e-ISSN: 2305-2546

DERECHO PUCP

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

FUNDADA EN 1944

90 ESTUDIOS SOCIO-JURÍDICOS

FONDO EDITORIAL
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DERECHO PUCP

FUNDADA EN 1944

90
2023

ESTUDIOS
SOCIO-JURÍDICOS

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: mayo 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

CONSULTOR TEMÁTICO
César Bazán Seminario

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

ESTUDIOS SOCIO-JURÍDICOS

9 Racismo antinegro y derecho en el Perú: análisis del caso Algendones
LUANA XAVIER PINTO COELHO

41 El derecho y la representación de la protesta política violenta: análisis de un expediente judicial del estallido chileno
LORETO QUIROZ ROJAS

79 Los delitos del estallido social y el rol de la Defensoría Penal Pública en Chile en 2019
JAVIERA FARÍAS / JOSE MANUEL FERNÁNDEZ / TOMAS PASCUAL / HUGO ROJAS

115 «A criterio del juez»: desafíos para la participación infantil en justicia de familia
MANUELA GARCÍA-QUIROGA / BERNARDITA LOREDO HERRERA / DOMINIQUE ROIG / ANDREA GONZÁLEZ-URBINA / VALENTINA VALLEJO CORREA

139 Abordando los sesgos contra las mujeres víctimas de delitos sexuales en el Poder Judicial chileno: un estudio de caso
KARIME PARODI AMBEL

189 Decolonizando los métodos jurídicos feministas en una investigación acerca del fenómeno de la narcocriminalización de las mujeres
LETÍCIA CARDOSO FERREIRA / ANA GABRIELA MENDES BRAGA

215 Migración «extrarregional» y fronteras temporales en el contexto sudamericano reciente. Migración haitiana e «intermitencia legal» en Argentina
CARINA TRABALÓN

251 Migraciones, religiones y derecho: la tradición de la Iglesia siria oriental «nestoriana» (siglos V-XXI)
MARIATERESA CELLURALE

MISCELÁNEA

317 Sistematización de los defectos en la forma del acto administrativo: revisión de literatura integrativa
SERGIO RODRIGO ROJAS BARRIENTOS

359 De nuevo sobre la prisión permanente revisable española: el contexto de su nacimiento, la sentencia del Tribunal Constitucional que la avala y el pretendido proyecto de reforma
MARÍA DEL MAR MARTÍN ARAGÓN

391 La conformidad en el proceso penal español: análisis y juicio crítico
GUILLERMO OLIVER CALDERÓN

415 Tribunal Constitucional del Perú y conflicto de poderes
LUIS HUERTA

463 Consideraciones de política criminal sobre el delito de negociaciones incompatibles con la función pública: una reconstrucción de su ilicitud como puesta en peligro contra la voluntad estatal
BRUNO RUSCA

497 La respuesta del Estado colombiano frente a la migración proveniente de Venezuela: la regularización migratoria en detrimento del refugio
GRACY PELACANI / CAROLINA MORENO

523 NFT (token no fungibles) y sus implicaciones en el mercado de valores
MARÍA CAMILA GÁMEZ BARACALDO / JORGE ARMANDO CORREDOR HIGUERA

ESTUDIOS SOCIO-JURÍDICOS

DERECHO PUCP
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.001
CC BY
DERECHO PUCP
N° 90, 2023
junio-noviembre
pp. 9-40
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Racismo antinegro y derecho en el Perú: análisis del caso Algendones*

Anti-Black Racism and Law in Peru: Analysis of the Algendones Case

LUANA XAVIER PINTO COELHO**
Universidad de Coimbra (Portugal)

Resumen: A partir de la teoría crítica de la raza, este texto propone revelar cómo actúan los mecanismos del racismo institucional en las diferentes esferas del Estado a través del estudio en profundidad del caso de Algendones. Utilizando fuentes documentales, pero también entrevistas, el trabajo desarrolla un análisis sociojurídico de una denuncia de discriminación racial en el Perú. La metodología se basa en el *storytelling* o el relato de la experiencia de la víctima en diferentes partes del proceso. Se parte de la premisa de que el racismo antinegro es un sistema de opresión históricamente construido desde el pasado colonial como un legado de la esclavitud racial. Este legado tiene un impacto en la práctica y teoría jurídica al limitar el alcance de la categoría de lo humano y, por tanto, del sujeto de derecho. Concretamente, se utiliza la categoría de la fungibilidad como elemento de supervivencia de la esclavitud racial que actúa como impedimento para procesar una reivindicación de la dignidad de una mujer negra. Se concluye que el reconocimiento legal del racismo como un fenómeno limitado y restringido a la discriminación racial condiciona el combate contra sus efectos de larga duración. Del mismo modo, las opciones legislativas e institucionales para combatir la discriminación son insuficientes para cuestionar el racismo institucional/estructural existente y, por lo tanto, no promueven cambios o rupturas en las relaciones (raciales) de poder.

Palabras clave: Racismo antinegro, sistema de justicia, discriminación racial, legado de la esclavitud

Abstract: Drawing on the critical race theory, this text proposes to investigate how the mechanisms of institutional racism act in the different spheres of the State through an in-depth study of the case of Algendones. Using documentary sources, but also interviews, the work develops a socio-legal analysis of the case of denunciation of racial discrimination in Peru. The methodology is based on storytelling or the experience of the victim in different parts of the process. It starts from the premise that anti-black racism is a system of oppression historically built from the colonial past as a legacy of racial enslavement. This legacy has an impact on legal practice and theory by limiting the scope of the category of the human and, therefore, of the subject of law. Specifically, the category of fungibility is used as an element of survival of racial slavery that

* Este artículo fue presentado en el congreso 2021 Virtual Congress of the Latin American Studies Association, realizado entre el 26 y el 29 de mayo de 2021.

** Investigadora júnior y doctoranda en Derechos Humanos por el Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (Portugal).
Código ORCID: 0000-0002-0600-1667. Correo electrónico: luanacoelho@ces.uc.pt

acts as an impediment to prosecute a demand for the dignity of a black woman. The study reaches the conclusion that legal recognition of racism as a limited phenomenon restricted to racial discrimination limits the fight to its long-lasting effects. In the same way, the legislative and institutional options to combat discrimination are insufficient to challenge existing institutional/structural racism and, thus, do not promote changes or ruptures in (racial) power relations.

Keywords: Anti-black racism, justice system, racial discrimination, legacy of enslavement

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DERECHO Y EL LEGADO DE LA ESCLAVIZACIÓN RACIAL: LA LÍNEA RACIAL ENTRE CONTROL Y PROTECCIÓN JURÍDICA.- III. LA LUCHA POR DIGNIDAD EN EL SISTEMA JUDICIAL ANTINEGRO.- III.1. LA SAGA POR APOYO INSTITUCIONAL Y EL MOVIMIENTO NEGRO ORGANIZADO.- III.2. UNA PRIMERA VICTORIA: LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- III.3. LA APELACIÓN EN LA CORTE SUPERIOR.- IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Tenía siete años apenas,
¡Qué siete años!
¡No llegaba a cinco siquiera!
De pronto unas voces en la calle
me gritaron ¡Negra!
¡Negra! ¡Negra! ¡Negra! ¡Negra! ¡Negra! ¡Negra! ¡Negra!

VICTORIA SANTA CRUZ, «ME GRITARON ¡NEGRA!» (1960)

El poema de Victoria Santa Cruz «Me gritaron ¡Negra!» ilustra una práctica común de la socialización de los afrodescendientes en el Perú por el encuentro violento de ser señalados como «negros», haciendo a la persona no solo hipervisible, sino también despojándola de su nombre y de su subjetividad. Su experiencia no es singular, el famoso pasaje de Frantz Fanon en *Piel negra, máscaras blancas* (2008 [1952]) traspasa fronteras para compartir su propia experiencia en el mundo blanco: «mira mamá, un negro» (p. 103). Así, la destitución del nombre y también la reducción de la subjetividad al llamar «negra» son herencias de un sistema de explotación histórico que tiene un legado en la actualidad para el derecho (Williams, 2013, p. 102). Tanto su naturalización (en la práctica cotidiana incontestada por órganos de protección de derechos) como también su negación en el contexto latinoamericano (por la ideología del mestizaje)[1] forman parte de la violencia colonial continua que afecta

1 La conformación de la nación mestiza fue la manera de reducir conflictos y promover el discurso de la igualdad a través de la negación del racismo. Si somos todos mestizos, no hay diferenciaciones. La ideología del mestizaje y del blanqueamiento es ampliamente debatida en el Perú (Babb, 2017;

de manera particular los cuerpos y saberes marcados como «negros» por la esclavización racial, particularmente de las mujeres negras.

El caso de Azucena Asunción Algendones se hizo notorio porque fue la primera denuncia criminal por discriminación racial que llevó a una condena en virtud del artículo 323 del Código Penal, que prohíbe la «discriminación o incitación a la discriminación». La lucha incansable de Algendones conduce a una sentencia histórica, rompiendo el silencio del Poder Judicial peruano frente al racismo antinegro. El análisis de su experiencia, desde los actos de violencia racista hasta el desenlace judicial, es emblemático para ilustrar los desafíos de presentar una demanda de discriminación racial en un país que convive con la «naturalización de prácticas discriminatorias» (Ardito, 2017). Su historia narra las dificultades para acceder a la justicia, las diversas formas en que fue revictimizada durante todo el juicio, la inherente antinegritud del sistema de justicia e, incluso, el sacrificio personal que representó su intento de denunciar una grave situación de discriminación racial en el lugar de trabajo. Además, su experiencia como mujer negra ilustra una doble violencia (racismo y sexismo) y la importancia de la interseccionalidad como mecanismo jurídico para exponer el impacto del daño que sufre (Crenshaw, 1989).

Entre las frías páginas de una demanda judicial y todos los argumentos procesales, es importante destacar que se trata de una lucha por la dignidad y, sobre todo, por la propia vida. En un país donde el acoso racial a menudo se lee como «solo una broma» (Callirgos, 2015, p. 99), una narración basada en la experiencia cotidiana puede ser un método legal eficaz para enfrentar esta normalización de la deshumanización negra (Delgado & Stefancic, 2001, p. 39). Así, mientras relato su batalla por justicia en el laberinto de un sistema judicial y legal, también comparto su experiencia, indignación y sufrimiento a través de la lucha «por restaurar su dignidad». En los países donde se niega el racismo, la narración de «experiencias cotidianas con perspectiva, punto de vista y el poder de las historias puede llegar a una mejor comprensión de cómo la sociedad ve la raza» (Delgado & Stefancic, 2001, p. 38)[2] y, por lo tanto, ser una herramienta eficaz para confrontar los discursos negacionistas y exponer las prácticas cotidianas del racismo institucional. También decidí analizar y visibilizar esta historia porque es importante para Azucena Algendones contar su experiencia para que la gente pueda conocer las líneas intermedias de la batalla judicial, que representó solo una pequeña parte de todo el proceso. Además, la lucha de Algendones por dignidad es parte de una lucha política del movimiento negro afroperuano y de la diáspora afrolatinoamericana, que aún encuentran

Cadena, 2004; Maisch, 2013; Oboler & Callirgos, 2015; Rochabrún *et al*., 2014; Ardito, s. f.; Zavala & Backes, 2017).

2 Traducción propia.

barreras en el sistema de justicia para la protección de sus derechos (Hernández, 2019).

