documents of the Canadian Constitution 1713-1929* (2.ª ed.). Toronto: Oxford University Press.

León Hilario, L. L. (2007). Common law vs. Civil law: La competencia entre ordenamientos jurídicos. Réplica crítica (y amistosa) al profesor Escobar Rozas. *Foro Jurídico*, (7), 259-267.

L´Heureux-Dubé, C. (2002). Bijuralism: A Supreme Court of Canada Justice´s Perspective. *Louisiana Law Review*, *62*(2), 449-466.

Macdonald, R., & MacLean, J. (2005). No Toilets in Park. *McGill Law Journal*, *50*, 721-787.

Macdonald, R. A. (1990). The National Law Programme at McGill: Origins, Establishment, prospect. *Dalhousie Law Review*, *13*(1), 244-363.

Morel, A. (1960). La Reaction des Canadiens Devant l'Administration de la Justice de 1764 à 1774: Une Forme de Résistance Passive. *La Revue du Barreau de la Province de Quebéc*, *2*(20), 53-63.

Morrissette, Y. (2002). McGill's Integrated Civil and Common Law Program. *Journal of Legal Education*, *52*(1), 12-28.

Palmer, V. (coord.). (2012). *Mixed Jurisdiction Worldwide: The Third Legal Family*, (2.ª ed.). Cambridge: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/cbo9781139028424

Pérez Lledó, J. (1992). La enseñanza del derecho en Estados Unidos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (12), 41-93. https://doi.org/10.14198/doxa1992.12.02

Pérez Perdomo, R. (2018). De Harvard a Stanford. Sobre la Historia de la Educación Jurídica en los Estados Unidos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *1*(151), 313-358. https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2018.151.12296

Rheinstein, M. (1938). Law Faculty and Law Schools. A Comparison of Legal Education in the United States and Germany. *Wisconsin Law Review*, *5*(4), 5-42.

Statistics Canadá. (s.f.). *Table 1 Number of people and proportion of the population reporting French by selected language characteristic, Canada, 2006 and 2011* [tabla de datos]. http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2011/as-sa/98-314-x/2011003/tbl/tbl3_1-1-eng.cfm

Strauss, P. (2006). Transsystemia–Are We Approaching a New Langdellian Moment?–Is McGill Leading the Way? *Penn State International Law Review*, *24*(4), 763-771.

Valcke, C. (1995), Legal Education in a Mixed Jurisdiction: The Quebec Experience, *Tulane European & Civil Law Forum*, (10), 61-140.

Van Praagh, S. (2012). Palsgraf as 'Transsystemic' Tort Law. *The Journal of Comparative Law*, *6*(2), 243-261.

Wayland B. (2012). Greater than the sum of its parts. Celebrating ten years of McGill's integrated B.C.L./LL.B. Program, *Focus Law/Droit*, (otoño), 11-21. https://focuslaw.mcgill.ca/wp-content/uploads/2012/08/McGill_Focus_Law_Droit_2012.pdf

Webber, J. (1994). *Reimagining Canada: Language, Culture, Community, and the Canadian Constitution*. Kingston y Montreal: McGill-Queen's University Press. https://doi.org/10.1515/9780773564473

Weiler, P. (1982). Past and Future in Canadian Legal Education: Personal Reflections. En N. Gold (ed.), *Essays on Legal Education: Centre for Studies in Canadian Legal Education* (pp. 1-8). Toronto: Butterworths.

Young, B. (1994). *Politics of Codification: The Lower Canadian Civil Code of 1866*. Montreal: McGill-Queen's University Press. https://doi.org/10.1515/9780773565043

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Canadian Pacific Railway v. Robinson (Corte Suprema [Canadá], 20 de junio de 1887).

Capitulación de Montreal (8 de septiembre de 1760).

Carta Canadiense de Derechos y Libertades (17 de abril de 1982).

Código Civil del Bajo Canadá (1 de agosto de 1866).

Código Civil de Quebec (1 de enero de 1994).

Co-operatice Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd. (Cámara de los Lores [Reino Unido], 21 de mayo de 1997).

Construction Belcourt Ltée v. Golden Griddle Pancake House Ltd. (Corte Superior de Quebec [Canadá], 1988).

Desrosiers v. Canada (Corte Suprema [Canadá], 2 de febrero de 1920).

Estatuto de Westminster (11 de diciembre de 1931).

Ley Constitucional de 1791 (26 de diciembre de 1791).

Ley de la Corte Suprema (8 de abril de 1875).

Ley de la Corte Suprema de Canadá (1985).

Ley de la Norteamérica Británica de 1774 (22 de junio de 1774).

Ley de la Norteamérica Británica de 1867 (29 de marzo de 1867).

La Ley de la Unión de 1840: Una Ley para Unir a las Provincias del Alto Canadá y del Bajo Canadá y para el Gobierno de Canadá (10 de febrero de 1841).

La Proclamación Real (7 de octubre de 1763).

Reference re Supreme Court Act ss 5 and 6 (Corte Suprema [Canadá], 21 de marzo de 2014).

Tratado de París (10 de febrero de 1763).

Recibido: 12/04/2023
Aprobado: 10/08/2023

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202302.009
CC BY
DERECHO PUCP
N° 91, 2023
diciembre-mayo
pp. 301-347
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Violencia sexual y derecho penal: sobre los problemas contemporáneos en la interpretación del tipo penal de violación sexual en el Código Penal del Perú*

Sexual Violence and Criminal Law: On Contemporary Problems in the Interpretation of the Rape Offence in the Peruvian Criminal Code

JULIO ALBERTO RODRÍGUEZ VÁSQUEZ**
Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

CRISTINA VALEGA CHIPOCO***
Instituto Max Planck para el Estudio de la Seguridad, el Crimen y el Derecho (Alemania) / Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Resumen: El presente artículo identifica los problemas jurídicos interpretativos y de calificación que plantean los tipos penales nacionales de violación sexual con base en un examen de la jurisprudencia y literatura especializada más contemporánea. A través de una interpretación teleológica y sistemática de estos delitos y de la aplicación de una perspectiva de género, se construyen alternativas preliminares de solución a los mismos. La principal conclusión jurídica a la que se llega es que, con la incorporación del medio comisivo de «aprovechamiento de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento» en el delito de violación sexual en su modalidad básica (artículo 170 del Código Penal), el ordenamiento jurídico-penal peruano ha incorporado un modelo basado principalmente en la ausencia de consentimiento para los delitos sexuales. Este modelo, a su vez, se acerca a la aproximación «sí significa sí» del consentimiento, en atención a una interpretación convencional, constitucional y teleológica de la redacción del tipo penal. Asimismo, el artículo arriba a otras conclusiones jurídicas importantes sobre el tipo penal, tales como su factible cobertura de casos de *stealthing*, la viabilidad jurídica de su comisión por compenetración y no solo penetración, por omisión impropia y sin requerir ánimo lascivo adicional al dolo, entre otras. Finalmente, a la luz de aquellas conclusiones, se examinan sistemáticamente los artículos 171, 172, 173, 174 y 175 del Código Penal

* El presente artículo contiene referencias a actos y delitos sexuales y de violencia sexual. Estas podrían tener un efecto estresante y revictimizante en algunas personas.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Criminología y Ejecución Penal por la Universidad Pompeu Fabra (España) y magíster en Derechos Humanos por la PUCP. Oficial de proyecto en la Oficina para los Países Andinos de la OIT. Profesor contratado del Departamento de Derecho de la PUCP e investigador del Grupo de Investigación en Derecho, Género y Sexualidad de la misma casa de estudios (Degese).
Código ORCID: 0000-0002-8754-4611. Correo electrónico: rodriguez.julio@pucp.pe

*** Abogada por la PUCP. Magíster en Estudios de Género por la Universidad de Oxford (Reino Unido). Investigadora doctoral del Instituto Max Planck para el Estudio del Crimen, Seguridad y Derecho (Alemania), e investigadora del Degese.
Código ORCID: 0000-0003-2203-1142. Correo electrónico: cristina.valega@pucp.edu.pe

peruano y se proponen alternativas de interpretación jurídicas congruentes de los mismos. Una de las más relevantes es la inconstitucionalidad del tipo penal de violación sexual mediante engaño (artículo 175) y la argumentación de su reconducción con base en el artículo 170, pues el primero podría ser empleado para sostener que el engaño no es un medio idóneo para cometer violación sexual contra una víctima adulta o adolescente mayor de 13 años, impidiendo la protección efectiva de la libertad sexual.

Palabras clave: Violación sexual, violencia sexual, delitos sexuales, consentimiento, libertad sexual, sí significa sí, no significa no

Abstract: This paper identifies the interpretative and qualification legal problems posed by the criminalisation of rape offences in Peru by examining the most contemporary case law and specialised literature. Through a teleological and systematic legal interpretation of these offences and applying a gender perspective, preliminary alternative solutions are constructed. The main legal conclusion reached is that, with the incorporation of the modality of "taking advantage of any other environment that prevents the person from giving free consent" in the offence of rape in its basic modality (article 170 of the Criminal Code), the Peruvian legal system has incorporated a model based mainly on the absence of consent for sex offences. This model, in turn, is close to the "yes means yes" approach to consent, based on a conventional, constitutional and teleological interpretation of the wording of the criminal offence. This paper also reaches other important legal conclusions about the criminal offence of rape, such as the feasibility of its coverage of cases of stealthing, the legal viability of its commission by compenetration and not only penetration, by improper omission and without requiring lewd intent in addition to regular intent, among others. Finally, considering these conclusions, articles 171, 172, 173, 174 and 175 of the Peruvian Criminal Code are systematically examined and congruent legal interpretations are proposed. One of the most relevant is the unconstitutionality of the criminal offence of rape by deception (article 175) and the rationale for its redirection to article 170, as the former could be used to argue that deception is not a suitable modality for committing rape against an adult or adolescent victim over the age of 13, preventing the adequate protection of sexual autonomy.

Keywords: Rape and sexual assault, sexual violence, sex offences, consent, sexual autonomy, yes means yes, no means no

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. CUESTIONES PREVIAS.- III. LA EVOLUCIÓN EN TORNO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LA CONCEPCIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA VIOLENCIA SEXUAL.- IV. PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DEL TIPO PENAL GENERAL DE VIOLACIÓN SEXUAL.- IV.1. LA VIOLACIÓN SEXUAL COMO TIPO COMÚN REALIZABLE A TRAVÉS DE COMPORTAMIENTOS COMISIVOS Y OMISIVOS.- IV.2. LA VIOLACIÓN SEXUAL COMO TIPO DE MEDIOS DETERMINADOS.- IV.2.1. SOBRE EL MEDIO COMISIVO CONTEXTUAL DE AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL.- IV.2.2. SOBRE LOS MEDIOS COMISIVOS TRADICIONALES EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL.- IV.2.3. SOBRE EL ENGAÑO COMO ELEMENTO CAPAZ

DE VICIAR EL LIBRE CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA.- IV.3 LA VIOLACIÓN SEXUAL COMO TIPO PENAL DOLOSO.- V. PROBLEMAS DE LAS FÓRMULAS NORMATIVAS ESPECÍFICAS DE VIOLACIÓN SEXUAL.- VI. CONCLUSIONES.

Dado que el concepto de violación sexual tiene un significado social valorativo tan poderoso, la forma como uno lo define es de gran relevancia normativa.

ERIC REITAN, 2001

I. INTRODUCCIÓN

En 2018, la Ley 30838, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, produjo un cambio sustancial en el derecho penal sexual peruano. Esto porque, entre otras modificaciones, amplió los medios a través de los cuales el delito de violación sexual puede ser cometido, en tanto incorporó el «aprovechamiento de un entorno de coacción» o de «cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento» como medios comisivos, además de la violencia y la grave amenaza. Ello implicó la incorporación expresa en el ordenamiento peruano del elemento de ausencia de consentimiento en el delito de violación sexual.

Esta modificación legislativa se enmarcó en un contexto nacional e internacional específico. A nivel nacional, en el ámbito de grandes manifestaciones colectivas contra la violencia de género (Ni Una Menos), fundamentalmente desde 2016 (Muñoz, 2019), así como de respuestas normativas frente a las mismas, mayoritariamente desde el Poder Ejecutivo[1]. A nivel internacional, en el marco de una mayor revisión y reforma de los delitos de violencia sexual con base en el elemento de ausencia de consentimiento[2] y de un mayor énfasis desde el derecho internacional de los derechos humanos del no consentimiento como elemento central en la violencia sexual[3].

1 Por ejemplo, a través de iniciativas como el Plan Nacional contra la Violencia de Género (2016), el Plan de Acción Conjunto para Prevenir la Violencia contra las Mujeres, así como brindar protección y atención a las víctimas de violencia, con énfasis en los casos de alto riesgo (2018), el Programa Presupuestal orientado a Resultados para la Reducción de la Violencia contra la Mujer (2019), la Política Nacional de Igualdad de Género (2019), y el Reglamento de la Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual (2019), entre otras.

2 Algunos de los países que realizaron una modificación a su legislación penal años y meses antes que el Perú para incorporar el elemento de ausencia de consentimiento en sus delitos de violencia sexual son Luxemburgo (2011), Alemania (2016), Argentina (2017), Islandia (2018), Malta (2018) y Suecia (2018).

3 Por ejemplo, en el año 2011, el Consejo de Europa aprobó la Convención sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), que estableció en su artículo 36 que sus Estados parte debían tipificar como delito la violencia sexual con base en el elemento de ausencia de consentimiento. Asimismo, en el año 2017, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) estableció lo mismo en su Recomendación General N.° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer.

En ese sentido, puede afirmarse que la reforma de 2018, al incorporar expresamente el elemento de ausencia de consentimiento en el delito de violación sexual, se constituyó como un avance importante en materia de protección de la autonomía sexual de las personas a nivel nacional. Ello porque, con aquella modificación, la violencia y la amenaza ya no eran entendidas como las únicas modalidades a través de las cuales se podía cometer aquel delito. Sin embargo, dado que la reforma no incluyó una definición expresa del elemento de ausencia de consentimiento y que hasta el momento no se han otorgado pautas jurisprudenciales respecto del mismo, puede señalarse que esta también ha generado algunos problemas interpretativos y de calificación sobre la violación sexual (Valega, 2021, p. 4). O, en términos más precisos, que estos se han sumado a aquellos problemas interpretativos y de calificación que, con los medios comisivos reconocidos previamente, ya existían respecto del tipo penal. Cabe recordar que los problemas interpretativos se producen cuando hay más de una lectura sobre una disposición normativa y los problemas de calificación cuando hay dudas sobre si los hechos fácticos calzan en el supuesto de hecho de la norma (Atienza, 2004, pp. 177-179; MacCormick, 2018, pp. 109-135). Es decir, en la actualidad existe una falta de claridad a nivel jurídico sobre cómo interpretar los medios comisivos incorporados en el delito de violación sexual, acerca de las consecuencias que genera esta modificación en los delitos específicos de violación sexual y respecto de qué situaciones fácticas pueden (o no) calzar dentro de la nueva regulación (Valega, 2021, p. 4).

Estos problemas interpretativos y de calificación se tornan más persistentes porque la mayoría de la literatura nacional dominante —aquella compuesta por los manuales y tratados de derecho penal sexual frecuentemente citados por la jurisprudencia de la Corte Suprema (Caro & San Martín, 2000; Salinas, 2016; Reátegui, 2017; Peña Cabrera, 2019)— no los ha abordado aún o bien lo ha hecho de manera insuficiente. Este vacío doctrinario afecta, primordialmente, a las personas que han sido víctimas de violencia sexual en nuestro país, sobre todo a aquellas que el sistema no identifica como tales. En segunda medida, evita que nuestra jurisprudencia se enriquezca con los debates internacionales actuales y que las y los estudiantes de derecho del Perú cuenten con doctrina actualizada sobre el estado de la cuestión de la dogmática penal asociada a la violencia sexual.

Es en este escenario que el objetivo principal del presente artículo es la identificación de los problemas interpretativos y de calificación que plantean los tipos penales nacionales de violación sexual, fundamentalmente el tipo básico de violación sexual (Código Penal, 1991, art. 170), y la construcción de alternativas preliminares de solución frente a los mismos. Para reconocer los problemas de interpretación y calificación que se generan a partir de los tipos penales nacionales de

violación sexual, se examina la jurisprudencia y la literatura nacional e internacional especializada más contemporánea. También se estudian las reglas dogmáticas y, sobre todo, la casuística abordada por la jurisprudencia de la Corte Suprema a nivel nacional en el periodo 2018-2022, así como aquella que ha sido calificada de vinculante. Por otro lado, los problemas identificados se analizan a través de una interpretación teleológica y sistemática de estos delitos, así como desde la perspectiva de género.

Para lograr el objetivo mencionado, este artículo se estructura en cinco secciones. En la primera, se presentan premisas jurídicas de las que el desarrollo del artículo parte, las mismas que guían la forma en la que se comprende y analiza el derecho a lo largo del texto. En la segunda, se aborda la evolución en torno al bien jurídico protegido por los delitos de violación sexual y la relación de este desarrollo con la delimitación de las conductas que se consideran violencia sexual a nivel penal. En el tercer acápite se identifican y evalúan los problemas interpretativos y de calificación asociados al tipo general de violación sexual, a la par que se proponen soluciones preliminares a los mismos. En cuarto lugar, se reconocen los problemas vinculados a los tipos penales especiales de violación sexual y se esbozan consideraciones sobre los mismos. Finalmente, se apuntan conclusiones generales frente a lo hallado.

En virtud de la extensión del presente artículo, no se abordan todas las aristas de los problemas interpretativos sobre la regulación de los delitos de violación sexual que se identifican ni se construyen remedios finales; no obstante, este trabajo se constituye como un aporte académico porque realiza una primera aproximación detallada, a nivel nacional, a esta problemática. Además, busca motivar futuras investigaciones que ahonden en los distintos problemas interpretativos y de calificación de la actual regulación penal de la violación sexual y de los otros tipos de violencia sexual.

II. CUESTIONES PREVIAS

Antes de iniciar con el desarrollo de los problemas de interpretación del delito de violación sexual y las respectivas alternativas de solución, resulta necesario presentar tres premisas jurídicas de las que los autores partimos para el desarrollo del presente artículo. Estas se encuentran en la base de nuestra forma de comprender, analizar e interpretar el derecho.

En primer lugar, resulta importante señalar que el presente artículo se aleja de la perspectiva positivista tradicional, bajo la cual el criterio del «tenor literal» del precepto penal es un límite infranqueable a la interpretación. Por el contrario, se parte de la tesis abierta del derecho y, con ello, se asume que el lenguaje es indeterminado, impreciso, incierto

(Montoya, 2020, p. 126; Meini, 2018, p. 159) o, como ha indicado el propio Tribunal Constitucional del Perú (en adelante, TC) en 2003, ambiguo y vago (fundamento 46). Por tanto, la interpretación no equivale a un mero reconocimiento de lo previamente prohibido, sino que supone la asignación de un sentido al texto legal (Meini, 2008, p. 163). En ese panorama, el lenguaje es un «punto de partida» de la interpretación que debe de ceder cuando contraviene el sentido teleológico de la norma» (Silva, 2006, p. 381; Meini, 2018, p. 166; Montoya, 2020, p. 130). Dicho de otro modo, el principio de legalidad, desde una mirada pospositivista, le prohíbe al juez emplear una interpretación contraria a la Constitución, aun cuando esta pareciera desprenderse del «tenor literal» del precepto legal (p. 130). Por el contrario, exige que el operador de justicia plantee una interpretación con pretensión de corrección conforme con la Constitución (Montoya, 2020, p. 133). Es decir, la interpretación debe dar por resultado una norma penal que responda a las necesidades de protección de los bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos, incluso si esta no pareciera ser la más acorde con la gramática del precepto penal (Meini, 2018, p. 167).

En segundo lugar, nuestro análisis jurídico hace hincapié en el hecho de que, en el ordenamiento jurídico peruano, los tratados de derechos humanos ratificados forman parte del derecho nacional y tienen rango constitucional. Respecto a lo primero, el artículo 55 de la Constitución del Perú indica que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional, mientras que la cuarta disposición final y transitoria resalta que las normas relativas a derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados internacionales ratificados por el Perú. Con relación a lo segundo, además de que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) resalta la supremacía de los tratados sobre el derecho interno, el TC (2006) ha reconocido que los tratados de derechos humanos detentan un rango constitucional (Expediente 0025-2005-PI/TC, 2006, § 61). Asimismo, se debe recordar que el propio TC ha destacado el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y que, por tanto, los jueces peruanos deben aplicar la ley a la luz de la jurisprudencia de dicha corte (Expediente 2730-2006-PA/TC, 2006, §§ 12-14). Así, la jurisprudencia de la Corte IDH forma parte del *corpus iuris* que todo juez peruano debe emplear para realizar el control de convencionalidad (Bregaglio, 2014, p. 17). El control de convencionalidad hace referencia al deber de los órganos y servidores estatales de contrastar las normas internas y su aplicación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), así como con otros tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes para el Estado peruano, y los

estándares que sobre esta haya desarrollado la Corte IDH como tribunal cuya competencia contenciosa e interpretativa de la CADH ha sido reconocida por el Estado peruano (p. 17). De esta manera, se busca que la interpretación y aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos en sede interna prevengan efectivamente la violación de derechos y eviten la activación continua del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (p. 18).

Finalmente, la tercera premisa jurídica de la que se parte en el presente artículo es la de que el ordenamiento jurídico-penal peruano en materia de delitos sexuales ha adoptado el modelo del no consentimiento y ha dejado atrás el modelo basado en los medios coercitivos. Si bien esta afirmación será desarrollada y fundamentada a detalle en el acápite IV.2, en esta sección se hace necesario explicar brevemente qué implica el modelo del no consentimiento en los delitos sexuales. Este hace alusión a que el elemento central en un delito sexual es la ausencia de un consentimiento válido y que no resulta necesaria la presencia de un medio coercitivo como la violencia o la amenaza (Valega, 2021, p. 12). En palabras de Koljonen (2019):

> El modelo basado en el consentimiento se centra en la protección de la autonomía sexual, corresponde al individuo decidir si participa o no en actos sexuales, y si no participa voluntariamente, es un delito punible. De este modo se protegen los derechos del individuo y no se exige que éste pueda resistirse y, en su caso, impedir la agresión[4].

Al respecto, es necesario comentar que, a nivel del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DIDH), se identifica una tendencia clara de abandono de una regulación de la violación sexual a partir de medios comisivos y de adopción de una regulación basada en el modelo de ausencia de consentimiento[5]. Es decir, desde el DIDH se considera que la violencia, la amenaza u otros medios coercitivos ya no deberían ser exigidos por la tipificación penal como elementos constitutivos de la violencia sexual. Al respecto, por ejemplo, la Corte IDH (2022) ha señalado lo siguiente:

> 145. Tomando en cuenta lo expuesto, la Corte coincide con la posición de los distintos organismos internacionales, de modo que considera que las disposiciones normativas penales relacionadas con la violencia sexual deben contener la figura del consentimiento como su eje central, es

4 Traducción propia.

5 Por ejemplo, en la Convención de Estambul (2011), la Recomendación General N.° 35 del Comité de la Eliminación de la Discriminación de la Violencia contra la Mujer (2017), la Recomendación N.° 3 del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (2021), y el informe de la relatora especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, La violación como una vulneración grave, sistemática y generalizada de los derechos humanos, un delito y una manifestación de la violencia de género contra las mujeres y las niñas, y su prevención (2021).

> decir, para que se perpetre una violación, no se debe exigir la prueba de amenaza, uso de la fuerza o violencia física, bastando para ello que se demuestre, mediante cualquier medio probatorio idóneo, que la víctima no consintió con el acto sexual (§ 145).

Dentro de este modelo, además, hay dos formas principales de comprender la ausencia de consentimiento. La primera es la aproximación afirmativa del consentimiento, también conocida como «sí significa sí», que hace alusión a que los participantes de la interacción sexual deben haber manifestado expresamente su asentimiento para que la conducta no sea un delito; es decir, se conoce que la otra persona no consiente si no se tiene algún tipo de manifestación por parte de esta de que sí consiente (Schulhofer, 2016, p. 666). La segunda es la aproximación negativa del consentimiento, también conocida como «no significa no», que se refiere a que los participantes de la interacción sexual asumen que la otra persona consiente y solo conocen que esta no consiente cuando esta ha manifestado de alguna forma su negativa o rechazo (p. 666). Como ha sido mencionado, este modelo y dichas aproximaciones serán desarrollados y contrastados con el ordenamiento jurídico-penal peruano más adelante en el presente artículo.

III. LA EVOLUCIÓN EN TORNO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LA CONCEPCIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA VIOLENCIA SEXUAL

Los delitos de violencia sexual no siempre han sido concebidos normativamente de la misma manera; por el contrario, han sido regulados e interpretados de forma muy disímil. Esta falta de homogeneidad se explica, en parte, por lo que para un sector importante de la doctrina es el punto de partida en la interpretación de los tipos penales: la identificación del bien o de los bienes jurídicos protegidos. Y esta ha ido variando a lo largo del tiempo respecto de los delitos de violencia sexual. Así, es posible hablar de modelos frente a los delitos de violencia sexual con base en el bien jurídico que se considera estos protegen. A partir de esta diferencia, además, se aprecia que los modelos conciben de forma diferente a la violencia sexual y demarcan distinto los radios de acción de los tipos penales que la prohíben.

El primer enfoque sobre el bien jurídico protegido por estos delitos al que podemos referirnos es el de la llamada concepción «moralizadora» de los delitos de violencia sexual (Caro & San Martín, 2000, p. 57). Esta perspectiva fue la dominante en los códigos penales peruanos del siglo XIX, aunque aún se encuentra en cierta jurisprudencia y doctrina, y se caracterizó por la idea de que los delitos de violencia sexual protegían el «honor sexual» de las mujeres. A continuación, a esta concepción la llamaremos el «modelo del honor sexual».

El «modelo del honor sexual» de los delitos de violencia sexual tuvo diversas manifestaciones. Una de ellas fue la concepción de que la violación sexual solo podía ser cometida por varones contra mujeres, toda vez que solo el honor de las mujeres estaba condicionado a su sexualidad —el de los hombres no— y, por tanto, solo ellas podían ser víctimas. Así, por ejemplo, los códigos penales peruanos previos al de 1991[6] se caracterizaron por disponer que las víctimas de los delitos de violencia sexual debían ser mujeres o, en todo caso, hombres adolescentes o niños menores de edad (Caro & San Martín, 2000, p. 62). Es más, el Código Penal de la Confederación Peruano-Boliviana de 1836 solamente reconocía «honor sexual» a las mujeres «honestas» (art. 421), «casadas o desposadas» (art. 566), o «no-rameras» (art. 568), cuando se refería a las mujeres adultas. El Código Penal de 1924, por ejemplo, negaba explícitamente a las mujeres casadas el menoscabo de su «honor sexual» cuando era su esposo quien las forzaba al acto sexual, en tanto no las admitía como posibles sujetos pasivos del delito de violación sexual en esos casos. Al respecto, puede señalarse que, detrás de estas terminologías y caracterizaciones, lo que se identifica es el estereotipo de género discriminatorio bajo el cual se asocia la valía femenina al «recato y protección de su sexualidad» (Cook & Cusack, 2010, p. 41). Es decir, solo las mujeres, y únicamente algunas de ellas, podían ser víctimas de violencia sexual porque eran quienes tenían un honor sexual que proteger.

Otra manifestación del «modelo del honor sexual» se reconoce en la graduación de la protección penal frente a la violencia sexual sobre la base de la mayor o menor «reputación social» de la víctima. Bajo esta perspectiva, se consideraba menos lesiva la violencia sexual que se cometía contra mujeres que no estuvieran casadas o que ejercían su autodeterminación sexual en libertad; es decir, aquellas que incumplían con el estereotipo de género que restringía la sexualidad femenina al matrimonio y a la procreación (Cook & Cusack, 2010, p. 41). Así, por ejemplo, el Código Penal de la Confederación Peruano-Boliviana de 1836 atenuaba la pena cuando la víctima era una «mujer pública» y la agravaba cuando era «una mujer honesta» (art. 421). Por su parte, el Código Penal de 1863 distinguía la cuantía de la pena si la víctima era una mujer «virgen» o «casada». Así también, el Código Penal de 1924 disponía que la sanción penal era mayor si la víctima era una mujer de «conducta irreprochable», en los casos en los que la víctima tenía entre 16 y 21 años (art. 201).

Finalmente, puede afirmarse que este modelo también se concretaba en la normativa peruana nacional debido a la inclusión de una causa

6 A saber, el Código Penal de la Confederación Peruano-Boliviana de 1836, aprobado el 1 de noviembre de 1836; el Código Penal de 1863, aprobado el 1 de enero de 1863; y el Código Penal de 1924, que entró en vigencia el 28 de julio de 1924.

especial de cancelación de la pena que exoneraba de sanción al agresor sexual cuando este contraía matrimonio con la víctima, ello en tanto el matrimonio era concebido como un vehículo para «reparar el honor sexual mancillado». En el Perú, el Código Penal actual mantuvo dicha cláusula en su artículo 178 hasta la modificación introducida por la Ley 26770 el 15 de abril de 1997. Cabe añadir que este artículo también contempló, hasta aquella modificación, el ejercicio privado de la acción penal en los delitos de violencia sexual en los artículos 170, 171, 174 y 175, lo cual constituía una excepción respecto de la mayoría de los otros delitos tipificados en el Código Penal, denotando que la violencia sexual se consideraba como un asunto de resolución privada y no de carácter público.

El segundo modelo penal de la violencia sexual al que podemos referirnos es aquel que reconoce como bien jurídico a la libertad sexual para víctimas adultas y la indemnidad sexual para las víctimas que son niñas, niños y adolescentes menores de 14 años, así como otras personas en situación de incapacidad de consentir; es decir, bienes jurídicos que son derechos fundamentales basados en la protección de la libertad, integridad y el libre desarrollo de la personalidad. Este modelo fue, en cierta medida, incorporado de forma normativa a nivel nacional recién con el Código Penal de 1991, que fue el primero en incluir a estos delitos en el capítulo de violación de la libertad sexual del título IV de delitos contra la libertad; en otras palabras, sin ninguna referencia a la protección de un «honor» o de la «decencia» sexual[7]. A continuación, a esta concepción la llamaremos el «modelo de la autodeterminación sexual».

Como primera característica de este modelo cabe señalar que la jurisprudencia ha reconocido una dimensión positiva y una negativa en la protección de la libertad sexual (Acuerdo Plenario 1-2011, 2011, p. 5). Al respecto, la primera implica «la posibilidad de las personas de desarrollar y expresar libremente su sexualidad y decidir las condiciones y efectos de esta» (Valega, 2021, p. 30), y la segunda «el derecho a no ser involucrado ni ser partícipe o receptor de ningún acto o contexto sexual sin su consentimiento» (p. 30). En cuanto a la indemnidad sexual, lo que se protege son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en libertad de aquellas personas que aún se encuentran en desarrollo de las mismas (Acuerdo Plenario 2-2012/CJ-116, 2011, § 12) o que en ese momento no se encuentran en capacidad de ejercer su libertad sexual. En ese sentido, personas de todos los géneros pueden ser perpetradoras o víctimas de estos delitos y no hay diferenciación en la pena según las características de la vida de estas últimas. Es más, las

7 Dado que el Código Penal de 1924 todavía hablaba de delitos contra la libertad sexual y el honor, dentro de una sección de delitos contra la decencia, el tránsito normativo entre modelos penales de la violencia sexual se considera a partir del Código de 1991.

indagaciones genéricas sobre el comportamiento sexual o social de la víctima de forma previa o posterior a los hechos de violencia sexual se consideran prueba constitucionalmente inadmisible (Acuerdo Plenario 1-2012/CJ-116, 2011, § 34).

Una segunda característica de este modelo es que, al proteger estos delitos la libertad sexual, en el caso de adultos prohíben el «acto sexual indeseado, involuntario o no consentido» (Acuerdo Plenario 1-2012/CJ-116, 2011, § 21), así como aquellos actos en los que el consentimiento sea inválido; por ejemplo, en los que este se hubiera obtenido mediante engaño, aprovechándose de una situación de superioridad o abusando de un puesto de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima (Acale, 2020, pp. 42-43; Valega, 2021, p. 11). En el caso de los delitos contra niñas, niños y adolescentes menores de 14 años y personas en incapacidad de consentir, se considera el acto como legalmente no consentido, sin importar si hubo una anuencia fáctica. Como se señaló previamente, en nuestro país, la incorporación normativa en 2018 del elemento de ausencia de consentimiento como parte de un medio comisivo en el artículo 170 va de la mano de este modelo de la violencia sexual, en tanto la ausencia de consentimiento se vuelve parte constitutiva de aquellos delitos y la autodeterminación sexual es el bien jurídico protegido (Valega, 2021, p. 11).

No obstante, si bien el Código Penal peruano ha incorporado el elemento de ausencia de consentimiento en el tipo penal básico de violación sexual (art. 170) —y en otros de aquel capítulo (arts. 172, 176 y 176-B)—, lo ha realizado a través de la adición de un medio comisivo. Ello porque la normativa penal aún mantiene la exigencia de medios comisivos como elementos del delito de violación sexual; es decir, aún son elementos constitutivos del tipo penal la violencia física o psicológica, la grave amenaza, el aprovechamiento de un entorno de coacción o el aprovechamiento de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento. Es así que la normativización de esta concepción en nuestro ordenamiento aún traza la línea entre los encuentros sexuales permitidos y los encuentros sexuales prohibidos a partir de la identificación de modalidades desplegadas por la persona autora.

IV. PROBLEMAS DEL TIPO PENAL GENERAL DE VIOLACIÓN SEXUAL

A continuación, se abordan los principales problemas identificados en torno a la aplicación del tipo penal de violación sexual. Es pertinente señalar que en Perú la fórmula general de la violación sexual se regula en al artículo 170, mientras que los artículos 171, 172, 173, 174 y 175 del Código Penal regulan fórmulas específicas, respectivamente. En esta

medida, algunos de los problemas interpretativos del artículo 170 se reproducen, en la misma o en mayor medida, en los otros tipos penales de violación sexual. Por este motivo, en el presente trabajo se examinan los problemas generales del artículo 170 en el cuarto acápite, mientras que los problemas específicos de los otros tipos penales se analizan en el quinto.

IV.1. La violación sexual como tipo común realizable a través de comportamientos comisivos y omisivos

El tipo base de la violación sexual se encuentra regulado en el artículo 170 del Código Penal peruano de la siguiente manera:

> El que con violencia, física o psicológica, grave amenaza o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, obliga a esta a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de catorce ni mayor de veinte años.