Este trabajo integra el proyecto de investigación «POLITICS – La política del antirracismo en Europa y América Latina: producción de conocimiento, decisión política y luchas colectivas». Los datos analizados fueron recogidos en el periodo[3] de 2018 a 2019 en Lima y Huancayo (Perú), e incluyen la realización de entrevistas con las distintas partes del proceso político-judicial[4], el análisis de la Sentencia de Primer Grado N.° 479-2015-2JPL-PJCSJJU[5] y reportes de diferentes instituciones. Agradezco especialmente a dos mujeres que hicieron posible contar esta historia: a Cecilia Ramírez Rivas, del Centro de Desarrollo de la Mujer Negra Peruana (Cedemunep), por abrirme los caminos de Lima y también por la lectura cuidadosa del texto; y, en especial, a Azucena Algendones, a quien dirijo toda mi admiración y gratitud por su generosidad y confianza, su lucha por justicia es una inspiración. Las dos aparecen con nombre y apellido, pues, como me dice Cecilia Ramírez, «en honor a la lucha de Azucena, perseverancia y reconocimiento de un hecho que sentó un gran precedente en la historia del país, su nombre debe de estar».

El artículo se estructura en dos partes: en la primera, realizo un breve debate teórico sobre el legado de la esclavitud en la configuración del pensamiento jurídico y en las prácticas de las instituciones del sistema de justicia en diálogo con la teoría crítica de la raza. En la segunda parte, examino los desafíos de Azucena Algendones al denunciar actos de discriminación racial en el Perú a través del *storytelling* o la narración de su historia para aportar, desde la perspectiva de Algendones, a su batalla por justicia. Finalmente, concluyo reflexionando sobre la necesidad de que haya una mayor producción crítica sobre racismo y derecho en el Perú.

3 Este proyecto es coordinado por Silvia Rodríguez Maeso, investigadora del Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coímbra, y recibe financiamiento del Consejo Europeo de Investigación (ERC) en el ámbito del Programa Marco de Investigación e Innovación de la Unión Europea, Horizonte 2020 (Acuerdo de Subvención N.° ERC-2016-COG-725402).

4 Los nombres de los participantes de la investigación fueron anonimizados, con excepción de los de quienes autorizaron su uso, siendo: AP-1, Azucena Algendones, víctima de discriminación racial, entrevistada en Lima el 26 de octubre de 2018 y en Huancayo el 3 de junio de 2019; AP-2, Cecilia Ramírez Rivas, activista del movimiento de mujeres negras, entrevistada en Lima el 16 de octubre de 2018; AP-4, servidora del Ministerio de Cultura, entrevistada en Lima el 11 de junio de 2019; AP-6, abogado de Azucena Algendones, entrevistado en Huancayo el 3 de junio de 2019; y AP-7, servidor del Ministerio de Justicia, entrevistado en Lima el 22 de octubre de 2018.

5 Resolución del Segundo Juzgado Penal Liquidador de Huancayo N.° 26 de 2015, recaída en el expediente 1419-2014-10-1501-JR-PE-06; juez Quispe Cama Omar Atilio.

II. EL DERECHO Y EL LEGADO DE LA ESCLAVIZACIÓN RACIAL: LA LÍNEA RACIAL ENTRE CONTROL Y PROTECCIÓN JURÍDICA

Varios estudios sociolegales acerca del uso del derecho penal contra la discriminación racial o el racismo[6] en América Latina han demostrado su baja eficacia, sea por desafíos procedimentales, como una pesada carga de prueba, o por un sistema de justicia inherentemente antinegro (*cf*. Cardoso, 2020; Hernandez, 2019; Pires, 2013; Rahier, 2020). En el Perú, el informe de la Defensoría del Pueblo (2013) sobre el combate a la discriminación apunta desafíos para concretizar denuncias por discriminación racial, mientras que el informe sobre la situación de los afrodescendientes (2011) indica los problemas de acceso a la justicia. Algunos estudios sobre el racismo en el sistema de justicia peruano se han enfocado en la situación de los pueblos indígenas (*cf*. Lovatón, 2020; Merino & Valencia, 2018; Molleda & Salvador, 2019; Pásara, 2010; Ardito, 2010) y otros pocos en el racismo antinegro (*cf*. Noles, 2018; Ardito, 2010). El informe del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA, 2004) sobre afrodescendientes y sistema de justicia apunta, por ejemplo, que la invisibilidad estadística de los afroperuanos dificulta la evaluación del impacto del racismo en la administración de justicia. Por otro lado, algunos trabajos críticos han apuntado los límites del sistema de justicia frente a las desigualdades, incluidas las raciales (Pásara, 2010; Bazán, 2019; Ardito, 2010).

En el presente análisis utilizo el concepto de «legado de la esclavización racial»[7] para indagar sobre la práctica y teoría del derecho, y pensar en las distintas posibilidades de movilizar la «justicia» desde la línea racial (zona del ser y zona del no-ser)[8]. El derecho fue fundamental para la operacionalización del régimen esclavista por siglos, instituyendo la fungibilidad de los negros —su cosificación, despojados de humanidad/subjetividad—, ratificada de manera continuada por procesos políticos e ideológicos que actualizaban estereotipos raciales, establecían el control constante de los cuerpos negros y legitimaban la manutención de las posiciones sociales/raciales jerárquicas (Coelho, 2021). Un régimen

6 El racismo es un crimen en algunos países, como Brasil, donde es un crimen constitucional imprescriptible (Constitución de la República Federativa de Brasil, 1988, art. 5, inc. XLII).

7 El legado del pasado informa prácticas presentes de violencia y ha sido críticamente analizado por medio de distintos conceptos, como legado de la esclavitud (*cf*. Bento, 2002, p. 28; C. I. Harris, 1993, p. 1714; Silva, 2008, p. 108), *afterlife of slavery* (Hartman, 1997), el *continuum* de la esclavitud (Alves, 2017, p. 107; Flauzina & Pires, 2020, p. 13), la herencia de la esclavitud (Moura, 2019, p. 70) y *enslavism* (Broeck, 2017, p. 139).

8 Frantz Fanon (2002 [1967]) propone que el colonialismo y el racismo han creado una zona del no-ser en donde la deshumanización es el resultado de la racialización. El sujeto colonizado vive en tensión constante porque el mundo colonizado le es hostil, le pone límites, niega su humanidad. Como explica Lewis Gordon (2005): «Each black is, thus, ironically nameless by virtue of being named "black." So blacks find themselves, Fanon announces at the outset, not structurally regarded as human beings. They are problematic beings, beings locked in what he calls "a zone of nonbeing." What blacks want is not to be problematic beings, to escape from that zone. They want to be human in the face of a structure that denies their humanity» (p. 3).

legal que perduró más de trescientos años tiene un fuerte legado, que está presente en cómo las construcciones raciales-legales sustentaron la inhumanidad negra, pero también la humanidad blanca (*cf*. Carneiro, 2005; Da Silva, 2009; Wynter, 2003). Así, es relevante para la teoría crítica del derecho indagar: ¿qué significa decir que el racismo contemporáneo es una herencia de la esclavización racial y del colonialismo? ¿Cómo esos procesos históricos de subyugación y deshumanización impactan nuestras instituciones democráticas y, especialmente, el derecho contemporáneo?

Una escuela de pensamiento jurídico que ha presentado una fuerte crítica al derecho por su estrecha relación con los procesos de racialización fue la teoría crítica de la raza (TCR) y, por lo tanto, sus premisas nos ayudan a la reflexión que aquí nos proponemos. Además de reconocer los enlaces históricos entre las formas contemporáneas de racismo y la esclavización racial, la TCR confronta el derecho liberal y la solución del racismo solamente a partir de la antidiscriminación. El debate académico se consolida en los Estados Unidos a fines de los años setenta como un desdoblamiento de la teoría crítica del derecho a partir de la necesidad de tomar la raza como una categoría de análisis relevante (Williams, 2013, p. 100). El argumento central de la TCR es que el racismo es normal en nuestras sociedades y no algo excepcional. En este sentido, el *colorblindness* (ceguera del color) o concepciones formales de igualdad solamente pueden remediar casos evidentes de discriminación, pero no cambian cómo históricamente el racismo promueve los intereses materiales y políticos de las élites blancas, al mismo tiempo que perpetúa la subyugación de los grupos racializados (Delgado & Stefancic, 2013, p. 7). Como explica Silvio Almeida, los puntos de partida de la TCR son:

> La crítica al liberalismo y la idea de neutralidad racial; la crítica a la predominancia teórica del eurocentrismo, incluso en las prácticas pedagógicas; la narrativa de los casos jurídicos de manera a destacar la experiencia racial (storytelling); la crítica al esencialismo filosófico; el uso de la interseccionalidad en el análisis jurídico —consideración acerca de raza, género, sexualidad y clase; estudios sobre la formación del privilegio social blanco— blanquitud o blancura—. (Almeida, 2019, p. 93)[9].

En Latinoamérica el debate también está presente, por ejemplo en la tesis de Dora Bertúlio de 1989, en donde la autora cuestiona las fundaciones del derecho en Brasil por su relación con la construcción de una sociedad racializada (Ferreira & Queiroz, 2018). Según Bertúlio (2012, p. 158), el modelo de distribución racialmente jerarquizada de privilegios es soportado por el sistema de justicia cuando hay impunidad

9 Traducción propia.

de actos racistas y cuando se reproducen las teorías y prácticas que mantienen el *statu quo*. En diálogo con los estudios críticos de la raza, un campo interdisciplinario, el racismo es comprendido como un sistema de deshumanización que cría razas como diferencia ontológica (Da Silva, 2009, 2016, 2019). Así, el racismo no es solamente una ideología de superioridad racial, sino también un proceso complejo y estructural de conformación de subjetividades a partir de una dialéctica del humano y el no humano (*cf*. Almeida, 2019; Broeck, 2017; Carneiro, 2005; Fanon, 2008; Wynter, 2003). El impacto de esa comprensión para la teoría del derecho está en la conformación jurídica del «sujeto de derecho», que también históricamente está vinculado a la construcción de las personas negras como no sujetos y a la protección de la subjetividad blanca (Bertúlio, 2012, p. 158).

La comprensión de la dialéctica del proceso del racismo es una diferenciación importante entre la TCR y el abordaje liberal de la antidiscriminación. La discriminación racial es uno de los efectos del racismo, pero la prohibición de actos discriminatorios no tiene el potencial de cambiar las estructuras históricamente construidas que perpetúan la humanidad blanca frente a la deshumanización de aquellos racializados como negros y negras. El racismo, como elemento estructural de las sociedades, ha generado imaginarios que son reproducidos por las institucionalidades del poder, además de la consolidación en el tiempo de las diferencias de acceso a privilegios y su protección por los sistemas jurídicos. Una crítica de la TCR al derecho liberal es la idea de incrementalismo o progreso social (Delgado & Stefancic, 2001), o sea, la noción de que los derechos y los sujetos de derechos cambian junto con las transformaciones sociales y políticas de las sociedades. Esa narrativa refuerza la neutralidad del derecho frente los procesos políticos y, por lo tanto, naturaliza la diferencia racial al no cuestionar las bases fundantes de las desigualdades históricamente construidas. Así, mientras el enfoque en la discriminación racial busca combatir el trato desigual con base en la lectura racial de una persona o grupo, la antidiscriminación no logra alcanzar los efectos del racismo producidos a largo plazo —simbólicos, materiales e ideológicos— en las estructuras sociales/institucionales y de acceso a espacios de poder, ni tampoco sus impactos en la conformación de las desigualdades en el presente.

En el Perú, el trabajo de Ramos Núnez (2019) demuestra la construcción del indígena como no humano por el derecho penal en el inicio del siglo XX. Carlos Aguirre (2005), en su trabajo sobre el crimen en Lima a fines del siglo XIX e inicios del XX, evidencia cómo el nacimiento de la criminología en el Perú tenía una relación directa con el miedo de la libertad negra en el periodo posterior a la abolición. Lo que aprehendemos de su trabajo es que la construcción de imaginarios que naturalizan la criminalidad negra como inherente a un imaginario racial

estaba evidenciada en los discursos políticos de la época en torno de la criminalidad. Según Aguirre, «la imagen de los esclavos convertidos en delincuentes reflejó el marco mental general entre importantes sectores de la sociedad peruana tras la abolición de la esclavitud» (p. 21)[10]. El trabajo de Maribel Arrelucea (2018), por su parte, demuestra cómo la esclavitud racial actuó en la conformación racial de las mujeres negras en el Perú[11], creando imaginarios de género racistas que aún están presentes en la sociedad.

Esos hechos no son simplemente ecos del pasado[12]. El racismo continúa produciendo imaginarios que deshumanizan personas negras, impactando en lo que David Goldberg (2002a) llama de la «regla racial». Es la regla racial la que aún determina quién es objeto de control constante (vigilancia policial del espacio público, por ejemplo) y quién es sujeto pleno de derechos. Para el derecho, es importante comprender cómo el racismo produce *presunciones raciales* que impactan en la administración de la justicia al reproducir imaginarios negativos de las personas negras, pero también positivos de las personas blancas. Esa conclusión está presente en la academia peruana en el trabajo del profesor Wilfredo Ardito (2010) y, más específicamente, en su tesis doctoral:

> Los prejuicios racistas generan que los blancos sean asociados a mayor capacidad intelectual, mayor atractivo físico, mejor posición económica y capacidad de mando, mientras que indígenas y afroperuanos son estigmatizados como peligrosos, poco trabajadores, menos capacitados e incapaces de incorporarse a una economía de mercado (p. 47).

Esas construcciones raciales-jurídicas funcionan como *sistemas de presunciones*, informando la rutina del sistema judicial en las diferentes etapas de la administración de justicia. Las presunciones son una realidad en la teoría y en la práctica jurídica, funcionan para garantizar tanto la seguridad del sistema jurídico como su eficiencia y, en consecuencia, «permiten transferir artificialmente la carga de la prueba de una parte procesal a otra» (Rudzkis & Panomariovas, 2017, p. 362). Comprender la idea de presunción y cómo funciona en el sistema judicial nos permite evaluar la forma en que la subjetividad negra es siempre *precaria* dentro del sistema legal racializado. La fungibilidad, como legado de la esclavización, establece los límites de la subjetividad (cuya dignidad es inherente), quitando a las personas negras derechos relacionados

10 El texto original del autor en inglés dice: «the image of slaves-turned into criminals reflected the overall mental framework among important sectors of Peruvian society following the abolition of slavery».

11 Según Arrelucea (2018), las mujeres eran percibidas como «fuente de pecado y corrupción moral porque entendían que eran criaturas pasionales, sin control sobre sus impulsos» (p. 89). Además, mujeres negras «realizaron trabajos que demandaron un gran esfuerzo físico […] fueron percibidas como violentas» y realizaban trabajos de «baja estima social» (p. 91).

12 Para una lectura histórica de la construcción jurídica de la raza en el Perú y Brasil, véase Coelho (2021).

con la personalidad tales como el honor o el control de su cuerpo, su imagen y su nombre. En consecuencia, el racismo ha construido la *negritud* como falsa e inmoral, tendiente al desorden o a la criminalidad. La *blanquitud*, por otro lado, informa una serie de presunciones asociadas con la subjetividad y la personalidad, como la presunción de propiedad, confiabilidad, competencia y desarrollo (*cf*. Duarte *et al*., 2015; Goldberg, 2002a; Gonzalez, 1984; C. I. Harris, 1993; Ardito, 2010; Luciano, 2012; Moura, 2019; Ramos, 1954). El impacto de las presunciones raciales en la administración de la justicia en el Perú, muchas veces descrita como reproducción de estereotipos raciales, fue objeto de análisis en el informe del CEJA (2004):

> Es sintomático que en jornadas especiales de capacitación a la policía, investigadores de la organización no gubernamental IDL señalaran que los funcionarios no tenían inconveniente en reconocer sus estereotipos hacia los negros. Para ellos, el negro directamente se identifica como delincuente, de modo que, ya en el inicio de la persecución penal por parte del Estado, se asumen criterios racistas que difícilmente van a desaparecer posteriormente, al momento de la sustanciación del proceso (p. 59).

Según Ardito (2010), el racismo impacta en la administración de la justicia en el Perú por la incapacidad del Poder Judicial de solucionar las demandas de los pueblos históricamente discriminados. Para él, «las creencias y prácticas discriminatorias se encuentran interiorizadas entre los integrantes de las propias instituciones que deberían enfrentarlas, es decir, el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía Nacional» (p. 50). Bazán Seminario (2019), a su vez, debate el eurocentrismo del derecho peruano y la influencia de las escuelas europeas y estadounidenses de pensamiento en los currículos de las facultades de Derecho. Según él, las «convicciones ideológicas son precisamente las que se hacen presente [*sic*] al crear derecho, pues como es evidente, el derecho no es neutral, sino que refleja las dependencias ideológicas de sus autores y aplicadores» (p. 234). Por otro lado, «el racismo es un gran problema social, que está por todos lados, las facultades de derecho lo refuerzan al no abordar el tema o negarlo» (p. 240). En ese sentido, Bazán y Ardito concluyen que la poca presencia del debate del racismo en la academia peruana, o también las reproducciones de las teorías liberales de la igualdad en el derecho, impactan en cómo los juristas administran justicia a través de la línea racial a pesar de la ceguera del color (*colorblidness*). En el mismo sentido, el conservadorismo y el positivismo del Poder Judicial y de las escuelas de derecho son apuntados por el análisis sociolegal de Luis Pásara (2010, p. 133) en décadas anteriores. Los teóricos peruanos llegan a conclusiones similares a las de la TCR y su impacto en la «justicia».

Dentro de esa coyuntura, para el análisis del caso de Azucena Algendones, recurro a las reflexiones críticas de la TCR para evidenciar el racismo institucional, más allá de un análisis de la dogmática jurídica. El concepto del racismo institucional surge del activismo negro estadounidense para enfrentar la idea de que el racismo es solamente un fenómeno ideológico de personas que creen en la superioridad racial. Ture y Hamilton (1992), en su libro *Black Power: The Politics of Liberations* de 1967, exponen que «el racismo institucional se basa en la operación activa y generalizada de actitudes y prácticas anti-negras» a nivel institucional, como «la perpetuación de la institucionalidad de las políticas racistas» (p. 5). Así, utilizo en mi análisis dos argumentos centrales de la relación entre racismo y derecho. El primero es la presencia de la fungibilidad en la lógica de la justicia estatal por medio de la reproducción de las presunciones raciales jurídicas antinegras. El segundo argumento es que el reconocimiento jurídico del racismo, cuando ocurre, se da como un fenómeno limitado y restringido a la discriminación racial, lo que individualiza las relaciones de violencia racista a una práctica voluntaria e intencional de un sujeto racista, además de reducir el conflicto social cuando no se considera la práctica como continuada ni como dañina a largo plazo a toda una comunidad (Lima *et al*., 2016; Rahier, 2020).

III. LA LUCHA POR DIGNIDAD EN EL SISTEMA JUDICIAL ANTINEGRO

el primer caso de discriminación con temáticas raciales, pero demoró mucho, mientras tanto me destrozaban

ENTREVISTA A AZUCENA ALGENDONES (AP-1)

Todo comienza en marzo de 2012, después de que la violencia racial que sufrió Azucena Algendones en su lugar de trabajo (una empresa pública de Huancayo) se volviera insoportable. La agresión provino principalmente de una colega, pero la complicidad de los demás, particularmente del jefe de recursos humanos y del gerente general, agravó la situación. Un hecho en particular, visto como «solo una broma», fue el reemplazo de su foto de identificación por la de un mono. Ella protestó administrativamente ante sus superiores con la intención de detener el acoso y los actos insoportables de maltrato, persecución y hostigamiento. Después de haber reclamado con sus superiores, los actos de maltrato se agudizaron con la intención de obligarla a dejar su trabajo. A raíz de ello, de repente, se le pidió a Algendones que se presentara a trabajar en otra oficina, en un distrito con poca infraestructura, dentro de un plazo de tres días. Como Azucena Algendones también es una persona con discapacidad, que no puede subir escaleras o sentarse durante largas horas en sillas

inadecuadas sin sufrir mucho dolor, cambiar su lugar de trabajo fue una degradación severa. Cuando se presentó en el nuevo centro laboral, el guardia había recibido una orden que prohibía su entrada. Un periodista que se encontraba en el lugar presenció cómo se le impidió ingresar a la empresa, siendo todo grabado en video.

La batalla de Azucena Algendones por su dignidad es una maraña de diversos procesos judiciales. A partir de una denuncia interna, se vio en un campo de batalla de muchos procesos. Mientras Algendones trataba de encontrar los medios para presentar cargos penales por discriminación racial, su denuncia por discriminación en la empresa se procesó en el juzgado laboral, bajo las leyes laborales contra la discriminación[13]. En represalia, el gerente general y el jefe de recursos humanos la denunciaron en 2014 por peculado por un monto de S/ 20,95, por lo que fue despedida. Para ella, la última degradación fue la acusación de robo, utilizando el estereotipo de que «todo negro es ratero». Entonces «me crearon una falta por robo, un dinero que nunca vi, un dinero que nunca agarré» Para Algendones, los que discriminaban se sentían animados a hacerlo y se sentían legitimados «porque, mayormente, quien comete discriminación o te maltrata por tu raza es la persona que tiene poder, pues siempre —mayormente— es así. La persona que tiene poder, y estas personas lo tenían» (AP-1). Los compañeros de trabajo vieron lo que estaba pasando, pero tuvieron miedo de apoyarla y sufrir también represalias:

> te gritaban y nadie, a veces, se quería meter porque nadie quiere perder el trabajo pues, nadie quiere perder el trabajo tampoco. Todo el mundo ve lo que te pasa y dice «Ay no, pobrecita, lo que está pasando», pero en verdad van a guardar el trabajo (AP-1).

En 2015, Algendones es finalmente declarada inocente por el cargo penal de peculado. Esta batalla judicial siguió su curso y, un año y medio después de su despido, el Juzgado de Trabajo condenó a la empresa a restituir a Azucena Algendones a su lugar de trabajo, considerando que no existía motivo para un despido justificado. A pesar de la importancia de esta decisión —se quedó desempleada y paso por dificultades económicas, incluso para soportar todos los costos de esas innúmeras demandas judiciales—, Algendones fue reubicada en el mismo lugar de trabajo, donde fue nuevamente acosada. El ambiente laboral seguía siendo nocivo para ella, ya que el acoso racial persistía y todavía no había logrado responsabilizar penalmente a los acosadores.

13 Infracción del inciso f) del artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo N.° 300-97-TR), que establece que son actos de hostilidad «f) los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole».

En 2013, Azucena Algendones inició una cruzada para presentar una denuncia penal por discriminación racial. Sin saber muy bien dónde y cómo debía proceder, Algendones buscó ayuda en instituciones del Estado, como el Ministerio Público y la Defensa Pública. Su primer intento fue presentar los cargos en la oficina del fiscal de distrito. En principio, la Fiscalía no estaba convencida de que los hechos configuraran discriminación racial hasta que la empresa se negó a presentar informaciones, lo que generó una inquietud que llevó al órgano estatal a emitir una orden para cumplir con la investigación. A medida que las demandas comenzaron a acumularse, también se acumularon los costos con los abogados. Algendones se vio en la imposibilidad de cubrir esos gastos, así que intentó acceder a un defensor público, pero se le negó el derecho a asistencia gratuita con el argumento de que estaba empleada, por lo que no pudieron asistirla. Cuando, finalmente, perdió su trabajo y enfrentó un cargo penal, intentó una vez más acceder a un defensor público, pero nuevamente le fue negado, argumentando que debía estar en «extrema pobreza» para tener derecho a un defensor público. A pesar de eso, la primera institución que comprendió la gravedad de lo que estaba pasando Azucena Algendones fue la propia Defensoría del Pueblo, ya que acababa de lanzar un informe sobre la situación de la población afroperuana en 2011. Sin embargo, esta institución no tenía el poder de representala judicialmente, «entonces es un buen aliado, pero no puede hacer mucho tampoco desde la posición» (AP-2).