Lo primero que se debe resaltar es que el artículo 170, a diferencia de otras normas penales internacionales, incluye dentro de la violación sexual al acceso carnal y otros actos análogos. Esta consideración, presente de manera literal en nuestra legislación a partir de la Ley 28251 de 2004, puso final a las interpretaciones restrictivas que limitaban la violación sexual al acceso carnal por vía vaginal (Montoya, 2011, p. 26).

Por otro lado, como se desprende del propio precepto penal, la violación sexual es un delito común; es decir, un tipo penal que no limita el círculo de autores con base a determinadas características personales y que, por lo tanto, puede ser cometido por cualquier persona (Gómez, 2006, p. 27). Sin embargo, la jurisprudencia peruana evidencia el siguiente problema asociado a la autoría de la violación sexual: ¿puede ser autora del acto regulado en el artículo 170 la persona que obliga a otra a introducirle su miembro viril en las vías reconocidas por la norma? Por ejemplo, en el caso de que una persona obligue a otra a que le introduzca su miembro viril, una parte del cuerpo o un objeto por las vías jurídicamente establecidas.

Para un sector de la jurisprudencia, la interpretación literal del artículo 170 y de los elementos de *acceso carnal* o *introducción* exige entender que las personas sin órganos genitales masculinos solo pueden ser autoras de la violación sexual cuando ellas introducen una parte de su cuerpo u objeto por las cavidades de la otra persona reconocidas normativamente. Así, este sector considera que en el supuesto de que la persona sin órganos genitales masculinos obligue a la otra a la introducción carnal,

esta conducta no calza en el tipo penal del 170. Esta fue la argumentación asumida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N.° 432-2018/Junín (20 de noviembre de 2018, p. 5).

De manera semejante, en otros países se ha planteado que la interpretación literal del elemento *acceso carnal* impide extender su aplicación a los casos en los que el agente obliga a la víctima a penetrarlo. Así, por ejemplo, el Código Penal chileno dispone en su artículo 361 que «comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal». Al respecto, Bascur (2016) ha señalado que, bajo la redacción del tipo penal chileno, el acceso carnal consiste en introducir el órgano sexual masculino en el ano, vagina o boca de la víctima, por lo que la acción típica en sí misma excluiría los supuestos en los que las personas imputadas obligan a alguien a penetrarlas (p. 72). Rodríguez Collao (2004) también defiende una posición semejante e indica que el acceso carnal dispuesto en el Código Penal chileno se refiere a introducir el miembro genital masculino (p. 138) y que dicho texto, «indudablemente restrictivo», obliga a excluir a las mujeres como sujetos activos del delito (p. 143). Por su parte, Matus y Ramírez (2017) indican que las interpretaciones «extensivas» que consideran que las mujeres pueden ser sujetos activos quebrantan las reglas legales de la interpretación y violan el principio de prohibición de analogía (p. 235).

En España, Cancio (2018) va más allá de la perspectiva de *lege ferenda* y aporta un argumento valorativo. En esta línea, señala que el *acceso carnal*, al que hace referencia el artículo 179 del Código Penal español, solo es atribuible a varones, toda vez que, valorativamente, «no es lo mismo ser invadido» que «ser obligado a invadir a otro» (p. 1041). En contra de esta argumentación, el Tribunal Supremo español, a través del Acuerdo del Pleno Jurisdiccional de la Sala Segunda del 25 de mayo de 2005, acordó que es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder (p. 1). De manera semejante, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema del Perú, en una sentencia más reciente, ha establecido que una persona puede ser autora del delito de violación sexual cuando hace u obliga a otra al acceso carnal o introducción semejante en las vías específicas. Así, el mencionado órgano jurisdiccional, en el Recurso de Nulidad N.° 486-2021/Junín, discrepó del precedente antes citado e indicó que la expresión «acceso carnal» incluye la penetración y la compenetración (p. 7).

Esta segunda postura es la abogada por los presentes autores como jurídicamente correcta. En primer lugar, porque respeta la previsibilidad semántica del tipo penal, en tanto que el propio texto del artículo 170 nos permite entender que los elementos «obliga a tener acceso carnal» o «realiza acto análogo con la introducción» se extienden tanto a acceder/introducir como a hacer introducir/hacer acceder. En segundo lugar,

desde la interpretación teleológica, se debe recordar que el bien jurídico en este delito es la libertad sexual; es decir, la libertad de decidir con quién, cómo, cuándo y dónde sostener acceso carnal o actos análogos. Así, el núcleo de este tipo penal se encuentra en la ausencia del libre consentimiento de la víctima y en la importancia que tiene para la sexualidad humana la autodeterminación sobre el acceso carnal y los actos análogos (Valega, 2021, p. 30). Por lo tanto, es irrelevante si la persona autora fue quien introdujo o quien hizo introducir el miembro viril, la parte del cuerpo o un objeto en tanto en ambos escenarios se configuraría el desvalor de acción del tipo penal (Carnevali, 2001, p. 444). Cabe señalar que ello aplicaría también para personas que obligan a otras a penetrarse a sí mismas o a terceros. La interpretación contraria infringe la protección del bien jurídico y, en esa medida, no cumple con la previsibilidad axiológica y la interpretación teleológica del tipo penal.

Otro problema asociado al delito de violación sexual es si el artículo 170 permite el empleo del artículo 13 del Código Penal y, por tanto, de la omisión impropia. Este problema fue abordado por la Casación N.° 725-2018/Junín emitida por la Sala Penal Permanente en 2019. En esta oportunidad, la Corte Suprema de Justicia indicó que es posible aplicar esta figura a casos de violación sexual de menores de edad (Código Penal, 1991, art. 173). Los fundamentos de la Sala Penal Permanente en 2019 para esta afirmación fueron los siguientes:

1. El delito de violación sexual es un delito de resultado y común.
2. Existen sujetos que ostentan una posición de garante que se traduce en el deber de cuidado de la sexualidad de otros, como el caso de quien ostenta la patria potestad de un niño, niña o adolescente.
3. Existen garantes que, además, tienen las condiciones y aptitudes para neutralizar fuentes de peligro para la sexualidad de otros, como sucede con las personas que ostentan la patria potestad y conviven con la persona menor de edad.
4. El deber de garante de la madre y el padre respecto a la indemnidad sexual de su hija o hijo, niña, niño o adolescente, se fundamenta en la función de protección del bien jurídico y, a la vez, en la función de control de peligros.
5. Los delitos sexuales frecuentemente son progresivos —de menor intensidad a mayor intensidad— y cometidos en el seno familiar, por lo que la respuesta oportuna de los familiares ante el primer ataque sexual es fundamental.
6. El deber de garante de un padre o madre genera la obligación

de apartar y alejar al agresor de la víctima una vez que conoce el primer ataque sexual, así como de realizar cualquier otro acto de defensa que esté en sus capacidades.

7. La omisión de la obligación antes descrita equivale a la realización de un ataque sexual en sentido positivo (pp. 9-11).

Como se observa, los fundamentos esgrimidos por la casación abogan por la aplicación del delito de violación sexual por omisión impropia en los supuestos de padres o madres respecto a sus hijos o hijas menores de edad, tal como lo acepta un sector de la doctrina (Cancio, 2018, p. 1032). Al respecto, el hecho de que se reconozca que la violación sexual es un tipo penal que puede ser atribuible a un actuar omisivo permite pensar en otros supuestos. Así, por ejemplo, el artículo 172 —violación sexual de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento— podría ser aplicable a médicos o enfermeras que permiten que un tercero tenga acceso carnal con un paciente que no puede dar su libre consentimiento y se encuentra bajo su cuidado, ello en virtud de la posición de garante que ostentan estas personas sobre la indemnidad sexual de aquellos pacientes.

Ahora bien, ¿el garante que no evita la violación sexual pudiendo hacerlo responde como autor o como partícipe de este delito? Este es un tercer problema interpretativo que se identifica en la literatura. Para Peñaranda (2020), existen tres posiciones que pueden responder esta pregunta (p. 189). Un primer sector considera que quien omite en posición de garante solo podrá ser partícipe. Por el contrario, un segundo sector considera que siempre es autor. Un tercer sector de la doctrina defiende la idea de que, si el omitente tiene una posición de garante basada en la protección del bien jurídico, deberá responder como autor; mientras que, si su posición de garante está basada en una función de control del peligro, lo hará como partícipe (p. 189). Con base en esta última posición, el padre o la madre que permite la violación sexual de su menor hijo o hija pudiendo evitarla debería responder siempre como autor, toda vez que su posición de garante se basa en la protección del bien jurídico.

Una posición un tanto diferente es la que acoge Robles (2007). Él considera que la decisión sobre la calificación de autoría o de participación de una conducta omisiva depende del valor de la omisión para el conjunto del hecho (p. 74). En este esquema, si la conducta omisiva es «un pequeño fragmento del hecho» respecto a la intervención de quien realiza la conducta comisiva, debe ser calificada de participación; por el contrario, será calificada de autoría la conducta omisiva que determina el hecho en igualdad que la conducta activa junto con la que concurre (p. 72). En este escenario, Robles considera que el no impedir una lesión por

parte de un tercero responsable, pese a tener la obligación de hacerlo, debe ser calificado de participación (p. 77).

Desde otro plano, Mañalich (2014) considera que el omitente en estos casos no puede ser autor directo, ya que la omisión impropia no se deja construir en delitos como el de violación sexual (p. 238). Ello en virtud de que, para el profesor chileno, el tipo penal no permite formular una norma que le requiera al garante impedir la violación sexual (p. 239). Para él, este tipo de casos podrían constituir complicidad omisiva del garante o, en todo caso, coautoría bajo la modalidad comisiva (p. 239).

Por su parte, la Casación N.° 725-2018/Junín de 2019, previamente citada, respondió a esta pregunta a partir de un criterio contrafáctico. La Sala Penal Permanente señaló que existirá autoría por omisión impropia cuando pueda formularse un juicio de certeza sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado, mientras que existirá complicidad si la acción omitida hubiera dificultado sensiblemente el resultado (p. 8). Para la Corte Suprema, el padre o madre que permite la violación sexual de su menor hijo o hija pudo evitar con certeza dicho resultado, por lo que debe responder como autor. Este criterio fue recogido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España que en la sentencia 758/2018, del 9 de abril de 2019, lo empleó para condenar a unos padres como autores de abuso sexual a un menor de 13 años por omisión impropia.

Sin embargo, el criterio del «juicio de certeza» no brinda predictibilidad, toda vez que es imposible saber si el actuar del garante hubiese evitado el resultado con certeza o si, por el contrario, solo hubiese «dificultado sensiblemente» el resultado. Por este motivo, parece más aconsejable seguir el criterio de Peñaranda (2020), basado en la fuente del deber de garante. En ese sentido, si el omitente es garante en virtud de su deber de protección de la indemnidad sexual de la víctima, corresponde aplicar la figura de la autoría. Ello evidentemente sin perjuicio de que la responsabilidad objetiva de la madre o el padre confluya con un criterio de exclusión de la imputación objetiva, una causa de justificación o un eximente de culpabilidad, parcial o completa, como en casos en los que la madre o el padre haya estado bajo una situación de violencia, amenaza o imposibilidad de exigirle actuar de otro modo. De la misma manera, se debe evitar emplear estándares distintos entre madres y padres, así como justificar la tipicidad de la omisión con base en estereotipos de género como el de la «madre que todo lo sabe» o el de la «madre que todo lo sacrifica» (Hopp, 2023, pp. 176-220).

Por otro lado, de lo antes dicho también se desprende que quien tiene una posición de garante fundamentada en el control de una fuente de peligro responderá como partícipe. ¿Qué fuentes de peligro son relevantes para las violaciones sexuales? La doctrina penal ha evaluado en este

tipo de casos el eventual deber de garante de quien tiene la titularidad del establecimiento que funge como lugar donde se comete el delito (Lascuráin, 2002, p. 86). Autores como Lascuráin niegan la posibilidad de que el titular de un inmueble sea garante frente a, por ejemplo, el tráfico de drogas cometido en su predio con su conocimiento (p. 90). Sin embargo, los delitos de violencia sexual requieren mayormente para su comisión de un escenario oculto, por lo que resulta evidente que los inmuebles y espacios físicos que permiten que el hecho se cometa de forma subrepticia constituyen verdaderas fuentes de peligro. Por tanto, no existe argumento para negar que quien no evita, pudiendo hacerlo, que un tercero viole a una persona en un inmueble que está bajo su control, podrá responder como partícipe de este delito en comisión por omisión. En estos casos, el omitente no tiene una posición de garante frente a cualquier ataque a la libertad o indemnidad sexual de la víctima; sin embargo, sí lo tiene con relación al inmueble que se encuentra bajo su dominio.

IV.2. La violación sexual como tipo de medios determinados

La violación sexual es un tipo penal de resultado. Así, la Corte Suprema de la República, en el Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116 de 2011, ha establecido que la violación sexual se consuma con la introducción parcial o total del miembro viril por la cavidad vaginal, anal o bucal, así como con la introducción parcial o total de cualquier parte del cuerpo o de un objeto por las dos primeras cavidades antes indicadas (fundamento 13). Ahora bien, históricamente, el tipo penal de violación ha sido, además, uno de medios determinados; esto es, un tipo penal cuya tipicidad del comportamiento depende de que se realice alguno de los medios señalados taxativamente por la ley (Meini, 2014, p. 77). De ello se desprende que se está ante una tentativa de violación sexual si la persona perpetradora ha empleado alguno de los medios estipulados en el artículo 170, pero no logró la introducción parcial o total de parte del cuerpo u objeto.

Sin perjuicio de ello, tal como se expondrá más adelante, la modificación del artículo 170 realizada por la Ley 30838 y la sentencia de la Corte IDH en el caso *Angulo Lozada vs. Bolivia* (2022) han supuesto el inicio del tránsito de un modelo centrado en los medios a un modelo centrado en la ausencia de libre consentimiento (Valega, 2021, p. 33), como se esbozó en el segundo acápite del presente artículo. Ello fundamentalmente por dos motivos: a) por un lado, la modificación normativa de 2018 agregó el elemento de ausencia de consentimiento como medio comisivo («el aprovechamiento de cualquier entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento»); b) por otro lado, la Corte IDH (2022), en la sentencia antes mencionada, ha indicado que, bajo los criterios de la CADH, se debe considerar violación sexual

todo acto de penetración vaginal, anal o bucal, o la introducción de partes del cuerpo u objetos por las dos primeras vías, sin consentimiento (§ 137). Entonces, en cuanto a los medios comisivos del delito de violación sexual, estos pueden clasificarse en medios comisivos tradicionales y en el medio contextual de ausencia de consentimiento (Valega, 2021, p. 15). Dentro de los primeros, se encuentran la violencia física, la violencia psicológica, la grave amenaza y el aprovechamiento de un entorno de coacción. El medio contextual de ausencia de consentimiento, en cambio, se produce cuando el agente comete acceso carnal respecto de la víctima o le realiza un acto análogo en un entorno en el que ella no brindó su consentimiento (p. 15).

IV.2.1. Sobre el medio comisivo contextual de ausencia de consentimiento en el delito de violación sexual

En primer lugar, comenzamos haciendo referencia al medio comisivo contextual de ausencia de consentimiento, que ha sido incorporado a través de la redacción de «aprovechamiento de cualquier otro entorno que impida a la víctima dar su libre consentimiento». Si bien este se describe luego de la lista de los otros medios comisivos e inicia con la palabra «otro» —indicando su naturaleza de cláusula de extensión analógica—, resulta necesario iniciar el examen de los medios comisivos por este porque es el que ha incluido al elemento de ausencia de consentimiento en nuestro ordenamiento jurídico-penal. Ello significa que ha normativizado el cambio de paradigma que reconoce que no es el acto violento el que demuestra la ausencia de consentimiento, sino esta ausencia la que convierte una relación sexual en violenta (Acale, 2020, p. 54; Valega, 2021, p. 11). Posteriormente, se hará referencia a los otros tres medios comisivos regulados en el artículo 170.

La incorporación del medio comisivo «aprovechamiento de cualquier otro entorno que impida a la víctima dar su libre consentimiento» ha reconocido expresamente en el tipo penal que se produce un delito sexual cuando no hay consentimiento o cuando este es inválido para mantener relaciones sexuales (Valega, 2021, p. 11). Ello va en la línea de lo señalado por la Corte Suprema en torno a que, al proteger los delitos de violencia sexual la libertad sexual, lo que prohíben es el «acto sexual indeseado, involuntario o no consentido» (Acuerdo Plenario 1-2012/CJ-116, 2011, § 21). Entonces, si la víctima no ha brindado su asentimiento a la interacción sexual y la persona perpetradora no ha respetado aquello, se estaría ante el empleo de este medio comisivo. Ello porque la persona agresora se estaría aprovechando de un entorno en el que la disposición del derecho a la libertad sexual de la víctima no se encuentra presente. Por tanto, la ausencia de consentimiento conocida por la persona perpetradora podría ser suficiente para argumentar el empleo de aquel medio comisivo por parte del sujeto activo y, por lo mismo, la constitución del delito de violación sexual.

Sin embargo, se podría plantear que, a diferencia de otras legislaciones, el Código Penal peruano no hace referencia expresa a que habrá violación sexual ante la ausencia de consentimiento. Por el contrario, la literalidad del artículo 170 hace alusión a un «entorno» que impide a la víctima dar su libre consentimiento. Según la Real Academia Española, la palabra «entorno» se refiere a un «ambiente, lo que rodea» (2023, acepción 1). Con ello pareciera que el «tenor literal» del artículo 170 exige que, además de la ausencia del consentimiento, la víctima se encuentre en un ambiente o escenario externo que no le permita ejercer de manera autónoma su sexualidad. No obstante, esta interpretación presenta las siguientes objeciones:

1. La interpretación restrictiva antes planteada provocaría la impunidad del acceso carnal y los actos análogos a este que se imponen a una persona que, encontrándose en un ambiente de libertad, no ha consentido al acto sexual. Sin embargo, desde una perspectiva sistemática del Código Penal peruano, esta interpretación es irrazonable. Se debe tomar en cuenta que el artículo 176 del Código Penal prohíbe los tocamientos y actos de connotación sexual que, sin propósito de tener acceso carnal, se realizan sobre una persona sin su libre consentimiento. En este contexto, la interpretación restrictiva llevaría al resultado irrazonable de considerar que, en nuestro ordenamiento, los actos de contenido sexual que se realizan sobre una persona sin su consentimiento son punibles, mientras que el acceso carnal sin consentimiento es impune. Con un ejemplo: para la tesis restrictiva, tocar las nalgas de una persona que no ha consentido recibir ese tocamiento es punible, pero penetrar sexualmente a una persona que no ha consentido a dicho acto sexual es impune. Esta incongruente interpretación generaría, además, que a una persona que cometa delitos sexuales le resulte más «conveniente» acceder carnalmente sin consentimiento a sus víctimas que realizar otro tipo de tocamiento o acto de connotación sexual.

2. Como se ha dicho antes, desde una perspectiva pospositivista, la literalidad restrictiva no es un límite máximo o infranqueable para la interpretación. Por el contrario, el «tenor literal» debe de ser complementado si su lectura constringente impide que la norma cumpla con su finalidad de proteger bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos. El bien jurídico protegido por los delitos de violencia sexual es la libertad sexual, la que se lesiona cuando el agente realiza un acto de contenido sexual sin el consentimiento válido de la víctima. Por tanto, requerir algo adicional a la ausencia de libre consentimiento por parte de la víctima es contrario a la interpretación teleológica del artículo 170, la que brinda mayor protección constitucional

que la meramente literal, más aún cuando esta interpretación garantiza la previsibilidad a partir del elemento «entorno que impide a la víctima dar su libre consentimiento», que debe ser entendido como «situación en la que la víctima no da su libre consentimiento».

3. El Código Penal es una norma de rango legal que es válida únicamente si es coherente con normas de rango superior. Específicamente, la norma penal tiene que ser resultado de una interpretación que tome en cuenta las normas de rango constitucional. Como se ha dicho antes, dentro de las normas de rango constitucional se encuentran las que forman parte de tratados de derechos humanos ratificados por el Perú. El TC (Sentencia N.° 04617-2012-PA/TC, 2014) ha reconocido que, debido a que el Perú ha ratificado la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH vincula a los jueces y las juezas nacionales y les exige emplear el control de convencionalidad (fundamento 14). Respecto al presente problema jurídico, la jurisprudencia de la Corte IDH (2022) ha indicado que, para la identificación de un supuesto de violación sexual, basta demostrar que la víctima no consintió el acto sexual (§ 145). Más aún, la Corte IDH indica que los tipos penales de violación sexual deben centrarse en la ausencia de consentimiento y que cualquier hipótesis de acceso carnal con persona sin su consentimiento debe estar contenida en el delito de violación (§ 155). En este escenario, la tesis restrictiva no solo contradice la sistemática del Código Penal peruano, sino que es inconsistente con normas de rango superior. Además, la defensa de la tesis restrictiva provocaría que el Perú incumpla las obligaciones internacionales asumidas en la CADH y la Convención Belém do Pará, ya que impediría tomar medidas jurídicas para prevenir, perseguir y sancionar el acceso carnal que se le impone a una persona que, en un entorno de libertad, no consintió al acto sexual.

Un punto importante sobre esta interpretación del artículo 170 a la luz de un modelo basado en la ausencia del consentimiento es la determinación de qué implica no consentir. En palabras de Hörnle (2023), «si el término consentimiento se utiliza en la descripción del delito principal sería necesario complementarlo con una definición porque la ambigüedad del consentimiento requiere una aclaración, tanto para los miembros del público como para los que aplican el derecho penal» (p. 266)[8].

En esa línea, surgen diferentes preguntas jurídicamente trascendentales sobre cómo entender el elemento de no consentimiento, las mismas que exceden el encuadre del presente artículo. Sin embargo, una cuestión

8 Traducción propia.

fundamental por responder es si el modelo de no consentimiento en delitos sexuales en el ordenamiento jurídico-penal peruano parte de la aproximación del «sí significa sí» o del «no significa no». Es decir, ¿el no consentimiento se presenta cuando las personas involucradas en la interacción sexual no manifiestan su anuencia o cuando manifiestan su negativa? En el ordenamiento jurídico peruano aún no se ha adoptado una posición expresa sobre qué modelo del consentimiento recoge nuestra normativa. Sin perjuicio de ello, como ha desarrollado Valega (2021), dada la redacción del tipo penal y las regulaciones generales del elemento subjetivo, puede señalarse que la regulación peruana se encuentra más cercana al modelo «sí significa sí» (p. 26). Ello porque el tipo penal no exige que el acto ocurra contra la voluntad reconocible o manifiesta de la víctima —lo que implicaría que esta tendría que manifestar su negativa para que hubiera un acto de violación sexual—, como ocurre en las legislaciones alemana o portuguesa como regla general. Por el contrario, nuestro tipo penal establece que habrá violación sexual cuando el sujeto activo se aproveche de cualquier entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento; es decir, se reconoce que el consentimiento tiene que ser dado y, por tanto, no puede ser asumido.

En ese sentido, los autores nos adscribimos a esta postura, que establece que, en atención al derecho fundamental a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad, la única interpretación constitucionalmente viable del modelo de no consentimiento en los delitos sexuales a nivel nacional es la afirmativa (Valega, 2021, p. 34). Es decir, que no habrá consentimiento cuando las personas no expresen o manifiesten de alguna forma su anuencia a la penetración sexual. En sus palabras:

> en cuanto a la adopción del modelo "sí significa sí", considero que es la única interpretación constitucional del delito. Esto es así porque toda persona tiene derecho a la libertad y al libre desarrollo de su personalidad. Con relación al primer derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado en la sentencia Gelman vs. Uruguay (2011) que este "implica la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia" (en [129])[9]. En cuanto al segundo derecho, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que "garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad" (2009: (en [8])[10]. Por lo tanto, es jurídicamente coherente deducir que las personas necesitan buscar el consentimiento para interactuar con la esfera sexual de otros y no dar por sentado que

9 La fuente es el párrafo 129 de la sentencia *Gelman vs. Uruguay* (2011), a la que se hace referencia.
10 La fuente es octavo párrafo del Expediente N.° 3901-2007-PA/TC (2009).

> siempre son receptivas a la interacción sexual a menos que comuniquen su falta de voluntad (p. 34).

Esta comprensión del no consentimiento, por supuesto, hace referencia al tipo objetivo. Adicionalmente a ello, tal y como será desarrollado en la sección IV.3 del presente artículo, la imputación del delito de violación sexual requerirá también del conocimiento por parte del sujeto activo de la ausencia de una anuencia por parte de la víctima a la penetración sexual.

IV.2.2. Sobre los medios comisivos tradicionales en el delito de violación sexual

Sin perjuicio de lo antes dicho, los medios comisivos tradicionales también pueden revelar la ausencia de consentimiento por parte de la víctima a la interacción sexual. Por tanto, se constituyen como medios que el legislador ha considerado idóneos de ser mantenidos en el tipo penal cuando denoten aquella falta de consentimiento y, consecuentemente, una vulneración a la libertad sexual de la víctima.

Sobre el medio comisivo de violencia física, este hace referencia a toda acción que suponga el despliegue de energía corporal del autor sobre la víctima y que se traduce, por ejemplo, en golpes, en la sujeción a través de las manos o en otras formas de agresión corporal (Salinas, 2016, p. 65) que afectan la libertad sexual de la víctima. Es evidente que la violencia física no exige la aplicación de una *fuerza irresistible* sobre la víctima (Acale, 2019, p. 215); es decir, no es exigible una fuerza que no sea posible de vencer o de neutralizar (Meini, 2014, p. 157). Por el contrario, este medio se cumple cuando el perpetrador ejerce una violencia física idónea para infringir la libertad sexual de la víctima. De ello se desprende que la resistencia no es un elemento del tipo penal y que el bloqueo o la colaboración de la víctima no elimina la existencia de este medio comisivo (Jericó, 2019, p. 306). También es válido concluir que la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima es un factor clave para valorar la idoneidad de la violencia física en la vulneración de su libertad sexual. A manera de ejemplo, la violencia física para infringir la libertad sexual de una persona joven y fornida no será la misma que se requiera para doblegar la voluntad de una persona adulta mayor que vive en situación de dependencia y ello debe ser considerado al evaluar la existencia de este medio comisivo. Asimismo, cuando la violencia no ponga en peligro o lesione la libertad sexual de la víctima —es decir, cuando esta haya sido expresamente consentida por las partes—, no se constituirá en un medio comisivo que afecte el bien jurídico.

En cuanto a la violencia psicológica, para definir este medio resulta útil recurrir al artículo 8, literal b, de la Ley 30364, que dispone que la violencia psicológica hace referencia a toda acción que se orienta al control,

aislamiento, humillación, avergonzamiento, insulto, estigmatización o estereotipación de la víctima sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación. Ahora bien, la interpretación teleológica del artículo 170 obliga a que esta violencia afecte la libertad de la víctima para ejercer su libertad sexual. Por tanto, la violencia psicológica, como medio comisivo para la violencia sexual, debe tener cierta gravedad e intensidad, caso contrario siempre puede procederse a analizar la acción con base en el medio contextual de consentimiento. A este respecto, una situación de violencia psicológica podría ocurrir, por ejemplo, cuando la persona agresora emplea un entorno de aislamiento y humillación creado por ella misma que impide a la víctima dar su libre consentimiento en virtud de aquella situación de violencia psicológica.

Respecto al segundo medio coactivo tradicional, la doctrina ha señalado que la amenaza consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la víctima (Salinas, 2016, p. 71). La doctrina tradicional refiere que esta amenaza debe ser verosímil, inmediata y grave, de modo tal que sea asimilable a la violencia física (Monge, 2019, p. 354; Salinas, 2016, p. 72). Sin embargo, es preciso recalcar que estas características deben ser evaluadas a la luz de las circunstancias personales y fácticas en las que se encuentra la víctima (Jericó, 2019, p. 354). En esta línea, Acale (2019) indica que la evaluación de la amenaza grave exige tomar en cuenta el contexto y las características de los sujetos activos y pasivos (pp. 218-219), por ejemplo, si estos últimos se encuentran en una situación de vulnerabilidad específica. Como señaló la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 1-2011 de 2011, los medios que establece el delito deben ser analizados considerando la edad, el género, la condición de la persona y demás circunstancias específicas que puedan influir en la vivencia del hecho (pp. 6-7).

Sobre el tercer medio comisivo tradicional de «aprovechamiento de un entorno coercitivo», la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Recurso de Nulidad N.° 1257-2015/Lima, 2016) ha señalado en la interpretación del tipo penal de feminicidio que la coacción se refiere a la violencia, amenaza o el uso de la fuerza física, psicológica o moral que se ejerce sobre alguien para obligarla a hacer algo en contra de su voluntad (p. 6). De forma análoga está regulado el delito de coacción en el artículo 151 del Código Penal. Por tanto, en concordancia interpretativa, el medio comisivo de «aprovechamiento de un entorno coercitivo» en el delito de violación sexual debe ser interpretado como el aprovechamiento de un contexto equivalente al ejercicio de violencia o amenaza en la víctima. Es decir, el aprovechamiento de aquella situación en la que, si bien puede no haber actos de violencia o amenaza directos cometidos por el sujeto activo, el entorno tiene un carácter equivalente a que los hubiera y, por tanto, no puede considerarse que este permita el otorgamiento de un libre consentimiento para el acto sexual. Se hace

alusión, en general, al aprovechamiento de cualquier otro entorno que coloque a la víctima en una situación en que no tiene otra alternativa real y aceptable más que cumplir con la voluntad de la persona agresora. Ilustrativamente, dentro de este medio se pueden incluir los casos de abuso de situación de superioridad —ser padre respecto de la víctima, por ejemplo— y abuso de la situación de vulnerabilidad específica —relación de dependencia emocional con el agresor— (Peña Cabrera, 2019, pp. 375-376), entre otros.

IV.2.3. Sobre el engaño como elemento capaz de viciar el libre consentimiento de la víctima

Ahora bien, ¿puede constituir otro ejemplo subsumible en el medio comisivo contextual de ausencia de consentimiento el engaño sobre condiciones que, socialmente, son valoradas como fundamentales para la relación sexual consentida? Es decir, ¿existe un error provocado por un engaño de la persona perpetradora que pueda ser interpretado como generador de un entorno en el que el consentimiento de la víctima no es libre y, por lo mismo, aunque esta haya aceptado la interacción sexual, su aceptación puede resultar inválida? La jurisprudencia y doctrina nacional dominante no se han pronunciado respecto de este problema de calificación; no obstante, esto ya ha sido abordado por otras jurisdicciones. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Sevilla en España aplicó el delito de agresión sexual en un caso de *stealthing*. Así, el órgano jurisdiccional español, en la Resolución 375/2020, indicó lo siguiente:

> Trinidad (nombre pseudónimo) pudo y así decidió libremente consentir mantener relaciones sexuales con penetración vaginal con el acusado siempre que éste utilizara el preservativo, pero ello no merma un ápice su libertad y capacidad para no consentir tal acto sin ese medio profiláctico, de manera que cuando así actúo atentó gravemente contra la libertad de Trinidad; no cabe entender que Trinidad consintió en todo caso la penetración y que el acusado modificó tan solo una condición accesoria de ésta, debemos por el contrario entender que el acusado se sirvió del engaño para, sin conocimiento ni consentimiento de Trinidad, mantener un contacto sexual distinto del que habían acordado, tan esencialmente distinto que son muy diversos sus alcances y eventuales consecuencias, por lo que en definitiva la libertad de autodeterminación de Trinidad en el ámbito sexual fue atacada y anulada, sometiéndola a algo que no consintió ni hubiera consentido de ser interpelada por él (p. 7).

Esta sentencia fue confirmada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en la Sentencia 186/2021 de 2021. Así, el Tribunal indicó que el vicio en el consentimiento de la víctima era claro, toda vez que fue la creencia en estar manteniendo relaciones sexuales con empleo de preservativo lo que permitió que la víctima

accediera a tener acceso carnal con la persona condenada (p. 7). Sobre esta base, el órgano jurisdiccional español concluyó que el *stealthing* constituye un atentado contra la libertad sexual punible (p. 11).

De este modo, la jurisprudencia española ha evidenciado que el engaño puede ser un medio para la comisión de la violación sexual, en la misma línea que diversas discusiones desde la doctrina penal[11], ello debido a que el consentimiento viciado por el engaño no expresa de manera clara la voluntad de la persona, por lo que tal consentimiento carece de fuerza para excluir el injusto de la violación sexual (Coca-Vila, 2022, p. 300). Esta línea interpretativa ha sido defendida por otros tribunales penales, como sucedió con el Tribunal Superior de Inglaterra y Gales en el caso *Assange v. Swedish Prosecution Authority* (2011), con la Sala de Vistas de Berlín en el caso *27.07.2020 – 4 Ss 58/20* (2020) y con el Tribunal Supremo de Canadá en el caso *R. vs. Hutchinson* (2014).

Sin embargo, ¿el engaño como medio contextual de consentimiento puede recaer sobre cualquier elemento? Coca-Vila (2022) resalta que un derecho penal liberal debe evaluar el engaño siempre con base en el principio de autorresponsabilidad. Él señala que no existen deberes genéricos —penalmente garantizados— de sacar de error a la otra parte en el marco de una relación sexual (p. 300). Por el contrario, Herring (2005) alega que el consentimiento debe considerarse viciado siempre que una persona denunciante haya estado errada sobre un elemento fáctico y no hubiera consentido a la actividad sexual si ella hubiera sabido la verdad sobre aquel elemento de hecho, y la otra persona sabía ello (p. 8). A nivel nacional, Valega (2021) ha señalado que el engaño siempre será relevante cuando haya recaído sobre condiciones del acto sexual explícitamente aceptadas por las partes (p. 41).

Desarrollando la perspectiva de Coca-Vila (2022), para él existen tres factores o expectativas de veracidad protegibles penalmente por el tipo penal de violación sexual: a) el conocimiento sobre la naturaleza sexual de la actividad en la que se está participando, b) el conocimiento sobre la identidad de la persona con la que se está teniendo la actividad sexual y c) el conocimiento sobre el grado de injerencia corporal de la relación sexual (pp. 303-304).