De esta forma, Azucena Algendones se encontró con poco apoyo institucional para denunciar la agresión que vivía y empezó a buscar un abogado particular. La búsqueda de un abogado le llevó más de un año porque nadie quería aceptar su caso. Algunos de los abogados le recomendaban que presente cargos por difamación, pero nadie estaba dispuesto a presentar cargos criminales por discriminación racial. Entre tantas dificultades, Algendones recuerda a los medios locales de Huancayo como parte de los pocos que la acompañaron desde el principio para no dejar que el caso cayera en el olvido y destaca el papel importante que tuvo el periodista que acompañó el caso, ya que fue él quien le recomendó un abogado que, finalmente, entendió su situación como un caso penal de discriminación racial. Así, Azucena Algendones pudo finalmente hablar con alguien que se sintió indignado por la violencia a la que fue sometida:

> lo hizo suyo [al caso] en humanidad, o sea, como ser humano él no podía concebir que hubiera racismo y lo hizo suyo, pero no todos, como le digo, tenemos esa bendición de encontrar un abogado que luche tantos años junto a ti, ¿no? (AP-1).

Las dificultades narradas por Algendones para obtener asesoría jurídica frente a una situación de discriminación racial infelizmente no se limitan

a su caso, tal como lo demuestra la conclusión del informe del CEJA (2004) al declarar que «cuando [los afropeuanos] logran acceder a algún tipo de defensa letrada, recae normalmente en manos de personas que replican los prejuicios raciales instalados en un sistema que no muestra sensibilidad hacia la cuestión racial» (p. 58). Las conclusiones de CEJA en 2004 aún se confirman con el caso de Azucena.

Los desafíos que enfrentó Algendones para denunciar la violencia racista son también un reflejo de cómo la discriminación racial es sancionada. Además de la cláusula constitucional antidiscriminatoria[14], el conjunto de reglamentos existentes diferencia el ámbito administrativo del penal. El Código Penal contiene la previsión genérica del crimen de discriminación e incitación a la discriminación en el artículo 323; mientras que el sistema de reglamentación administrativo es disperso, estructurado en diferentes niveles y sectores según el lugar donde se produzca la violación. En el ámbito administrativo, varias normas prohíben las prácticas discriminatorias en el ámbito educativo[15], laboral[16], de consumo[17] y en el servicio público[18]. El informe de la Defensoría del Pueblo de 2013 (N.° 008-2013-DP/ADHPD) detalla la complicada trama de instituciones de control y regulación, presentando una revisión crítica de cómo se sancionan las discriminaciones en el Perú.

Con relación a la esfera criminal, el acceso a la justicia es todavía más difícil. Ejemplo de ello es que solamente existe un caso de condena por el artículo 323 del Código Penal, el caso de Azucena Algendones. El artículo 323 determina el delito de «discriminación o incitación a la discriminación» dentro de la sección «crimen de lesa humanidad», junto con la tortura y el genocidio. A pesar de la gravedad de la ubicación en el Código, la sanción no es severa (de dos a tres años, agravada en un año más si quien delinque es un empleado público). Ya que la carga de prueba es siempre muy pesada, la prescripción será un camino común, pues los procesos son largos y burocratizados. Según Ardito (2017), la redacción actual del delito en el Código Penal tampoco ayuda en casos como el de Algendones, eso porque «la actual redacción pareciera requerir que a la víctima se le impida el ejercicio de un derecho (negándole el acceso a la salud o la educación, por ejemplo) por un móvil discriminatorio»

14 Constitución del Perú de 1993. «Artículo 2°. Toda persona tiene derecho: […] 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole».

15 La Ley N.° 28044, Ley General de Educación, establece el principio de la igualdad en la educación.

16 La Ley N.° 26772, que dispone sobre la no discriminación en el espacio laboral. La normativa laboral también prevé la contravención del acoso por motivos de raza, entre otros, tal como indica el Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Formación y Promoción Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N.° 002-97-TR, del 27 de marzo de 1997.

17 La Ley N.° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, establece que los consumidores deben tener igualdad de trato en cualquier transacción comercial.

18 La Ley del Código de Ética de la Función Pública, Ley N.° 27815, establece que todo servidor público debe actuar conforme a los principios constitucionales, incluido el de la no discriminación.

(s.f., s.p.); entonces, los casos de agresión o una humillación pueden ser considerados como no imputables al artículo 323. Asimismo, Ardito (s.f.) añade que

> aunque nosotros somos de la interpretación [de] que se está afectando el derecho a la dignidad, técnicamente podría argumentarse que a la víctima no se le está impidiendo el ejercicio de derechos y que, en todo caso, podría denunciar al responsable por injuria (s.p.).

Otro desafío en casos penales de discriminación racial es la prueba de la intención racista. La academia peruana interpreta el delito como un tipo doloso. Como muestra Felipe Villavicencio (2014), el elemento subjetivo (el dolo) es especial; o sea, es necesario tener la voluntad de discriminar con la intención de anular o menoscabar el ejercicio de derecho (p. 104). La prueba de la intencionalidad es considerada por muchos estudiosos del campo como prueba imposible y, por lo tanto, aparece como uno de los elementos teóricos que dificultan la aplicación de sanción en casos de discriminación racial. La prueba de la «intención racista» se presenta como el principal obstáculo, ya que es sumamente difícil probar lo que pasa por la mente de una persona, lo cual es una gran ficción del derecho penal (Lima *et al.*, 2016). Los estudios han demostrado que los ámbitos jurídicos penal y civil ofrecen respuestas bastante diferentes, pues «los casos penales requieren pruebas más sólidas y una mayor carga de la prueba que los casos civiles» (Hernández, 2019, p. 350)[19]. Por eso, en casos de discriminación en el lugar de trabajo, es aconsejable que se invierta la carga de prueba, por lo que debería ser la empresa o institución pública la que debe probar que la práctica realizada es la ordinaria en situaciones semejantes (Ríos, 2008).

Por más que el análisis aquí propuesto no sea de la dogmática jurídica, es importante destacar que la opción legal del Perú de tratar todas las formas de discriminación en el mismo tipo penal es contraria a las recomendaciones internacionales, como la del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas (CERD). Tal es así que, en recomendación directa al Perú, el Comité apunta la necesidad de

> que revise su legislación nacional e incluya una prohibición clara y explícita de la discriminación racial que reúna todos los requisitos establecidos en el artículo 1, párrafo 1, de la Convención [y de que] contemple los actos de discriminación directa e indirecta en todas las esferas del derecho y de la vida pública (Naciones Unidas, 2018, p. 2).

19 Traducción propia.

III.1. La saga por apoyo institucional y el movimiento negro organizado

A pesar del importante papel que jugó el abogado, Azucena sabía que encontrar una asistencia legal no significaba el fin de su lucha y entendía también que, al ser el primer caso de discriminación racial en el Perú[20], necesitaría una movilización política alrededor del caso. En 2013, Algendones entró en contacto con una organización de mujeres negras, lo que representó un punto de inflexión en su lucha por la justicia. En el diálogo con el Cedemunep y su directora ejecutiva, Cecilia Ramírez Rivas, Algendones aprendió no solo sobre el movimiento negro organizado, sino también sobre la solidaridad de las mujeres negras: «no me quedo sola», recuerda, «no te imaginas, [Cecilia] hizo propio, hizo suyo el caso, tocaba toda puerta habida y por haber, toda puerta habida y por haber» (AP-1). Podía, finalmente, confiar en una organización que pudiera comprender la gravedad del abuso por el que estaba pasando. El Cedemunep le brindó apoyo político y asistencia técnica-jurídica en derecho internacional, pero también el apoyo emocional que necesitaba:

> te reconforta ver que hay una persona que te está apoyando para que esto no quede impune, eso era lo que ella hacia conmigo, me ayudaba, me tocaba las puertas y decía «Esto no puede quedar impune, después de tanto», pero también aquí había un problema con el Poder Judicial, demoraba tanto (AP-1).

Con el acompañamiento, apoyo y asesoramiento de una organización de mujeres negras, se inició la búsqueda de apoyo en otras instituciones del Estado. Juntas, tocaron todas las puertas: el Congreso de la República, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el Ministerio de Cultura, el Ministerio de Derechos Humanos y la Coordinadora de Derechos Humanos. En Lima, Algendones tuvo que escuchar a la gente decirle una y otra vez que «no creo que sea un caso de racismo» y «para qué te molestas; es normal tener insultos en el lugar de trabajo». Para Algendones fue difícil escuchar que el nivel de violencia que experimentó estaba completamente normalizado y naturalizado. Al final, parecía que ella era la que tenía la dificultad de plantear el infame «problema del racismo». Algendones también se dio cuenta de que el combate al racismo en un caso concreto de discriminación racial no era competencia de nadie, ya que escuchó una y otra vez: «Esta oficina no tiene competencia para este caso». Desesperada por su propia vida, les increpó:

20 El de Azucena es el primer caso de denuncia criminal por la nueva redacción del artículo 323 del Código Penal. El *caso Urriola* de 2001 también es una denuncia de discriminación racial contra afrodescendiente, pero se utilizaron los mecanismos legales entonces existentes, como narra el informe del CEJA (2004).

> si yo aparezco muerta en el baño, lo único que tendría que decir es «no es competencia de nadie», o sea, llegué a un momento en que yo […] tenía hasta temor, decía ¿cómo puede ser? De repente estos me pueden hacer algo en el baño, me pueden mandar a golpear, o sea, tienes temor, ¡llega un momento [en] que tienes temor! (AP-1).

Finalmente, Algendones encontró ayuda en el Ministerio de Cultura, que en ese momento estaba implementando la plataforma *online* Alerta Contra el Racismo. Aunque reconoció que algunas personas dentro del Estado estaban haciendo algunos esfuerzos personales para ayudarla, pronto se dio cuenta de que estaban atados por las burocracias de la negación, «hicieron esfuerzos sobrehumanos para poder, pues, ver la forma de poder entablar, pero sus parámetros normativos no les permitía[n]; o sea, yo veía que ellos hacían renovados esfuerzos, pero que tenían limitantes para poder [ayudar]» (AP-1). En una entrevista, una de las funcionarias del Gobierno responsable de Alerta Contra el Racismo reconoció las dificultades que encontró para hacer más efectivas las denuncias, que no fueron meramente simbólicas:

> mi gran objetivo era tener un sistema eficiente de denuncia. Que la denuncia por racismo comience a ser trabajada porque, en la mayoría de los casos, aun cuando es un delito y una falta administrativa, la discriminación, es decir, hay varios mecanismos de sanción, no se aplican y no se aplicaban. […] la gente tenía los trámites de denuncias contra racismo como queja y no es una queja, pues, porque es un delito, ¿no? Entonces pasa como [que] se achica el problema y lo que buscó la plataforma era justamente hacer que eso comience a cambiar, y fue lo más difícil porque hacer que todo el sistema… solo hacer que las denuncias puedan llegar de una institución a otra ya era como un problema que casi teníamos que resolver con la NASA, era como… no puede ser tan difícil. Pero sí, era bien difícil la interoperabilidad de los sistemas; o sea, yo siempre he hablado de que hay toda una burocracia alrededor de la implementación de la garantía de un derecho, que es alucinante porque, en verdad, entorpece mucho que le puedas dar facilidades al ciudadano cuando en realidad es tu deber, ¿no? (AP-4).

Durante esta batalla personal, Algendones se dio cuenta de que existe una estructura, un mecanismo regulador de la burocracia estatal que evita que casos como el suyo prosperen. Denunciar el racismo dentro de un *Estado racial* (Goldberg, 2002b) es una batalla injusta, pues las relaciones de poder están lejos de ser parejas. Como argumentan Delgado y Stefanic (2001),

> el racismo está incrustado en nuestros procesos de pensamiento y estructuras sociales [...] entonces el 'negocio ordinario' de la sociedad —las rutinas, prácticas e instituciones en las que confiamos para llevar

> a cabo el trabajo del mundo— mantendrá a las minorías en posiciones subordinadas (p. 22)[21].

La perversidad del racismo institucional se encuentra, justamente, en su reproducción en la práctica normal de las instituciones y no en prácticas ilegales o desviantes. Como dice la entrevistada, la dificultad de garantizar la protección de un derecho para una mujer negra, que es la obligación del Estado, es prueba de que la normalidad estatal mantiene las estructuras de jerarquía racial.

Rápidamente, Algendones se dio cuenta del costo personal de presentar cargos por discriminación racial, ya que su vida se convirtió en una pesadilla. También entendió por qué nadie había presentado denuncias penales de discriminación racial en el Perú hasta ese momento: «después es como que entiendes y dices "Ah, por eso la gente no denunciaba, por evitar este trago amargo", ese trago, esa pesadilla [en] que se convierte tu vida después de denunciar, ¿no?» (AP-1). Algendones también se enteró de que no existe un mecanismo para otorgar protección una vez que decidió presentar los cargos. La falta de protección de las víctimas contra las represalias, añadida a la lentitud del sistema judicial, abrió el camino para la revictimización. Su caso atestigua que el sistema está estructurado para evitar que las personas presenten cargos:

> entonces tú haces la denuncia y eso permite a las personas hacer contigo lo que les da la gana, sobre todo cuando es un ámbito laboral donde ellos tienen el poder, ¿no? El poder de hacer contigo lo que mejor creen conveniente. Entonces, en ese sentido, es algo que le falta a nuestro sistema, y sobre todo la celeridad (AP-1).

Su caso ilustra la conclusión del profesor Ardito (2017), que expone cómo «las instituciones que legalmente enfrentan la discriminación no tienen personal que apoye a las víctimas. En el Poder Judicial o en el Ministerio Público, el personal que debería atenderlas, muchas veces reproduce las prácticas discriminatorias» (s.p.).

Algendones regresó a Huancayo sin respuestas o apoyos de las instituciones gubernamentales. Estuvo a punto de darse por vencida, ya que solo encontró barreras y muchas limitaciones para que la denuncia se concretizara. No obstante, se dio cuenta de que no podía darse por vencida:

> también creo que lo que me fortaleció a que yo siga con la denuncia es que sabía que si la dejaba, yo no sobrevivía, con eso te digo todo. Yo tomé en un momento consciencia también [de] que no podía dejar el proceso

21 Traducción propia.

> porque yo llegué a… sí que hay emocionalmente cansancio, me cansé mucho, física y emocionalmente. Me destrozaron el alma (AP-1).

Este relato de Algendones demuestra que la vivencia del abuso racista por un largo periodo tiene consecuencias psicológicas, pero también físicas, lo que ya probaron diversos estudios (Delgado, 2013, p. 181)[22].

Con el caso de Algendones, Cedemunep se involucró por primera vez en un caso penal por discriminación racial. La organización conocía las formas políticas y cómo buscar apoyos internacionales dentro de la red de organizaciones de mujeres negras de América Latina. El Cedemunep es parte de la Red de Mujeres Afrolatinoamericanas, Afrocaribeñas y de la Diáspora, donde estuvo en contacto con el Instituto sobre Raza e Igualdad (International Institute on Race, Equality and Human Rights), y con la organización brasileña Geledés (Instituto da Mulher Negra), todas con experiencia legal en la denuncia de racismo, tanto a nivel nacional como internacional en instancias de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos. Estas organizaciones ayudaron a elaborar las estrategias para el caso de Algendones, como explica Cecilia Ramírez Rivas:

> pero no teníamos la experiencia de tener un caso [penal], entonces [Geledés] y otros compañeros más en la región nos ayudaron. Entonces, por ejemplo, nos decían que teníamos que generar un tema de protección para las víctimas, para que no se les acose, para que no se les cree más faltas. […] No hay ninguna institución, a pesar de que podemos decir que hay instituciones de derechos humanos afroperuanas, pero no hay ninguna institución afroperuana que sea expertos en ese tema, ¿no? Nosotras como Cemunep tuvimos que aprender como que, a la carrera, desde lo que podíamos y apoyamos Azucena desde los ámbitos que podíamos. Más que todo sobre la incidencia, buscar recomendaciones, hablar con la gente de la OEA que teníamos, con la gente del Instituto de qué era lo que debíamos hacer, darles las fortalezas a Azucena porque ella fue muy fuertemente maltratada, o sea, muy, muy fuertemente maltratada (AP-2).

El Cedemunep también pudo evaluar las limitaciones legales de la legislación peruana contra la discriminación racial por esta opción de definir el delito de discriminación racial como *crimen de lesa humanidad* y su relación con la prueba de impedimento de ejercicio de un derecho. Como recuerda Ramírez, «fue muy complicado porque el racismo como

22 El CERD también emitió una recomendación para que sea considerado el daño personal y subjetivo a las víctimas de violencia racista y que las leyes nacionales prevean una manera de compensación. En su Recomendación General XXVI, relativa al artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, comprende que «a menudo se subestima el grado en que los actos de discriminación racial e insultos por motivos raciales dañan la percepción de la parte ofendida de su propio valor y reputación» (Naciones Unidas, 2000, § 1).

tal estaba tipificado dentro de los delitos de lesa humanidad, entonces nos faltaba […] un elemento para confirmar que efectivamente era discriminación racial» (AP-2). Se puede inferir que el elemento de la prueba de una vulneración efectiva de derechos tiene muchas interpretaciones y que la violación a la dignidad humana, a veces, no se comprende como suficiente para configurar discriminación racial tal como está tipificada en el Código Penal, según argumenta el profesor Ardito (2017). Esta barrera jurídico-política fue una de las razones por las que impulsaron un debate más amplio sobre los desafíos para presentar denuncias de discriminación racial en el Perú, tomando el caso de Algendones como paradigmático en las instancias internacionales de derechos humanos.

En 2018, en una sesión del CERD, Perú y otros países fueron evaluados en cuanto la implementación de la Convención Internacional sobre toda forma de discriminación racial (ICERD), ratificada por el Perú. El Cedemunep presentó un *informe alternativo* para el CERD, donde reporta el caso de Algendones y delinea las diversas limitaciones encontradas para el acceso a la justicia, para la protección de las víctimas y una decisión final de la justicia peruana. En aquella ocasión, Cecilia Ramírez garantizó que Azucena Algendones participara, junto con la sociedad civil, en la sesión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra. En las observaciones finales sobre los informes periódicos 22° y 23° combinados del Perú (CERD / C / PER / CO / 22-23), el Comité mencionó el caso de Algendones y dictó una serie de recomendaciones bajo el título «Acceso a la justicia»:

> Preocupa al Comité el limitado número de denuncias por discriminación racial y que a la fecha únicamente se haya sentenciado un caso, el de Azucena Algendones, el cual aún se encuentra pendiente de resolución en última instancia. Asimismo, le preocupa que, a pesar de la adopción del Plan Nacional de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad – Poder Judicial del Perú 2016-2021, las personas afroperuanas y miembros de pueblos indígenas continúen enfrentando dificultades en el acceso a la justicia (art. 6) (Naciones Unidas, 2018, § 38).

Además, las observaciones finales también muestran preocupación por la debilidad institucional de los responsables de combatir el racismo:

> El Comité está preocupado por la falta de efectividad de la Comisión Nacional contra la Discriminación y de la Plataforma Alerta contra el Racismo, en la lucha contra la discriminación racial, en parte debido a la falta de asignación de recursos adecuados (art. 2, párr. 1) (Naciones Unidas, 2018, § 10).

El poco valor que se le da a la práctica generalizada de la discriminación racial o el argumento de que el racismo está naturalizado en la sociedad peruana ignoran casos como el de Algendones. Para un oficial del Gobierno que trabaja con la Comisión Nacional Contra la Discriminación (Conacod), el enfoque en la criminalización del racismo es una demanda populista y las instancias administrativas han demostrado ser efectivas para combatir la discriminación racial en diversas situaciones, dando el ejemplo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)[23] en entrevista. Según él,

> si tuviésemos que encarcelar a todos los discriminadores en el país —o sea, además esa es una cuestión estructural, todos tenemos algo de racista en el país, es digamos, es fuerte la situación—, y las tres cuartas partes de país tuvieran [*sic*] que pagar prisión por algún acto de discriminación (AP-7).

Su argumento refuerza la negación de la responsabilidad estatal (Dulitzky, 2001, p. 95), utilizando la idea de que el racismo estructural está tan arraigado culturalmente en el Perú que poco se puede hacer, más allá de las sanciones administrativas contra la discriminación. Además, utiliza la ineficiencia del sistema de justicia para justificar la decisión de no recomendar una solución vía judicialización:

> Porque si tenemos un proceso, primero el proceso nunca se inicia, y si se inicia puede demorar en el Poder Judicial, este... seis años, cinco años. Entonces, ya, como que se va perdiendo digamos, el sentido de la norma, ya ni se previene ni se sanciona. Tiene que haber otro tipo de medidas que nos permitan ir combatiendo la discriminación en el país, que venga desde la prevención y temas también vinculados a educación (AP-7).

La reflexión de ese agente del Gobierno muestra un problema más profundo sobre la relación del derecho y el racismo, que vincula los desafíos de hacer justicia en el Perú con otros contextos en la región (Hernández, 2019; Pires, 2013; Rahier, 2019). Si bien estamos de acuerdo con la crítica que el entrevistado hace del derecho penal en relación con el racismo, no se puede desconocer la importancia simbólica de la criminalización de los actos de discriminación racial cuando esta es la línea que demarca lo que la sociedad entiende como conducta inaceptable. Como explica Richard Delgado (2013),

> cuando son víctimas de lenguaje racista, las víctimas deben poder amenazar e iniciar acciones legales, aliviando así la sensación de

23 El Indecopi es competente para demandas de discriminación en la relación de consumo, la Ley N.° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, determina el derecho al tratamiento igualitario.

> impotencia que lleva al daño psicológico y comunicando al perpetrador y a la sociedad que tal abuso no será tolerado, ni por sus víctimas ni por los tribunales (p. 183)[24].

Además, el uso del sistema penal en contextos de negación del racismo, como en el caso de Perú, «tendría el poder de exponer los conflictos raciales en medio de la vigencia de la democracia racial. Para la población negra, la posibilidad de utilizar el lenguaje de los derechos no es trivial» (Lima *et al.*, 2016, p. 25). Entonces, recurrir a argumentos de ineficacia de la ley penal o del sistema de justicia en un país que ha confrontado poco denuncias de discriminación racial en esas sedes expresa la negación de la responsabilidad del Estado a enfrentar uno de los efectos del racismo.

III.2. Una primera victoria: la decisión de primera instancia

La primera sentencia por crimen de discriminación racial se dictó en 2015 (Sentencia N.° 479-2015-2JPL-PJCSJJU) y condenó al jefe de recursos humanos y al gerente general de la empresa, en virtud del artículo 323 del Código Penal, a cumplir tres años de prisión (con suspensión por dos años) y pagar multas de 5000 nuevos soles en forma solidaria. A pesar de ser visto como una victoria, al ser la primera vez que se «condenó penalmente a un individuo por discriminación racial contra un afroperuano» (Hernández, 2019, p. 350), el énfasis en la discriminación múltiple redujo el papel del racismo. La sentencia se enfocó en la condición de discapacidad y en el hecho de que Algendones estaba sindicalizada, lo que agregó otras regulaciones a la protección de los derechos laborales. Al final, la preocupación central de Algendones era que el elemento racial de la discriminación iba a desaparecer, como le decía al presidente del Poder Judicial:

> Porque les tiembla la mano poner que es racismo, ¿sí o no? Sí, con todo su nombre», le digo. Se queda callado, pero ahora yo creo que ya se va a dar eso. [Él dice:] «Bueno, sí, ¿no?, le pusieron la figura del mono, tiene todas las connotaciones raciales, pero hay que incluirle esto y esto», ¿te das cuenta? (AP-1).