El primer factor permite incluir, por ejemplo, aquellos casos donde un médico engaña a un paciente sobre la naturaleza sexual de un aparente tratamiento. También se pueden incluir, como se verá más adelante, aquellos casos en los que se engaña a personas con discapacidad intelectual —con autonomía sexual— sobre la naturaleza sexual de determinado acto. Por otro lado, el segundo factor —la expectativa de veracidad sobre la identidad de la persona con la que se acuerda tener

11 Ver, por ejemplo, Herring (2005) y Clement (2018).

relaciones sexuales— ha sido reconducido, a través de jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia, al artículo 175 del Código Penal, el mismo que se analizará más adelante. Finalmente, en el tercer factor se incluirá el engaño sobre el acto sexual acordado —por ejemplo, se acuerda tener sexo vaginal y el agresor introduce el pene por el ano de la víctima—. También se incluirán, como reconoce Coca-Vila (2022), los casos de *stealthing* en los que las partes acuerdan el uso de preservativo y una de ellas lo incumple (p. 305).

Para Castellví y Mínguez (2021), el *stealthing* debe considerarse violencia sexual por el objeto del consentimiento de la víctima. En tal sentido, estos autores consideran que la víctima ha consentido el contacto físico entre preservativo y membranas mucosas, por lo que el consentimiento no se extiende al contacto directo entre mucosas. El preservativo, bajo el planteamiento de estos autores, es una barrera diferenciadora lo suficientemente trascendente como para definir la violencia sexual. Así, la penetración vaginal sin preservativo es un acto sexual no consentido. Está argumentación es semejante a la de Brodsky (2017), quien indica que el vicio en el consentimiento en estos casos yace en que la víctima consintió el contacto a través del condón, no con la piel (p. 190). Sin embargo, Brodsky agrega un segundo argumento: el incremento del riesgo de embarazo o transmisión de infecciones impiden que el consentimiento del acto sexual con preservativo se transmita al acto sin preservativo (pp. 191-192). Todos estos elementos han sido también argumentados por el Tribunal Federal Supremo alemán al momento de caracterizar al *stealthing* como violencia sexual (Resolución 3 StR 372/22, 13 de diciembre de 2022, §§ 14-15).

Bajo el paraguas de lo antes indicado, los casos de *stealthing* constituyen una modalidad de violación sexual (Valega, 2021, p. 41). El fundamento se encuentra en que el respeto del acuerdo sobre el uso del preservativo, más que por suponer una simple barrera física, es un factor esencial para la víctima sobre las condiciones del acto, que además puede poseer efectos trascendentales, especialmente para las mujeres en el Perú, relacionados a la transmisión de infecciones de transmisión sexual, el embarazo no deseado y la exposición a los riesgos asociados a abortos clandestinos. Al examinar situaciones de engaño tendrá que analizarse si estas generaron un error en la víctima que tuvo la capacidad de viciar su libre consentimiento[12]. Así, los supuestos de *stealthing* serían subsumibles en el «aprovechamiento de un entorno que impide a la víctima dar su libre consentimiento», el cual, como se ha visto, debe ser interpretado

12 Sin perjuicio de lo señalado, como ha desarrollado Valega (2021), en los casos de engaño también deberá evaluarse si es que la persona realizó ello en protección de un derecho fundamental que debe ser ponderado en el caso específico. La autora brinda el ejemplo de una persona que se encuentra en una relación violenta y miente por temor a su integridad, argumentando que en ese tipo de casos debe ponderarse el derecho fundamental en riesgo del segundo participante con el derecho a la libertad sexual del primer participante (p. 27).

como el acceso carnal o realización de un acto análogo en un entorno en el que la víctima no dio su libre consentimiento.

III.3. La violación sexual como tipo doloso

En el Perú, todos los delitos de violencia sexual tienen carácter doloso. Si se asume una postura normativa del dolo, se debe entender que este no se descubre en la mente del agente, sino que este vínculo subjetivo se imputa sobre la base del sentido social del hecho y de las circunstancias objetivas que lo acompañan (Ragués, 1999, p. 353). Esto implica tener conocimiento sobre la concurrencia del medio empleado o, en todo caso, de la ausencia de consentimiento, así como del contenido sexual del acto realizado (Acale, 2019, p. 238). Es decir, el conocimiento sobre la ausencia del consentimiento implica conocer que la otra persona no ha manifestado su anuencia a la interacción sexual. Por tanto, esta exigencia del dolo permite refutar los cuestionamientos que se puedan realizar hacia el modelo de no consentimiento en torno a que este criminaliza situaciones en las que la ausencia de consentimiento podría no ser conocida por el sujeto activo, puesto que la actual regulación no permitiría sancionar aquellos casos.

Lo antes dicho no significa negar que muchos casos presentarán el problema de que el sujeto activo haya actuado en un error de tipo vencible o que, de plano, haya actuado de manera negligente, pero no es el momento de analizar a profundidad este problema. Sin embargo, conviene destacar que algunas legislaciones internacionales como la sueca y la croata han incorporado tipos penales de violación sexual en la modalidad negligente (Mrčela *et al.*, 2020).

Adicionalmente, un problema asociado al tipo subjetivo de los delitos de violencia sexual es la eventual existencia de un elemento adicional al dolo. Así, por ejemplo, la doctrina tradicional indica que la «naturaleza» de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual exige que el dolo concurra con un objetivo, finalidad o ánimo lascivo (Salinas, 2016, pp. 86-87). En una línea similar, un sector de la jurisprudencia, en ejecutorias como la recaída en la Casación N.° 541-2017-Del Santa emitida por la Sala Penal Permanente en 2018, resalta que el dolo debe ir acompañado de la finalidad lasciva o de satisfacción del apetito sexual (p. 5).

En contra de esta postura, otro sector de la doctrina especializada se opone a la inclusión de este elemento no requerido por los preceptos penales (Peña Cabrera, 2019, p. 355; Valega, 2021, p. 9). Así, Cancio (2018) resalta que no se requiere que el sujeto activo persiga una satisfacción específicamente sexual (p. 1039). Por su parte, Acale (2019) indica que esta postura debe ser abandonada por la jurisprudencia, ya que dicho elemento subjetivo es ajeno a la norma penal y ha servido

históricamente para absolver a muchos acusados cuando fuera imposible la prueba de tal ánimo (p. 240). En el mismo tenor, Esquinas (2022) indica que el dolo debería resultar suficiente para la tipicidad del comportamiento, por lo que la intención lúbrica o el ánimo lascivo es, a lo mucho, un criterio que puede ayudar a la valoración, pero que no es requisito necesario (p. 194). De manera más específica, Monge (2011) resalta tres razones por las que no se debe exigir el ánimo lascivo: a) los casos de exploraciones ginecológicas consentidas, que usualmente son citados como ejemplo de la utilidad del elemento adicional al dolo, son atípicos por la presencia del consentimiento y porque el médico actúa dentro de la *lex artis*; b) el ánimo lascivo deja al margen actos sexuales que atentan contra la libertad o indemnidad sexual y que se motivan por la venganza, el despecho, la burla o la curiosidad; y c) la exigencia de un elemento motivacional genera enormes problemas de prueba y seguridad jurídica (pp. 127-128).

En esta medida, la inclusión del ánimo lascivo representa una exigencia extratípica innecesaria que impide que la norma penal proteja de manera adecuada la libertad o indemnidad sexual. Por estos motivos, es imperioso que se supere la doctrina y jurisprudencia que condicionan la aplicación de los delitos de violencia sexual a la prueba de tal elemento subjetivo. En este contexto, se debe celebrar que la Corte Suprema haya emitido jurisprudencia en la que reconoce que el dolo es suficiente para la imputación subjetiva de la violación sexual o de los otros tipos penales que protegen la libertad e indemnidad sexual. Así, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Casación N.° 2386-2021/Huánuco de 2022, indicó que el ánimo lúbrico o lascivo por parte del sujeto activo no está exigido por el tenor literal del Código Penal y, por el contrario, basta que el sujeto activo tenga conocimiento de que realiza la conducta sin el consentimiento de la víctima y que este acto tiene significado sexual (pp. 5-6).

IV. PROBLEMAS DE LAS FÓRMULAS NORMATIVAS ESPECÍFICAS DE VIOLACIÓN SEXUAL

En el acápite anterior se han examinado los problemas asociados al tipo base de violación sexual, cuya conducta se encuentra regulada en el artículo 170 del Código Penal. Nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros, regula algunas fórmulas específicas de violación sexual en otros preceptos penales. Así, el artículo 171 regula la «violación sexual en estado de inconsciencia o incapacidad de resistir» del siguiente modo:

> El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal, o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, después de haberla

> puesto en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veintiséis años.

El tipo penal regulado en artículo 171 tiene una relación de especialidad con el 170. Así, este regula los casos de violación sexual en los que el agresor emplea un grupo de medios específicos: aquellos que provocan que la víctima entre en un estado de inconsciencia o de incapacidad de dar libre consentimiento. Este último elemento es la forma correcta de interpretar la «imposibilidad de resistir» según la normativa actual que protege el bien jurídico de libertad sexual y que, por ende, tiene como elemento esencial el consentimiento. Esta interpretación va en la línea de lo señalado por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 01-2011/CJ de 2011 al establecer que no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material para la configuración de la violencia sexual (p. 7).

Ahora bien, como ha señalado la jurisprudencia y la doctrina nacional, los estados de inconsciencia y de incapacidad de resistir del artículo 171 usualmente se producen cuando el agente coloca a la víctima en un estado de ebriedad, hipnotismo, sueño o abuso de narcóticos o afrodisíacos (Salinas, 2016, p. 138). Tomando ello como base, los primeros problemas interpretativos que surgen son los siguientes: ¿la víctima tiene que encontrarse en un estado en el que físicamente le sea imposible realizar un acto defensivo? ¿Puede emplearse el 171 en supuestos en los que la víctima dio un aparente consentimiento o en casos en los que físicamente sí le era posible desplegar un acto defensivo?

Para un sector de la doctrina, el artículo 171 exige que la víctima no tenga posibilidad de poner resistencia al acto sexual (Peña Cabrera, 2019, p. 411); esto es, que se encuentre en «imposibilidad absoluta» de resistirse (p. 413) o que su conciencia haya sido «anulada o aniquilada» por completo (Reátegui, 2018, p. 128). Sin embargo, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Casación N.° 697-2017/Puno de 2018, optó por una interpretación distinta, en consonancia con lo señalado previamente. En esa oportunidad, la jurisprudencia peruana analizó un caso de inconsciencia provocada por embriaguez. La argumentación judicial partió de reconocer cinco periodos de alcoholemia establecidos en la tabla de alcoholemia instituida por la Ley 27753: coma etílico, grave alteración de la conciencia, ebriedad absoluta, ebriedad y subclínico. Para la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, el tercer periodo de embriaguez, en el que la persona tiene entre 1,5 y 2,5 de gramos de alcohol por litros de sangre, resulta suficiente para generar síntomas que provocan que el consentimiento de la víctima sea viciado (pp. 6-9). De ello se desprende que no puede exigirse que la víctima se encuentre en un estado de alteración de la

consciencia —caracterizado por la falta de respuesta a los estímulos y la marcada descoordinación muscular—, ni mucho menos en un estado de coma —caracterizada por riesgo de muerte—, para recién negar su capacidad de consentir. Bajo este fundamento, la Sala Penal Permanente indicó que los cuadros de excitación, confusión, agresividad, alteración de la percepción y pérdida del control causado por el consumo del alcohol provocan que el consentimiento formal brindado por la víctima no sea válido. Por tanto, el tipo penal del artículo 171 no requiere de la pérdida total de conocimiento (p. 9).

El empleo de la tabla de alcoholemia puede ser criticado, en tanto que las diferentes personas tienen una mayor o menor capacidad de tolerancia frente al alcohol que otras, incluso variando esto de un día a otro en el mismo individuo (Valega, 2021, p. 16). Además, porque la tabla fue creada para fines sociojurídicos distintos. Sin perjuicio de ello, se resalta que la jurisprudencia ha reconocido que el estado de incapacidad de consentimiento no es equiparable a la pérdida de conocimiento.

De lo antes dicho se desprende que el artículo 171 se aplica cuando la víctima es colocada: a) en un estado de inconsciencia o b) de incapacidad de consentimiento, siendo este último un estado en el que no puede elegir libremente, lo que ocurre mucho antes de la inconsciencia (Wallerstein, 2009, p. 328; Valega, 2021, p. 16). Si bien establecer una regla específica para identificar el estado de incapacidad de consentimiento es difícil, pueden establecerse ciertas señales para determinar si una persona estaba muy intoxicada para consentir libremente, tales como vómitos excesivos, la incapacidad para caminar o estar de pie sin ayuda o para desvestirse, o el deseo de acostarse (Valega, 2023, p. 16; Clough, 2018, pp. 486 y 490). Definitivamente, el testimonio de la víctima será elemento fundamental para comprender y determinar si es que esta se encontraba en capacidad de consentir.

En estos supuestos, el aparente consentimiento de la víctima será irrelevante para la tipicidad objetiva. Esta argumentación es evidentemente extrapolable a otros supuestos de intoxicación causada por el agresor. Y es que la agravación del artículo 171 respecto al 170 responde al hecho de que el agresor coloca a la víctima en una situación en la que es incapaz de dar su libre consentimiento —y no de inconsciencia o de imposibilidad de resistir—, constituyéndose esto incluso en una infracción mayor al bien jurídico porque no es únicamente que no se respeta la libertad sexual de la víctima, sino que se la coloca en una situación en la que ni siquiera puede ejercer aquel derecho suyo.

Un segundo tipo penal agravado de violación sexual es el que se regula en el artículo 172 del siguiente modo:

> El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal, o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, conociendo que está impedida de dar su libre consentimiento por sufrir anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veintiséis años.

Lo antes dicho sobre el estado de incapacidad para brindar consentimiento producido por el consumo de alcohol u otras drogas se aplica a este tipo penal. No obstante, a diferencia del artículo 171, el 172 del Código Penal no exige que el agente haya colocado a la víctima en ese estado, sino que la víctima se haya encontrado en él por causas ajenas al comportamiento del sujeto activo (Peña Cabrera, 2019, p. 420; Salinas, 2016, p. 155; Reátegui, 2018, pp. 142-143).

Ahora bien, el principal problema de este tipo penal se produce respecto a su aplicación en casos de personas con discapacidad intelectual —llamada incorrectamente «retardo mental» por el precepto penal—, ello en virtud de que el modelo social de la discapacidad, asumido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (2006) y por la Ley 29973 —Ley General de la Persona con Discapacidad—, reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y, por tanto, su libertad sexual. Por el contrario, el artículo 172 parece presumir la falta de capacidad de consentimiento de la persona con discapacidad intelectual y, por tanto, la equipara a un niño o niña sin libertad sexual (Bregaglio & Rodríguez, 2017, p. 135), además de forma perpetua.

Al respecto, la Sala Penal Transitoria, en la Casación N.° 591-2016/Huara emitida el 9 de mayo de 2019, ha señalado que esta norma penal debe ser interpretada a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y del artículo 13, que reconoce la capacidad jurídica para obrar de este colectivo (p. 16). Con esta base, la Sala Penal Transitoria reconoce las siguientes consecuencias de esta interpretación:

1. El sujeto activo debe conocer que el sujeto pasivo se encuentra en una situación de discapacidad intelectual —o psicosocial— que le impide prestar su libre consentimiento.
2. El sujeto activo debe abusar de este conocimiento y aprovecharse de la condición intelectual de la víctima en el momento de los hechos.
3. El sujeto pasivo se encuentra en una situación de discapacidad intelectual que le impide comprender y consentir el acceso carnal o el acto sexual consentido (pp. 16-17).

Sin embargo, en aquella oportunidad la Corte Suprema no explicó cuándo se debe aplicar el artículo 172, cuándo se debe aplicar el artículo 170 y cuándo la conducta debe ser considerada atípica. En esta medida, si se parte de que las personas con discapacidad intelectual tienen capacidad para otorgar libre consentimiento sexual, es válido afirmar que muchos supuestos de interacción sexual serán atípicos, mientras que otros deberán calzar en el 170 —cuyo bien jurídico es la libertad sexual— y no en el 172 —cuyo bien jurídico protegido es la indemnidad sexual—.

Probablemente, el no haber diferenciado estos supuestos fue un factor que explica por qué, en otra oportunidad, la Sala Penal Transitoria confirmó una sentencia en la que se aplicó el artículo 172 en un caso en el que la víctima con discapacidad intelectual expresó su rechazo al acto sexual sufrido a través de violencia, en lugar de haber aplicado el artículo 170, reconociendo su capacidad de consentimiento, pero que este no fue otorgado válidamente. Esto se produjo en el Recurso de Nulidad N.° 2132-2019/Ica de 2021. En esta ocasión, la jurisprudencia de la Corte Suprema reconoció nuevamente que las personas con discapacidad intelectual gozan de «autonomía e independencia individual» (p. 4); sin embargo, aplicó un delito cuyo bien jurídico es la «indemnidad sexual» en un caso en el que la víctima declaró que el imputado la hizo sufrir acceso carnal por vía vaginal «pese a que ella se quejaba por el dolor» (p. 9). Más aún, la propia Sala Penal Transitoria recordó que la víctima indicó que la relación sexual se había producido «sin su consentimiento y por la fuerza» (p. 9). Esto permite inferir que la persona con discapacidad intelectual, en este caso, podía ejercer su autonomía sexual y expresar su voluntad, por lo que no se debió de aplicar el artículo 172 del Código Penal, sino el artículo 170, puesto que el acto lesivo del agresor afectó la libertad sexual de la persona y no la indemnidad sexual.

Ahora bien, es preciso indicar que, en ocasiones, las personas agresoras pueden emplear medios aparentemente inidóneos para infringir la libertad sexual de una persona que no se encuentra en una situación de discapacidad intelectual; por ejemplo, engañar sobre el carácter sexual de un acto específico. No obstante, estos medios pueden ser idóneos para viciar la voluntad de algunas personas en situación de discapacidad intelectual que tienen autonomía sexual y que pueden expresar su voluntad, pero que, aun así, por la situación en la que se encuentran, creen aquel engaño que otra persona no creería, por ejemplo. En la siguiente tabla se puede observar cómo se debe reaccionar ante este supuesto y frente a los antes abordados.

Tabla 1. Tipos penales aplicables cuando se tiene acceso carnal o acto análogo con una persona con discapacidad intelectual que tiene 14 años o más

Supuesto	Tipo penal aplicable
«A» es una persona con discapacidad intelectual que tiene 14 años o más. «A» acepta tener acceso carnal consentido con «B»	Suceso atípico
«A» es una persona con discapacidad intelectual que tiene 14 años o más. «B» cree que «A» no quiere tener relaciones sexuales con «B», pero no le pregunta porque prefiere asumir el riesgo y le realiza acceso carnal, pese a las muestras de rechazo de «A»	Violación sexual por aprovechamiento de un entorno en el que se impide a la persona dar su libre consentimiento - artículo 170 del Código Penal
«A» es una persona con discapacidad intelectual que tiene 14 años o más. «B» emplea violencia o grave amenaza y obliga a «A» a tener acceso carnal	Violación sexual a través de medios comisivos tradicionales - artículo 170 del Código Penal
«A» es una persona con discapacidad intelectual que tiene 14 años o más. «B» conoce la discapacidad intelectual de «A». «B» crea un engaño inidóneo para generar un error en una persona sin discapacidad intelectual; sin embargo, la deficiencia intelectual de «A» hace que ella caiga en error y «B», aprovechándose de ese entorno, tiene acceso carnal con ella	Violación sexual a través de aprovechamiento de un entorno que impide dar libre consentimiento - artículo 170 del Código Penal
«A» es una persona con discapacidad intelectual que tiene 14 años o más. «A» no puede expresar su voluntad o no comprende la naturaleza sexual del acceso carnal. «B» tiene acceso carnal con «A»	Violación sexual en incapacidad de dar libre consentimiento - artículo 172 del Código Penal

Fuente: elaboración propia.

El tercer tipo penal específico de violación sexual es regulado por el artículo 173, es decir, la violación sexual de persona menor de 14 años. Este tipo penal protege la indemnidad sexual, toda vez que se comete al tener acceso carnal o acto análogo con una persona que se encuentre en esa franja etaria. Así, el mencionado artículo dispone lo siguiente: «El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua».

Líneas atrás se evaluó el problema asociado a la aplicación de este delito para supuestos en los que el padre o la madre omite evitar la violación sexual de su hijo o hija menor de 14 años. No obstante, existe otro problema vinculado con la edad de la víctima; esto es, ¿qué sucede cuando el imputado alega desconocer la edad de la víctima? En primer lugar, este es un problema de prueba que, como se indicó previamente, no será evaluado a detalle en el presente artículo. Sin embargo, ¿qué sucede si se prueba que el sujeto activo decidió no conocer la edad de la víctima pudiendo hacerlo? ¿Constituye este un supuesto de error de

tipo? Es decir, ¿existe un problema de calificación además del problema de prueba?

Un buen número de ejecutorias de la Corte Suprema del Perú ha analizado este problema como uno de prueba. En esta línea, la Sala Penal Permanente, en la Casación N.° 238-2021/Ica de 2022, aplicó el error de tipo debido a que se había probado que la víctima mintió sobre su edad (p. 7). De manera similar, la misma Sala, en el Recurso de Nulidad N.° 2186-2019/Lima Sur de 2020, aplicó el error de tipo sobre la base del testimonio del acusado y de corroboración periférica (p. 7). A pesar de ello, otras ejecutorias desarrollan argumentos que parecen más de tipo normativo. Así, por ejemplo, la Sala Penal Permanente, en el Recurso de Nulidad N.° 1740-2017/Junín del 12 de noviembre de 2018, resaltó que no cabe afirmar el error a partir de la sola pregunta a la víctima y su respuesta, sino que es necesario tomar en cuenta el *rol social y las competencias* exigibles al imputado (p. 3). En otro caso, la misma sala, en el Recurso de Nulidad N.° 372-2019/Lima Sur de 2020, indicó que, cuando una persona se vincula romántica o sexualmente con un o una menor de edad, debe realizar las *averiguaciones razonables* sobre la edad y evitar *conductas riesgosas*. Para la Sala Penal Permanente, estos elementos serán esenciales para aplicar o no el error de tipo (p. 3).

En el caso de la doctrina, algunos autores, en la línea de la jurisprudencia, consideran que este es un problema únicamente de prueba (Salinas, 2016, p. 217); sin embargo, otros reconocen el problema de calificación que también subyace. Así, Peña Cabrera (2019) resalta que el error sobre la edad no debe provenir de la negligencia y que, por el contrario, el agente debe esforzarse por saber cuál es la edad, no siendo suficiente, por tanto, una «credulidad pasiva» (p. 462). Reátegui (2018) da un paso más y, tomando como base una sentencia en la que participó como juez ponente, señala que la ignorancia deliberada —es decir, el desconocer la relevancia lesiva del comportamiento por absoluta indiferencia— no permite la aplicación del error de tipo (pp. 189-190).

Esta última opción ha sido acogida por el Tribunal Supremo español. Así, la Sala de lo Penal del mencionado órgano jurisdiccional, en la STS 824/2021 de 2021, ha reconocido lo siguiente:

> El acusado podía querer convencerse ilusamente [de] que eran mayores. Pero se trataría en todo caso, de una creencia, débil, frágil; tan frágil que conviviría necesariamente con la conciencia de que lo más probable es que fuesen menores […] Si el sujeto actúa con dudas serias sobre la concurrencia de un elemento típico, que prefiere no llegar a conocer, no puede ser disculpado por ese *error consciente*; o mejor, *buscada situación de error* […] El *no querer despejar sus serias dudas,* equivale a la conocida *ignorancia deliberada* (p. 6).

Como se desprende de lo indicado por Reategui (2018) y por el Tribunal Supremo español, el problema de calificación antes identificado se asocia directamente con la valoración de la ignorancia deliberada en los casos de violación sexual de menores de 14 años. Un sector importante de la doctrina española, pese a lo indicado por su Tribunal, se opone a la homologación de esta institución al dolo (Ragués, 2013, pp. 30-34; Feijoo, 2015, pp. 13-16). Los objetivos y extensión de este artículo impiden el desarrollo de los argumentos y contraargumentos sobre la postura asumida por el Tribunal Supremo español; no obstante, Feijoo (2015) acierta cuando señala que este problema, en realidad, puede ser correctamente abordado sin necesidad de recurrir a la institución de la ignorancia deliberada, siempre que se abandone la perspectiva psicológica del dolo (pp. 22-23). De esta forma, si se asume una perspectiva normativa del dolo, este elemento subjetivo se atribuye necesariamente tomando el sentido social del hecho y las circunstancias objetivas que lo acompañan (Ragués, 1999, p. 353). De ahí que el error sobre la edad de la víctima será irrelevante si las circunstancias personales del autor —como su profesión, rol social u oficio— permiten atribuirle conocimiento (pp. 425-429), como ocurrirá, por ejemplo, con familiares o autoridades escolares.

El cuarto tipo penal específico de violación sexual es el que se regula en el artículo 174 del siguiente modo:

> El que, aprovechando la situación de dependencia, autoridad o vigilancia tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por algunas de las dos primeras vías a una persona colocada en un hospital, asilo u otro establecimiento similar o que se halle detenida o recluida o interna, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veintiséis años.

El tipo penal regulado en el artículo 174 es una modalidad específica de violación sexual en la que el agente emplea un medio determinado: el aprovechamiento de la situación de dependencia, autoridad o vigilancia en la que se encuentra una persona colocada en un hospital, asilo u otro establecimiento similar. En esta medida, el bien jurídico protegido por el delito es la libertad sexual.

Respecto de este tipo penal, se ha podido identificar únicamente un problema abordado por la jurisprudencia nacional; esto es, si la condición de la víctima de paciente de un hospital, residente de un asilo o interna de un establecimiento similar debe ser permanente o transitoria. Este punto ha sido examinado por la Casación N.° 630-2017/Loreto, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 8 de junio de 2018. En esta oportunidad, la Sala Suprema señaló que la palabra «colocada» no debe ser interpretada de manera restringida

y, por el contrario, se debe entender que abarca tanto las estancias permanentes como temporales en los centros análogos a un hospital y un asilo (pp. 6-7). Esa afirmación, respaldada por la doctrina nacional hegemónica (Salinas, 2016, p. 248), es correcta, ya que lo importante es la afectación a la libertad de la víctima de autodeterminarse en el ámbito sexual a través del aprovechamiento de la posición del agente y de la subordinación de la víctima, sin importar el factor temporal de su situación.

Finalmente, el artículo 175 regula el extraño delito previamente titulado «de seducción» y actualmente denominado «violación sexual mediante engaño»:

> El que, mediante engaño, tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce y menos de dieciocho años será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de nueve años.

El principal problema que se desencadena con este tipo penal es la delimitación del objeto del engaño. Históricamente, los delitos de seducción, estupro o violación sexual mediante engaño estaban asociados a promesas de matrimonio no cumplidas (Cugat, 2022, p. 234). Así, por ejemplo, en el Perú, el antecedente del artículo 175 —esto es, el artículo 201 del Código Penal de 1924— se aplicaba únicamente cuando la víctima tenía «conducta irreprochable», elemento asociado a la virginidad en la práctica y que generaba que quienes fueran reconocidas como posibles víctimas fueran mayormente mujeres jóvenes en «edad casamentera» (Caro & San Martín, 2000, p. 90). Sin embargo, con el abandono del honor sexual como bien jurídico se dejó de lado la protección jurídico-penal de este tipo de expectativas. Por el contrario, como se dijo antes, actualmente se entiende que el engaño, para ser relevante para el derecho penal sexual, debe recaer sobre los aspectos centrales del acto sexual.

Esta línea fue adoptada, aparentemente, por la ejecutoria suprema emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N.° 1628-2004/Ica de 2005, que constituye jurisprudencia vinculante. Esta ejecutoria determinó que el elemento *engaño* no abarca cualquier medio fraudulento; por el contrario, a juicio de la Sala Penal, este elemento del tipo está limitado a los casos en los que el agente engaña al sujeto pasivo sobre su identidad (p. 5).

No obstante, la interpretación planteada por la Corte Suprema resulta incompatible con las perspectivas contemporáneas que resaltan, como se vio en el subacápite segundo de esta sección, que las condiciones esenciales del acto sexual no se limitan a la identidad del agente. De esta

forma, la Corte Suprema no explica el motivo por el que el artículo 175 no es aplicable cuando el agente emplea, por ejemplo, una falsa indicación terapéutica para introducir una parte de su cuerpo por la cavidad vaginal de la víctima. Lo mismo se puede afirmar respecto al engaño sobre el acto sexual a ser realizado, sobre el uso de preservativo u otras situaciones.

En segundo lugar, la existencia del artículo 175 puede ser empleada para sostener que el engaño no es un medio idóneo para cometer violación sexual en contra de una víctima adulta. Esto contradice la propia redacción actual del artículo 170, que permite la inclusión de cualquier medio que impida a la víctima dar su libre consentimiento. Asimismo, contradice el enfoque del derecho penal sexual centrado en la ausencia de consentimiento y en la efectiva protección de la libertad sexual. Por estos motivos, algunos autores recomiendan la eliminación de este tipo de artículos de los códigos penales actuales, como Cugat (2022), que recomienda la supresión de este delito en España (p. 238).

La Corte IDH, en la sentencia del 18 de noviembre de 2022 para el caso *Ángulo Losada vs. Bolivia*, se pronunció sobre estas fórmulas legislativas. El tribunal internacional consideró que el delito de estupro regulado en el artículo 303 del Código Penal de Bolivia —ilícito cuyo precepto penal es prácticamente idéntico al del artículo 175 del Código Penal peruano— crea una jerarquía entre delitos sexuales, disminuye la gravedad de la violación sexual contra niñas, niños y adolescentes, e ignora el rol central del libre consentimiento. Ante ello, la Corte IDH resaltó la incompatibilidad de estos delitos con la CADH y las obligaciones contraídas en la Convención de Belém Do Pará —lo que en nuestra legislación supondría la inconstitucionalidad del artículo 175 por contravenir a un tratado de derechos humanos que, como tal, tiene rango constitucional—, e indicó lo siguiente:

> Por consiguiente, este Tribunal entiende que el tipo penal de estupro, tal como estaba y está previsto en la legislación de Bolivia, resulta incompatible con la Convención Americana, de modo que, en cualquier hipótesis de acceso carnal con persona entre 14 y 18 años, sin su consentimiento o en un contexto en que no pueda inferir su consentimiento por seducción, engaño, abuso de poder, coacción, intimidación u otra razón, pase a estar contemplada en el delito de violación (§ 155).

De lo antes dicho se desprende que, actualmente, el artículo 175 es inconstitucional. En primer lugar, porque, como lo ha establecido la Corte IDH, es incompatible con tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado peruano. En segundo lugar, porque la modificación del artículo 170 y la inclusión de un medio contextual

de consentimiento permite que en realidad, y tal como lo exige la Corte IDH, los casos de engaño sean abarcados por el delito de violación sexual.

VI. CONCLUSIONES

A partir del examen de literatura y jurisprudencia, se han logrado identificar diferentes problemas interpretativos y de calificación del delito de violación sexual en su tipo básico y los especiales, y se han construido algunas alternativas preliminares de solución. Estas parten de reconocer la libertad sexual y la indemnidad sexual como bienes jurídicos protegidos y, por tanto, de los elementos de «capacidad para consentir» y «libertad para consentir». Como se señaló en la introducción, estas propuestas no son remedios finales, pero identifican aristas jurídicas importantes para una correcta aplicación del derecho penal sexual en respeto de los derechos fundamentales de las personas.

Concretamente, las alternativas propuestas en base a una interpretación teleológica y sistemática respecto del tipo básico a los problemas interpretativos identificados son seis. La primera es que, en atención a la literalidad del tipo penal de violación sexual y a la protección del bien jurídico de la libertad sexual, se argumenta que este puede ser cometido en los casos de «compenetración» y no solo de «penetración»; es decir, cuando una persona, sin el consentimiento de otra, hace que la segunda introduzca su órgano genital masculino en la primera persona. La segunda es que el delito de violación sexual puede ser cometido en la modalidad de omisión impropia. En estos casos, si el omitente es garante, en virtud de su deber de protección de la indemnidad sexual de la víctima, corresponde aplicar la figura de la autoría; y, si es garante en el control de una fuente de peligro, puede responder como partícipe. En tercer lugar, se ha desarrollado cómo la incorporación del medio comisivo «aprovechamiento de otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento» ha implicado la transición expresa al modelo de la violencia sexual basado en la ausencia de consentimiento. Esto implica que, si una persona expresa su negativa o no brinda su asentimiento a la interacción sexual regulada en el tipo penal y la persona perpetradora conoce y no respeta aquello, se estaría ante el aprovechamiento de un entorno en el que la disposición del derecho a la libertad sexual de la primera persona no se encuentra disponible y, por tanto, frente a una violación sexual cometida a través de este medio comisivo. La cuarta propuesta esbozada frente a los problemas en la interpretación del tipo penal básico de violación sexual plantea que la generación de ciertos entornos de engaño por parte de la persona autora —como el *stealthing*— tienen la capacidad de viciar el libre consentimiento de la víctima y, por tanto, constituyen conductas que

también podrían calzar dentro del medio comisivo de «aprovechamiento de otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento». En quinto lugar, se ha argumentado contra la doctrina y jurisprudencia que sigue requiriendo un ánimo lascivo adicional al dolo para imputar la comisión dolosa del delito de violación sexual. Ello constituye una exigencia extratípica innecesaria que impide que la norma penal proteja de manera adecuada la libertad o indemnidad sexual. Finalmente, se ha desarrollado que la regulación peruana se encuentra más cercana al modelo «sí significa sí» de la violencia sexual, en tanto el tipo penal de violación sexual reconoce que el consentimiento tiene que ser dado y, por tanto, no puede ser asumido («aprovechamiento de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento»).

En cuanto a las propuestas de solución de los problemas interpretativos presentes en la aplicación de los tipos penales especiales de violación sexual, se han desarrollado cinco. La primera argumenta la aplicación del artículo 171 no solo en estados en los que la víctima ha sido colocada en inconsciencia o imposibilidad de defensa de la víctima, sino en situaciones de incapacidad de consentimiento; es decir, cuando esta no tiene opciones reales de elección, lo que ocurre mucho antes de la inconsciencia. La segunda propuesta se refiere a la aplicación del artículo 172 en casos en los que la víctima posee una discapacidad intelectual y arguye que este tipo penal solo debe ser aplicado cuando la víctima se encuentre en una situación que le impida formar o prestar su consentimiento, y la persona agresora conoce y se aprovecha de ello. Se argumenta que, en los casos en los que la víctima con discapacidad intelectual no se encuentra en aquella situación y, más bien, no consiente los actos sexuales, corresponde aplicar el artículo 170, reconociéndole capacidad de consentimiento aunque este no fuera otorgado y, por tanto, se vulnerara su libertad sexual.