Cuando se formuló la idea de la interseccionalidad en la teoría jurídica (Crenshaw, 1989), pero también desde el activismo de las mujeres negras (Collins, 2000), el objetivo fue de visibilizar la opresión agravada. Significa que raza y género, así como otras categorías, como clase o sexualidad, son construcciones indisociables del sistema de poder (Collins, 2017, p. 11) y, por lo tanto, no pueden ser analizadas de manera aislada. Luego, la condena fue otorgada por otros componentes de la identidad de Algendones, como el hecho de que ella fue miembro

24 Traducción propia.

de la Junta Directiva del sindicato, hecho subrayado más de una vez en la decisión, como si la persecución que sufría fuera por ser miembro del sindicato[25]; esto es, se enfatizó que los actos discriminatorios fueron dirigidos para vulnerar sus derechos laborales. La resolución establece: «la discriminación en el entrono laboral es un fenomeno social cotidiano y universal que provoca desigualdades entre las personas y genera desventajas sociales». Entonces, los actos ilegales «tenían por finalidad anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos laborales de la agraviada» (p. 17). Por más que los hechos efectivamente afectaron los derechos laborales de Algendones, para ella lo que sufría era racismo con impacto en su dignidad como ser humano y, por eso, buscaba justicia. Para ella, la sentencia tenía que decir directamente que fue afectada en su dignidad por la discriminación racial que sufriera. Finalmente, la decisión reconoció que se había producido discriminación múltiple por motivos de raza como «persona de color», persona con discapacidad y por ser miembro de un sindicato.

Aunque los debates sobre raza o racismo en la teoría jurídica no abundan en el Perú, la academia siempre produce análisis sobre todo tipo de delitos en los numerosos libros de comentarios y las reseñas jurídicas. Para este caso, el delito de «discriminación o incitación a la discriminación» se entiende como un delito dependiente de la prueba del elemento subjetivo del delito o de la *intencionalidad*. El juez cita uno de esos libros para resaltar que la discriminación solo puede ser sancionada si se prueba el elemento de dolo, por lo que reproduzco aquí la cita:

> Es una figura penalizable sólo en su variante dolosa, conciencia y voluntad de realización típica; el agente sabe que está realizando actos de discriminación, con suficiente aptitud y/o idoneidad, para anular o menoscabar el reconocimiento, goce ejercicio de derechos de la persona (Peña Cabrera Freyre, vol. IV, pp. 543-544, citado en Sentencia N.° 479-2015-2JPL-PJCSJJU).

El énfasis en la intencionalidad, como comentamos antes, es una de las razones por las que las denuncias la discriminación racial no prosperan en diversos países (Hernández, 2019). Por eso, incluso en la doctrina antidiscriminatoria, se considera discriminación directa cuando el acto

25 «En el presente caso se atribuye a los acusados L. P. P. y A. G. S. G. haber discriminado, en su condición de funcionarios públicos, el accionar laboral de la agraviada, no solo por su color de piel, sino también por su condición de dirigente sindical en SEDAM - Huancayo y por su condición de discapacitada, resaltándose que los actos discriminatorios se habrían iniciado luego que la agraviada formula una denuncia laboral por motivos raciales contra la trabajadora de SEDAM J. P. H. Si bien es cierto, no es materia de investigación los actos que habría cometido la señora J. P. H., sin embargo, constituyen precedentes sobre los actos de discriminación de la que sería víctima la agraviada. Asimismo, el sólo hecho haberse dispuesto la rotación de la agraviada a otra sede de SEDAM no constituye en sí un acto de discriminación, sin embargo, teniendo en cuenta los antecedentes, así como las circunstancias posteriores, se puede concluir que efectivamente hubo discriminación de parte de los acusados para con la agraviada» (Sentencia N.° 479-2015-2JPL-PJCSJJU, p. 25).

recurre, por ejemplo, a «estereotipos raciales» (Rios, 2008, p. 94). En el caso de Azucena, el contenido racial fue explícito cuando la llamaron con insultos racistas.

A pesar de las críticas a los argumentos utilizados en la sentencia, que tenía el potencial de brindar avances a la jurisprudencia peruana en el combate contra la discriminación racial, es importante señalar que la garantía del resultado fue el fruto de la lucha de Azucena por no retirar la acusación por discriminación racial. Para ella, el componente racial fue central porque todas las humillaciones que sufrió se concentraron en el uso de categorías raciales como forma de inferioridad. Esa comprensión sobre la urgencia de una justicia frente al racismo, añadida a su persistencia a pesar de todos los obstáculos, deja la primera sentencia de condena por el crimen de discriminación racial como legado para el Perú.

III.3. La apelación en la Corte Superior

La decisión de condena del Segundo Juzgado Penal Liquidador de Huancayo fue apelada por los sentenciados, quienes la elevaron a la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Junín. El 24 de mayo de 2016 se emitió la Resolución N.° 37, a través de la cual se revocaba la sentencia condenatoria, reformándola y absolviendo a los acusados. Según el abogado de Algendones, esta decisión fue «vergonzosa»[26], ya que la evidencia era abrumadora. Incluso la opinión de la Fiscalía fue a favor del veredicto de condena. El abogado se mostró incrédulo por el resultado del Tribunal de Apelación, donde no consideraron suficiente la prueba. De acuerdo con él, la «sentencia lamentablemente fue revocada por la sala superior bajo un criterio [que], desde mi punto de vista profesional, no meritaba las pruebas con las cuales se había cometido el delito» (AP-6).

Azucena Algendones recuerda con gran dolor ese día. No podía creer que la corte de apelación pudiera desestimar los medios probatorios sin mucha argumentación. Interrogó al juez y escuchó:

> "Mamita, está bien, acá no te vamos a dar la razón, pero tienes otra instancia"… esa fue la única respuesta del juez porque justo eran tres jueces, así fue… porque no era pues, no era, no habían valorado la figura del mono, como que no existía (AP-1).

Restaba ahora presentar un nuevo recurso, esta vez en la Corte Suprema, lo cual significó nuevamente un gran esfuerzo personal para Algendones, tanto económico como emocional. Sin embargo, es allí donde las pequeñas cosas, que parecen insignificantes, son las que más

26 «Porque en verdad era vergonzoso, para mí era vergonzoso. […] Vergonzoso no porque haya habido una mala defensa, sino vergonzoso porque lamentablemente, pues, existen jueces que no saben meritar los medios de prueba» (AP-6).

duelen. Ese mismo día, un oficial del sistema de justicia le preguntó qué valor tenía la resolución y por qué ella insistía tanto.

> llegaba con mis lágrimas en los ojos a decir, incluso llegó una persona del Estado y me dijo: «¿Qué vas a hacer con una resolución?» […] yo no concebía que alguien me diga: «¿Para qué quiere una resolución del Poder Judicial?» […] yo creo que ella tuvo que ver que lo que yo luchaba era [por] mi dignidad como ser humano, ¡no por la resolución! (AP-1).

El hecho de que la gente dentro del sistema de justicia no pudiera entender el por qué Algendones estaba luchando era en sí mismo un acto de deshumanización, una reproducción de la fungibilidad del racismo antinegro en donde la justicia no alcanza la humanidad de quienes están en la zona del no-ser (Pires, 2019, p. 70). «Que se me diera la justicia como ser humano que soy porque merezco respeto, como lo merecen todos los seres humanos sobre la Tierra» (AP-1).

El caso de Azucena Algendones es un ejemplo de los desafíos existentes al procesar una demanda por dignidad en una institución que reproduce presunciones raciales antinegras. Como explica la TCR, la negación del racismo no es literal en el caso judicial, pero el discurso jurídico puede desviar el debate material sobre el racismo, recurriendo a argumentos procesales o formales (Gotanda, 2013, p. 35). En el caso revisado, el hecho de que las pruebas presentadas no fueran suficientes para constatar la discriminación racial cuando se dio, por ejemplo, el cambio de su imagen por la de un mono, nos dice algo sobre la naturalización de la deshumanización en esa práctica humillante. Se evita el debate de la materialidad por la vía del formalismo. Judith Butler (2012) propone que la razón por la que hay personas que sufren deshumanización «es que no existe una estructura actual de apoyo que sostenga esa vida, lo que implica que está devaluada, no vale la pena apoyarla y protegerla como una vida por esquemas dominantes de valor» (p. 10)[27].

A fines de 2018, el recurso de nulidad de la sentencia fue apreciado por la Corte Suprema, y en mayo de 2019 se emitió la ejecutoria suprema, en la cual se declaraba nula la sentencia[28] por no haber merituado los medios de prueba, disponiendo que se emita una nueva sentencia por otro colegiado. Antes de que fuera posible celebrar esa decisión, que garantizaba que otro colegiado analizase nuevamente el caso, se emitió

27 Traducción propia.

28 Queja excepcional Expediente N.° 394-2016, se recibió en la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la Republica. Mediante la ejecutoria suprema del 6 de septiembre de 2018 se declaró fundada la queja de derecho, ordenándose que la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín *conceda* el recurso de nulidad. Esta ejecutoria fue enviada a dicho órgano jurisdiccional el 13 de diciembre de 2018.

una decisión de oficio por la prescripción[29] y, en consecuencia, se ordenó el archivamiento definitivo del proceso en octubre de 2019.

IV. CONCLUSIÓN

El caso de Azucena Algendones tiene un desenlace «nefasto e inconcebible», en las palabras de Cecilia Ramírez. A pesar de esto, su lucha por justicia transformó a Azucena y a los que la acompañaron, entre ellos y ellas a las personas del Cedemunep. Cambió también la jurisprudencia peruana al crear un caso paradigmático de condena por discriminación racial que nos permite hacer un análisis sobre los desafíos en el campo jurídico. Además, por más que el resultado final llegó a la prescripción, sus esfuerzos incansables por justicia movilizaron distintos sectores de la institucionalidad y llevaron a debates sobre los desafíos de hacer justicia en casos de discriminación racial en el Perú. Esa deficiencia fue reconocida por el propio Poder Judicial cuando en 2018 el pueblo afroperuano fue incluido en los debates de la justicia intercultural, con la participación de Algendones. En la Declaración de Lima de 2018 del IX Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural, el Poder Judicial reconoció que «existe un problema de discriminación en el acceso a la justicia de la población afroperuana y la elaboración de un diagnóstico integral es necesario [*sic*] para determinar la dimensión estructural del problema». Sin embargo, todavía no hay evidencia de que ese diagnóstico haya sido realizado.

A pesar del costo personal, Algendones llevó hasta las últimas consecuencias la denuncia de la violencia que vivió en su ambiente de trabajo y, después, en el sistema de justicia, lo que permitió romper con un silencio que perpetuaba la neutralidad de la justicia frente al racismo. Su narración expone la trama del racismo institucional que inviabiliza la protección de derechos de personas comprendidas como pertenecientes a la zona del no-ser y, más aún, revela los diversos mecanismos teóricos y prácticos que se movilizan para que no se denuncie, para que no se hable de racismo, para que no se cambien las relaciones de poder sostenidas por la ideología de la igualdad por el mestizaje. Al final, el sistema de justicia mantiene su supuesta neutralidad frente al racismo, utilizando estrategias procedimentales para no enfrentar directamente la materia de hecho.

A través del análisis en profundidad del caso de Algendones, me propuse revelar los mecanismos del racismo institucional que se evidencian en las respuestas a las denuncias formalizadas en las diferentes esferas competentes en el Perú. Partí de la premisa de que el racismo moviliza

29 Mediante Resolución N.° 52 Huancayo, del 2 de octubre de 2019, se emitió la sentencia de vista, por la cual se declaró fundada de oficio la excepción de prescripción. En consecuencia, se ordenó el archivamiento definitivo del presente proceso.

un conjunto de presunciones jurídicas construidas históricamente desde el proceso colonial/esclavista que limita el alcance de la categoría de lo humano y, por tanto, de quiénes pueden ser poseedores de dignidad humana —específicamente, de la fungibilidad como elemento de supervivencia de los presupuestos sobre los que se institucionalizó la esclavitud—. El racismo antinegro produce presunciones raciales que informan la convicción del juez y el sistema de valoración de la prueba. Luego, argumenté también que el reconocimiento del racismo como un fenómeno limitado y restringido a la discriminación racial —individualizando las relaciones de violencia racista y su equiparación a otras formas de violencia— limita la capacidad del antirracismo promovido por el Estado (legislación e instancias de combate a la discriminación) para desafiar el racismo institucional/estructural existente, evitando así la promoción de cambios o rupturas en las relaciones (raciales) de poder.