Respecto de la tercera alternativa de solución interpretativa de los tipos penales especiales de violación sexual, esta propone que, en los casos en los que el agente alega desconocer la edad de un adolescente menor de 14 años con quien tuvo acceso carnal, si es que sus circunstancias personales permiten atribuirle conocimiento de la edad, desde una perspectiva normativa, el dolo le puede ser imputado. En cuarto lugar, se desarrolla la aplicación del artículo 174 para los casos en que una víctima es residente permanente y temporal de una institución, pues se argumenta que el elemento importante es la afectación a la libertad de la víctima de autodeterminarse en el ámbito sexual a través del aprovechamiento de la posición del agente y de la subordinación de la víctima, sin importar el factor temporal de su situación. Finalmente, se argumenta la inconstitucionalidad del artículo 175 del Código Penal, que actualmente podría ser empleado para sostener que el engaño no es un medio idóneo para cometer violación sexual en contra de una

víctima adulta o adolescente mayor de 13 años, en tanto contradice la redacción actual del artículo 170, que permite la inclusión de cualquier medio que impida a la víctima dar su libre consentimiento y la efectiva protección de la libertad sexual de las personas.

REFERENCIAS

Acale, M. (2019). *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales.* Madrid: Reus.

Acale, M. (2020). El consentimiento de la víctima: piedra angular en los delitos sexuales. En José González Cussac y José León Alapont (eds.), *Estudios Jurídicos en Memoria de la Profesora Doctora Elena Garrix Royo* (pp. 35-58). Tirant Lo Blanch.

Atienza, M. (2004). *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica.* Lima: Palestra.

Bascur, G. (2016). La mujer como (eventual) autora de un delito de violación. *Ars Boni Et Aequi*, *12* (1), 59-90. https://doi.org/10.23854/07192568.2016121bascur59

Bregaglio, R. (2014). Problemas prácticos del control de convencionalidad en los procesos de argumentación jurídicas de los tribunales nacionales. *Hendu*, *5* (2), 15-32.

Bregaglio, R., & Rodríguez, J. A. (2017). Modelo social de la discapacidad y Derecho penal: aproximaciones al ordenamiento jurídico peruano. En *Imputabilidad y medidas de seguridad a debate: reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad* (pp. 119-163). México, D. F.: Ubijus.

Brodsky, A. (2017). Rape-adjacent: Imagining legal responses to nonconsensual condom removal. *Colombia Journal of Gender and Law*, *32* (2), 183-210.

Cancio, M. (2018). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En F. Molina (coord.), *Memento Práctico Penal Francis Lefebvre 2019. Parte Especial* (pp. 1029-1076). Madrid: Francis Lefebvre

Caro, C., & San Martín, C. (2000). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.* Lima: Grijley.

Carnevali, R. (2001). La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica. *Gaceta Jurídica*, (250), 237-246.

Castellví, C., & Mínguez, M. (2021). Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el stealthing. *Diario La Ley*, (9962).

Clement, R. (2018). *Deception, Mistake, Privacy and Consent: A Conceptual Framework for Resolving the 'Line drawing' Problem in Sex-by-Deception and Mistaken Sex* [tesis de doctorado en Derecho, Universidad de Oxford]. https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:8ac584d8-7ec8-4dc9-987d-f39626cc8354

Clough, A. (2018). Sober Regrets and Shared Risk Taking: Navigating Intoxicated Consent and Rape in the Courtroom. *Journal of Criminal Law*, *82* (6), 482-495. https://doi.org/10.1177/0022018318801685

Coca-Vila, I. (2022). El *stealthing* como delito de violación. Comentario a las STSJ – Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre. *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal, InDret*, (4), 294-308.

Cook, J., & Cusack, S. (2010). *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales.* Bogotá: ProFamilia.

Cugat, M. (2022). Artículo 182 CP vigencia del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la modalidad de abuso de confianza, autoriza o influencia sobre la víctima. En E. M. De Espinosa y P. Esquinas (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 227-249). Navarra: Aranzadi.

Esquinas, P. (2022). El delito de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (art.181 CP). En E. M. De Espinosa y P. Esquinas (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 141-225). Navarra: Aranzadi.

Feijoo, R. (2015). La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. *InDret. Revista para el Análisis de Derecho*, (3).

García, M. F. (2020). Complejidades del "no es no": un análisis del *stealthing* como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, *18*(1), 117-140.

Gómez, V. (2006). *Los delitos especiales. Criterios de imputación de la autoría y participación.* Madrid: Edisofer.

Herring, J. (2005). Mistaken sex. *Criminal Law Review*, 511-524. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287130

Hopp, C. M. (2023). *Maternidades enjuiciadas. Delitos de omisión.* Buenos Aires: Didot.

Hörnle, T. (2023). A Comparison of Sexual Assault Laws and Some Advice for Law Reform. En T. Hörnle (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective* (pp. 237-272). Oxford: Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/oso/9780198863397.003.0012

Jericó, L. (2019). Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho penal. En A. Monge (dir.), *Mujer y Derecho Penal* (pp. 286-325). Barcelona: Bosch. https://doi.org/10.2307/j.ctvq2w28r.13

Koljonen, C. (2019). *How is Consent-Based Legislation on Rape Providing More Protection for Individuals in Comparison to Coercion-Based Legislation? Comparison Between Finland and Sweden* [tesis de pregrado en Derecho, Universidad de Maastricht]. https://www.researchgate.net/publication/335397291_How_is_consent-based_legislation_on_rape_providing_more_protection_for_individuals_in_comparison_to_coercion-based_legislation_-_Comparison_between_Finland_and_Sweden

Lascuráin, A. (2002). *Los delitos de omisión. Fundamento de los deberes de garantía.* Madrid: Civitas.

MacCormick, N. (2018). *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho.* Palestra: Lima.

Mañalich, J. P. (2014). Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios*, *21*(2), 225-276. https://doi.org/10.4067/s0718-97532014000200007

Matus, J. P., & Ramírez, M. C. (2017). *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Meini, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal Parte General. Teoría General del Delito.* Lima: Fondo Editorial PUCP.

Meini, I. (2018). Sobre la interpretación en Derecho penal. En P. De la Cuesta (coord.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan María Terría Basoco* (pp. 159-172). Valencia: Tirant lo Blanch.

Monge, A. (2011). *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis artículos 183 y 183 bis CP, Conforme a LO 5/2010.* Barcelona: J. M. Bosch.

Monge, A. (2019). Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz del caso "La Manada" ("Solo sí es sí). En A. Monge (dir.), *Mujer y Derecho Penal* (pp. 339-367). Barcelona: Bosch. https://doi.org/10.2307/j.ctvq2w28r.14

Montoya, Y. (2011). *La impunidad en los delitos sexuales cometidos contra niñas, niños y adolescentes en el distrito de El Agustino*. Lima: ASPE.

Montoya, Y. (2020). *Derecho penal de Principios. Los Principios Penales Fundamentales.* Lima: Palestra.

Mrčela, M., Vuletić, I., & Vuletić, G. (2020). Negligent Rape in Croatian Criminal Law: Was Legal Reform Necessary? *Review of Central and East European Law*, *45*(1), 126-160. https://doi.org/10.1163/15730352-bja10002

Muñoz, F. (2019). Ni Una Menos, más allá de la marcha, el campo en disputa. *Discursos del Sur (Southern Speeches)*, *4*(1), 9-24.

Oxman, N. (2015). La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales. *Polít. crim.*, *10*(19), 92-118. https://doi.org/10.4067/s0718-33992015000100004

Peña Cabrera, A. (2019). *Los delitos sexuales y el acoso sexual.* Lima: Ediciones Legales.

Peñaranda, E. (2020). Tipicidad en los delitos omisivos. En F. Molina (coord.), *Memento práctico Penal 2021* (177-191). Madrid: Francis Lefebre.

Ragués, R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal.* Barcelona: J. M. Bosch.

Ragués, R. (2013). Mejor no saber: "Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal". *Discusiones*, *13*(2), 11-38. https://doi.org/10.52292/j.dsc.2013.2472

Reátegui, J. (2018). *Delitos contra la libertad sexual en el Código Penal.* Lima: Ideas.

Reitan, E. (2001). Rape as an Essentially Contested Concept. *Hypatia*, *16*(2), 43-66. https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.2001.tb01058.x

Robles, R. (2007). *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales.* Atelier: Barcelona.

Rodríguez, L. (2004). *Delitos sexuales.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Salinas, R. (2016). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. Lima: Instituto Pacífico.

Silva, J. M. (2006). Sobre la "interpretación" teleológica en Derecho Penal. En M. Diaz y J. M. García (coords.), *Estudios de filosofía del derecho penal* (pp. 365-395). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Schulhofer, S. (2016). Consent: What it means and why it's time to require it. *University of the Pacific Law Review*, *47*(4), 665-682.

Valega, C. (2021). *How should the element of "free consent" in the Peruvian Rape Offence be Understood? Legal Guidelines to Interpret Article 170 of the Criminal Code* [tesis de maestría en Estudios de Género, Universidad de Oxford].

Villanueva, R. (2021). Imparcialidad, estereotipos de género y corrupción judicial. *Derecho PUCP*, (86), 363-392. https://doi.org/10.18800/derechopucp.202101.011

Wallerstein, S. (2009). A Drunken Consent is Still Consent – or is It? A Critical Analysis of the Law on a Drunken Consent to Sex Following Bree. *Journal of Criminal Law*, *73*(4), 318-344. https://doi.org/10.1350/jcla.2009.73.4.582

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Acuerdo del Pleno Jurisdiccional de la Sala Segunda adoptado en su reunión del 25 de mayo (Tribunal Supremo [España], 2005).

Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116 del VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria (Corte Suprema [Perú], 6 de diciembre de 2011).

Acuerdo Plenario 2-2012/CJ-116 del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria (Corte Suprema [Perú], 26 de marzo de 2012).

Assange v the Swedish Prosecution Authority EWHC 2849 (Admin) (Tribunal Superior de Justicia [Inglaterra y Gales], 2 de noviembre de 2011).

Casación N.° 697-2017/Puno (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema [Perú], 24 de abril de 2018).

Casación N.° 630-2017/Loreto (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema [Perú], 8 de junio de 2018).

Casación N.° 541-2017/Del Santa (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema [Perú], 25 de octubre de 2018).

Casación N.° 758/2018 (Segunda Sala de lo Penal del Tribunal Supremo [España], 9 de abril de 2019).

Casación N.° 591-2016/Huara (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema [Perú], 9 de mayo de 2019).

Casación N.° 725-2018/Junín (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema [Perú], 31 de julio de 2019).

Casación N.° 824/2021 (Sala de lo Penal de la Tribunal Supremo [España], 4 de marzo de 2021).

Casación N.° 2386-2021/Huánuco (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema [Perú], 29 de abril de 2022).

Casación N.° 238-2021/Ica (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema [Perú], 17 de junio de 2022).

Caso Angulo Losada Vs. Bolivia. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones (Corte IDH, 18 de noviembre de 2022).

Código Penal de la Confederación Peruano-Boliviana (1836).

Código Penal peruano (1863).

Código Penal peruano (1924).

Código Penal peruano (1991).

Constitución Política del Perú (Congreso Constituyente [Perú], 1993).

Convención Americana sobre Derechos Humanos [«Pacto de San José de Costa Rica»] (OEA, 1969). https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ONU, 1969). https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer [«Convención de Belém do Pará»] (OEA, 1994). https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2006). https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica [«Convenio de Estambul»] (Consejo de Europa, 2011). https://rm.coe.int/1680462543

Decreto Legislativo N.° 635, Código Penal. *El Peruano*, 8 de abril de 1991.

Decreto Supremo N.° 008-2016-MIMP, Decreto Supremo que aprueba el Plan Nacional contra la Violencia de Género. *El Peruano,* 26 de julio de 2016.

Decreto Supremo N.° 008-2018-MIMP, Decreto Supremo que aprueba el Plan de Acción Conjunto para prevenir la violencia contra las mujeres, así como brindar

protección y atención a las víctimas de violencia, con énfasis en los casos de alto riesgo. *El Peruano*, 26 de agosto de 2018.

Decreto Supremo N.° 008-2019-MIMP, Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional de Igualdad de Género. *El Peruano,* 4 de abril de 2019.

Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N.° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual. *El Peruano*, 22 de julio de 2019.

Gelman vs. Uruguay (Corte IDH, 24 de febrero de 2011).

Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias de la Organización de las Naciones Unidas sobre la violación como una vulneración grave, sistemática y generalizada de los derechos humanos, un delito y una manifestación de la violencia de género contra las mujeres y las niñas, y su prevención, A/HRC/47/26, 19 de abril de 2021. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/090/02/PDF/G2109002.pdf?OpenElement

Ley 26770, Ley que Modifica Diversos Artículos del Código Penal (Congreso de la República [Perú]). *El Peruano*, 15 de abril de 1997.

Ley 27753, Ley que Modifica los Artículos 111°, 124° y 274° del Código Penal Referidos al Homicidio Culposo, Lesiones Culposas y Conducción en Estado de Ebriedad o Drogadicción y el Artículo 135° del Código Procesal Penal, sobre Mandato de Detención (Congreso de la República [Perú]). *El Peruano,* 9 de junio de 2002.

Ley 28251, Ley que modifica los artículos 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 176-A, 179, 180, 181, 182, 183, 183-A e incorpora los artículos 179-A, 181-A, 182-A a los Capítulos IX, X y XI del Título IV, del Libro Segundo del Código Penal (Congreso de la República [Perú]). *El Peruano,* 8 de junio de 2004.

Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad (Congreso de la República [Perú]). *El Peruano*, 24 de diciembre de 2012.

Ley 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar (Congreso de la República [Perú]). *El Peruano,* 23 de noviembre de 2015.

Ley 30838, Ley que Modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para Fortalecer la Prevención y Sanción de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales (Congreso de la República [Perú]). *El Peruano,* 4 de agosto de 2018.

R v Hutchinson. Sentencia SCC 47 (Corte Suprema [Canadá], 7 de marzo de 2014).

Recomendación General del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará - MESECVI (N.° 3) sobre la figura del consentimiento en casos de violencia sexual contra las mujeres por razones de género, OEA/Ser.L/II.7.10. (Comité de Expertas del Mesecvi, 7 de diciembre de 2021). https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI_CEVI_doc.267_21.ESP.RecomendacionGeneralConsentimientoSexual.XVIII%20CEVI.pdf

Recomendación General 35 sobre la violencia de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general 19. CEDAW/C/GC/35 (Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, 26 de julio de 2017). https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf

Recurso de Nulidad (jurisprudencia vinculante) N.° 1628-2004/Ica (Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema [Perú], 21 de enero de 2005).

Recurso de Nulidad N.° 1257-2015/Lima (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema [Perú], 19 de julio de 2016).

Recurso de Nulidad N.° 432-2018/Junín (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema [Perú], 20 de noviembre de 2018).

Recurso de Nulidad N.° 1740-2017/Junín (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema [Perú], 12 de noviembre de 2018).

Recurso de Nulidad N.° 372-2019/Lima Sur (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema [Perú], 1 de octubre de 2020).

Recurso de Nulidad N.° 2186-2019/Lima Sur (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema [Perú], 22 de octubre de 2020).

Recurso de Nulidad N.° 2132-2019/Ica (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema [Perú], 12 de octubre de 2021).

Recurso de Nulidad N.° 486-2021/Junín (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema [Perú], 20 de junio de 2022).

Resolución Suprema N.° 024-2019-EF, que aprueba el Programa Presupuestal orientado a resultados de reducción de la Violencia contra la Mujer. *El Peruano,* 30 de diciembre de 2019.

Sentencia N.° 010-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 3 de enero de 2003).

Sentencia N.° 0025-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 25 de abril de 2006).

Sentencia N.° 2730-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 21 de julio de 2006).

Sentencia N.° 3901-2007-PA/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 28 de septiembre de 2009).

Sentencia N.° 04617-2012-PA/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 12 de marzo de 2014). Sentencia 107-2018 de la Sala Plena (Corte Constitucional de Justicia [Colombia], 31 de octubre de 2018).

Sentencia (4) 161 Ss 48/20 (58/20) (Sala de Vistas de Berlín [Alemania], 27 de julio de 2020).

Sentencia 375/2020 (Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla [España], 29 de octubre de 2020).

Sentencia 186/2021 (Sección Apelación Penal de la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía [España], 1 de julio de 2021).

Sentencia 3 StR 372/22 (Tribunal Federal Supremo [Alemania], 13 de diciembre de 2022).

Recibido: 30/04/2023
Aprobado: 18/08/2023

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202302.010
CC BY
DERECHO PUCP
N° 91, 2023
diciembre-mayo
pp. 349-376
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Sobre la pretendida especialidad de la Ley N.° 20.027 respecto a la Ley N.° 20.720 sobre insolvencia y reemprendimiento en Chile. Reflexiones acerca de las condiciones que debe cumplir una norma para ser considerada especial

About the Pretended Speciality of Law 20.027 in Regard to Law 20.720 of Insolvency in Chile. Reflections About the Conditions That a Rule Must Fulfill to Be Considered Special

SEBASTIÁN CAMPOS MICIN*
Universidad de Chile (Chile)

JESÚS EZURMENDIA ÁLVAREZ**
Universidad de Chile (Chile)

Resumen: El presente artículo examina críticamente la línea jurisprudencial desarrollada en el último tiempo por la Sala Civil de la Corte Suprema chilena en torno a la exclusión del crédito con garantía estatal para el financiamiento de estudios de educación superior del procedimiento concursal de liquidación. Luego de identificar las condiciones de aplicación del criterio de especialidad y los principios que informan a los procedimientos concursales, se explica por qué, contrariamente a lo que sostiene la Sala, los mecanismos contemplados en el título V de la Ley N.° 20.027 no son realmente especiales de cara al procedimiento concursal de liquidación regulado en la Ley N.° 20.720. En general, se sostiene que no toda regulación asociada a hipótesis generales o especiales de insolvencia forma parte del derecho concursal. En la medida que la regulación no se refiera a un procedimiento colectivo, con órganos que tiendan a aumentar la tasa de recuperación de los acreedores y/o salvaguardar el sistema de crédito y el orden público económico, la regulación no forma parte del derecho concursal. En este entendido, se concluye que los mecanismos contemplados por la Ley N.° 20.027 no forman parte del derecho concursal, pues todos ellos no son más que medios de tutela individual, aun cuando estén asociados a una hipótesis de insolvencia.

* Doctorando en Derecho por la Universidad de Chile. Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado por la misma casa de estudio, y magíster en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Profesor asistente del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile.
Código ORCID: 0000-0002-3236-8630. Correo electrónico: scampos@derecho.uchile.cl

** Profesor del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Abogado licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la misma casa de estudios. Magíster en Derecho Procesal por la University College of London (Inglaterra) y doctor en Derecho por la UPV/EHU (País Vasco).
Código ORCID: 0000-0002-0616-2823. Correo electrónico: jezurmendia@derecho.uchile.cl

Palabras clave: Procedimiento concursal de liquidación, insolvencia, principio de especialidad, crédito con garantía estatal para el financiamiento de estudios de educación superior, ejecución universal, derecho concursal

Abstract: This article critically examines the jurisprudential line developed in recent times by the civil chamber of the Chilean Supreme Court regarding the exclusion of credit with state guarantee for the financing of higher education studies of the bankruptcy liquidation procedure. After identifying the conditions of application of the specialty criterion and the principles that inform the bankruptcy proceedings, it is explained why, contrary to what the room maintains, the mechanisms contemplated in title V of Law No. 20.027 are not really special in view of the bankruptcy liquidation procedure regulated by Law No. 20.720. In general, it is maintained that not all regulations associated with general or special hypotheses of insolvency are part of bankruptcy law. To the extent that the regulation does not refer to a collective process, with bodies that tend to increase the recovery rate of creditors and/or safeguard the credit system and economic public order, the regulation is not part of bankruptcy law. In this understanding, it is concluded that the mechanisms contemplated by Law No. 20.027 are not part of bankruptcy law, since all of them are nothing more than means of individual protection, even when they are associated with a hypothesis of insolvency.

Keywords: Judicial liquidation procedure, insolvency, principle of speciality, credit with a state guarantee for the financing of higher education studies, collective enforcement, bankruptcy law

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. CRITERIO DE ESPECIALIDAD, ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LA LRLEP, PRINCIPIOS QUE INFORMAN A LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES Y CONDICIONES QUE DEBIESE CUMPLIR UNA NORMA CONTENIDA EN UNA LEY DIVERSA A LA LRLEP PARA SER CONSIDERADA ESPECIAL.- II.1. CRITERIO DE ESPECIALIDAD Y CONDICIONES DE APLICABILIDAD.- II.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LRLEP Y CARACTERIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES.- II.2.1. LA *PAR CONDITIO CREDITORUM*.- II.2.2. LA BÚSQUEDA DE EFICIENCIA.- II.2.3. LA UNIVERSALIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA.- II.3. CONDICIONES QUE DEBIESE CUMPLIR UNA NORMA CONTENIDA EN UNA LEY DIVERSA A LA LRLEP PARA SER CONSIDERADA ESPECIAL.- III. CASOS DE NORMAS ESPECIALES CONTENIDAS EN OTRAS LEYES.- IV. MECANISMOS PARA LA TUTELA DEL CRÉDITO ESTABLECIDOS EN EL TÍTULO V DE LA LFEES.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley N.° 20.720 de 2014, que sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo (en adelante, LRLEP), contiene la nueva regulación general y supletoria del derecho procesal concursal chileno. Decimos que contiene la nueva regulación general

y supletoria, pues su artículo 8 señala expresamente que «las normas contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las disposiciones de esta ley. Aquellas materias que no estén reguladas expresamente por leyes especiales, se regirán supletoriamente por las disposiciones de esta ley». En estricto rigor, la generalidad de una ley no solamente se manifiesta en su inaplicabilidad ante la concurrencia de una ley especial (Josserand, 1952, p. 75), sino también en su total aplicabilidad ante la inexistencia de una ley especial. Por su parte, la supletoriedad de una ley se manifiesta en su aplicabilidad en todo aquello que no se encuentre expresamente regulado por una ley especial[1]. El artículo 8, en lo que atañe a la generalidad, se refiere expresamente al desplazamiento de la LRLEP ante la concurrencia de una ley especial, guardando silencio respecto a su total aplicabilidad ante la inexistencia de una ley especial. Con todo, este último aspecto puede inferirse a *contrario sensu* con relativa facilidad, pues la afirmación de que las normas contenidas en leyes especiales deben prevalecer sobre las disposiciones de la LRLEP presupone que esta última sea aplicable ante la ausencia de una ley especial.

La generalidad de la LRLEP constituye una de las premisas en que se ha apoyado la Sala Civil de la Corte Suprema para justificar la exclusión del «crédito con garantía estatal destinado a financiamiento de estudios de educación superior» —regulado en la Ley N.° 20.027 de 2005, que establece normas para el financiamiento de estudios de educación superior y crea la Comisión Administradora del Sistema de Créditos para Estudios Superiores (en adelante, LFEES)— de la masa pasiva de un procedimiento concursal de liquidación.

En términos generales, la Sala Civil de la Corte Suprema, en una línea jurisprudencial abierta con una sentencia del 9 de mayo de 2017, señala que la LFEES contempla una regulación especial con relación a la LRLEP. Según el máximo tribunal chileno, la especialidad de la LFEES se sustentaría fundamentalmente en tres circunstancias: a) las características particulares de los estudiantes que pueden optar a la contratación de un mutuo con garantía estatal destinado al financiamiento de estudios de educación superior; b) la supuesta finalidad de esta ley, que no es otra, en su concepto, que «apoyar de manera permanente y sustentable el acceso al financiamiento de estudiantes que, teniendo las condiciones académicas requeridas, no disponen de recursos suficientes para financiar sus estudios»; y, sobre todo, c) «los mecanismos para exigir el pago previstos en su título V» (*Salazar González, Viviana Marisol*, 2017, considerando 9).

1 Sobre el criterio de especialidad y su relación con la supletoriedad, ver Orellana (2000, pp. 807-822).

La doctrina recién reseñada ha sido reiterada por la Sala Civil de la Corte Suprema en sentencias del 13 de junio de 2017 (*Pichunman Paz Luis Antonio,* 2017), 29 de octubre de 2018 (*Patricio Eduardo Bernal Morales,* 2018), 3 de enero de 2019 (*Carrasco Gutiérrez, Sergio*, 2019), 27 de mayo de 2019 (*García Caroca, Serjio Enrique*, 2019), 27 de diciembre de 2019 (*Felipe Ríos Medina*, 2019), 3 de enero de 2020 (*Henríquez*, 2020), 27 de febrero de 2020 (*Parraguez (LTE)*, 2020), 12 de agosto de 2020 (*Fabián Esteban Cabello Rojas con Banco Chile y otros*, 2020), 14 de septiembre de 2020 (*Torres Vera, Karin Estefanía*, 2020), 19 de octubre de 2021 (*/Muñoz*, 2021), 4 de enero de 2022 (*Banco del Estado de Chile con Elizabeth Alejandra Vargas Acuña*, 2022), 24 de mayo de 2022 (*Grisella Isla Garrido*, 2022), 17 de junio de 2022 (*/Gutiérrez*, 2022), 20 de junio de 2022 (*Burgos Meza, Gonzalo*, 2022), 12 de septiembre de 2022 (*/Toledo*, 2022), 11 de noviembre de 2022 (*Lepín Coilla, Pedro Andrés*, 2022) y 17 de enero de 2023 (*Cumilef Paillán, Fabián*, 2023), entre muchas otras[2]. Cabe destacar que esta línea jurisprudencial se ha desarrollado a propósito de incidentes de exclusión del crédito con garantía estatal para financiamiento de estudios de educación superior promovidos en el marco de procedimientos concursales de liquidación. Al respecto, no está de más tener presente que el artículo 5 de la LRLEP dispone que «solo podrán promoverse incidentes en aquellas materias en que esta ley lo permita expresamente», sin que ninguna disposición se refiera particularmente a la solicitud de exclusión del crédito con garantía estatal[3].

A mayor abundamiento, por sentencia del 17 de julio de 2018 (*Claudia Henríquez Garay*, 2018), la Sala Civil de la Corte Suprema, de oficio, casó en el fondo una resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago que había declarado inadmisible un recurso de apelación subsidiario interpuesto en contra de una resolución dictada por el Tercer Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, que rechazó una solicitud de exclusión del procedimiento concursal de liquidación del crédito con garantía estatal destinado a financiamiento de estudios de educación superior. En la sentencia referida, el más alto tribunal, bajo la premisa de que la justificación que subyace al establecimiento del recurso de apelación es el principio de doble instancia, estima que el tenor del artículo 4 de

2 La Corte Suprema, en al menos veinticinco sentencias, señala en forma expresa que «la Ley N° 20.720 estatuye un procedimiento concursal general para todo deudor, dejando a salvo aquellas normativas especiales, como lo es la regulación del crédito destinado a financiar los estudios de educación superior. En efecto, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que los estudiantes que acceden a un crédito con garantía estatal destinado a financiar su educación superior constituyen un grupo de deudores particulares que deben cumplir determinados requisitos legales para obtener su otorgamiento. Y no solo la particularidad del deudor así como la finalidad del crédito hacen que la regulación contenida en la Ley N.° 20.027 sea especial frente a la normativa general sobre procedimientos concursales, sino también la regulación contenida en dicho estatuto en lo tocante a los mecanismos para exigir el pago». Para una identificación y revisión de esas sentencias, se puede consultar el Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema a través del siguiente enlace: https://juris.pjud.cl/busqueda?Buscador_Jurisprudencial_de_la_Corte_Suprema

3 Enfatizando el mismo punto, ver Saralegui (2022, p. 372).

la LRLEP debe moderarse[4], pues, al no estar reconocida expresamente en la LRLEP la posibilidad de solicitar la exclusión del crédito con garantía estatal para financiamiento de estudios de educación superior, «la resolución que recae sobre tal asunto naturalmente no pudo ser considerada en el régimen de recursos previsto en su artículo 4» (*Claudia Henríquez Garay*, 2018, considerando 4)[5]. De esta manera, derrotando la suprainclusividad del mentado artículo 4, en opinión de la Sala Civil de la Corte Suprema, resulta aplicable el régimen general del recurso de apelación contemplado en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, siendo procedente la apelación en contra de la resolución que deniega la solicitud de exclusión del crédito con garantía estatal, habida cuenta de que se trataría de una sentencia interlocutoria de primera instancia[6].

Con todo, la línea jurisprudencial expuesta no ha sido del todo pacífica. Así lo ilustra, en particular, el voto de minoría del ministro señor Jorge Zepeda Arancibia en la precitada sentencia del 12 de agosto de 2020. Según dicho voto, la LFEES solo regula el otorgamiento y cobro de los créditos con garantía estatal, sin contemplar, por un lado, un procedimiento concursal especial ni, por otro, una exclusión de tales créditos de los procedimientos concursales regulados en la LRLEP (*Fabián Esteban Cabello Rojas con Banco Chile y otros*, 2020).

En similar sentido, en voto de minoría del abogado integrante señor Gonzalo Ruz Lártiga en una reciente sentencia del 10 de julio de 2023, se sostiene que no se configuran las condiciones de aplicación del criterio de especialidad, puesto que, mientras la LFEES contempla un supuesto de crisis patrimonial momentánea y reversible, la LRLEP prevé supuestos de crisis patrimoniales permanentes e irreversibles.

4 «Artículo 4°.- Recursos. Las resoluciones judiciales que se pronuncien en los Procedimientos Concursales de Reorganización y de Liquidación establecidos en esta ley solo serán susceptibles de los recursos que siguen:
1) Reposición: Procederá contra aquellas resoluciones susceptibles de este recurso conforme a las reglas generales, deberá interponerse dentro del plazo de tres días contado desde la notificación de aquélla y podrá resolverse de plano o previa tramitación incidental, según determine el tribunal. Contra la resolución que resuelva la reposición no procederá recurso alguno.
2) Apelación: Procederá contra las resoluciones que esta ley señale expresamente y deberá interponerse dentro del plazo de cinco días contado desde la notificación de aquéllas. Será concedida en el solo efecto devolutivo, salvo las excepciones que esta ley señale y, en ambos, casos gozará de preferencia para su inclusión en la tabla y para su vista y fallo.
En el caso de las resoluciones susceptibles de recurrirse de reposición y de apelación, la segunda deberá interponerse en subsidio de la primera, de acuerdo a las reglas generales.
3) Casación: Procederá en los casos y en las formas establecidas en la ley» (Ley Sobre Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, 2013).

5 Resulta curioso cómo la Corte, desentendiéndose de las reglas de interpretación de la ley establecidas en los artículos 19 y siguientes del Código Civil, realiza un juicio de derrotabilidad por suprainclusividad al artículo 4 de la LRLEP y, encima, termina concluyendo que tal norma ha sido infringida por el sentenciador de primera instancia, quien se había limitado a aplicarla conforme a su tenor literal.

6 Según la Corte Suprema se trataría de una resolución que se pronuncia sobre un incidente estableciendo derechos permanentes a favor de una de las partes y que, además, sirve de base para el pronunciamiento de la sentencia que se dicte para poner término al procedimiento concursal (*Claudia Henríquez Garay*, 2018).

Se añade a ello que las señaladas leyes persiguen objetivos distintos: mientras la LFEES busca evitar el pago, suspendiendo temporalmente —sea totalmente o de forma parcial— la exigibilidad de la obligación, la LRLEP busca la realización rápida y eficiente de los activos del deudor a fin de pagar a los acreedores y permitir al deudor un *fresh start* (*Navarro Barahona, Alejandra*, 2023). Por lo demás, existen algunas sentencias emanadas de la Sala Constitucional de la Corte Suprema en las que se expresa que

> El argumento de la pretendida especialidad de la Ley N° 20.720 merece un análisis más detenido y no una aceptación acrítica y sin mayores cuestionamientos. […] si se examina con cuidado la finalidad que persigue el cuerpo legal citado, se advierte que la regulación relativa al incumplimiento del deudor del crédito CAE, solo se refiere al caso en que el endeudamiento del obligado no es irremediable, existiendo todavía alternativas o posibilidades de pago. Dicho de otro modo, la ley no se puso en el caso de un deudor irremediablemente insolvente —aspecto que sí es tratado por la Ley N° 20.720— (*Mancilla/Tesorería General de la República de Chile*, 2020; *Salazar/Galindo*, 2021; *Salazar/Universidad de Santiago de Chile*, 2021; *Cornejo/Tesorería General de La República de Chile*, 2022).

Esas mismas sentencias de la Sala Constitucional añaden que los supuestos contemplados por la LFEES son distintos a los de quiebra o insolvencia del deudor y que, aunque no fuera así, en ningún caso dicha ley regula procedimientos concursales especiales[7].

En este estudio nos ocuparemos de examinar la corrección o incorrección de la línea jurisprudencial abierta por la Sala Civil de la Corte Suprema con la sentencia del 9 de mayo de 2017. La cuestión escogida involucra intereses económicos de gran envergadura. Por una parte, atañe al interés pecuniario de todo estudiante que, habiendo financiado sus estudios con base en el denominado crédito con garantía estatal, se encuentra en una situación de crisis patrimonial y añora —legítimamente— un *fresh start*. Por la otra, coloca en jaque la viabilidad económica del sistema de financiamiento de estudios de educación superior que contempla la LRLEP pues, desde una perspectiva global, la inclusión de los créditos con garantía estatal en los procedimientos concursales de liquidación regidos por la LRLEP podría implicar que, por aplicación del artículo 255 de esta ley, los bancos acreedores vean extinguidas sus acreencias y, consecuencialmente, las garantías que las amparan[8].

7 Para un comentario de esta jurisprudencia, ver Martínez *et al*. (2022, pp. 195-197).

8 En una interesante reflexión, Goldenberg (2021a) dice que «la Ley N° 20.720 ha dado importantes pasos para reducir los costos y complejidad de las herramientas concursales para ajustarlas a la simpleza del activo y del pasivo de las personas deudoras, pero ha tenido problemas gruesos en coordinar los regímenes especiales para ajustarlos a una realidad concursal imperceptible en la derogada Ley de Quiebras. Así, la importante carga de deudas que supone el "crédito con aval del

La cuestión ha suscitado interés en la doctrina nacional, destacando en especial ciertos aportes (Alarcón, 2017; Avendaño, 2018; Caballero, 2017; 2018; Goldenberg, 2021a; Jequier, 2017; Martínez *et al*., 2022; Saralegui, 2022). No obstante, no se advierte un estudio que, luego de identificar criterios que permiten calificar a un procedimiento como concursal y de explicitar las condiciones que debiese cumplir una norma contenida en una ley diversa a la LRLEP para ser considerada especial, examine si los mecanismos para la tutela del crédito establecidos en el título V de la LFEES son realmente soluciones propias del derecho concursal.