Considero que futuras investigaciones en el sistema de justicia en el Perú podrían revelar más elementos concretos del racismo antinegro como legado de la esclavización racial. En esa línea, trabajos de historia del derecho, con análisis de documentos y casos empíricos, podrían evidenciar la conformación de la raza por el derecho y su impacto en la contemporaneidad. De la misma forma, investigaciones empíricas sobre los desafíos del acceso a la justicia por personas afrodescendientes, o de la jurisprudencia peruana sobre raza y racismo, pueden revelar los desafíos y las lagunas en la teoría y la práctica jurídica contemporánea. Por otro lado, un análisis de las prácticas de criminalización de personas negras y el perfilamiento racial por diferentes instancias del sistema (policía, comisarías, Fiscalía, Poder Judicial, etc.) tendrían el potencial de revelar más elementos del funcionamiento de las presunciones raciales en la administración de la justicia.

Finalmente, queda evidenciado que la lucha por la dignidad del pueblo negro es política, y que los límites jurídico-legales que se imponen a la búsqueda por igualdad y justicia racial no pueden ser comprendidos como ajenos a la política; esto es, como si estuviesen protegidos por la supuesta objetividad y neutralidad de jueces y leyes. No obstante, su confrontación a través de la movilización de los medios judiciales es parte de una lucha política que cuestiona la democracia liberal, puesto que no hay democracia con racismo (Coalizão Negra por Direitos, s.f.).

REFERENCIAS

Aguirre, C. (2005). *The Criminals of Lima and Their Worlds: The Prison Experience, 1850-1935*. Duke University Press.

Almeida, S. (2019). *Racismo estrutural* (D. Ribeiro, ed.). São Paulo: Pólen.

Alves, D. (2017). Rés negras, juízes brancos: Uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. *CS*, *21*(abril), 97-120. https://doi.org/10.18046/recs.i21.2218

Ardito, W. (s. f.). *Patrones de la discriminación en el Perú*. https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/09/Patrones-sobre-la-discriminaci%C3%B3n-en-el-Per%C3%BA-Wilfredo-Ardito.pdf

Ardito, W. (2010). *La promoción del acceso a la justicia en las zonas rurales* [tesis de doctorado en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú].

Ardito, W. (2015). El tratamiento penal del delito de discriminación en el Perú: Evolución y límites. *Foro jurídico*, *14*, 24-31.

Ardito, W. (2017, 13 de febrero). *Las Sanciones Penales contra el Racismo en el Perú*. Parthenon. https://www.parthenon.pe/esp/sociologia-del-derecho/las-sanciones-penales-contra-el-racismo-en-el-peru/

Arrelucea Barrantes, M. (2018). *Sobreviviendo a la esclavitud: Negociación y honor en las prácticas cotidianas de los africanos y afrodescendientes. Lima, 1750-1820*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Babb, F. E. (2017). Desigualdades entrelazadas: Repensando la raza, el género y las identidades indígenas en el Perú andino. En V. Zavala y M. Backes (eds.), *Racismo y lenguaje* (pp. 229-268). Lima: Fondo Editorial PUCP.

Bazán Seminario, C. (2019). Las abogadas y los abogados: Modernas, modernos y coloniales. *IUS ET VERITAS*, *58*, 226-245. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201901.013

Bertúlio, D. L. (2012). O «Novo» Direito Velho: Racismo e Direito. En A. C. Wolkmer y J. R. M. Leite (eds.), *Os «novos» direitos no Brasil: Natureza e perspectivas* (2.ª ed., pp. 125-161). São Paulo: Saraiva.

Bertúlio, D. L. (2019). *Direito e relações raciais: Uma introdução crítica ao racismo*, p. 252. Río de Janeiro: Lumen Juris.

Bento, M. A. da S. (2002). *Pactos narcísicos no racismo: branquitude e poder nas organizações empresariais e no poder público* [tesis de doctorado, Universidade de São Paulo]. https://repositorio.usp.br/item/001310352

Broeck, S. (2017). "It is always now" (Beloved): Notes on the Urgency of Enslavism Theory, and Studies. *Zeitschrift für Anglistik und Amerikanistik*, *65*(2). https://doi.org/10.1515/zaa-2017-0016

Butler, J. (2012). Can one lead a good life in a bad life? Adorno Prize Lecture. *Radical Philosophy*, *176*(September), 9-18.

Callirgos, J. C. (2015). El racismo en el Perú. En S. Oboler y J. C. Callirgos, *El racismo peruano* (pp. 83-152). Lima: Ministerio de Cultura del Perú.

Cardoso, L. (2020). Branquitude e Justiça: Análise sociológica através de uma fonte jurídica: Documento técnico ou talvez político? *Journal of Hispanic and Lusophone Whiteness Studies (HLWS)*, *1*(2020), 84-106. https://digitalcommons.wou.edu/hlws/vol1/iss2020/6

Carneiro, S. A. (2005). *A Construção do Outro como Não-Ser como fundamento do Ser* [tesis de doctorado en Filosofía, PhD, Universidade de São Paulo].

Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). (2004). *Sistema Judicial y Racismo contra Afrodescendientes: Brasil, Colombia, Perú y República Dominicana* (p. 81). Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA. https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/656/raz-sistema-jud-racismo2.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Coalizão Negra por Direitos. (s.f.). *Enquanto houver RACISMO, não haverá DEMOCRACIA*. https://comracismonaohademocracia.org.br

Coelho, L. X. P. (2021). Law and race in Latin America: Brazil and Peru in an echo of two stories. *Interface: a journal for and about social movements*, *13*(2), 51-75. https://www.interfacejournal.net/wp-content/uploads/2022/04/Interface-13-2-Pinto-Coelho-final.pdf

Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Policies. *The University of Chicago Legal Forum*, *1989*(1), 139-167. https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf

De la Cadena, M. (2004). *Indígenas mestizos: Raza y cultura en el Cusco*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Defensoría del Pueblo. (2011). *Los afrodescendientes en el Perú: Una aproximación a su realidad y al ejercicio de sus derechos* [Informe de Adjuntía N.º 003-2011-DP/ADHP].

Defensoría del Pueblo de Perú. (2013). *La lucha contra la discriminación: Avances y desafíos*.

Delgado, R. (2013). Words that Wound: A tort action for racial insults, epithets, and name-calling. En R. Delgado y J. Stefancic (eds.), *Critical Race Theory: The Cutting Edge* (3.ª ed., pp. 179-186). Temple University Press.

Delgado, R., & Stefancic, J. (2001). *Critical Race Theory: An introduction*. New York University Press.

Delgado, R., & Stefancic, J. (eds.). (2013). *Critical Race Theory: The Cutting Edge* (3.ª ed.). Temple University Press.

Duarte, E. P., De Carvalho Neto, M., & Scotti, G. (2015). Ruy Barbosa e a Queima dos Arquivos: As Lutas pela Memória da Escravidão e os Discursos dos Juristas. *Universitas Jus*, *26*(2). https://doi.org/10.5102/unijus.v26i2.3553

Dulitzky, A. E. (2001). A region in Denial: Racial discrimination and racism in Latin America. *Beyond Law*, *8*(December), 85-107.

Fanon, F. (2002). *The Wretched of the Earth*. Grove Press.

Fanon, F. (2008). *Pele negra, máscaras brancas* (R. da Silveira, trad.). Edufba.

Ferreira da Silva, D. (2009). No-Bodies: Law, Raciality and Violence. *Griffith Law Review*, *18*(2), 212-236. https://doi.org/10.1080/10383441.2009.10854638

Ferreira da Silva, D. (2016). The Racial Limits of Social Justice: The Ruse of Equality of Opportunity and the Global Affirmative Action Mandate. *Critical Ethnic Studies*, *2*(2), 184-209. https://doi.org/10.5749/jcritethnstud.2.2.0184

Ferreira da Silva, D. (2019). *A dívida impagável*. Living Commons.

Ferreira, G. L., & Queiroz, M. V. L. (2018). A trajetória da Teoria Crítica da Raça: História, conceitos e reflexões para pensar o Brasil. *Teoria Jurídica Contemporânea*, *3.1*(jan/jun), 201-229. https://doi.org/10.21875/tjc.v3i1.18291

Fitzpatrick, P. (1990). Racism and the Innocence of Law. En D. T. Goldberg (ed.), *Anatomy of Racism* (pp. 247-262). University of Minnesota Press.

Flauzina, A., & Pires, T. (2020). Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. *Revista Direito e Práxis*, *11*(2), 1211-1237. https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50270

Goldberg, D. T. (2002a). Racial Rule. En D. T. Goldberg y A. Quayson (eds.), *Relocating Postcolonialism* (pp. 82-102). Blackwell Publishers.

Goldberg, D. T. (2002b). *The Racial State*. Blackwell Publishers.

Gonzalez, L. (1984). Racismo e sexismo na cultura brasileira. *Revista Ciências Sociais Hoje*, 223-244.

Gordon, L. R., & Caribbean Philosophical Association. (2005). Through the Zone of Nonbeing A Reading of Black Skin, White Masks in Celebration of Fanon's Eightieth Birthday. *The CLR James Journal*, *11*(1), 1-43. https://doi.org/10.5840/clrjames20051111

Gotanda, N. (2013). A Critique of "Our Constitution Is Color-Blind". En R. Delgado y J. Stefancic (eds.), *Critical Race Theory: The Cutting Edge* (3.ª ed., pp. 35-37). Temple University Press.

Harris, A. P. (2015). Critical Race Theory. En *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (2.ª ed.). https://doi.org/10.1016/B978-0-08-097086-8.86019-5

Harris, C. I. (1993). Whiteness as Property. *Harvard Law Review*, *106*(8), 1707-1791. https://doi.org/10.2307/1341787

Hartman, S. (1997). *Scenes of Subjection: Terror, Slavery, and Self-Making in Nineteenth-Century America*. Oxford University Press.

Hernández, T. (2013). *Racial Subordination in Latin America: The role of the State, Customary Law, and the New Civil Rights Response*. Cambridge University Press.

Hernández, T. (2019). Latin American racial equality law as criminal law. *Latin American and Caribbean Ethnic Studies*, *14*(3), 348-358. https://doi.org/10.1080/17442222.2019.1661971

Hernandez, T. (2019). Afrodescendants, Law, and Race in Latin America. En Rachel Sieder, T. Alfonso y K. Ansolabehere (eds.), *Handbook of Law and Society in Latin America* (p. 126). Routledge. https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/1094

Hesse, B. (2004). Discourse on Institutional Racism: The genealogy of a concept. En D. Phillips, L. Turney y I. Law (eds.), *Institutional Racism in Higher Education* (pp. 131-147). Trenthan Books.

Hill Collins, P. (2000). *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment* (ed. de aniversario revisada). Routledge.

Hill Collins, P. (2017). Se perdeu na tradução? Feminismo negro, interseccionalidade e política emancipatória. *Parágrafo*, *5*(jan/jun), 6-17.

Lima, M., Machado, M. R. de A., & Neris, N. (2016). Racismo e insulto racial na sociedade Brasileira. *Novos Estudos - CEBRAP*, *35*(03), 10-29. https://www.scielo.br/j/nec/a/SgkXhW6XxfsjYr3XjmwQgYB/abstract/?lang=pt&stop=previous&format=html

Lovatón, D. (2020). Evaluación de la igualdad y no discriminación de pueblos indígenas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Estudios Constitucionales*, *18*(2), 185-220. https://doi.org/10.4067/S0718-52002020000200185

Luciano, J. (2012). *Los Afroperuanos: Racismo, Discriminación e Identidad* (2.ª ed.). Lima: Centro de Desarrollo Étnico.