En línea con lo anterior y a fin de ordenar el estudio, dividiremos este artículo en cuatro acápites: en el primero, haremos una breve síntesis acerca de los presupuestos y la forma en que opera el principio de especialidad, el ámbito de aplicación de la LRLEP, los criterios que permiten calificar a un procedimiento como concursal y las condiciones que debiese cumplir una norma contenida en una ley diversa a la LRLEP para ser considerada especial. Luego, en el segundo apartado, expondremos algunos casos de normas concursales contenidas en leyes especiales; mientras que en el tercero examinaremos los mecanismos para la tutela del crédito establecidos en el título V de la LFEES, revisando si estos constituyen o no soluciones propias del derecho concursal. Finalmente, presentaremos nuestras conclusiones.

II. CRITERIO DE ESPECIALIDAD, ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LA LRLEP, PRINCIPIOS QUE INFORMAN A LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES Y CONDICIONES QUE DEBIESE CUMPLIR UNA NORMA CONTENIDA EN UNA LEY DIVERSA A LA LRLEP PARA SER CONSIDERADA ESPECIAL

II.1. Criterio de especialidad y condiciones de aplicabilidad

La aplicabilidad del principio o criterio de especialidad presupone básicamente dos condiciones: por una parte, una confrontación entre el contenido de una norma y el contenido de otra distinta; y, del otro lado, que una de las normas pueda ser calificada como especial respecto de la otra. La primera condición se materializa cuando dos normas prevén

Estado" se presenta en personas que muy posiblemente se encuentran en el inicio de sus vidas laborales, y, en consecuencia, sus bienes tienden a ser bastante escasos. Si a ello se suman problemas relativos a la obtención de ingresos remuneracionales suficientes o los dilemas que se han presentado en torno a la crisis del COVID-19, estaríamos frente al supuesto típico de quien se encuentra en posición de solicitar su liquidación voluntaria pare obtener un nuevo comienzo (*fresh start*). No obstante, lo anterior contrasta con los intereses generales en los que los cálculos económicos que trasuntan esta política pública suponen dar la mayor estabilidad posible al crédito, determinando, por ejemplo, su imprescriptibilidad (artículo 13 de la Ley N° 20.027)».

efectos jurídicos incompatibles para un mismo supuesto de hecho (Ross, 1997, pp. 124-125). La segunda condición, a su vez, se concreta cuando una de las normas —la general— tiene «un campo adicional de aplicación» (p. 124) en el cual no entra en conflicto la otra —la especial—. En el ordenamiento jurídico nacional, el principio o criterio de especialidad encontraría consagración en el artículo 13 del Código Civil (Carrasco, 2014, pp. 255-263).

Cumplidas ambas condiciones, el criterio de especialidad puede cobrar aplicación en dos escenarios de diversa índole: por un lado, cuando las normas en conflicto están contempladas en una misma ley; por el otro, cuando las normas en conflicto se encuentran contempladas en leyes distintas (Guastini, 1999, p. 442). El primer escenario, en general, es relativamente simple para el juez; el segundo, en cambio, es potencialmente complejo pues, suponiendo que ambas leyes gozan de la misma jerarquía, la consideración de la data con la que ha entrado en vigor cada una puede suponer un conflicto entre dos criterios de solución de antinomias: el de especialidad y el cronológico. Cierto es que, en general, se estima que ha de primar el criterio de especialidad, pues *legi speciali per generalem non derogatur* (Bobbio, 1987, pp. 203-204)[9]; no obstante, si el mayor campo de aplicación de las normas contenidas en la nueva ley se justifica en la intención del legislador, manifestada positivamente, de entregar una solución integral a un supuesto de hecho determinado, cabe cuestionarse si realmente la norma contenida en la ley anterior mantiene su vigencia —al menos en lo que respecta a los efectos atribuidos al supuesto de hecho compartido con la o las normas de la nueva ley—. Por lo demás, la recta determinación del sentido y alcance de una norma no se sustenta únicamente en su tenor literal, sino también en su contexto, esto es, en su relación con las demás normas que se encuentren en la misma ley; y tales demás normas, siguiendo a Guastini (2014), pueden estar formuladas como reglas o principios, y pueden además encontrar una formulación explícita o implícita.

II.2. Ámbito de aplicación de la LRLEP y caracterización de los procedimientos concursales

En el tema que nos ocupa, las normas contenidas en una determinada ley habrán de considerarse especiales respecto a las contempladas en la LRLEP en el evento en que concurran dos condiciones: a) que el ámbito de aplicación de las primeras esté contenido en el ámbito de aplicación de las segundas; y b) que las primeras, en caso de que efectivamente estén contenidas en el ámbito de aplicación de las segundas, no hayan sido derogadas por estas últimas.

9 Ver también, aunque con una mirada diversa, Carrasco (2014, pp. 261-263).

Como es evidente, el examen de la primera condición presupone determinar cuál es el ámbito de aplicación de la LRLEP. A este fin cabe tener en consideración el tenor del artículo 1, que señala expresamente: «Ámbito de aplicación de la ley. La presente ley establece el régimen general de los procedimientos concursales destinados a reorganizar y/o liquidar los pasivos y activos de una Empresa Deudora, y a repactar los pasivos y/o liquidar los activos de una Persona Deudora».

Cierto es que algunos autores han planteado que la LRLEP no solo contempla normas de procedimiento, sino también algunas sustantivas (Sandoval, 2014, p. 31); no obstante, adherimos a la tesis de que la idea de concurso solo ha de comprenderse adecuadamente en tanto exista una resolución, dictada en un procedimiento judicial o administrativo, de la cual se deriven efectos que alcancen a la generalidad de los acreedores de una misma persona natural o jurídica (Carrasco, 2020, p. 4). En este sentido, toda norma propiamente concursal, aun cuando se refiera a aspectos sustantivos, ha de enmarcarse en un procedimiento de tutela colectiva, ya sea de liquidación o reorganización —entendidas ambas expresiones en términos amplios—, pues solo así ha de contribuir adecuadamente al cumplimiento de la finalidad que, en forma predominante, justifica la existencia del derecho concursal: aumentar la tasa de recuperación en favor de los acreedores. Creemos, en suma, que el concurso, si bien encuentra justificación en razones sustantivas, tiene una naturaleza eminentemente procesal (p. 4).

Ahora bien, a fin de perfilar con mayor claridad la idea de concurso, estimamos pertinente resaltar algunas características que, se miren desde un prisma sustantivo o desde uno procesal, distinguen a los procedimientos concursales de otros procedimientos. Para estos efectos, y siguiendo la distinción entre reglas y principios que enunciamos más arriba, nos serviremos de tres principios que, entre aquellos que informan a todo procedimiento concursal (Korn, 2022, pp. 79-122; Ruz, 2017b, pp. 650-660; Sandoval, 2014, pp. 37-51; Martínez *et al.*, 2022, pp. 191-192), permiten arribar a una idea más o menos clara acerca de su identidad. Estos principios son la *par condicio creditorum*, la eficiencia concursal *ex post*, y la universalidad objetiva y subjetiva.

II.2.1. La *par condicio creditorum*

Cuando una persona tiene diversos acreedores y las fuerzas de su patrimonio no son ni actual ni potencialmente suficientes para satisfacer todas las acreencias, la *par condicio creditorum*, entendida como un tratamiento igualitario a todos los acreedores que se encuentren en una situación jurídica análoga (Sandoval, 2014, p. 37), impone la necesidad de colectivizar la tutela de los créditos (Puga, 2016, p. 141). Tal colectivización consiste en la formación de un foro en que los acreedores puedan, en un plano de igualdad de tratamiento y

coadyuvados por reglas imperativas que cautelen el interés de los más débiles, determinar los mecanismos tendientes a un aumento de la tasa de recuperación. La colectivización, por lo demás, concebida en los términos recién planteados, constituye la solución más eficiente desde un punto de vista *ex post* para el conjunto de acreedores unitariamente considerados. Como señala Carrasco (2018), «la legislación concursal expresa la necesidad de colectivización de la actuación de los acreedores enfrentados a la insatisfacción de sus necesidades crediticias, más allá [de] que entre ellos existan diferencias» (p. 59).

De esta manera, lo que se pretende con el régimen concursal es evitar que el tiempo o la disponibilidad de recursos de cada acreedor determine sus perspectivas de éxito en el cobro, *prior tempore*, *potior iure*, mediante la visión colectiva en que se colacionan los intereses de todos los acreedores, quienes concurren dentro de un espacio de tiempo determinado en la ley a verificar sus acreencias (Carrasco, 2018, p. 59).

Cierto es que la noción de *par condicio creditorum* encuentra resistencia en la doctrina nacional. Concretamente, Goldenberg (2010) señala que dicha noción, conciliada con el sistema de prelación que establece la ley, no hace alusión a un verdadero principio, sino a una simple regla supletoria de reparto proporcional entre acreedores de una misma clase; y que tal regla, por lo demás, no es más que una opción legislativa que, en un sistema de crédito con información imperfecta, parece ser la más eficiente (pp. 92-93)[10]. En este orden de ideas, al estar mediada por un criterio de eficiencia[11], la *par condicio* no se fundaría originariamente en el principio de igualdad de tratamiento —ni tampoco en la prohibición de discriminar arbitrariamente—, sino en la promoción de la circulación de los bienes y el correcto desenvolvimiento económico.

Con todo, aunque pueda desmentirse su fundamento en la igualdad y su formulación teórica como un principio, resulta claro que la *par condicio* es una noción que desempeña un rol importante tanto en el funcionamiento del sistema de crédito como en el derecho concursal. Por un lado, permite a los acreedores evaluar *ex ante* el riesgo de insatisfacción de sus créditos y, por otro, en búsqueda de una solución eficiente, justifica —o al menos refuerza— la colectivización de la tutela ante la insolvencia, evitando así una liquidación asistemática, parcial e inconexa del patrimonio del deudor[12]. Dicha colectivización, junto con evitar la incertidumbre de posibles sentencias contradictorias (Ezurmendia, 2021, p. 542), precave el gasto innecesario de recursos en procesos y ejecuciones paralelos, permitiendo que la economía procesal

10 En una línea cercana, concibiendo a la *par condicio* como una regla general y no como un principio, ver Ruz (2017b, p. 657).

11 El criterio de eficiencia que asume Goldenberg (2010) en su obra parece ser el de Coase (pp. 92-93).

12 En una línea similar, en relación con la utilidad de eficiencia de la *par condicio* para explicar el funcionamiento del derecho procesal concursal, ver Carrasco (2020, p. 6) y Puga (2016, p. 57).

cumpla su rol desde un punto de vista propiamente económico (Taruffo, 2009, p. 290).

Por lo demás, aun cuando pueda plantearse que la *par condicio* constituye una regla extraconcursal que en realidad forma parte del derecho común, es indesmentible que, al menos en el ordenamiento jurídico nacional, el procedimiento concursal de liquidación no solo la respeta y materializa[13], sino que en él encuentra su mayor aplicación (Ruz, 2017b, p. 651).

En términos más concretos, en la regulación de la LRLEP, la *par condicio* encuentra diversas manifestaciones: la suspensión del derecho de los acreedores de tutelar ejecutivamente sus créditos (art. 135); la exigibilidad anticipada y reajustabilidad de todas las obligaciones dinerarias a plazo (art. 136); la prohibición al deudor de administrar todos sus bienes presentes, esto es, aquellos sujetos al procedimiento concursal de liquidación y existentes en su patrimonio a la época de dictación de la resolución, excluyendo aquellos que la ley declare inembargables (art. 130); el reconocimiento y la regulación de acciones de revocación o reintegración del patrimonio (arts. 287-288); la imposibilidad de toda compensación que no hubiere operado antes de la resolución de liquidación por el ministerio de la ley entre las obligaciones recíprocas del deudor y los acreedores (art. 140); y la fijación irrevocable de los derechos de los acreedores una vez dictada la resolución de liquidación (art. 134)[14].

En suma, en el derecho chileno, la *par condicio* contribuye a justificar la colectivización de la solución a la situación de crisis patrimonial del deudor[15].

II.2.2. La búsqueda de eficiencia

Ya son varios los autores en la doctrina nacional que, siguiendo la tendencia comparada, se refieren a la eficiencia o racionalidad económica como un principio que informa a los procedimientos concursales (Ruz, 2017b, pp. 654-656; Sandoval, 2014, pp. 45-51)[16]. Podría aducirse que la búsqueda de eficiencia permea todo el derecho concursal, siendo aquella la que justifica la pertinencia de principios tales como la *par condicio creditorum* y la universalidad objetiva y subjetiva[17].

Carrasco (2017, 2018, 2020) ha precisado los contornos del criterio de eficiencia que rige los procedimientos concursales y la forma en que

13 En un sentido afín, ver Carrasco (2018, pp. 70-71).
14 Sobre el punto, se sugiere revisar Sandoval (2014, pp. 37-39).
15 Para un tratamiento más acabado de la noción de cesación de pagos, revisar Puga (2016, pp. 56-138); para una síntesis de la evolución de las nociones de insolvencia, cesación de pagos y crisis patrimonial, ver Ruz (2017a, pp. 131-142).
16 Para otra perspectiva, consultar Goldenberg (2013, pp. 33-37).
17 En una línea afín, revisar Carrasco (2018).

este se manifiesta en la LRLEP. Sintéticamente, podemos indicar que la noción de eficiencia concursal se refiere, en lo medular, al aumento de la tasa de recuperación unida a un tratamiento adecuado de los costos del error judicial y de los costos procesales directos e indirectos. La forma en que esta noción se manifiesta en la LRLEP es mediante el establecimiento de diversos instrumentos procesales, la falta de cuestionamiento a las reglas de titularidad y prelación de créditos, y la creación de un foro de decisión en que las preferencias de los sujetos sean justificadas en razón de su racionalidad económica (Carrasco, 2017). En lo que interesa a los fines de este acápite, cabe enunciar los instrumentos procesales que concretan la noción de eficiencia concursal y que perfilan la identidad de los procedimientos concursales: a) la especialización de los jueces concursales (Carrasco, 2018, p. 64, nota 36); b) la existencia de órganos concursales —diversos al juez— con facultades de dirección y administración (pp. 65-66); y c) la consagración de opciones procedimentales que, en función de la viabilidad o inviabilidad de las actividades económicas del deudor, permitan obtener una mayor tasa de recuperación (pp. 66-67)[18].

De los tres instrumentos antes referidos, el segundo y el tercero no solo se manifiestan en los procedimientos concursales regidos por la LRLEP, sino también, en menor o mayor medida, en procedimientos contemplados por leyes especiales. El primero, en cambio, depende de que efectivamente el procedimiento sea tramitado ante un juez, lo que, en estricto rigor, no es indispensable para la existencia de un concurso pues, en función de los intereses involucrados, el procedimiento concursal también puede ser administrativo (Núñez & Carrasco, 2011, pp. 229-230).

Los intereses públicos que, por excepción, habilitan a órganos de la Administración del Estado para la instrucción de un procedimiento concursal se relacionan íntimamente con la protección del orden público económico; así ocurre, como veremos, con los procedimientos regulados en: a) el Decreto con Fuerza de Ley N.° 3 de 1997, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos (arts. 118 y ss.); b) el Decreto con Fuerza de Ley N.° 251 de 1931, del Ministerio de Hacienda, sobre compañías de seguros, sociedades anónimas y bolsas de comercio (arts. 76 y ss.); y c) la Ley N.° 20.416, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño (art. 11)[19]. En estos concursos existen intereses que van más allá

18 En relación con este punto, Alarcón (2017) sugiere que una razón para entender que la LFEES no es una ley especial frente a la LRLEP es que la situación de insolvencia regulada en la primera no consiste en una crisis patrimonial insalvable, que es justamente el supuesto de hecho para el que la LRLEP prevé el *fresh start* (pp. 44-46). Ver también Saralegui (2022, p. 369).

19 Artículo que regula la reorganización o el cierre de micro y pequeñas empresas en crisis.

de la mera satisfacción, en la mayor medida posible, de los créditos de los acreedores del deudor.

Así las cosas, dado que el procedimiento concursal excepcionalmente será administrativo y también que, por razones de diversa índole[20], no se han creado tribunales especiales, a lo sumo puede hablarse de una preeminencia de la función jurisdiccional (Ruz, 2017b, pp. 644-645).

Como sea, un punto que insoslayablemente debe estar presente para predicar la existencia de un procedimiento concursal es la existencia de órganos concursales (Núñez & Carrasco, 2011, p. 216).

En el contexto de la LRLEP, uno de los tantos órganos de los procedimientos concursales de liquidación y reorganización es el juez de letras en lo civil —especializado en la forma que previene la misma ley—; y, excepcionalmente, tratándose del procedimiento de renegociación, no se contempla al juez como órgano concursal, sino a la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento.

Finalmente, la consagración de opciones procedimentales, incluso en aquellos casos en que, por estar comprometido el orden público económico, el procedimiento es administrativo, está presente en prácticamente todos los procedimientos concursales regidos en leyes especiales.

II.2.3. La universalidad objetiva y subjetiva

Siguiendo a Ruz Lártiga (2017b), el principio de universalidad como aquel que informa los procedimientos concursales tiene dos dimensiones: la universalidad objetiva, que evoca la afectación de la totalidad de los bienes del deudor, dando lugar a la noción de masa activa; y la universalidad subjetiva, que refiere a la convocación de la totalidad de los acreedores del deudor, dando lugar a la noción de masa pasiva (pp. 650-651)[21].

A partir del principio de universalidad objetiva y subjetiva se colige el principio de unidad, el cual, a su vez, encuentra sus expresiones en la atracción procesal y en la atracción patrimonial (Ruz, 2017b, pp. 651-652)[22].

La atracción procesal o *vis attractiva* procesal[23] se concreta en la suspensión del derecho de los acreedores a iniciar juicios ejecutivos individuales en

20 Ruz Lártiga (2017b) abona como una razón para explicar esta opción legislativa el hecho de que las funciones que desempeña el juez bajo las normas de la LRLEP son muy limitadas en relación con las funciones que cumplen los jueces en otras legislaciones de derecho comparado (p. 646).

21 En cuanto a la universalidad subjetiva en procedimientos concursales no liquidatorios, ver Goldenberg (2021b, pp. 247-253).

22 Sobre el principio de unidad, revisar también Korn (2022, pp. 111-112).

23 Si bien se encuentra presente en algunas otras figuras procesales —ver, por ejemplo, lo dispuesto por el inciso final del artículo 376 del Código Procesal Penal—, esencialmente ligadas a los recursos, la *vis attractiva* procesal encuentra su mayor y más profundo tratamiento con ocasión del derecho

contra del deudor (LRLEP, 2014, art. 135), así como en la acumulación al procedimiento concursal de liquidación de la generalidad de los juicios civiles pendientes contra el deudor ante otros tribunales y de los que pretendan iniciarse con posterioridad (arts. 142-143).

Por su parte, la atracción patrimonial se concreta en que todos los bienes del deudor, con las excepciones que señala la ley, forman parte de la masa activa liquidable, perdiendo el deudor la administración de los mismos y la legitimación activa y pasiva en acciones que atañan a tales bienes (art. 130).

En realidad, la universalidad objetiva y subjetiva constituye una consecuencia lógica de la *par condicio creditorum* y de la eficiencia concursal *ex post*.

II.3. Condiciones que debiese cumplir una norma contenida en una ley diversa a la LRLEP para ser considerada especial

Precisadas ya las características propias de los procedimientos concursales, la conclusión preliminar que podemos exponer respecto a la relación entre los artículos 1 y 8 de la LRLEP es que las normas contenidas en otras leyes habrán de ser consideradas especiales cuando establezcan procedimientos concursales diversos a los regulados en la LRLEP o alteren, en algún aspecto sustantivo o procedimental, los efectos normales de un concurso. La calificación de un procedimiento como concursal presupone, cuanto menos, un contexto de colectivización; solo así se ven reflejados, en una mayor o menor medida, los principios de la *par condicio creditorum*, la eficiencia concursal *ex post* y la universalidad objetiva y subjetiva. En este contexto, el indicio que a nuestro juicio permite verificar con mayor claridad la existencia de un procedimiento concursal es la existencia de órganos concursales.

Por su parte, las normas que, sin establecer procedimientos concursales especiales, alteran los efectos normales de un concurso y que son, en consecuencia, propias del derecho concursal son aquellas que tengan incidencia en alguno de los procedimientos concursales regulados en la LRLEP, ya sea en el sentido de modificar las causales que permiten iniciar un procedimiento de liquidación o reorganización, modificar las facultades, deberes y/o prohibiciones de los órganos concursales, excluir a ciertos acreedores o bienes de la masa pasiva o activa, respectivamente; o en el de modificar el sistema de prelación de créditos contenido en el Código Civil y en la propia LRLEP.

concursal, pues se trata de un efecto distintivo de la declaración de quiebra o apertura de concurso. La *vis attractiva* se manifiesta en la absorción de los procesos pendientes y de los que pretendan iniciarse contra el deudor.

Finalmente, no debe perderse de vista que el artículo 8 de la LRLEP previene expresamente la supletoriedad de tal ley. En consecuencia, preferidos los efectos previstos por la norma especial, en todo lo demás —esto es, en lo no previsto por la norma especial— se aplica la LRLEP. Esta consideración, por muy superflua que parezca, tiene una potencialidad enorme en el tema que nos ocupa.

III. CASOS DE NORMAS ESPECIALES CONTENIDAS EN OTRAS LEYES

En nuestro ordenamiento jurídico existen al menos cuatro leyes que, de manera meridianamente clara, contemplan normas especiales en relación con la LRLEP: a) el Decreto con Fuerza de Ley N.° 3 de 1997, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la ley general de bancos (arts. 118 y ss.); b) el Decreto con Fuerza de Ley N.° 251 de 1931, del Ministerio de Hacienda, sobre compañías de seguros, sociedades anónimas y bolsas de comercio (arts. 76 y ss.); c) la Ley N.° 18.046, ley sobre sociedades anónimas (art. 65 y ss.); y d) la Ley N.° 20.416, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño (art. 11)[24].

El Decreto con Fuerza de Ley N.° 3 atribuye a la Comisión para el Mercado Financiero funciones propias de un auténtico órgano concursal, debiendo esta, en el marco de la liquidación forzosa regulada en los artículos 120 y siguientes, velar por lograr una tasa adecuada de recuperación en favor de los acreedores, y también por salvaguardar el sistema de crédito y el orden público económico. El liquidador, por su parte, en lo que atañe a la señalada liquidación forzosa, también cumple funciones propias de un órgano concursal, debiendo, en línea de principio, justificar sus decisiones en razones de eficiencia. Además, más allá de algunas reglas especiales, la *par condicio creditorum* sigue operando como regla supletoria, mientras que la universalidad objetiva y subjetiva se manifiesta en la exigibilidad anticipada y en la suspensión de las ejecuciones individuales. En todo caso, el artículo 120 permite que los bancos, cuando se encuentren en liquidación voluntaria, sean sometidos a los procedimientos generales de reorganización o de liquidación regulados en la LRLEP.

Por su parte, el Decreto con Fuerza de Ley N.° 251 establece normas que alteran las causales de inicio de un procedimiento concursal de liquidación, que atribuyen facultades especiales a órganos concursales regulados en la LRLEP; así como otras reglas que, derechamente,

24 Artículo que regula la reorganización o el cierre de micro y pequeñas empresas en crisis. En un sentido afín, consultar Avendaño (2018).

establecen un procedimiento concursal especial[25]. Por lo demás, el mentado Decreto con Fuerza de Ley establece expresamente la supletoriedad de la LRLEP en el artículo 87.

En cuanto a la Ley N.° 18.046 (Ley sobre Sociedades Anónimas, 1981), sus artículos 101 y 102 simplemente establecen, por una parte, algunas obligaciones del directorio o el gerente tendientes de poner en conocimiento a la junta de accionistas y a la Comisión para el Mercado Financiero de la cesación de pagos en que ha incurrido la sociedad o de haberse iniciado en su contra un procedimiento concursal de liquidación; y, por la otra, algunas hipótesis en que se presume el conocimiento de los directores, liquidadores y gerentes de una sociedad anónima acerca del hecho de haberse agravado el mal estado de los negocios en forma que haga temer un perjuicio a los acreedores. Tales normas, en tanto establecen obligaciones y presunciones asociadas o con incidencia en los procedimientos concursales de liquidación y reorganización, pueden considerarse, acaso muy modestamente, especiales en relación con las normas pertinentes de la LRLEP; sin embargo, en todo lo demás, se aplica la LRLEP con toda claridad, máxime si se considera que los mentados artículos 101 y 102 se refieren expresamente a los procedimientos concursales de liquidación y reorganización (Puga, 2016, pp. 137-138).

Finalmente, respecto a la Ley N.° 20.416, esta regula un procedimiento que se acerca significativamente a uno concursal[26], bastando para ello

25 El título IV, denominado «De la regularización de compañías de seguros», regula diversos mecanismos de regularización patrimonial asociados a dos de las cuatro situaciones de crisis en que se puede encontrar una compañía de seguros: a) déficit de patrimonio, y b) déficit de inversiones y sobreendeudamiento. La regulación de la ley, particularmente de su artículo 79, da cuenta de que, en tanto se haya dado aplicación a los mecanismos antedichos, no basta con que se configure alguna de las causales contenidas en el artículo 117 de la LRLEP para que se dé inicio a un procedimiento concursal de liquidación (Decreto con Fuerza de Ley N.° 251, 1931). Al respecto, ver Puga (2016, p. 135).
Además de ello, los artículos 76, 77 y 78 regulan un sistema especial de convenios extrajudiciales, atribuyendo un rol central a la Superintendencia de Valores y Seguros —actualmente integrada en la Comisión para el Mercado Financiero—, la que debe aprobar el texto de las proposiciones que formula la compañía de seguros deudora antes de que sea propuesto a los acreedores. Por su parte, los artículos 80 y siguientes establecen diversas normas que, en el marco de un procedimiento concursal de liquidación o reorganización regido por la LRLEP, se apartan de la regulación general, destacando la atribución de facultades especiales al liquidador y la participación del superintendente o la persona que este designe como administrador o liquidador en los procedimientos que corresponda. Cierra el artículo 87 señalando que «en todo lo no previsto en este párrafo se aplicará la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas» (Decreto con Fuerza de Ley N° 251, 1931).

26 El artículo 11 de la Ley N.° 20.416 regula la reorganización o el cierre de micro o pequeñas empresas. En general, la ley establece la posibilidad de que una micro o pequeña empresa que se encuentre en una situación de insolvencia actual o previsible —en los términos que señala el artículo 2— recurra, de forma extrajudicial, a un órgano denominado «asesor económico de insolvencias» con el propósito de que este le preste la asesoría necesaria para lograr una reorganización o reestructuración exitosa, logrando un entendimiento tal con sus acreedores que le permita acordar la aprobación de uno o más planes de reorganización. El procedimiento, sintéticamente, se sustancia de la siguiente forma: la micro o pequeña empresa elige a un asesor económico de insolvencias, presentándole un requerimiento acompañado de uno o más antecedentes que acrediten que se encuentra en insolvencia, o de la declaración fundada de que estima encontrarse en la situación de insolvencia previsible. Aceptada la nominación por el asesor y comunicado esto a la Superintendencia de Insolvencias y Reemprendimiento, y luego de verificar que efectivamente la empresa requirente se encuentra en el estado de insolvencia que alega, el asesor emitirá un certificado, que deberá ser validado por la Superintendencia y que, acompañado de un procedimiento judicial o administrativo,

tener en consideración que el asesor económico de insolvencias, en un posible rol de órgano concursal[27], brinda asesoría técnica y media entre la empresa deudora y sus acreedores, sugiriendo las medidas que estime necesarias para superar la situación de insolvencia actual o previsible y, de esa manera, aumentar la tasa de recuperación de los acreedores. Además, el certificado emitido por el asesor y validado por la Superintendencia, salvo algunas excepciones, suspende los apremios decretados en contra de la empresa deudora por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones, resguardando de esa forma la *par condicio creditorum* y la universalidad objetiva y subjetiva. Adicionalmente, en tanto los acreedores tienen libertad para aceptar o rechazar las propuestas realizadas por el deudor o por el asesor con la anuencia del deudor, tienen la opción de la reorganización o de la liquidación. Por último, conviene tener presente que el artículo 26, en su inciso segundo, previene el caso en que no haya sido posible arribar a un acuerdo y se haya iniciado un procedimiento concursal de liquidación —regido, dicho sea de paso, por la LRLEP— (Ley que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, 2010). Salta a la vista, en consecuencia, la supletoriedad de la LRLEP.

IV. MECANISMOS PARA LA TUTELA DEL CRÉDITO ESTABLECIDOS EN EL TÍTULO V DE LA LFEES

Llegados ya a este punto, conviene recordar que la Sala Civil de la Corte Suprema, en las diversas sentencias citadas en la introducción de este trabajo, excluye de la masa pasiva de un procedimiento concursal de liquidación un crédito con garantía estatal para el financiamiento de estudios de educación superior, sustentándose en la especialidad de la regulación contemplada en la LFEES de cara a la LRLEP. Según se expusiera, las razones en que se funda la Corte para arribar a tal conclusión están referidas a las características particulares de los estudiantes que pueden optar a la contratación de un mutuo con garantía estatal destinado al financiamiento de estudios de educación superior, a la supuesta finalidad de la LFEES —que no es otra, en su concepto, que «apoyar de manera permanente y sustentable el acceso al financiamiento

permite declarar —salvo excepciones— la suspensión de los apremios, medidas cautelares y ciertas acciones hasta por un lapso de noventa días. Dentro de este plazo, el asesor elabora un informe de la situación patrimonial de la empresa, de las causas de su insolvencia y de las medidas que podrían adoptarse para superarla; mientras que, dentro de este mismo plazo, la empresa podrá reorganizarse, reestructurar sus activos, negociar con sus acreedores o, en su defecto, propender al cierre ordenado del negocio. Para un estudio más detenido de este procedimiento, ver Ruz (2017a, pp. 169-195).

En todo caso, no es tan claro que el procedimiento reseñado califique como uno propiamente concursal, pues, según el artículo 24 del artículo 11 de la Ley N.° 20.416, los acuerdos que eventualmente se alcancen solo obligan a las partes que los suscriban.

27 Con todo, en línea con lo referido hacia el final de la nota al pie anterior, cabe reconocer que no es tan claro que el asesor económico de insolvencias sea un órgano concursal, pues, según el artículo 24 del artículo 11 de la Ley N.° 20.416, los acuerdos que eventualmente se alcancen solo obligan a las partes que los suscriban.

de estudiantes que, teniendo las condiciones académicas requeridas, no disponen de recursos suficientes para financiar sus estudios»— y, sobre todo, a «los mecanismos para exigir el pago previstos en su título V» (*Salazar González, Viviana Marisol*, 2017, considerando 9)[28]. La Corte ha agregado, además, si se solicita el inicio de un procedimiento concursal de liquidación en calidad de empresa deudora, que no está permitido incluir en la masa pasiva deudas contraídas fuera de los límites de la actividad empresarial que corresponda (*Salazar González, Viviana Marisol*, 2017).

Evidentemente, desde el punto de vista de la argumentación jurídica, las dos primeras razones son bastante débiles. Al no existir una regla expresa, la Corte, sirviéndose de un esquema de razonamiento cercano al propuesto por Schauer (1991, p. 254; 1998, pp. 223-240)[29], desarrolla un juicio de derrotabilidad de la normativa contemplada en la LRLEP. En concreto, la reconstrucción de la justificación subyacente de las normas contempladas en la LFEES —esto es, el apoyo financiero permanente y sustentable a estudiantes que desean cursar estudios de educación superior y que no cuentan con medios suficientes para ello— se utiliza para restringir el ámbito de aplicación de la LRLEP. En otras palabras, la Corte estima que el ámbito de aplicación de la LRLEP, acaso por la falta de previsibilidad de nuestro legislador, es supraincluyente, debiendo en consecuencia restringirse[30]. El problema de tal esquema de razonamiento es patente: un recurso ilimitado al mecanismo de la derrotabilidad entraña el riesgo de desconocer una de las bases fundamentales de un Estado democrático de derecho, a saber, que las leyes aprobadas, promulgadas y publicadas conforme al procedimiento de formación de la ley establecido en los artículos 65 y

28 Caballero (2017, pp. 358-359; 2018, pp. 160-161) plantea, en términos sintéticos, que la verdadera cuestión suscitada a propósito de la inclusión o exclusión del crédito con garantía estatal del procedimiento concursal de liquidación es si acaso el *fresh start* —materializado en la extinción (*discharge*), por el solo ministerio de la ley y una vez que la resolución de término esté firme, de los saldos insolutos de las obligaciones contraídas por el deudor con anterioridad al inicio del procedimiento concursal de liquidación— tiene límites internos o inmanentes. El autor critica que la Corte Suprema, al igual que la ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco y el primer juzgado de letras de la misma ciudad, resuelve la cuestión indirectamente, aplicando sin sustento en una regla legal expresa el principio de especialidad. Al respecto, Alarcón (2018) ha defendido que las excepciones al *discharge* deben constar de forma expresa y específica en la ley (pp. 19-28).

29 Schauer entiende que el sentido y alcance semántico de una regla puede ser derrotado por su justificación subyacente. En opinión del autor, el tenor literal de una regla, que —en su visión— no es sino una generalización prescriptiva, podría ser infraincluyente —si sugiere un alcance menor a aquel que se extrae de la justificación subyacente— o supraincluyente —si sugiere un alcance superior a aquel que se extrae de la justificación subyacente—. En estos casos se habrá de predicar la derrotabilidad de la regla, debiendo aplicarla a los no comprendidos en ella —si es infraincluyente— o excluir su aplicación de otros que sí lo están —si es supraincluyente—.

30 Desde otra perspectiva, podría estimarse que la Corte Suprema, en un esquema de razonamiento afín al reconocido —mas no recomendado— por Guastini, ha intentado la construcción de una excepción implícita, dando cuenta de una laguna normativa y axiológica en nuestro ordenamiento jurídico, y luego ha intentado la construcción de una norma implícita para dar solución a la laguna normativa. Huelga señalar que este esquema, aun cuando sea menos reprochable desde un punto de vista formal, es igual de antidemocrático que el juicio de derrotabilidad. Ver, sobre este tema, Guastini (2014).

siguientes de la Constitución constituyen, en los términos del artículo 5, inciso primero, un ejercicio de soberanía de la nación mediante las autoridades constitucional y democráticamente establecidas. En este sentido, a ningún tribunal corresponde indagar la justificación que subyace a las normas jurídicas vigentes para efectos de extender o limitar su aplicación. Por lo demás, el artículo 19 del Código Civil lo impide.

La verdadera cuestión, sin duda, se refiere a la tercera razón manifestada por la Corte; esto es, que la LFEES, en su título V, contempla mecanismos especiales para exigir el pago.

La misma Corte señala en el considerando 7 que los mecanismos para el cobro de la deuda por parte del Estado son la retención de una fracción de la remuneración por parte del empleador, la retención de la devolución de impuestos a la renta y, además, «las acciones de cobranza judicial y extrajudicial que puede iniciar esta última respecto de los créditos de los que es titular el Fisco y aquellos en que se hubiera hecho efectiva la garantía» (*Salazar González, Viviana Marisol*, 2017). En este punto, puede encontrarse otro defecto en la argumentación de nuestro máximo tribunal: más allá de lo que disponga el reglamento, la LFEES no regula acciones de cobranza judicial y extrajudicial. Los únicos mecanismos especiales que regula el título V de la LFEES son la retención de una fracción de la remuneración por parte del empleador y la retención de la devolución de impuestos a la renta. Tales mecanismos, claro está, son medios de tutela individual del crédito (Caballero, 2018, p. 161)[31].

La LFEES, en realidad, no contempla ningún procedimiento concursal especial ni tampoco normas que alteren los efectos normales de los procedimientos concursales regulados en la LRLEP. No hay una solución colectiva, tampoco hay órganos concursales, ni se manifiestan los principios que hemos desarrollado.

31 Siguiendo a Puga (2016), «se llaman tutelas individuales aquellas que protegen los derechos de una persona individualmente considerada y que se otorgan al afectado o amenazado para por sí restablecer el orden jurídico conculcado o prevenir un ilícito en su contra» (pp. 139-140). En el mismo sentido, y refiriéndose particularmente a la temática que aquí tratamos, Avendaño (2018) sugiere que, puestas de frente la LFEES y la LRLEP, esta última es la ley especial, pues es la que regula mecanismos de tutela colectiva. Incluso Jequier (2017), concibiendo la hipótesis de insolvencia que sirve de presupuesto a un concurso como un «estado permanente y profundo de imposibilidad de pago por medios normales», reconoce que el estatuto especial es el concursal. Desde una perspectiva diversa, Alarcón (2017; 2018, pp. 46-48) sostiene que, en atención a que la hipótesis de insolvencia regulada en la LFEES no da cuenta de una crisis patrimonial insalvable, la regulación contemplada en tal ley a lo sumo podría constituir una regulación especial en relación con el procedimiento concursal de renegociación contemplado en la LRLEP. No compartimos este punto de vista pues, tal como hemos sostenido a lo largo de este trabajo, la LFEES no regula realmente procedimientos concursales ni altera los efectos normales de un concurso, descartándose en consecuencia toda relación de especialidad entre tal ley y la LRLEP. En todo caso, cabe advertir que según el artículo 2, numeral 3, del Oficio Circular de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, resultan inconciliables con el procedimiento concursal de renegociación las obligaciones provenientes de créditos con aval del Estado que no sean exigibles de acuerdo con lo establecido en la LFEES. Una probable justificación de la exclusión es que la *par condicio creditorum* no rige con la misma fuerza en este particular procedimiento concursal. Ver, especialmente, Goldenberg (2021b, pp. 253-265).

La Corte parece sustentar su postura en una incorrecta interpretación del artículo 13. Tal disposición señala que

> La obligación de pago podrá suspenderse temporalmente, total o parcialmente, en caso de incapacidad de pago, producto de cesantía sobreviniente del deudor, debidamente calificada por la Comisión, la que deberá adicionalmente considerar el ingreso familiar del deudor en la forma y condiciones que determine el reglamento. En cualquier caso, las cuotas impagas del deudor, sea por cesantía o cualquier otra causal, no prescribirán, debiendo el Estado proceder al cobro de las mismas hasta la total extinción de la deuda, utilizando para ello los mecanismos establecidos en el Título V (Ley que establece normas para el financiamiento de estudios de educación superior, 2005).

En nuestra opinión, son dos los aspectos contemplados en la disposición precitada que se prestan para confusión. Por una parte, la suspensión de la prescripción asociada a la suspensión de la exigibilidad de la obligación; por la otra, la hipótesis especial de insolvencia que exige para la suspensión de exigibilidad de la obligación.

Respecto a la suspensión de la prescripción, sencillamente descartamos que nuestro máximo tribunal haya incurrido en un error tan básico como confundir la extinción de una obligación con la extinción de la acción para exigir su cumplimiento. En estricto rigor, y sin indagar en justificaciones subyacentes antojadizas, el artículo 255 de la LRLEP, que regula el denominado *fresh start*, en nada se opone a la suspensión de la prescripción regulada en el artículo 13 de la LFEES. El artículo 255 de la LRLEP establece una extinción de los saldos insolutos de las obligaciones contraídas con anterioridad a la apertura del procedimiento concursal de liquidación, que opera por el solo ministerio de la ley una vez que la resolución de término se encuentra firme. Tal extinción, a su vez, implica la extinción del saldo insoluto del crédito y, consecuencialmente, de la acción para exigir su cumplimiento. La suspensión de la prescripción contemplada en el artículo 13 de la LFEES, que no es sino una consecuencia natural de la suspensión de la exigibilidad de la obligación, no impide que la obligación se extinga por la configuración de alguno de los modos contemplados en el artículo 1567 del Código Civil o en otras leyes —y que sean distintos, por cierto, a la prescripción que, *obiter dictum*, atendido lo establecido en el artículo 1470, numeral 2, del mismo Código Civil, no es realmente un modo de extinguir las obligaciones—.

Es, entonces, la hipótesis especial de insolvencia que prevé el artículo 13 de la LFEES la que probablemente ha confundido a nuestro máximo tribunal. De hecho, el considerando sexto de la sentencia del 9 mayo de 2017 encuadra el conflicto justamente en estos términos:

> Que del mérito del recurso y de lo consignado precedentemente se constata que el conflicto jurídico de autos se traduce en determinar si, frente a la situación de insolvencia del deudor, el crédito con garantía estatal debe regirse para los efectos de su cobro por la Ley 20.027 del 11 de junio de 2005, que establece normas para el financiamiento de estudios de educación superior, o bien por la Ley 20.720 de 9 de enero de 2014 sobre reorganización y liquidación de empresas y personas, caso último en el cual los acreedores de tales créditos deberían verificarlos en el proceso de liquidación y pagarse de los mismos conforme al régimen concursal (*Salazar González, Viviana Marisol*, 2017, considerando 6).

Lo mismo se afirma en la sentencia del caso *García Caroca, Serjio Enrique*, del 27 de mayo de 2019, y está en la base de todos los fallos emanados de la Sala Civil de la Corte Suprema señalados en la introducción.

La Corte Suprema, en nuestra opinión, comete el error de asumir que todo tratamiento jurídico a una hipótesis de insolvencia constituye una solución concursal, conclusión que, con base en lo que hemos visto, ha de ser absolutamente desmentida[32]. La verdadera naturaleza del concurso ha de entenderse desde una perspectiva eminentemente procesal, tesis que encuentra un fuerte arraigo en nuestro ordenamiento jurídico si se considera que la LRLEP no exige realmente una hipótesis calificada de insolvencia para que el propio deudor solicite la iniciación de un procedimiento concursal de liquidación[33]. En realidad, los verdaderos efectos del concurso, que materializan la *par condicio creditorum*, la búsqueda de eficiencia y la universalidad objetiva y subjetiva, derivan por regla generalísima de la resolución de liquidación o reorganización. El indicio más claro acerca de la existencia de un concurso es la regulación de órganos concursales, los cuales no se presentan en la LFEES. A fin de no incurrir en reiteraciones inútiles, nos remitimos a todo lo expuesto en los apartados I y II.

A mayor abundamiento, con ocasión de la reforma que supondrá la entrada en vigor de la Ley N.° 21.563, que moderniza los procedimientos concursales contemplados en la Ley N.° 20.720 y crea nuevos procedimientos para las micro y pequeñas empresas, debiese quedar aún más claro el amplio alcance del *discharge* previsto por el artículo 255 de la LRLEP. La referida Ley N.° 21.563 modifica el artículo 255 de la LRLEP en el sentido de excluir expresamente del *discharge* determinadas

32 Esta confusión se sustenta en la idea, rechazada por nosotros, de que el derecho concursal es aquella rama del derecho que regula los efectos asociados a la insolvencia. Puga (2016), por ejemplo, parece adherirse a tal idea, circunscribiendo los procedimientos concursales en una idea más amplia de derecho concursal (p. 140).

33 Desde una perspectiva contraria a la nuestra, Jequier (2017), refiriéndose concretamente a la temática que tratamos en este artículo, señala que «podría sostenerse que, aunque no lo requiera de modo expreso, la lógica del sistema normativo conlleva a que el deudor que pretenda la liquidación voluntaria proporcione antecedentes que permitan constatar que efectivamente se encuentra en insolvencia, antes de que se produzca la exigibilidad anticipada de las deudas».

obligaciones del deudor: los alimentos debidos por ley, la compensación económica regulada en la Ley N.° 19.947, y las obligaciones derivadas de delitos o cuasidelitos civiles y/o penales. De esta guisa, teniendo la oportunidad de hacerlo y habiéndose discutido ello con ocasión de la tramitación legislativa de la Ley N.° 21.563, el legislador no ha excluido del *discharge* los créditos con garantía estatal para el financiamiento de estudios de educación superior.

Así las cosas, tanto en razón del nuevo tenor que tendrá el artículo 255 de la LRLEP como por la historia de establecimiento de la Ley N.° 21.563 y el alcance general que, en principio, debiese tener el *discharge*, parece consistente plantear que la reforma que dicha ley introducirá establece un catálogo taxativo de créditos que quedan excluidos del efecto extintivo que tiene la resolución de término una vez que está firme[34]. En consecuencia, el razonamiento jurídico esgrimido por la Sala Civil de la Corte Suprema para la exclusión de créditos con aval del Estado, ya falaz antes de la reforma, se torna ahora derechamente insostenible.

Cabe agregar que, aun cuando se estimase que la LFEES contiene normas especiales respecto a las contenidas en la LRLEP —conclusión que rechazamos—, subsistiría la cuestión acerca de la supletoriedad de esta última. Como ha quedado patentado más arriba, cuando el legislador ha deseado que las normas de la LRLEP no sean aplicables a las soluciones concursales previstas en leyes especiales, lo ha señalado así expresamente.

En cuanto a la imposibilidad de incluir en la masa pasiva de un procedimiento concursal de liquidación iniciado en calidad de empresa deudora las deudas contraídas fuera de los límites de la actividad empresarial, cabe señalar que la LRLEP no recoge una noción clara de empresa. Por lo demás, tal como explican Araya y Bofill (2013, pp. 299-300), la LRLEP no solo considera que una persona natural, con tal de que haya emitido una boleta de honorarios dentro de los últimos veinticuatro meses, ha de considerarse necesariamente —y sin opción— una empresa deudora, sino que también considera empresa deudora a toda persona jurídica, persiga o no fines de lucro, desvirtuando el sentido tradicional de la noción de empresa; esto es, «una organización dirigida por un empresario responsable, que es un intermediario entre productores y consumidores, que cuenta con capital y trabajadores, en que los riesgos corren por su cuenta y que está destinada a ejecutar, permanentemente, actos de comercio» (Vásquez, 2019, p. 85). En

34 En similar sentido, incluso antes de la reforma, Alarcón (2018) ha defendido que las excepciones al *discharge* deben constar de forma expresa y específica en la ley (pp. 19-28). Desde una aproximación no muy lejana, véase el voto de minoría del señor Gonzalo Ruz Lártiga en *Navarro Barahona, Alejandra* (2023).

realidad, la LRLEP no contempla una noción material de empresa, sino solo formal, estándole vedado al juez realizar indagaciones acerca de cuáles son las deudas que deben conformar la masa pasiva. Ante la falta de una regla expresa en cuya virtud sustentar la exclusión de un crédito, debe primar la universalidad subjetiva de todo procedimiento concursal.

V. CONCLUSIONES

1. Las normas contenidas en otras leyes habrán de ser consideradas especiales cuando establezcan procedimientos concursales diversos a los regulados en la LRLEP o alteren, en algún aspecto sustantivo o procedimental, los efectos normales de un concurso. La calificación de un procedimiento como concursal presupone, cuando menos, un contexto de colectivización; solo así se ven reflejados, en una mayor o menor medida, los principios de la *par condicio creditorum*, la eficiencia concursal *ex post*, y la universalidad objetiva y subjetiva. El indicio que permite verificar con mayor claridad la existencia de un procedimiento concursal es la presencia de órganos concursales. También son normas propias del derecho concursal aquellas que, sin establecer procedimientos concursales especiales, alteran igualmente los efectos normales de un concurso, ya sea en el sentido de modificar las causales que permiten iniciar un procedimiento de liquidación o reorganización, modificar las facultades, deberes y/o prohibiciones de los órganos concursales, excluir a ciertos acreedores o bienes de la masa pasiva o activa, respectivamente; o en el de modificar el sistema de prelación de créditos contenido en el Código Civil y en la propia LRLEP.

2. La insolvencia, por regla general, es necesaria para el inicio de un procedimiento concursal, mas no toda regulación asociada a hipótesis generales o especiales de insolvencia forma parte del derecho concursal. En la medida que la regulación no se refiera a un procedimiento colectivo, con órganos que tiendan a aumentar la tasa de recuperación de los acreedores y/o salvaguardar el sistema de crédito y el orden público económico, la regulación no forma parte del derecho concursal.

3. La LFEES no contempla mecanismos que formen parte del derecho concursal. Todos los mecanismos que regula no son más que medios de tutela individual, aun cuando estén asociados a una hipótesis de insolvencia.

REFERENCIAS

Alarcón, M. (2017, 19 de octubre). Nuestro ordenamiento no contempla una excepción a la descarga de deudas por CAE (Análisis crítico a la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 4656-2017). *El Mercurio Legal*. https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906051&Path=/0D/D3/

Alarcón, M. (2018). La deuda por obligación constituida a través de crédito con aval del Estado no constituye excepción al discharge en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (31), 9-59. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722018000200009

Araya, I., & Bofill, O. (2013). Análisis y comentarios a la reforma al Régimen Concursal (Boletín N° 8324-03). *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, (4), 281-324. https://revistaderecho.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/35657

Avendaño, M. (2018, 14 de septiembre). Otra vez el CAE en la liquidación de bienes. *El Mercurio Legal*. https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906859&Path=/0D/D6/

Bobbio, N. (1987). *Teoría general del Derecho* (3.ª ed.). Bogotá: Temis.

Caballero, G. (2017). La exclusión de un crédito del procedimiento concursal de una empresa deudora. Sentencia Corte Suprema, 9 de mayo de 2017, Rol 4656-2017, cita Westlaw Chile CL/JUR/2837/2017. Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, de 28 de diciembre de 2016, Rol 545-20. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (29), 347-361.

Caballero, G. (2018). Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal del consumidor. *Revista Ius ex Praxis*, *24*(3), 133-172. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000300133

Carrasco, E. (2014). El concepto "especial" en el Código Civil: diferencias de significación entre el artículo 4º y el artículo 13. *Ius et Praxis*, *20*(1), 253-276. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000100010

Carrasco, N. (2017). La eficiencia procesal y el debido proceso. *Revista de Derecho Privado*, (32), 443-469. https://doi.org/10.18601/01234366.n32.15

Carrasco, N. (2018). Tres razones para la utilización de la eficiencia en el derecho procesal concursal. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (30), 55-85. http://dx.doi.org/10.4067/s0718-80722018000100055

Carrasco, N. (2020). El concurso desde una perspectiva procesal. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, *27*. http://dx.doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2020-0001

Ezurmendia, J. (2021). *Reflexión contemporánea sobre la cosa juzgada. Comparación entre modelos de Civil Law y Common Law*. Barcelona: Bosch Editor.

Goldenberg, J. (2010). Consideraciones críticas respecto al denominado principio de la par condicio creditorum. *Revista Chilena de Derecho*, *37*(1), 73-98. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372010000100004

Goldenberg, J. (2013). Bases para la privatización del derecho concursal. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (20), 9-49. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000100001

Goldenberg, J. (2021a). *El sobreendeudamiento del consumidor. Un análisis desde la prevención hasta la solución concursal*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Goldenberg, J. (2021b). Los principios de universalidad subjetiva y el respeto al valor relativo de los créditos en el procedimiento concursal de renegociación. En M. Vásquez (dir.), *Estudios de Derecho Comercial. Actas de las X Jornadas Chilenas de Derecho Comercial* (pp. 241-267). Valencia: Tirant lo Blanch.

Guastini, R. (1999). Antinomias y lagunas. *Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, (29), 437-450.

Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Jequier, E. (2017, 11 de septiembre). Crédito con Aval del Estado y liquidación voluntaria sin insolvencia: otra vez la omisión del presupuesto objetivo en la Ley 20.720. *El Mercurio Legal*. https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=905968&Path=/0D/D2/

Josserand, L. (1952). *Derecho Civil. Volumen I. Teorías Generales del Derecho y de los derechos de las personas*. Buenos Aires: Bosch y Cía.

Korn, A. (2022). *Atracción concursal en la Ley N° 20.720. Aplicación a los procedimientos de reorganización y liquidación*. Santiago de Chile: DER Ediciones.

Martínez, I., González, I., & San Martín, S. (2022). Los créditos universitarios en los procedimientos concursales de liquidación voluntaria. Una mirada desde la jurisprudencia chilena. *Revista Prolegómenos*, *25*(50), 187-199. https://doi.org/10.18359/prole.6274

Núñez, R., & Carrasco, N. (2011). *Derecho concursal procesal chileno. Legislación, doctrina y jurisprudencia*. Santiago de Chile: Legal Publishing.

Orellana, L. (2000). La supletoriedad de las leyes. *Revista Chilena de Derecho*, *27*(4), 807-822.

Puga, J. (2016). *Derecho Concursal. Del procedimiento concursal de liquidación. Ley N° 20.720* (4.ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Ross, A. (1997). *Sobre el Derecho y la justicia* (4.ª ed.). Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.

Ruz, G. (2017a). *Nuevo Derecho Concursal Chileno. Procedimientos concursales de empresas y personas deudoras. Tomo I*. Santiago de Chile: Legal Publishing.

Ruz, G. (2017b). *Nuevo Derecho Concursal Chileno. Procedimientos concursales de empresas y personas deudoras. Tomo II*. Santiago de Chile: Legal Publishing.

Sandoval, R. (2014). *Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho Concursal. Séptima edición actualizada con la Ley N° 20.720, que sustituye el régimen concursal del Libro IB De las quiebras del Código de Comercio y la Ley N° 18.175,*

Orgánica de la Superintendencia de Quiebras (7.ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Saralegui, S. (2022). El crédito con aval del Estado como excepción al discharge en la legislación concursal (Corte Suprema). *Revista de derecho (Valdivia)*, *35*(1), 367-373. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502022000100367

Schauer, F. (1991). *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*. Nueva York: Oxford University Press.

Schauer, F. (1998). On The Supposed Defeasibility of Legal Rules. *Current Legal Problems*, *51*(1), 223-240. https://doi.org/10.1093/clp/51.1.223

Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre Justicia Civil*. Madrid: Marcial Pons.

Vásquez, M. (2013). *Sociedades. Comerciantes, empresas, grupos de empresas, joint venture y otros sujetos del derecho comercial*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Banco del Estado de Chile con Elizabeth Alejandra Vargas Acuña, Rol 135575-2020 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 4 de enero de 2022).

Burgos Meza Gonzalo, Rol N.° 5201-2021 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 20 de junio de 2022).

Carrasco Gutiérrez Sergio, Rol N.° 26864-2018 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 3 de enero de 2019).

Claudia Henríquez Garay, Rol N.° 4074-2018 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 17 de julio de 2018).

Código Civil, Decreto con Fuerza de Ley N.° 1 (Ministerio de Justicia [Chile], 30 de mayo de 2000).

Código de Procedimiento Civil, Ley N.° 1.552 (Congreso Nacional [Chile], 30 de agosto de 1902).

Código Procesal Penal, Ley N.° 19.696 (Congreso Nacional [Chile], 12 de octubre de 2000).

Constitución Política de la República de Chile (1980).

Cornejo/Tesorería General de la República, Rol N° 3643-2022 (Tercera Sala de la Corte Suprema [Chile], 27 de enero de 2022).

Cumilef Paillán Fabián, Rol N.° 11547-2021 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 17 de enero de 2023).

Decreto con Fuerza de Ley N.° 251 (Ministerio de Hacienda [Chile], 22 de mayo de 1931).

Fabián Esteban Cabello Rojas con Banco Chile y otros, Rol N.° 5503-2020 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 12 de agosto de 2020).

Felipe Ríos Medina, Rol N.° 16351-2019 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 27 de diciembre de 2019).

García Caroca Serjio Enrique, Rol N.° 16364-2018 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 27 de mayo de 2019).

Griselle Isla Garrido, Rol N.° 53188-2021 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 24 de mayo de 2022).

Gutiérrez, Rol N.° 28718-2021 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 17 de junio de 2022).

Henríquez, Rol N.°14311-2019 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 3 de enero de 2020).

Lepín Coilla Pedro Andrés, Rol N.° 21959-2021 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 11 de noviembre de 2022).

Ley General de Bancos, Decreto con Fuerza de Ley N.° 3 (Ministerio de Hacienda [Chile], 19 de diciembre de 1997).

Ley que establece normas para el financiamiento de estudios de educación superior, Ley N.° 20.027 (Congreso Nacional [Chile], 11 de junio de 2005).

Ley que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, Ley N.° 20.416 (Congreso Nacional [Chile], 3 de febrero 2010).

Ley que moderniza los procedimientos concursales contemplados en la Ley N.° 20.720 y crea nuevos procedimientos para micro y pequeñas empresas, Ley N.° 21.563 (Congreso Nacional [Chile], 10 de mayo de 2023).

Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, Ley N.° 20.720 (Congreso Nacional [Chile], 9 de enero de 2014).

Ley sobre Sociedades Anónimas, Ley N.° 18.046 (Congreso Nacional [Chile], 22 de octubre de 1981).

Mancilla, Rol N.° 59567-2020 (Tercera Sala de la Corte Suprema [Chile], 20 de julio de 2020).

Muñoz, Rol N.° 94835-2020 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 19 de octubre de 2021).

Navarro Barahona, Alejandra, Rol N.° 10.927-2022 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 10 de julio de 2023).

Oficio Circular N.° 5 (Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento [Chile], 19 de mayo de 2020).

Parraguez (LTE), Rol N.° 17046-2019 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 27 de febrero de 2020).

Patricio Eduardo Bernal Morales, Rol N.° 12662-2018 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 29 de octubre de 2018).

Pichunman Paz Luis Antonio, Rol N.° 54-2017 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 13 de junio de 2017).

Salazar González, Viviana Marisol, Rol N.° 4656-2017 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 9 de mayo de 2017).

Salazar/Galindo, Rol N.° 100815-2020 (Tercera Sala de la Corte Suprema [Chile], 12 de marzo de 2021).

Salazar/Universidad de Santiago de Chile, Rol N.° 58215-2021 (Tercera Sala de la Corte Suprema [Chile], 28 de diciembre de 2021).

Toledo, Rol N.° 87473-2021 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 12 de septiembre de 2022).

Torres Vera Karín Estefanía, Rol N.° 33463-2019 (Primera Sala de la Corte Suprema [Chile], 14 de septiembre de 2020).

Recibido: 24/07/2023
Aprobado: 18/09/2023

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202302.011
CC BY
DERECHO PUCP
N° 91, 2023
diciembre-mayo
pp. 377-403
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Aportaciones criminológicas a la comprensión de la corrupción transnacional*

Criminological Contributions for the Comprehension of Transnational Corruption

HÉCTOR OLASOLO**
Universidad del Rosario (Colombia)

LUISA FERNANDA VILLARRAGA ZSCHOMMLER***
Universidad del Rosario y Universidad de los Andes (Colombia)

SOFÍA LINARES BOTERO****
Universidad del Rosario (Colombia)

Resumen: El presente artículo estudia diferentes perspectivas criminológicas que ayudan a entender el fenómeno de la corrupción transnacional. Con ese fin se estudiarán, en primer lugar, las características de las sociedades contemporáneas desde diferentes perspectivas criminológicas para, después, explicar cómo estas aportan en el estudio y la comprensión de la corrupción transnacional. Asimismo, se analizarán múltiples perspectivas como la criminología de los poderosos y de los medios de comunicación, la victimología, la criminología verde y del maldesarrollo, los crímenes de la globalización y la macrocriminalidad, entre otros.

* El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación «La respuesta del derecho público comparado para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del narcotráfico marítimo y de la respuesta ofrecida por el derecho internacional» (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 71848, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Este proyecto forma parte del Programa de Investigación «Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales» (2020-2023), cuyo investigador principal es el profesor Héctor Olasolo (Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario [Colombia]), con número de referencia de Minciencias 70593. El artículo se encuentra también vinculado con el Proyecto de Investigación «Criminalidad Organizada Transnacional y Empresas Multinacionales ante las Vulneraciones de los Derechos Humanos» PID2020-117403RB-100, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España, con vigencia 1-09-2021/31-08-2024, y cuya investigadora principal es la profesora Laura Zúñiga Rodríguez (Universidad de Salamanca [España]).

** Licenciado en Derecho y Teología por la Universidad de Salamanca y Universidad Santo Tomás (Colombia). Magíster en Derecho por la Universidad de Columbia (Estados Unidos) y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesor titular de carrera de la Universidad del Rosario. Código ORCID: 0000-0001-9724-0163. Correo electrónico: hector.olasolo@urosario.edu.co

*** Profesional en Derecho con especialización en Derechos Humanos y mención en Filosofía por la Universidad del Rosario. Candidata a magíster en Derecho Internacional y Construcción de Paz por la Universidad de los Andes (Colombia), y sustanciadora de la Procuraduría Delegada con Funciones de Intervención ante la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia.
Código ORCID: 0000-0003-3930-6261. Correo electrónico: luisavzschommler@gmail.com

**** Profesional en Derecho por la Universidad del Rosario y consultora del Área de Derecho Internacional de la misma casa de estudios.
Código ORCID: 0000-0001-5805-2944. Correo electrónico: sofia.linares@urosario.edu.co

Palabras clave: Crimen organizado transnacional, corrupción, perspectivas criminológicas, instituciones públicas, interés privado

Abstract: This article studies different criminological perspectives that help to fathom the phenomenon of transnational corruption. To this end, we will first study the characteristics of contemporary societies from different criminological viewpoints and then explain how these contribute to the study and comprehension of transnational corruption. In addition, multiple criminological perspectives will be analyzed, such as white-collar and mass media criminology, victimology, green and maldevelopment criminology, crimes of globalization and macrocriminality, among others.

Keywords: Transnational organized crime, corruption, criminological perspectives, public institutions, private interest

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS SOCIEDADES CONTEMPORÁNEAS DESDE PERSPECTIVAS CRIMINOLÓGICAS.- II.1. CRIMINOLOGÍA DE LOS PODEROSOS Y DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y VICTIMOLOGÍA CONTEMPORÁNEA.- II.2. CRIMINOLOGÍA VERDE Y DEL MALDESARROLLO, CRÍMENES DE LA GLOBALIZACIÓN Y CRIMILEGALIDAD.- II.3. LA MACROCRIMINALIDAD Y LOS CRÍMENES DE MASA.- III. LOS APORTES DESDE LA CRIMINOLOGÍA A LA COMPRENSIÓN DEL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL.- III.1. CRIMINOLOGÍA DE LOS PODEROSOS Y DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y VICTIMOLOGÍA CONTEMPORÁNEA.- III.2. CRIMINOLOGÍA VERDE Y DEL MALDESARROLLO, LOS CRÍMENES DE LA GLOBALIZACIÓN Y LA CRIMILEGALIDAD.- III.3. LA MACROCRIMINALIDAD Y LOS CRÍMENES DE MASA.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la corrupción ha sido entendido tradicionalmente como un problema limitado a ciertas conductas desviadas del propósito institucional u organizacional (Rose-Ackerman, 1978) mediante las cuales: a) quienes realizan las prestaciones o pagos indebidos buscan excluir la competencia de terceros, y b) quienes los reciben buscan satisfacer un interés propio en lugar del propósito para el que se les otorgó el poder o la confianza de la que abusan (Nichols & Robertson, 2017)[1]. Esta concepción es la que informa los tipos penales anticorrupción recogidos en los códigos penales nacionales y en los tratados internacionales, que buscan remover las «manzanas podridas» (Olasolo & Galain, 2022).

Su fundamento son las teorías de la acción racional y del principal-agente. La primera busca explicar las conductas corruptas mediante el

1 Para efectos del presente artículo, se entenderá por «corrupción», además de las conductas decretas en los literales a y b, aquellas situaciones en las que «los bienes externos que recibe quien realiza una actividad humana (dinero, poder, reconocimiento, capacidad de influencia u otro tipo de interés personal) son priorizados por encima de la finalidad social objetiva que dota a esa actividad de sentido y legitimidad, nos encontramos, desde una perspectiva socioeconómica, ante el fenómeno de la corrupción» (Olasolo & Galain, 2022, p. 2).

cálculo de las ganancias que se esperan de las mismas frente a las posibles pérdidas (riesgo de condena y decomiso) en caso de ser descubiertas (Becker, 1968; Felson & Clarke, 1998). La segunda se enfoca en las dificultades que tiene el principal —el Estado o la ciudadanía— para controlar al agente —el funcionario o empleado que desvía su conducta para obtener beneficios económicos ilegítimos— porque sus intereses son distintos (Persson *et al.*, 2010).

Sin embargo, estas teorías no permiten explicar las situaciones donde la corrupción es un factor esencial del modelo de gobernanza, debido a que la regularidad a lo largo del tiempo en los patrones de prácticas corruptas y su gran escala la convierten en un factor muy relevante, sino determinante, en las decisiones adoptadas por las instituciones públicas y las organizaciones privadas en los niveles local, regional, nacional e, incluso, internacional (Olasolo & Galain, 2022).

A esto se une el problema de la interrelación entre corrupción y delincuencia organizada, en cuanto la primera constituye una estrategia central para la supervivencia y el desarrollo de la segunda (Ritch, 2002, p. 571; Paoli & Vander Beken, 2014, pp. 14-15; Obokata & Payne, 2017, p. 11). Ambos fenómenos son, además, muy complejos debido a su alto nivel de fluidez y adaptación a diversos sistemas y culturas —lo que dificulta en gran medida su delimitación y abordaje sistémico—, así como a su constatada dimensión transnacional[2].

Analizar y entender la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT)[3] permiten una mejor comprensión de las sociedades contemporáneas, debido a las devastadoras consecuencias que genera en ellas en lo que se refiere al disfrute de los derechos fundamentales y la ruptura del tejido social —sobre todo, en las poblaciones más vulnerables—, constituyendo una verdadera amenaza al desarrollo social sostenible y a la capacidad de acción institucional. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señala que el fenómeno de la corrupción asociada al COT menoscaba los pilares del Estado de derecho e impide que los Estados puedan cumplir con sus fines, facilitando que el crimen organizado ponga el poder público a su servicio (CIDH, 2018).

2 Esta dimensión transnacional se manifiesta cuando tienen lugar en más de un Estado o cuando, a pesar de ocurrir en un solo Estado: a) una parte sustancial de sus efectos o de su preparación, planificación, dirección o control se producen en un tercer Estado; o b) entrañan la participación de un grupo delincuencial organizado que realiza actividades delictivas en varios Estados (Convención de Palermo, art. 3.2).

3 Para efectos del presente artículo, se entenderá por «delincuencia» o «criminalidad organizada transnacional» el actuar de un «grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo» a la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT o Convención de Palermo) y sus Protocolos con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material (CNUDOT, 2004, art. 2).

Entre las devastadoras consecuencias provocadas por este fenómeno en los ámbitos económico, social, político, jurídico, ambiental y ético (Olasolo, 2021a) se destaca el especial impacto negativo en el nivel de satisfacción de los derechos fundamentales de aquellos sectores de la población que disponen de menos recursos. En este sentido, Christy Mbonu (2004), relatora especial sobre la corrupción y sus repercusiones en el pleno disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales, ha señalado que «[t]anto en los países desarrollados como en los países en desarrollo las consecuencias de la corrupción en el sector privado son devastadoras. El grupo más perjudicado es el más vulnerable, o sea, los pobres, que lo son cada vez más». Del mismo modo, la CIDH (2019) ha subrayado que «la corrupción afecta a las personas en situación de pobreza y pobreza extrema, debido a que, por su condición de vulnerabilidad, sufren de manera agravada las consecuencias del fenómeno» (§ 513).

Por su parte, Benito (2021), Ballesteros (2021), Hernández-Basualto (2021), López-González (2021), Morales (2021), Olasolo (2021a), Olasolo y Mané (2021), Ramírez-Montes y Peñafort (2021), y Tamayo y Ariza (2021), afirman que el impacto negativo de la corrupción asociada al COT presenta múltiples dimensiones o impactos en la sociedad contemporánea, a saber:

1. Impacto económico: menor crecimiento económico al disminuir la competitividad y la seguridad jurídico-económica, distorsionando los mercados, lo que a su vez genera un alejamiento de las inversiones y causa mayores desequilibrios en la distribución de la riqueza como consecuencia del incremento en el gasto ineficiente de los recursos y la consiguiente disminución de la calidad de los servicios públicos.

2. Impacto social: pérdida de confianza en las instituciones por la falta de resultados de las políticas para reducir la corrupción. Esto, a su vez, debilita los valores fundamentales de la sociedad, limita la efectividad de las políticas sociales e incrementa la inequidad porque el impacto negativo, en lo que se refiere al nivel de satisfacción de los derechos fundamentales, es muy significativo en aquellos sectores de la población que disponen de menos recursos.

3. Impacto político: sustitución de los intereses de los ciudadanos por los intereses particulares de quienes están, en principio, llamados a representarlos y de otros sujetos ajenos a la relación de confianza entre gobernante y ciudadano, lo que conlleva la politización de las instituciones, la captura del Estado por intereses privados, la alienación política de los ciudadanos, y su indiferencia e incredulidad frente a las instituciones políticas y sus dirigentes.

4. Impacto jurídico: uso de la función pública para el beneficio propio o de terceros, así como la utilización de la justicia para fomentar la impunidad, erosionando con ello su finalidad de protección de las libertades y los derechos civiles de los ciudadanos.
5. Impacto ambiental: deterioro del medio ambiente al impedir la aprobación y aplicación eficaz de una legislación que fomente su protección y el uso sostenible de los recursos, favoreciendo de este modo a las compañías mineras, las plantas eléctricas y las refinerías.
6. Impacto ético: confusión en la población a la hora de identificar una práctica como corrupta y de reconocer sus consecuencias negativas, lo que limita los sentimientos de arrepentimiento o aversión, máxime si no hay víctimas visibles porque los daños causados no afectan a individuos concretos, sino a la sociedad en su conjunto.

Ante esta situación, analizar y entender el fenómeno de la corrupción asociada al COT es esencial para poderlo enfrentar de la manera más efectiva con el fin de limitar sus múltiples impactos negativos en las sociedades contemporáneas. Para ello, y dadas las evidentes dificultades para su adecuada comprensión, es especialmente útil recurrir a diferentes enfoques con el fin de obtener una visión más completa de sus principales elementos y características. En este sentido, la interdisciplinariedad de la criminología es de gran valor porque permite reflejar las diversas dinámicas de este fenómeno, lo que puede servir como base en un futuro para realizar nuevas propuestas sobre cómo abordarlo, considerando la insuficiencia que los enfoques tradicionales —representados en los tratados internacionales anticorrupción (Olasolo & Galain, 2022)— han demostrado a la hora de enfrentarlo.

Así entonces, conviene subrayar desde un inicio que, si bien ninguna de las perspectivas criminológicas abordadas en este trabajo permite describir plenamente el fenómeno objeto de estudio, no es menos cierto que todas y cada una de ellas permiten visibilizar con especial claridad alguno(s) de sus aspectos más relevantes, razón por la cual han sido seleccionadas. En consecuencia, las siguientes secciones abordan lo que un análisis desde la criminología nos revela sobre las sociedades contemporáneas (sección II) y sobre el papel central que la corrupción transnacional y su relación con el COT desempeñan en las mismas (sección III). El trabajo finaliza con las principales conclusiones alcanzadas (sección IV).

II. LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS SOCIEDADES CONTEMPORÁNEAS DESDE LAS PERSPECTIVAS CRIMINOLÓGICAS

II.1. Criminología de los poderosos y de los medios de comunicación y victimología contemporánea

La denominada «criminología de los poderosos», que se centra en el estudio de los «delitos de cuello blanco», nos quita la venda sobre uno de los mayores mitos sobre los que se construyen las sociedades contemporáneas: que la personas con un estatus socioeconómico alto y aparente respetabilidad disfrutan de esa posición porque se lo merecen (Böhm, 2017).

Esta perspectiva criminológica refleja que no son pocos entre los integrantes de este grupo socioeconómico quienes tienen como ocupación principal la actividad delictiva (Sebith, 2017). En este sentido, Gottschalk (2010) define a los delincuentes de cuello blanco como individuos ricos, bien educados y con conexiones sociales que normalmente están empleados por una compañía u organización legítima. Es decir, se trata de personas respetadas y con un alto estatus social que cometen el crimen en el desarrollo de su trabajo.

Si bien el significado y la definición de la delincuencia de cuello blanco son controvertidos al existir profundos desacuerdos con respecto al tipo de personas y conductas que deberían entrar en dicha categoría, lo cierto es que, como Benson *et al.* (2009) subrayan, la criminalidad de los poderosos pone el acento en aquellos delitos realizados mediante astucia u ocultación que implican a individuos y personas jurídicas con un mayor nivel de acceso a oportunidades y recursos. En consecuencia, dependiendo de la definición que se utilice, esta podría abarcar a Gobiernos, empresas, directores ejecutivos, profesionales, estafadores de la seguridad social, y personas que descargan ilegalmente programas informáticos o que declaran ingresos inferiores a los previstos en sus impuestos (Benson & Simpson, 2018).

El análisis de la influencia que tiene la situación económica y de poder de los autores de delitos de cuello blanco es un elemento central de la criminalidad de los poderosos, que tratan de ubicar su actividad en una zona gris que dificulta la diferenciación entre actividades lícitas e ilícitas, y entre actividades corporativas y del COT (Simpson, 2011).

Este planteamiento nos muestra además cómo, a pesar de las múltiples actividades delictivas cometidas por las personas jurídicas, el sistema penal hace extremadamente difícil responsabilizarlas porque, además de la necesaria tipificación en el ordenamiento jurídico de que se trate, es necesario probar la causalidad existente entre su comportamiento

y el daño producido. De esta manera, como Böhm (2021) señala, la criminalidad de los poderosos contribuye, en particular, a mostrar la manera en que las grandes empresas utilizan la influencia y el poder económico, social y político con el que cuentan en los países donde llevan a cabo sus negocios para mantener estos obstáculos y evitar tener que responder penalmente por sus actuaciones.

Un actor esencial en el proceso de ocultamiento de las actividades ilícitas de las personas naturales y jurídicas con poder económico e influencia sociopolítica son los medios de comunicación. Esto es reflejado en los estudios criminológicos que se centran en los mismos y en las repercusiones del control formal e informal que tratan de establecer a través de las siguientes estrategias de acción: a) la determinación de aquellos temas que se van a debatir en los medios y la exclusión o minimización del resto a pesar de su relevancia (*agenda setting*) (Cohen, 1963; McCombs & Valenzuela, 2007); b) la definición de los aspectos a abordar en relación con cada una de los temas que entran en la agenda de los medios, priorizando unos y excluyendo o dejando en un segundo plano otros (*agenda framing*) (McCombs, 2006); y c) la (re)construcción activa de los acontecimientos en lugar de su descripción, basándose en discursos derivados de diversas fuentes (Parra & Domínguez, 2004). Con ello buscan influir en el desarrollo político-institucional y socioeconómico de las sociedades contemporáneas mediante la creación de la opinión pública y el establecimiento de un sistema de control social informal (Ragagnin, 2005).

Como resultado de lo anterior, el tratamiento que los medios de comunicación dan a los delitos de cuello blanco es insignificante en comparación con el dispensado a los delitos cometidos violentamente con el fin de aumentar el miedo a la delincuencia tradicional (Levi, 2008). De esta manera, como los delincuentes de cuello blanco son personas naturales y jurídicas influyentes, reciben un trato muy favorable, lo que se refleja en: a) la ubicación de la noticia en secciones con poca audiencia, b) la construcción de los perfiles de los involucrados con el fin de humanizarlos y c) el relato de los hechos con un discurso exculpatorio (Sebith, 2017). Además, el daño social causado por este tipo de criminalidad es invisibilizado, al igual que sus múltiples víctimas directas o indirectas (Burgos, 2015).

La victimología contemporánea, que se centra en la prevención de la victimización, con un interés especial en las múltiples formas de daño que experimentan las víctimas, completa el cuadro expuesto. Así, mientras una rama más tradicional de la misma se centra en subrayar que las víctimas requieren respuestas efectivas con respecto a la reparación, la restitución, la participación en los procesos judiciales

y el apoyo jurídico y psicosocial (Kirchhoff, 2010)[4]; otra rama pone el énfasis en que la victimización se produce cuando las instituciones encargadas de velar por la seguridad de la población, como la policía o los tribunales de justicia, no cumplen adecuadamente su trabajo y, por el contrario, sirven a los intereses de las personas con recursos e influencia, ofreciéndoles un fuerte blindaje frente a las posibles reacciones jurídicas cuya consecuencia es un tipo de «seguridad jurídica» conocida como «impunidad» (Böhm, 2021; Olasolo & Galain, 2022).

Aunado a lo anterior, la victimología alemana ha propiciado un avance significativo en lo que respecta a la caracterización de la víctima de la corrupción. Las preguntas por el bien jurídico protegido y, consecuentemente, la naturaleza de la víctima de este tipo de conductas han sido transversales a las discusiones sobre cuál es el mejor abordaje legal para prevenir y combatir la corrupción transnacional. En esa línea, Tiedemann (2014) subraya que los delitos de corrupción menoscaban un bien supraindividual: la confianza de la colectividad en el buen actuar y proceder de las instituciones. Por su parte, Böhm (2018) pone el énfasis en aquellos escenarios en los que los actos de corrupción son tales que afectan directamente a una comunidad que se organiza para reclamar sus derechos, siendo usual que el entramado institucional procure dinamitar los procesos organizativos de las comunidades. De ahí, la importancia de promover que los grupos de víctimas que han sufrido un daño colectivo común tengan la suficiente voz y fuerza para impulsar procesos penales por delitos de corrupción.

II.2. Criminología verde y del maldesarrollo, crímenes de la globalización y crimilegalidad

La criminología verde muestra las consecuencias biofísicas y socioeconómicas de las diferentes fuentes de amenaza al medio ambiente, como la pérdida de biodiversidad, el cambio climático, la contaminación o la degradación de los recursos naturales (Brisman & South, 2020). Además, visibiliza las graves violaciones de derechos humanos cometidas contra distintos grupos de la población en áreas espacialmente dispersas a través de actividades como el uso de pesticidas en áreas rurales cercanas a pequeños municipios, la contaminación de fuentes hídricas por el uso de químicos que facilitan la explotación del oro y el desplazamiento de poblaciones campesinas e indígenas para facilitar el uso de la tierra a las multinacionales interesadas en el terreno (Böhm, 2021)[5]. Asimismo, en los últimos años ha extendido su objeto

4 Esta idea se ha fortalecido con el apogeo contemporáneo de la psicología y la asistencia social, que han contribuido a que haya más conciencia sobre la necesidad de las víctimas de obtener servicios psicosociales y jurídicos a tiempo, y de no sufrir más estigmatización.

5 La criminología verde afirma la importancia de abordar fenómenos como: a) la contaminación ambiental y sus causas, consecuencias y control; b) la criminalidad empresarial y su impacto en el medio ambiente; c) la salud y seguridad en el lugar de trabajo —especialmente, cuando las infracciones

de estudio a la revelación de los devastadores efectos que determinadas estrategias de exploración y explotación de recursos —que incluyen la participación del COT y la corrupción de autoridades y funcionarios públicos— tienen no solo en el medio ambiente, sino en determinadas poblaciones marginadas y oprimidas[6].

En consecuencia, América Latina y el sur global han sido objeto de especial estudio por la criminología verde porque disponen de una gran riqueza natural (aunque no tengan la capacidad económica de los países de Europa occidental y Norteamérica), mostrando el gran interés de las multinacionales de estos países en realizar inversiones importantes para poner en marcha proyectos extractivos que resultan altamente problemáticos. Asimismo, ha visibilizado cómo este tipo de estrategias resulta también atractiva para Gobiernos y grupos económicos en los países receptores de la inversión, incluso si son lesivas para la mayor parte de la población que habita el territorio y sufre directamente sus consecuencias (Böhm, 2021), generándose así un fuerte conflicto de intereses (Carrasco & Fernández, 2009)[7] y demostrando, además, que el sur global es en donde hay mayor incidencia de crímenes verdes (Rodríguez Goyes, 2019)[8].

En este contexto, las graves violaciones de derechos humanos causadas por las actividades empresariales no son reflejadas como crímenes por los medios de comunicación, ni son consideradas como tales por la «opinión pública» que buscan formar. Por el contrario, la sociedad en general, incluyendo a las altas esferas gubernamentales y judiciales, las

tienen consecuencias perjudiciales para el medio ambiente—; d) la participación del COT y la corrupción de autoridades y funcionarios públicos en la eliminación ilegal de los desechos tóxicos; e) el impacto y legado de la aplicación de la ley y las operaciones militares en el ambiente y el paisaje, el suministro de agua, la calidad del aire y los organismos vivos que pueblan estas áreas (humanos, animales y vegetales); y f) el potencial y alcance del derecho penal para prevenir el despojo ambiental y castigar a los autores de los daños. Al respecto, ver Brisman y South (2020, p. 41).

6 Para la criminología verde, las comunidades marginales —personas de bajos ingresos, personas de color en Estados Unidos o comunidades indígenas en la Amazonía brasileña— tienen más probabilidades de estar expuestas a los riesgos ambientales que otras comunidades o grupos (Jarrell & Ozymy, 2014, p. 249; Boekhout, 2020). En particular, Boekhout (2020) muestra cómo la población que reside en el municipio de Santarém, en la Amazonía brasileña, está constantemente expuesta a la violencia, al glifosato y a vivir bajo las condiciones que establezcan las empresas transnacionales que dominan allí el comercio, las cuales, además, cometen crímenes ambientales de manera continua. Estas comunidades marginales tienden, asimismo, a ser victimizadas con mayor frecuencia, al no tener ni herramientas ni recursos jurídicos idóneos para reclamar eficazmente una restitución por el daño sufrido (Hall, 2014, pp. 103-118).

7 Carrasco y Fernández (2009) exponen esta situación al analizar el complejo panorama enfrentado por la comunidad indígena de Likantatay, ubicada en Atacama, al norte de Chile, ante las consecuencias de un proyecto de desarrollo minero que implicaba su traslado forzoso si el proyecto llegaba a concretase. Para ello, analizan las estrategias de resistencia de la comunidad indígena, y los discursos y estrategias de la corporación minera para poner en marcha el proyecto. De esta manera, consiguen reflejar los diferentes y complejos intereses de las distintas partes involucradas en el conflicto, que han de ser tenidos en cuenta a la hora de decidir si finalmente se desarrolla o no (pp. 2, 12-13 y 17).

8 En este punto, es relevante citar el trabajo de David Rodríguez Goyes (2019), quien plantea desde la *Southern Green Criminology* que los desarrollos recientes de la criminología verde muestran que la división entre el norte y el sur global es un factor clave que conduce al daño ambiental.

ve simplemente como inevitables efectos colaterales del progreso y el desarrollo.

Ante esta situación, no se puede sino afirmar la existencia de un estrecho vínculo entre violencia visible e invisible y entre desarrollo y maldesarrollo. Como subraya Böhm (2021), la criminalidad del maldesarrollo desvela con toda claridad que

> si el desarrollo entendido en un sentido integral es la realización de las necesidades básicas en el nivel más alto posible de su potencial, entonces el maldesarrollo, por implicar la implementación distorsionada de tales mecanismos y la obstaculización evitable de la satisfacción de las necesidades básicas, termina siendo, simplemente, violencia (p. 217).

Esta visión es complementada por la relativa a los crímenes de la globalización, que pone el foco en aquellas políticas y prácticas demostrablemente lesivas que, siendo producto de las fuerzas de la globalización, son legitimadas y desarrolladas por las instituciones internacionales en un contexto global (Rothe & Friedrichs, 2015, p. 26). Si bien esta perspectiva se desarrolló en un principio para describir los dañinos proyectos de extracción de recursos naturales[9], construcción de oleoductos[10] y programas de reubicación[11] del Banco Mundial, su

9 El Banco Mundial financia numerosos proyectos extractivos, siendo esta una de las instituciones globales de mayor alcance en temas de «desarrollo», enfocada exclusivamente en el sector privado. Un ejemplo de la lesividad de sus actividades es el caso de las minas de Accra, la capital de Ghana. En este caso, se produjeron una serie de violaciones de derechos humanos que no fueron tenidas en consideración por el Banco Mundial, con alrededor de diez mil personas indígenas desplazadas. A pesar de lo anterior, el Banco Mundial otorgó a la Corporación Minera Newmont un préstamo de ciento veinticinco millones de dólares con el fin de terminar el trabajo de explotación del oro en la zona, muy a pesar de los reclamos sociales relativos a las vulneraciones de derechos humanos que esta actividad traía consigo. Actualmente, es claro que no solo hubo impactos sociales, como el desplazamiento forzado al que fueron sometidas las comunidades, sino también una serie de impactos medioambientales ocasionados por las minas a cielo abierto, que repercutieron en la pureza del agua en la zona y la fertilidad de la tierra; cuestiones que no solo deben revisarse en abstracto, pensando en la naturaleza como bien jurídico protegido, sino también en el sentido de que estos daños afectaron gravemente las actividades agrícolas y, en consecuencia, los medios de subsistencia de las comunidades. Sobre el tema, ver Rothe y Friedrichs (2015).

10 Varios proyectos de oleoductos financiados por el Banco Muncial han presentado problemas en términos de derechos sociales de las comunidades y daños medioambientales. Ahora bien, mención especial merece el proyecto de oleoducto denominado Chad-Cameroon Petroleum Development and Pipeline Project, dirigido por Exxon Mobil y sus socios Chevron y Petronas, que ha contado con 4,2 billones de dólares de financiación del Banco Mundial. En su ejecución, se construyeron alrededor de trescientos kilómetros de oleoducto. La principal problemática social surgió como consecuencia de que a las poblaciones indígenas que vivían a lo largo del oleoducto les prometieron oportunidades laborales y grandes beneficios como consecuencia de su ejecución. Sin embargo, tras la consecución de los principales objetivos del proyecto, los beneficios de las comunidades locales fueron insuficientes, por no decir inexistentes, en comparación con el daño social y medioambiental que sufrieron y que subsiste en la actualidad. Sobre el particular, revisar Rothe y Friedrichs (2015).

11 El programa de «reubicación» o *Villagization* ejecutado en 2015 en Etiopía ha sido financiado con dos mil millones dólares por el Banco Mundial a través del Programa de Promoción de Servicios Básicos. Este programa presenta el concepto de «nuevo desarrollo» y tiene por objeto reubicar a las poblaciones indígenas en zonas centralizadas con mejores infraestructuras, lo que permite a su vez el uso de sus tierras por parte de los inversionistas extranjeros (Human Rights Watch, 2013, p. 30).

significado se ha extendido para incluir las políticas y prácticas nocivas del conjunto de instituciones financieras internacionales[12].

Como Roth y Friedrichs (2015) afirman, estas instituciones son frecuentemente cómplices de políticas que exacerban los conflictos étnicos en ciertos países, aumentan la brecha entre ricos y pobres, causan graves daños ambientales, descuidan la agricultura —crucial para la supervivencia de amplias partes de la población mundial— y son insensibles al desplazamiento de un gran número de comunidades originarias en los países del sur global (p. 36). Por ello, las víctimas de los crímenes de la globalización se encuentran normalmente en los países africanos, asiáticos y latinoamericanos, que cuentan con pasados coloniales y a los que el modelo de globalización impuesto por el norte global no les permite sacar a sus poblaciones de las miserables condiciones en las que pasan toda su existencia[13].

Por ello, autores como Arroyo Quiroz y Wyatt (2018) subrayan la importancia de someter al escrutinio público a las corporaciones que, en su afán de maximizar las ganancias, no guardan ningún tipo de respeto por la naturaleza y los derechos humanos de las poblaciones vulnerables. Además, es necesario cuestionar el actuar estatal y de los organismos internacionales —especialmente, los financieros— que, por un lado, resultan siendo cómplices de este modelo criminal de desarrollo económico —especialmente, cuando conceden permisos administrativos para explorar y explotar los recursos naturales— y, por otro lado, encubren los crímenes ambientales ocultando información[14]. De hecho, como señala Böhm (2021), solo si se diseñan sistemas de prevención como el acceso a información especializada y comprensible desde su cosmovisión, las comunidades se encontrarán en una mejor

12 Entre ellas destacan por su relevancia el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Grupo Banco Mundial, compuesto por el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo (IBRD), la Asociación para el Desarrollo Internacional (IDA), la Corporación Internacional de Finanzas (IFC), la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) y el Centro Internacional para la Solución de Disputas de Inversión (ICSID). De esta manera, los crímenes de la globalización están conformados por relaciones y procesos continuos en los que participan una serie de entidades con sede tanto en los países occidentales y del norte global como en los países del sur global. Entre estas entidades se encuentran las instituciones financieras internacionales, sus Estados patrocinadores (especialmente, Estados Unidos), las corporaciones y empresas multinacionales, y los líderes políticos y empresariales de los Estados del sur global. Desde la perspectiva de los crímenes de la globalización, las acciones específicas de los funcionarios de desarrollo de las instituciones financieras internacionales y los proyectos específicos que patrocinan son manifestaciones de crímenes estructurales y sistémicos. Ver Rothe y Friedrichs (2015).

13 Roth y Friedrichs (2015) subrayan también que en el norte global (países ricos, también llamados del «primer mundo») viven millones de pobres, de personas impotentes e inmigrantes ilegales, entre otros. Por su parte, en el sur global hay millones de personas de clase media que viven cómodamente y algunas personas extremadamente ricas, incluso algunos multimillonarios. En consecuencia, no se debería pensar en el norte y el sur global en términos exclusivamente geográficos, sino más bien en términos de distribuciones globales asimétricas de poder y privilegio (pp. 6-7 y 33-34).

14 De esta manera, para Arroyo Quiroz y Wyatt (2018) el Estado no solo permite que las empresas obtengan grandes extensiones de tierra, ignoren las medidas de protección ambiental, accedan a recursos naturales que son comunitarios o están protegidos, sino que además ofrece el amparo de funcionarios corruptos que ayudan a las empresas a eludir la ley.

posición para: a) levantar su voz cuando las actividades extractivas les sean perjudiciales y b) dejar de ser colaboradores involuntarios de las actividades criminales que terminan padeciendo.

Finalmente, los planteamientos de la crimilegalidad buscan visibilizar aquellos contextos sociales donde los límites de la legalidad y la ilegalidad son porosos, coexistiendo diferentes legalidades dentro del sistema político. Según Schultze-Kraft (2019), en sociedades que responden a estas características, como las existentes en las regiones del delta del Níger (Nigeria) y del valle del Bajo Atrato en el Chocó colombiano, la legitimidad de la ley estatal se ve permanentemente impugnada y disputada por una amplia variedad de actores estatales y no estatales, como los líderes políticos, los funcionarios del Estado, las élites empresariales, los diversos movimientos sociales, las organizaciones criminales y los grupos paramilitares insurgentes, entre otros. En este proceso de disputa, los actores legales y los ilegales/criminales usan diferentes estrategias para dar una apariencia de legitimidad a sus actos.

Es así como el monopolio del uso de la violencia por el Estado es sustituido en ciertos países o regiones por oligopolios de violencia en los que el Estado es uno de los varios actores legitimados para ejercitar la coerción. De este modo, el uso de la violencia —incluyendo la violencia ejercida por el COT— puede convertirse en violencia legítima porque sus actos se encuentran teñidos de legitimidad en un sistema político híbrido, gracias al cambio de paradigma y a la existencia de estándares morales y normativos borrosos (Schultze-Kraft, 2019).

II.3. La macrocriminalidad y los crímenes de masa

La macrocriminalidad busca visibilizar «la criminalidad de los grandes colectivos, de aparatos de poder estatales y de sistemas injustos de carácter político» (Jäger, 1989. p. 129). Para ello, analiza la estructura política necesaria para la actuación delictiva en el marco de distintos contextos de acción colectiva (Böhm, 2021, p. 225)[15], que van desde regímenes dictatoriales violentos y represivos hasta Estados y regímenes democráticos[16].

Como resultado, la macrocriminalidad busca develar cuatro aspectos centrales del funcionamiento de nuestras sociedades contemporáneas. En primer lugar, la dimensión colectiva de la violencia, caracterizada por la multiplicidad de agentes y conductas que, al ejecutarse de manera organizada e integrada, generan devastadores hechos globales (Jäger,

15 La «macrocriminalidad» es una aproximación emparentada con la denominada «criminalidad de los poderosos». Mientras esta última pone el acento en las características estructurales del poder, la primera se concentra en las características del colectivo desde el que se cometen los delitos.

16 Si bien fue inicialmente concebida bajo la premisa de que solo sería aplicable en regímenes dictatoriales violentos, represivos o en Estados totalitarios en donde «no se admite ningún tipo de oposición al gobierno y a los hombres que detentan el poder» (Chanamé, 2007).

1989; Alpaca, 2013, p. 21; Ambos, 2005, p. 45). En segundo lugar, la función activa del Estado, que tiene el poder para definir qué se va a tipificar como delito y qué no, y para decidir si se van a esclarecer los hechos y enjuiciar a los culpables o si, por el contrario, se va a optar por su ocultamiento con el fin de propiciar la impunidad de los responsables (Alpaca, 2013, p. 29; Herzog, 2008). En tercer lugar, el uso de mecanismos o técnicas de neutralización, como la calificación de «enemigo» de determinados grupos, deshumanizándolos y propagando una «anestesia moral» que facilita la comisión de los actos de violencia (Neubacher, 2006, pp. 787-799)[17]. Finalmente, el enorme daño colectivo que genera el hecho global y cómo este puede llegar a vulnerar los intereses de la comunidad internacional en su conjunto (Alpaca, 2013).

El análisis realizado por la macrocriminalidad es complementado por el de los crímenes de masa, que según autores como Zaffaroni (2012b, 2015), Böhm (2021) y Albrecht (2007) pone el foco sobre los siguientes ocho aspectos de nuestras sociedades contemporáneas. En primer lugar, la creación artificial de «enemigos» para canalizar la venganza de la sociedad sobre los mismos (Zaffaroni, 2012a, pp. 62 y 87). En segundo lugar, el hecho de que las víctimas (los enemigos) son poblaciones marginales que terminan siendo «sacrificadas» por una decisión política con base en las circunstancias concretas de cada sociedad —la brujería, la degeneración de la raza, el comunismo internacional, la sífilis, las drogas o el terrorismo, por poner solo algunos ejemplos—. En tercer lugar, la comisión de la violencia por un poder punitivo descontrolado que opera sin ningún tipo de límite en regímenes dictatoriales, conflictos armados e incluso en regímenes democráticos (Zaffaroni, 2012a, pp. 33-36 y 39-40; Böhm, 2021, p. 240). En cuarto lugar, la generación, además del daño individual, de un gravísimo daño colectivo como consecuencia de un sistema criminal selectivo que actúa contra quienes integran las poblaciones marginales consideradas como «enemigos» (Zaffaroni, 2012a, p. 13; 2012b).

La perspectiva de los crímenes de masa también muestra, en quinto lugar, que la violencia no se limita a situaciones de ausencia del Estado de derecho —y el consiguiente establecimiento de un Estado de policía—, sino que se da también con la complicidad estatal en la implementación de políticas de «genocidio por goteo». Estas últimas son características de las prácticas de «tolerancia cero» y de las «políticas

17 En un sentido similar, Fabricius (2016) se refiere al experimento que Milgran llevó a cabo en la prisión de Stanford en la década de 1970. Este experimento puso en duda la capacidad de culpabilidad y la falta de contención de la conducta delictiva en situaciones de obediencia, quedando demostrado que los impulsos de la conciencia son más débiles que los de la obediencia y que, cuando aparece una autoridad legítima, los individuos no contradicen las órdenes, incluso cuando «intuyen» que son injustas. Esto acontece en las situaciones donde los derechos humanos son objeto de violación a gran escala por parte de miembros del ejército, la policía, los servicios de inteligencia o cualquier organización con una estructura jerárquica.

sociales de exclusión», que lesionan el derecho humano al desarrollo de las poblaciones más vulnerables —sacrificadas por exigencia del sistema económico globalizado y del capital financiero internacional— y son una de las principales causas de muerte en América Latina (Zaffaroni, 2015; 2012a, p. 87)[18].

En sexto lugar, la perspectiva los crímenes de masa permite visibilizar la naturaleza no coyuntural de este fenómeno porque «desde tiempos inmemoriales se inventan enemigos que se sacrifican» para luego reinventar nuevos enemigos y generar nuevos sacrificios (Zaffaroni, 2012a, pp. 25 y 39). Asimismo, en séptimo lugar, explica que no hay una respuesta clara al porqué de todas estas atrocidades, puesto que, si bien es cierto que «siempre se han cometido», no existe al mismo tiempo prueba alguna de que este tipo de violencia sea connatural a la especie humana (p. 87). Finalmente, muestra cómo los crímenes de masa constituyen un fenómeno mundial, al no estar localizados en un lugar específico, sino ampliamente difundidos como consecuencia del renacimiento de la ideología de la seguridad nacional, que, como subraya Albrecht (2007), inventa «guerras» de manera recurrente contra poblaciones «anómalas»[19].

III. LOS APORTES DESDE LA CRIMINOLOGÍA A LA COMPRENSIÓN DEL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL

III.1. Criminología de los poderosos y de los medios de comunicación y victimología contemporánea

La criminalidad de los poderosos permite comprender mejor algunas de las características del fenómeno de la corrupción transnacional en cuanto

18 Según Zaffaroni (2015), «[l]as cifras de la ONU muestran que de los 23 países que en el mundo superan el índice anual de homicidios de 20 por cada 100.000 habitantes, 18 se hallan en América Latina y el Caribe y 5 en África. […] Si sumásemos los números de muertos en diez años lo veríamos con mayor claridad, pues equivale al de una gran ciudad. No lanzamos las bombas de Hiroshima y Nagasaki, pero las superamos en una década» (pp. 202-203).

19 Según Albrecht (2007), esto se refleja especialmente en la denominada «guerra contra las drogas», la cual es directamente funcional a los intereses económicos de actores privados, públicos, internacionales y nacionales, e indirectamente funcional a la ideología de la seguridad nacional —al menos, en su diseño por Estados Unidos con respecto a un enemigo externo—. Se trata de una guerra que afecta a un buen número de países latinoamericanos productores de drogas (naturales), donde los principales intereses vinculados al «problema de las drogas» son ajenos al bien jurídico tutelado penalmente (salud pública) y a la propias poblaciones locales, relacionándose a nivel macro con el control hegemónico de toda la producción de plantas útiles para la industria química y medicinal, y a nivel micro, con el mantenimiento económico de estructuras encargadas de tareas de tipo policial, de inteligencia, militares y burocráticas, que se mantienen activas desde el fin de la Guerra Fría (Albrecht, 2007). Todo ello aderezado por: a) estrechos vínculos «económicos» (lícitos e ilícitos) con las elites corruptas que gobiernan en perjuicio de los recursos intangibles y de las poblaciones más vulnerables; y b) cuestiones de seguridad nacional en países como Brasil (Passos & Barral, 2013, pp. 111-121; Oliveira & Ribeiro, 2019), Colombia (Rincon-Ruiz & Kallis, 2013, pp. 60-78; Kirkpatrick, 2016), México y los Estados centroamericanos utilizados para la ruta hacia el principal mercado consumidor del mundo: Estados Unidos.

que fenómeno central de las actuales sociedades contemporáneas. En primer lugar, visibiliza cómo se utiliza la condición socioeconómica para llevar a cabo prácticas corruptas con el propósito de obtener ganancias qué no pueden ser obtenidas de forma lícita. En particular, se pone el acento en cómo los sujetos activos de este tipo de prácticas pertenecen a estratos socioeconómicos altos y cuentan con la garantía de su impunidad por la empatía, cuando no alianza, con políticos y jueces que pertenecen a esos mismos círculos. Asimismo, sus aportes a la financiación de los partidos políticos les garantizan la creación de normas administrativas y penales a su favor. Además, su relación con firmas de abogados y despachos contables les facilitan el desarrollo de las actividades ilícitas gracias a la zona gris en la que tratan de operar (Benson & Simpson, 2018).

Esta perspectiva permite también, en segundo lugar, explicar mejor el funcionamiento de las redes de corrupción transnacional para visualizar «las funciones estructurales de los participantes en el mercado, sus acciones, los flujos de transacciones y transferencia de recursos entre puntos, y las distancias físicas entre los actores» (Simpson, 2011, p. 500). Asimismo, en tercer lugar, saca a la luz los devastadores efectos financieros de la corrupción transnacional y sostiene la necesidad de diseñar mejores herramientas para controlar y prevenir este tipo de delitos. Para ello, busca identificar las características y los elementos de los entornos que favorecen las prácticas corruptas (Benson *et al.*, 2009, pp. 177 y ss.), y comprender mejor actividades como el soborno y el «lavado de dinero», que pueden ser consideradas como el paradigma de la criminalidad de cuello blanco y de su dimensión transnacional (Grabrosky, 2009)[20].

Finalmente, pero no por ello menos importante, visibiliza también a quienes intervienen en los procesos para brindar «seguridad financiera» y «seguridad jurídica»/impunidad frente a la aplicación del derecho —elemento central del fenómeno de la corrupción transnacional y de sus vínculos con el COT— a los que incurren o se benefician de las prácticas corruptas (Olasolo & Galain, 2022).

20 Los delincuentes de cuello blanco operan internacionalmente y utilizan la corrupción como medio para obtener cuotas de mercado y contratos con los Estados. En el competitivo mundo de los negocios internacionales, el soborno es una práctica corriente que incluso solía ser deducible como gastos de empresa, según la legislación fiscal de muchos países económicamente desarrollados. Esta práctica solo pudo ser revertida cuando la prensa y otras instancias de control social informal denunciaron los aspectos negativos de brindar protección (impunidad) a conductas corruptas cometidas en el nivel transnacional, no solo porque promovían la creación y perpetuación de sistemas administrativos corruptos en terceros Estados, sino porque también reflejaban la falta de integridad de las empresas infractoras que operaban como factores distorsionador en la competencia leal en los mercados. A partir de entonces, distintos actores públicos y privados a nivel nacional e internacional comenzaron a actuar contra estas prácticas, sancionando a quienes las fomentaban. Como resultado, se han creado instituciones públicas y privadas que, aunque no han eliminado los sobornos internacionales, han conseguido aumentar las inhibiciones de los delincuentes, reducir las oportunidades y mejorar la vigilancia de las prácticas corruptas en las actividades empresariales internacionales (Grabrosky, 2009, pp. 142 y ss.).

La criminología de los poderosos es complementada por la de los medios de comunicación en cuanto permite comprender con mayor claridad cómo las prácticas corruptas, que son frecuentemente llevadas a cabo por criminales de cuello blanco con garantías de impunidad, cuentan con el respaldo de una gran parte de los medios de comunicación, los que limitan o incluso evitan su cobertura y tratan de proteger/encubrir a quienes las cometen (Ragagnin, 2005). De esta manera, se visibiliza cómo los medios de comunicación cooperan de manera inequívoca para garantizar su impunidad, elemento esencial para el mantenimiento de las estructuras corruptas (Levi, 2006, 2008).

Esta perspectiva criminológica busca, a su vez, reflejar el trato diferencial, en aspectos tan variados como la ubicación de las noticias, la construcción del perfil de los involucrados, el relato de los hechos y las explicaciones criminológicas pertinentes, que reciben en los ámbitos público y privado aquellas personas influyentes y con recursos que incurren en prácticas corruptas (Burgos, 2015). Por lo anterior, el tratamiento de estas prácticas como delito se ve entorpecido, pues no existe una conciencia social sobre su ilicitud (Sebith, 2017).

Por su parte, la victimología contemporánea busca visibilizar a los sujetos pasivos de las prácticas corruptas, afirmando que las personas sin recursos son las más afectadas por estas dinámicas delictivas, como lo muestra la tendencia al alza de la ocurrencia cotidiana de actos de violencia y corrupción en contextos marginados debido al aislamiento de las víctimas y a su colaboración voluntaria con el victimario antes, durante y después de la comisión del delito. Particularmente grave es, en este sentido, la situación de las pequeñas comunidades —que suelen ser víctimas de grandes empresas transnacionales—, las cuales se encuentran escasamente conectadas con las áreas urbanas y con cualquier tipo de actor gubernamental, facilitando el ocultamiento empresarial de sus prácticas corruptas (Böhm, 2021). Por ello, la victimología contemporánea busca visibilizar estas situaciones, al tiempo que explica cómo muchas de las afectaciones a gran escala no pueden concretarse sin la preparación gradual tanto de las poblaciones que van a ser victimizadas como del ambiente social del victimario. Este escenario es el resultado de la poca información y los bajos niveles de educación con los que cuentan las víctimas, y de la contribución mediante prácticas corruptas de instituciones como la Policía, la Fiscalía y los tribunales de justicia que, en lugar de tratar de evitar la victimización de la población en riesgo, se interesan principalmente por las necesidades de los actores con más recursos e influencia, como las grandes empresas transnacionales[21].

21 Los propios Estados latinoamericanos parecen tener responsabilidad por esta situación porque, si cumplieran con sus obligaciones para con estas poblaciones —comenzando por tener una mayor presencia física en sus territorios— y garantizaran una mayor tasa de empleo y educación, dejarían

Por último, la victimología contemporánea pone el foco también sobre el hecho de que vivir en áreas ricas en recursos naturales aumenta las posibilidades de ser víctima de delitos porque las poblaciones que allí habitan no solo son vulnerables a los actos ya mencionados, sino que además, fruto de los pactos corruptos entre empresas transnacionales e instituciones locales, regionales y/o nacionales, son víctimas de las acciones coercitivas de la policía y las fuerzas armadas cuando se movilizan contra el daño ambiental o las injustas condiciones laborales establecidas por las empresas. Estas consecuencias se potencian cuando las empresas transnacionales intervienen: a) durante conflictos armados internos en zonas donde el Estado no tiene el monopolio ni del uso de la fuerza ni del cumplimiento de la ley, como ha sucedido en buena parte del territorio colombiano (Suelt, 2021; Loingsigh, 2021); o b) en situaciones de ausencia del Estado de derecho, características, por ejemplo, de las dictaduras militares del Cono Sur durante los años setenta y ochenta del siglo pasado (Saad-Diniz, 2021).

III.2. Criminología verde y del maldesarrollo, los crímenes de la globalización y la crimilegalidad

La criminología verde ayuda a entender la fluidez y transversalidad social del fenómeno de la corrupción, así como su estrecha relación con el COT. Esto se debe a que los crímenes ambientales se caracterizan por ser cometidos en la frontera entre la legalidad y la ilegalidad —sus autores aparentan ser legítimos, al tiempo que manipulan el sistema político-jurídico para alterar los procesos en beneficio propio—, afectando a todos los ámbitos de la sociedad y provocando impactos ambientales devastadores y perjuicios globales muy graves.

Asimismo, visibiliza cómo diferentes tipos de actores —públicos, privados y al margen de la ley— pueden operar organizadamente para corromper el sistema y obtener beneficios económicos, como en el caso de las empresas transnacionales que operan desde la legalidad con promesas extravagantes de progreso que jamás se cumplen. Además, ayuda a mostrar la dimensión transnacional de la corrupción, porque los crímenes ambientales son normalmente cometidos por empresas y corporaciones transnacionales en países en vías de desarrollo que tienen sistemas político-jurídicos débiles y gran abundancia de recursos naturales. En consecuencia, los delitos cometidos por estas corporaciones son frecuentemente planeados y ordenados en un país distinto a aquel en el que se cometen (Böhm, 2021).

de favorecer los intereses de las personas con recursos e influencia, y la tasa de corrupción y de población desplazada y engañada por parte de las corporaciones transnacionales sería mucho menor (Böhm, 2021).

El problema se agrava cuando la producción de estos graves daños es amparada por las resoluciones judiciales de los tribunales de terceros países donde las empresas multinacionales tienen su sede, que son completamente ajenos a la realidad del territorio donde se produce el impacto lesivo. De ahí la necesidad de buscar una concepción más amplia de sanción con un objetivo netamente reparador del daño causado (Galain, 2021b), mayores responsabilidades internacionales para las empresas (Lorenzoni Escobar, 2021) y un mayor ámbito de aplicación de la justicia restaurativa (Nieto, 2021).

La criminología verde es particularmente útil para entender el fenómeno de la corrupción transnacional en América Latina porque, como señala la CIDH (2018), los casos agravados de corrupción que pueden darse en los ámbitos local, regional o nacional tienen consecuencias particularmente lesivas al impedir que el Estado pueda cumplir con sus funciones. De hecho, la CIDH (2019) ha destacado la enorme debilidad institucional existente en la mayoría de los Estados latinoamericanos (§ 117), que disponen de una cobertura territorial insuficiente, adolecen de instituciones capaces de cumplir plenamente con sus funciones y presentan una gran concentración de recursos, poder y capacidad de influencia de actores privados en la toma de decisiones en sectores con un alto impacto socioeconómico y político (Mayoral, 2021).

La criminalidad verde es complementada por la criminalidad del maldesarrollo, que visibiliza cómo las prácticas corruptas generan un grave menoscabo de derechos y obstaculizan la satisfacción de necesidades básicas en grupos poblacionales históricamente vulnerados tanto a nivel nacional como internacional (Böhm, 2018). En consecuencia, esta perspectiva permite sacar a la luz algunas características fundamentales del fenómeno de la corrupción transnacional como: a) la identificación de la acumulación de capital y del estatus social como su causa principal; b) la amplia extensión de esta modalidad criminal debido, en gran medida, a la normalización social respecto de su existencia y a la *romantización* de los sujetos activos que la cometen —como ocurre, por ejemplo, en el área del desarrollo económico agrario—; c) las condiciones sistémicas —carencias presupuestales, ausencia de regulación y control, y connivencia entre funcionarios y empresarios, entre otras— que permiten a las empresas multinacionales maximizar su provecho a través de prácticas corruptas, lo que genera un incremento en las condiciones estructurales de la violencia —vulnerabilidad de las víctimas y ausencia de responsabilidad de los autores— y una disminución de la calidad del ya precario Estado de derecho; y d) la falta de eficacia en su persecución penal debido a sus vínculos con las distintas esferas del poder público (Böhm, 2021).

La perspectiva de los crímenes de la globalización muestra, a su vez, cómo muchos de los proyectos social y medioambientalmente lesivos promovidos desde las organizaciones internacionales y, en particular, desde el sector financiero, solo son posibles gracias a la corrupción y a la asociación de entidades internacionales con organizaciones que facilitan o intervienen en el pago de dádivas y en la comisión de otras prácticas corruptas (Roth & Friedrichs, 2015). Además, visibiliza la forma en que la seguridad financiera se garantiza, en gran medida, gracias a la globalización y el entramado que, como consecuencia de ella, se teje entre grupos del COT que operan al margen de la ley, Estados que fungen como paraísos fiscales y organizaciones internacionales que miran al costado, facilitando así las transacciones y la seguridad del dinero mal habido (Olasolo & Galain, 2012).

Finalmente, la crimilegalidad permite comprender cómo, en algunas sociedades contemporáneas, ciertas prácticas corruptas pueden ser percibidas como legítimas cuando la legitimidad no dimana necesariamente de la legalidad, sino de una percepción social de legitimidad. De esta manera, se visibiliza cómo algunas prácticas calificadas como corruptas por la ley son socialmente consideradas legítimas por la población de los territorios donde tienen presencia, y donde la legitimidad de la ley estatal se ve permanentemente impugnada y disputada por una amplia variedad de actores estatales y no estatales (Schultze-Kraft, 2019).

III.3. La macrocriminalidad y los crímenes de masa

La macrocriminalidad visibiliza la amplia extensión y el carácter organizado de la corrupción transnacional, además de su estrecha relación con las instituciones estatales. Asimismo, ayuda a vislumbrar cómo se desarrolla este fenómeno en los diversos sistemas políticos, porque las organizaciones involucradas en la corrupción transnacional pueden existir y operar desde las distintas administraciones y poderes del Estado, como lo muestran, por ejemplo, los casos de Fujimori en Perú o del *cartel de la toga* en Colombia.

La macrocriminalidad visibiliza también la estrecha relación existente entre los «capos del narcotráfico», la función parlamentaria e institucional (denominada «narcopolítica»)[22] y la actividad económica y empresarial («narcoeconomía»). Esta relación, que es de larga data en países como Colombia y México, también se presenta en la actualidad en muchos otros de América Latina —como Bolivia (Jurado *et al.*, 2018), Chile (Larraín, 2019), Ecuador (Bagley *et al.*, 1991), El Salvador (Meza, s.f.),

22 Según el Diccionario de la Real Académica Española (2022): «Actividad política en que las instituciones del Estado están muy influidas por el narcotráfico».

Guatemala, Honduras, Perú (Congreso de la República, s.f.)[23] o el Cono Sur (López, 2019; Aguilera, 2011; Iniseg, 2020)— y en España (Iniseg, 2020), donde no solo amenaza a la institucionalidad, sino que también distorsiona el funcionamiento de la política, de los mercados[24] y del propio Estado de derecho[25].

Esta perspectiva criminológica nos revela también que los sujetos que incurren en prácticas de corrupción transnacional en contextos de acción colectiva buscan seguridad financiera para el dinero obtenido ilícitamente, para lo cual necesitan paraísos fiscales y otras instituciones financieras que faciliten el trasiego del dinero y la anonimidad de corruptos y corruptores (Shaxson, 2014), e impunidad frente a la aplicación del derecho. Con respecto a esta última, buscan la inaplicación de las normas que regulan las prácticas corruptas en las que incurren, eliminando el efecto preventivo creado a través de la efectiva investigación, condena y privación de los activos mal habidos (Treisman, 2000).

La macrocriminalidad ayuda asimismo a entender el grave impacto negativo —sobre todo, en el nivel de satisfacción de los derechos fundamentales de la población con menos recursos— que caracteriza la corrupción transnacional. Este menoscabo solo puede ser causado a través de macroestructuras que son utilizadas para estos efectos en contextos de acción colectiva. De ahí que se visibilice cómo, para cometer crímenes macro, se necesita una estructura previa que facilite los instrumentos del delito y algún tipo de garantía estatal de ausencia efectiva de castigo (Haan, 2008).

Por último, la perspectiva de los crímenes de masa complementa los aportes de la macrocriminalidad, poniendo el foco sobre: a) la continuidad en el tiempo de las violaciones a los derechos fundamentales de las poblaciones vulnerables y la necesidad de considerar su impacto devastador en el largo plazo, b) el proceso de etiquetamiento o neutralización de estas poblaciones como delincuentes o «enemigos», y c) las consideraciones discursivas (justificaciones) que son necesarias

23 En Perú se habla incluso de «Propuestas Legislativas contra la Narcopolítica».

24 Se dice que los narcotraficantes han aprendido de las multinacionales y se han constituido como un comprador monopólico de un producto en el mercado. Ver Paullier (2016).

25 El objetivo de Jäger de visibilizar el problema de la macrocriminalidad se puede dar por cumplido. Sin embargo, este concepto ha abierto un nuevo desafío para la criminología, que ahora tiene la misión de elaborar nuevos criterios para una reacción frente a la macrocriminalidad que no se concentre solamente en el castigo a actores individuales que actúan organizadamente, sino que incluya también acciones reparadoras del daño causado. Para ello, deben profundizarse no solo las experiencias teóricas y prácticas de la justicia restaurativa (Karsted, 2009), sino también de la justicia transicional (Galain, 2021d; Engelhart, 2016) y del derecho internacional público (Roberts, 2003; Olasolo & Galain, 2018). De manera similar, cuando se trata de prácticas corruptas ampliamente extendidas y organizadas que operan transnacionalmente, cada sociedad debe ponderar las posibilidades reales de intervención. Por ello, y para las tomas de decisión políticas y jurídicas, el concepto de macrocriminalidad abre un espacio de discusión y análisis que sobrepasa la realidad jurídica y abarca otros campos de las ciencias sociales.

para que se puedan llevar a cabo prácticas corruptas a gran escala sin temor a un juicio de reproche moral o jurídico. Además, permite visibilizar las estructuras de poder involucradas en este tipo de comportamientos, mostrando que, a diferencia de lo que con frecuencia se hace creer, la amplia extensión, el carácter organizado y la dimensión transnacional de las prácticas de corrupción no provienen únicamente del aparato estatal y del sector público (Zaffaroni, 2012a, pp. 33-36, 39-40 y 56), sino que requieren también de una amplia participación del sector privado y del COT (Olasolo & Galain, 2022).

IV. CONCLUSIONES

Los enfoques tradicionales sobre el fenómeno de la corrupción no permiten explicar ni su condición de elemento esencial del modelo de gobernanza —debido a su gran relevancia o, incluso, carácter determinante en las decisiones adoptadas por las instituciones públicas y las organizaciones privadas en los niveles local, regional, nacional e internacional—, ni su dimensión estructural y estrecha conexión con el COT.

Por ello, es necesario recurrir a otras perspectivas para comprender mejor este fenómeno y su relación con el COT. En esa línea, las perspectivas criminológicas abordadas en este trabajo son especialmente relevantes porque permiten visibilizar algunos de los aspectos más importantes de este fenómeno y del papel central que juega en las sociedades contemporáneas como paso previo para generar nuevas propuestas sobre cómo enfrentarlo.

En este contexto, deviene urgente el compromiso de las ciencias jurídico-sociales para ofrecer una respuesta comprehensiva y eficaz que permita superar los ineficaces enfoques tradicionales recogidos en los sistemas penales nacionales y en los tratados internacionales anticorrupción (Olasolo & Galain, 2022).

REFERENCIAS

Albrecht, H. J. (2007). International Kriminalität, Gewaltökomie und Menschenrechtsverbrechen: Antworten des Strafrechts. *International Politik und Gesellschaft*, *2*, 153-169.

Alpaca, A. (2013). *Macrocriminalidad y Derecho Penal Internacional* [cuaderno de trabajo Cicaj N.° 3, nueva serie]. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (Cicaj) de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ambos, K. (2005). *La parte general del derecho penal internacional: bases para una moderna elaboración dogmática*. Berlín: Duncker & Humblot, Fundación Konrad-Adenauer.

Arroyo Quiroz, I., & Wyatt, T. (2018). *Criminología verde en México*. Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias, Universidad Nacional Autónoma de México.

Bagley, B., Bonilla, A., & Páez, A. (eds.). (1991). *La economía política del narcotráfico: el caso ecuatoriano*. Quito y Miami: Flacso Ecuador, North-South Center University of Miami. https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/45024.pdf

Becker, G. S. (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach, *Journal of Political Economy*, 6(2), 169-217. https://doi.org/10.22201/crim.9786073004398e.2018

Benson, J. S., & Simpson, S. (2018). *White-Collar Crime. An Opportunity Perspective* (3.ª ed.). Nueva York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315267609

Benson, M., Madensen, T., & Eck, J. (2009). White-Collar Crime from an Opportunity Perspective. En S. Simpson y D. Weisburd (eds.), *The Criminology of White-Collar Crime* (pp. 175-193). Nueva York: Springer. https://doi.org/10.1007/978-0-387-09502-8_9

Boekhout Van Solinge, T. (2020). The Amazon Rainforest: A Green Criminological Perspective. En N. South y A. Brisman (eds.), *Routledge International Handbook of Green Criminology* (pp. 199-213). Londres y Nueva York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315207094

Böhm, M. L. (2018). *The Crime of Maldevelopment: Economic Deregulation and Violence in the Global South*. Nueva York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781351135474

Böhm, M. L. (2021). La criminalidad del maldesarrollo. Una categoría necesaria en la criminología. En P. Galain Palermo y E. Saad-Diniz (eds.), *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo* (pp. 207-251). Valencia: Tirant lo Blanch.

Brisman, A., & South N. (2020). The growth of a field: a short history of a 'green' criminology. En N. South y A. Brisman (eds.), *Routledge International Handbook of Green Criminology* (2.ª ed.; pp. 39-51). Londres y Nueva York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315207094

Burgos, Á. (2015). Cuello Blanco y Delito. *Revista de Ciencias Jurídicas*, *138*. https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/22823

Carrasco, A., & Fernández, E. (2009). Estrategias de resistencia indígena frente al desarrollo minero. La comunidad de Likantatay ante un posible traslado forzoso. *Estudios atacameños*, *38*, 75-92. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-10432009000200006.

Chanamé, R. (2007). *Diccionario de ciencia política*. Lima: Editorial San Marcos.

Cohen, B. C. (1963). *Press and Foreign Policy*. Princeton University Press. http://www.jstor.org/stable/j.ctt183q0fp

Coleman, J. (1987). Toward an Integrated Theory of White-Collar Crime. *American Journal of Sociology*, *93*(2). https://doi.org/10.1086/228750

Congreso de la República del Perú. (s.f.). *Congresista Mavila destaca iniciativas contra el narcotráfico. Plantean propuestas legislativas contra la narcopolítica*. https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Prensa/heraldo.nsf/CNtitulares2/2ABF0FB81D86511C05257EAD00435434/?OpenDocument

Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2019, 6 de diciembre). *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*. https://oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf

Delarbre, R. (2010). Muchos medios en pocas manos: concentración televisiva y democracia en América Latina. *Intercom - Revista Brasileira de Ciências da Comunicação*, *33*(1), 11-17.

Engelhart, M. (2016). Objetivos de la Justicia de Transición. En P. Galain Palermo (ed.), *¿Justicia de Transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado* (pp. 35-53). Valencia: Tirant lo Blanch.

Fabricius, D. (2016). Uruguay just desert: ¿Hay una obligación de castigar simplemente por haberlo merecido? En P. Galain Palermo (ed.), *¿Justicia de Transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado* (pp. 205-232). Valencia: Tirant lo Blanch.

Felson, M., & Clarke, R. V. (1998). *Opportunity Makes the Thief: Practical theory for crime prevention*. Police Research Series N.° 98. Research Development Statistics.

Galain Palermo, P. (2021a). Empresas, derechos humanos y la reacción del Derecho Penal: la necesidad de un concepto amplio de sanción. En P. Galain Palermo y E. Saad-Diniz (eds.), *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo* (pp. 29-74). Valencia: Tirant lo Blanch.

Galain Palermo, P. (2021b). Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya? *Revista Política Criminal*, *16*(32). https://doi.org/10.4067/s0718-33992021000200745

Gottschalk, P. (2010). *White-Collar Criminals: Theoretical and Managerial Perspectives of Financial Crime.* Colección Criminal Justice, Law Enforcement and Corrections. Nueva York: Hauppauge.

Grabosky, P. (2009). Globalization and White-Collar Crime. En S. Simpson y D. Weisburd (eds.), *The Criminology of White-Collar Crime* (pp. 129-121). Nueva York: Springer. https://doi.org/10.1007/978-0-387-09502-8

Haan, V. (2008). *Joint Criminal Enterprise: Die Entwicklung einer mittäterschaftlichen Zurechnungsfigur im Völkerstrafrecht*. Berlín: Duncker & Humblot. https://doi.org/10.3790/978-3-428-52710-6

Hall, M. (2014). Victims of Environmental Crime: Routes for Recognition, Restitution and Redress. En T. Spapens, R. White y M. Kluin (eds.), *Environmental Crime and Its Victims: Perspectives within Green Criminology* (pp. 103-118). Aldershot: Ashgate.

Herzog, F. (2008). ¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal en la criminalidad estatal. *Política Criminal*, (5), 1-9.

Instituto Internacional de estudios en Seguridad Global (Iniseg). (2020). *Narcoeconomía en España durante la pandemia del Covid-19*. Seguridad al Día. https://www.iniseg.es/blog/seguridad/narcoeconomia-en-espana-durante-la-pandemia-del-covid-19/

International Drug Policy Consortium (2018). *Microtráfico y umbrales legislativos de Bolivia – Ecuador: avances en torno a la perspectiva de la UNASUR*. https://idpc.net/es/publications/2018/05/microtrafico-y-umbrales-legislativos-de-bolivia-ecuador-avances-en-torno-a-la-perspectiva-de-la-unasur

Jarrell, M., & Ozymy, J. (2014). Communities as Victims of Environmental Crime: Lessons from the Field. En T. Spapens, R. White y M. Kluin (eds.), *Environmental Crime and Its Victims: Perspectives within Green Criminology* (pp. 249-261). Aldershot: Ashgate.

Jäger, H. (1989). *Makrokriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt.* Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Jurado, M., Friedrich Ebert Stifung, & Accvión Semilla (2018, 7 de mayo). *Microtráfico y umbrales legislativos de Bolivia - Ecuador: avances en torno a la perspectiva de UNASUR*. IDPC. https://idpc.net/es/publications/2018/05/microtrafico-y-umbrales-legislativos-de-bolivia-ecuador-avances-en-torno-a-la-perspectiva-de-la-unasur

Kirchhoff, G. F. (2010). *History and a Theoretical Structure of Victimology*. Routledge.

Kirkpatrick, E. (2016). *The American Drug War in Colombia: Causes, Consequences, and new Policies for an Era of a loosening Stance against Drugs* [tesis de bachillerato en Arte, Department of Political Science and the Robert D. Clark Honors College]. http://hdl.handle.net/1794/20317

Larraín, L. (2019, 22 de junio). Narcopolítca. *La Tercera*. https://lyd.org/opinion/2019/06/narcopolitica/

Levi, M. (2006). Media Construction of Financial White-Collar Crimes. *British Journal of Criminology*, *46*(6),1037-1057. https://doi.org/10.1093/bjc/azl079

Levi, M. (2008). White-Collar and Organised Crime in the Media. *Crime, Law and Social Change*, (49), 365-377. https://doi.org/10.1007/s10611-008-9111-y

López, S. (2019). *Narcoeconomía. Aportes para un debate infor*mado. Cece. http://fcece.org.ar/wp-content/uploads/informes/narcoeconomia-debate-informado.pdf

Lorenzoni Escobar, L. (2021). Responsabilidad social empresarial en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana: dimensiones de obligatoriedad en la voluntariedad. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, *23*(1), 347-369. https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.9085

Mayoral, P. (2021). Caso "San Carlos-Panantza" (Minería a gran escala en Ecuador). En P. Galain Palermo y E. Saad-Diniz (eds.), *Responsabilidad empresarial,*

derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo (pp. 531-566). Valencia: Tirant lo Blanch.

McCombs, M. (2006). *Estableciendo la agenda: el impacto de los medios en la opinión pública y en el conocimiento*. Barcelona: Paidós Ibérica. https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=265384

McCombs, M., & Valenzuela, S. (2007). La teoría Agenda-Setting. *Cuadernos de Información*, (20), 44-51. https://doi.org/10.7764/cdi.20.111

Meza, V. (s.f.). *La narcopolítica* [artículo]. http://www.cedoh.org/Documentacion/Articulos%20Varios/files/Narcopolitica.pdf

Neubacher, W. (2006). How It Can Happen that Horrendous State Crimes Are Perpetrated? An Overview of Criminological Theories. *Journal of International Criminal Justice*, *4*(4), 787-799. https://doi.org/10.1093/jicj/mql047

Nichols, P., & Robertson, D. (eds.). (2017). *Thinking About Bribery: Neuroscience, Moral Cognition, and Psychology of Bribery*. Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/9781316450765

Nieto, A. (2021). Justicia empresarial restaurativa y victimas corporativas. En P. Galain Palermo y E. Saad-Diniz (eds.), *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo* (pp. 75-110). Valencia: Tirant lo Blanch.

Obokata, T., & Payne, B. (2017). *Transnational Organised Crime. A comparative Analysis*. Londres: Routledge.

Olasolo, H., & Galain Palermo, P. (2022). La insuficiencia del enfoque de los tratados internacionales anticorrupción para abordar la corrupción transnacional organizada. *Revista De Derecho*, *35*(2), 227-249. https://doi.org/10.4067/s0718-09502022000200227

Oliveira, N., & Ribeiro, E. (2019). La masacre negra brasileña en la guerra contra las drogas. *Sur: International Journal on Human Rights*, *15*(28), 35-43.

Paoli, L., & Vander Beken, T. (2014). Organized Crime. A Contested Concept. En *The Oxford Handbook of Organized Crime* (pp. 13-31). Oxford University Press, Oxford. https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199730445.001.0001

Parra González, A. V., & Domínguez Torres, M. (2004). (1). Los medios de comunicación desde la perspectiva del delincuente. *Opción*, *20*(44), 28-54. https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/6308

Passos, I. F., & Barral, I. (2013). Drug policy: what impact does it have on children and youth? *Psicologia & Sociedade*, *25*, 111-121. https://doi.org/10.1590/s0102-71822013000500013

Paullier, J. (2016, 12 de abril). "*Narcoeconomía": ¿debe la lucha antidrogas quedar en manos de los economistas*. BBC News Mundo. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160405_mexico_libro_narconomics_wainwright_estrategia_carteles_narcotrafico_jp

Perdomo Aguilera, A. L. (2011). *Narcoeconomía y realidad en el futuro del hemisferio occidental*. Instituto Galego de Análisis e Documentación Internacional. https://www.igadi.gal/web/analiseopinion/narcoeconomia-y-realidad-en-el-futuro-del-hemisferio-occidental

Persson, A., Rothstein, B., & Teorell, J. (2010). *The failure of Anti-Corruption Policies: A Theoretical Mischaracterization of the Problem*. QoG Working Paper Series 2010:19. The Quality of Government Institute, University of Gotenburg.

Ragagnin, F. (2005). El relato de las noticias sobre delito de cuello blanco: La criminalidad de etiqueta. *Palabra-Clave*, *13*.

Real Académica Española. (2022). Narcopolítica. En *Diccionario de la Real Académica Española*. https://dle.rae.es/narcopol%C3%ADtica

Ritch, J. (2002). They'll Make You an Offer You Can't Refuse: A Comparative Analysis of International Organized Crime. *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, 9(2), 569-606. https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tjcil/vol9/iss2/5

Rincon-Ruiz, A., & Kallis, G. (2013). Caught in the middle, Colombia's war on drugs and its effects on forest and people. *Geoforum*, *46*, 60-78. https://doi.org/10.1016/j.geoforum.2012.12.009

Roberts, P. (2003). Restoration and Retribution in International Criminal Justice: An Exploratory Analysis. En A. von Hirsch, J. V. Roberts, A. E. Bottoms, K. Roach y M. Schiff (eds.), *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or Reconciliable Paradigms?* (pp. 115-134). Oxford y Portland: Hart Publishing.

Rodríguez Goyes, D. (2019). *Southern Green Criminology: A Science to End Ecological Discrimination*. Reino Unido: Emerald Publishing Limited. https://doi.org/10.1108/9781787692299

Rose-Ackerman, S. (1978). *Corruption: A Study in Political Economy*. Elsevier, Academic Press. https://doi.org/10.1016/B978-0-12-596350-3.50002-8

Rose-Ackerman, S., & Palifka, B. (2016). *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform* (2.ª ed.). Cambridge: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9781139962933

Rothe, D. L., & Friedrichs, D. O. (2015). *Crimes of Globalization*. Londres: Routledge.

Schultze-Kraft, M. (2019). Overcoming Armed conflicto in *Crimilegal* Orders. En *Crimilegal Orders, Governance and Armed Conflict* (pp. 139-162). Devon: Palgrave Pivot. https://doi.org/10.1007/978-3-030-03442-9_6

Sebith, B. (2017). *El tratamiento criminológico de la información periodística sobre delitos de cuello blanco. Estudio del caso FIFAGate publicado por los diarios Clarín y Olé entre 2015 y 2016* [tesis de maestría en Ciencias Criminológico-Forenses, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales]. https://catalogo.uces.edu.ar/cgi-bin/koha/opac-retrieve-file.pl?id=1e75beebda84ff64a3b9e4a7d677f39e

Shaxson, N. (2014). *Las islas del tesoro. Los paraísos fiscales y los hombres que se robaron el mundo.* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Simpson, S. (2011). Making Sense of White-Collar Crime: Theory and Research. *Ohio State Journal of Criminal Law*, 8(2), 481-502. http://hdl.handle.net/1811/73214

Spapens, A. C. M. (2014). Invisible victims: The problem of policing environmental crime. En A. C. M. Spapens, R. D. White y M. Kluin (eds.), *Environmental crime and its victims: Perspectives within green criminology* (pp. 221-236). Farnham: Ashgate.

Suelt, V. (2021). Dimensiones territoriales de la transición colombiana a la luz de vulneraciones de DDHH por parte de las empresas transnacionales mineras. En P. Galain Palermo y E. Saad-Dinis (eds.), *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo* (pp. 309-330). Tirant lo Blanch: Valencia.

Tiedemann, K. (2014). *Wirtschaftsstrarecht (Einführung und allgemeiner Teil)*. Múnich: Vahlen.

Treisman, D. (2000). The Causes of Corruption: A Cross-National Study. *Journal of Public Economics*, *76*(3). https://doi.org/10.1016/s0047-2727(99)00092-4

Zaffaroni, E. R. (2012a). *Crímenes de masa*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.

Zaffaroni, E. R. (2012b). *La Pachamama y el humano.* Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.

Zaffaroni, E. R. (2015). *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.

Zuñiga, L. (2009). *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Madrid: Comares.

Recibido: 10/07/2023
Aprobado: 18/09/2023

Profesores ordinarios de la Facultad de Derecho[1]

Eméritos

Avendaño Valdez, Juan Luis
Blancas Bustamante, Carlos Luis
De Belaunde López de Romaña, Javier Mario
Fernández Arce, César Ernesto
Llerena Quevedo, José Rogelio
Medrano Cornejo, Humberto Félix
Montoya Anguerry, Carlos Luis
Revoredo Marsano, Delia
Zolezzi Ibárcena, Lorenzo Antonio
Zusman Tinman, Shoschana

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
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
Eguiguren Praeli, Francisco José
Espinoza Espinoza, Juan Alejandro
Fernández Cruz, Mario Gastón Humberto
Ferro Delgado, Víctor

1 Lista de profesores ordinarios de la Facultad de Derecho actualizada al mes de octubre de 2023.

405

PROFESORES DE LA FACULTAD DE DERECHO

Forno Florez, Hugo Alfieri
García Belaunde, Domingo
Gonzales Mantilla, Gorki Yuri
Landa Arroyo, César Rodrigo
León Hilario, Leysser Luggi
Lovatón Palacios, Miguel David
Marciani Burgos, Betzabé Xenia
Meini Méndez, Iván Fabio
Méndez Chang, Elvira Victoria
Monteagudo Valdez, Manuel
Montoya Vivanco, Yvan Fidel
Morales Luna, Félix Francisco
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
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
Siles Vallejos, Abraham Santiago
Sotelo Castañeda, Eduardo José
Toyama Miyagusuku, Jorge Luis
Ugaz Sánchez-Moreno, José Carlos
Urteaga Crovetto, Patricia
Villanueva Flores, María del Rocío
Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo
Zegarra Valdivia, Diego Hernando

Asociados

Arana Courrejolles, María del Carmen Susana
Ardito Vega, Wilfredo Jesús

Ariano Deho, Eugenia Silvia María
Bardales Mendoza, Enrique Rosendo
Boyer Carrera, Janeyri Elizabeth
Bregaglio Lazarte, Renata Anahí
Bustamante Alarcón, Reynaldo
Cairampoma Arroyo, Vicente Alberto
Cairo Roldán, José Omar
Campos Bernal, Heber Joel
Canessa Montejo, Miguel Francisco
Caro John, José Antonio
Cavani Brain, Renzo Ivo
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
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 Vásquez, Jorge Luis
Luna-Victoria León, César Alfonso
Matheus López, Carlos Alberto

Mendoza del Maestro, Gilberto
Mercado Neumann, Edgardo Raúl
Monroy Gálvez, Juan Federico Doroteo
Morales Hervias, Rómulo Martín
Ortiz Sánchez, John Iván
Palacios Pareja, Enrique Augusto
Pariona Arana, Raúl Belealdo
Patrón Salinas, Carlos Alberto
Quiñones Infante, Sergio Arturo
Revilla Vergara, Ana Teresa
Reyes Tagle, Yovana Janet
Saco Chung, Víctor Augusto
Sevillano Chávez, Sandra Mariela
Solórzano Solórzano, Raúl Roy
Soria Luján, Daniel
Tabra Ochoa, Edison Paul
Ulloa Millares, Daniel Augusto
Valencia Vargas, Arelí Seraya
Velazco Lozada, Ana Rosa Albina
Villagra Cayamana, Renée Antonieta
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
Campos García, Héctor Augusto
Candela Sánchez, César Lincoln
Castro Otero, José Ignacio

Chanjan Documet, Rafael Hernando
Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro
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
Gago Prialé, Horacio
Garcés Peralta, Patricia Carolina Rosa
García Chávarri, Magno Abraham
García Landaburu, María Katia
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
Liu Arévalo, Rocío Verónica
Mantilla Falcón, Julissa
Martin Tirado, Richard James
Mejía Madrid, Renato
Montoya Stahl, Alfonso
Morón Urbina, Juan Carlos
O'Neill de la Fuente, Mónica Cecilia
Ormachea Choque, Iván
Pérez Vargas, Julio César
Pérez Vásquez, César Eliseo
Pulgar-Vidal Otálora, Manuel Gerardo Pedro
Ramírez Parco, Gabriela Asunción
Reyes Milk, Michelle Elisa

409

PROFESORES DE LA FACULTAD DE DERECHO

Rivarola Reisz, José Domingo
Robles Moreno, Carmen del Pilar
Rodríguez Santander, Róger Rafael
Rojas Leo, Juan Francisco
Rojas Montes, Verónica Violeta
Sánchez-Málaga Carrillo, Armando
Shimabukuro Makikado, Roberto Carlos
Soria Aguilar, Alfredo Fernando
Sotomarino Cáceres, Silvia Roxana
Suárez Gutiérrez, Claudia Liliana Concepción
Tassano Velaochaga, Hebert Eduardo
Valle Billinghurst, Andrés Miguel
Villa García Vargas, Javier Eduardo Raymundo
Villegas Vega, Paul Nicolás
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 *(keywords)*: 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 séptima 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.
- KEYWORDS: 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 in 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 7th 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