Merino, R., & Valencia, A. (eds.). (2018). *Descolonizar el derecho: Pueblos indígenas, derechos humanos y Estado plurinacional*. Lima: Palestra.

Molleda, J. C. R., & Salvador, Á. M. (2019). La Paisana Jacinta y los límites a la libertad de expresión en medios de comunicación masiva. *Revista de Derecho Yachaq*, *10*, 63-72.

Moura, C. (2019). *Sociologia do negro brasileiro* (2.ª ed.). São Paulo: Perspectiva.

Naciones Unidas. (2018). *Observaciones finales sobre los informes periódicos 22° y 23° combinados del Perú*. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD). https://www.refworld.org.es/docid/5b297ea44.html

Noles Cotito, M. (2016). Why and How Was the World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance of 2001 Fundamental to the Political Recognition of the Peoples of African Descent in Peru? *SSRN Electronic Journal*, (15 de mayo), 1-19. https://doi.org/10.2139/ssrn.2797892

Noles Cotito, M. (2018). La Paisana Jacinta, el Negro Mama y tantos otros: Síntomas de un problema social estructural. *Gaceta constitucional*, (121), 237-240.

Núñez, C. R. (2019). *La Ley Penal y el Indio: de la Realidad del Discurso al Discurso de la Realidad*. forum historiae iuris. https://forhistiur.de/2019-03-ramos-nunez

Oboler, S., & Callirgos, J. C. (2015). *El racismo peruano*. Lima: Ministerio de Cultura del Perú.

Pásara, L. (2010). *Tres claves de la justicia en el Perú*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Peña Cabrera Freyre, R. A. (s.f.). *Derecho Penal Especial* (vol. IV).

Pires, T. (2013). *Criminalização do racismo: Entre a política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos* [tesis de doctorado en Derecho, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro].

Pires, T. (2017). *Direitos humanos traduzidos em pretuguês*. Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress (Anais Eletrônicos).

Pires, T. (2019). Direitos humanos e Améfrica Ladina: Por uma crítica amefricana ao colonialismo jurídico. *LASA FORUM*, *3*(50), 69-74.

Poder Judicial del Perú. (2018). *Declaración de Lima*. IX Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural. Lima, 25 al 27 de octubre. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c3dfb90047a632bbbdb5bf1612471008/Declaraci%C3%B3n+de+Lima+2018.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c3dfb90047a632bbbdb5bf1612471008, acceso en 08/08/2022

Portocarrero Maisch, G. (2013). La utopía del blanqueamiento y la lucha por el mestizaje. En A. Grimson, K. Bidaseca y E. Novón Bolán (eds.), *Hegemonía cultural y políticas de la diferencia* (pp. 165-200). Buenos Aires: Clacso.

Rahier, J. M. (2019). Evaluating the usefulness of contemporary ethnoracial law for Afrodescendants in Latin America through the examination of court cases and the appreciation of the state's processual nature. *Latin American and Caribbean Ethnic Studies*, *14*(3), 215-233. https://doi.org/10.1080/17442222.2019.1673531

Rahier, J. M. (2020). From the Transatlantic Slave Trade to Contemporary Ethnoracial Law in Multicultural Ecuador: The "Changing Same" of Anti-Black Racism as Revealed by Two Lawsuits Filed by Afrodescendants. *Current Anthropology*, *61*(S22). https://doi.org/10.1086/710061

Ramos, G. (1954). O problema do negro na sociologia brasileira. *Cadernos de Nosso Tempo*, *2*(jan/jun), 189-220.

Rios, R. R. (2008). *Direito da antidiscriminação: Discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

Rochabrún, G. (2014). *Racismo, ¿solo un juego de palabras?* (P. Sandoval y J. C. Aguero, eds.). Lima: Ministerio de Cultura.

Rudzkis, T., & Panomariovas, A. (2017). Legal presumptions in the context of contemporary criminal justice. Different expressions of presumptions. *Hungarian Journal of Legal Studies*, *58*(3), 359-372. https://doi.org/10.1556/2052.2017.58.3.7

Ture, K., & Hamilton, C. V. (1992). *Black Power: The Politics of Liberation in America*. Vintage Books.

Villavicencio Terreros, F. (2014). *Derecho penal: Parte especial*. Lima: Grijley.

Williams, P. J. (2013). Alchemical notes: Reconstructing Ideals from Deconstructed Rights. En R. Delgado y J. Stefancic (eds.), *Critical Race Theory: The Cutting Edge* (3.ª, pp. 95-105). Temple University Press.

Wynter, S. (2003). Unsettling the Coloniality of Being/ Power/ Truth/ Freedom. *CR: The New Centennial Review*, *3*(3), 257-336. https://doi.org/10.1353/ncr.2004.0015

Zavala, V., & Back, M. (eds.). (2017). *Racismo y lenguaje*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Código Penal del Perú.

Constitución Política del Perú (Congreso Constituyente, 1993).

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Asamblea General de la ONU, 4 de enero de 1969). https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cerd_SP.pdf

Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Formación y Promoción Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N.° 002-97-TR (27 de marzo de 1997).

Decreto Supremo N.° 300-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Expediente N.° 1419-2014-0-1501-JR-PE-06, Resolución N.° 52 Huancayo (Corte Superior de Justicia de Junín [Perú], 2 de octubre de 2019).

Ley N.° 28044, Ley General de Educación.

Ley N.° 26772, que dispone sobre la no discriminación en el espacio laboral.

Ley N.° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Ley N.° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública.

Denuncia Personal sobre Discriminación Racial contra el Estado Peruano de Elías Guillermo Urriola Gonzales.

Queja Excepcional Expediente N.° 394-2016 (Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la Republica [Perú], 2016).

Recomendación General XXVI, relativa al artículo 6 de la Convención (CERD, 2000).

Recomendación General N.° XXVI, relativa al artículo 6 de la Convención. 56° período de sesiones (CERD, 2000).

Resolución N.° 37 (Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín [Perú], 31 de mayo de 2016).

Sentencia de Primer Grado N.° 479-2015-2JPL-PJCSJJU, Resolución del N.° 26, en el expediente 1419-2014-10-1501-JR-PE-06, juez Quispe Cama Omar Atilio (Segundo Juzgado Penal Liquidador de Huancayo [Perú], 2015).

Recibido: 27/07/2022
Aprobado: 22/03/2023

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.002

DERECHO PUCP
N° 90, 2023
junio-noviembre
pp. 41-77
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

El derecho y la representación de la protesta política violenta: análisis de un expediente judicial del estallido chileno*

Law and the Representation of Violent Political Protest: Analysis of a Judicial File of the Chilean Outburst

LORETO QUIROZ ROJAS**
Universidad Alberto Hurtado (Chile) / Universidad de O´Higgins (Chile)

Resumen: El derecho constituye un dispositivo que sirve a efectos de naturalizar el orden social existente, es por ello que el ciclo de protestas observadas desde octubre de 2019 en Chile, en tanto se orienta a producir cambios en el orden social, tensiona lo jurídico. De ahí, es posible esperar que las representaciones de la protesta política que se producen desde el campo jurídico durante este ciclo operen en sentidos diversos y contrapuestos. Para indagar en la comprensión de estos significados y conocer cómo se enfrentan, se examina un proceso judicial orientado al castigo de acciones desarrolladas en el marco de las protestas ocurridas en Chile en 2019. El examen de este tipo de antecedentes resulta relevante por cuanto lo que se debate en sede judicial incide en la discusión y definición del contenido de los derechos políticos de la ciudadanía, más allá de lo estrictamente judicial. La investigación propuesta constituye un aporte a la comprensión sociojurídica de la representación de la protesta, un derecho inscrito en el corazón de la democracia.

Palabras clave: Derecho, protesta, acción colectiva, violencia, campo jurídico

Abstract: Law constitutes a device that serves the purpose of naturalizing the existing social order. This is because the cycle of protests observed since October 2019 in Chile, insofar as it was oriented to produce changes in the social order, puts pressure on the Law. Hence, it is possible to expect that the representations of political protest produced from the legal field during this cycle operate in diverse and opposing senses. In order to investigate the understanding of these meanings and to know how they are confronted, a judicial process oriented to the punishment of actions developed in the framework of these protests is examined. This type of analysis is relevant because what is debated in court has an impact on the discussion and definition of the content of the political rights of citizens. The proposed research is a contribution to the socio-legal understanding of protest, a right at the heart of democracy.

Keywords: Law, protest, collective action, violence, legal field

* Investigación realizada con financiamiento de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, del Centro de Estudios de Conflicto y Cohesión Social (ANID/FONDAP/15130009) y del Programa Iniciativa Científica Milenio de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID) - ICS2019_025. Agradezco también la atenta lectura y los comentarios de Javiera Araya, y a la persona que fue acusada en el expediente objeto de esta investigación y a su abogado defensor, quienes, además de manifestar su conformidad con la realización de este trabajo, me facilitaron en muchas ocasiones documentos que, sin perjuicio de ser públicos, no son de fácil acceso; y estuvieron siempre disponibles a contestar mis preguntas.

** Abogada y doctora en Estudios Americanos por la Universidad de Santiago de Chile (Chile). Código ORCID: 0000-0002-0403-3948. Correo electrónico: loretoqr@gmail.com

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. PROTESTA POLÍTICA, ACCIÓN COLECTIVA Y DERECHO.- III. EL CAMPO JURÍDICO Y LAS REPRESENTACIONES DE LA PROTESTA POLÍTICA.- IV. ESTRATEGIA METODOLÓGICA.- V. UNA ACCIÓN Y DIVERSAS FORMAS JURÍDICAS: ENTRE LA SEGURIDAD INTERIOR DEL ESTADO, LOS DAÑOS A LA PROPIEDAD Y EL DERECHO A LA PROTESTA.- V.1. PRESENTACIÓN DE LA CAUSA: LOS HECHOS Y LOS AGENTES.- V.2. LOS ACUSADORES: PRIMER ACTO, SEGURIDAD INTERIOR DEL ESTADO; SEGUNDO ACTO, DAÑOS A LA PROPIEDAD.- V.2.1. EL PRIMER ACTO.- V.2.2. EL SEGUNDO ACTO.- V.3. LA DEFENSA: NO HAY MÁS QUE UNOS POCOS DAÑOS EN MEDIO DE UNA PROTESTA.- V.4. LA LUCHA POR EL DERECHO: DINÁMICA Y FISURAS EN LA NARRATIVA DE LOS TRIBUNALES.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En octubre de 2019 se abrió en Chile un intenso ciclo de protestas, es decir, se dio un conjunto de acciones colectivas que en algunos casos incluyeron el uso de la violencia y que se llevaron a cabo con el objetivo de cuestionar distintos elementos que configuran la esfera pública (Rodríguez, 2007, p. 83). El denominado «estallido» se enmarca en procesos de transformación global, en procesos regionales y, a la vez, devela un conjunto de procesos sociales que venían gestándose hace décadas en Chile. Los procesos globales refieren a la transformación del capitalismo y a la crisis de las democracias representativas, mientras que los procesos regionales dicen relación con la desarticulación entre el Estado y la sociedad, mediada por la imposición de nuevos modelos económicos globalizantes en contextos dictatoriales y/o autoritarios. Estos fenómenos implican procesos de desinstitucionalización y de horizontalidad, los que son subyacentes al estallido chileno. A su vez, Chile es un caso de extrema mercantilización de todos los aspectos de la vida social y cotidiana, orden que era visto como un reproductor de desigualdades, abusos y promesas no cumplidas (Garretón, 2021). En este marco se fue generando distanciamiento y enojo de los ciudadanos respecto de la clase política (Araujo, 2021) y una incapacidad de esta de interpretar, organizar y representar a la calle (Luna, 2021). El estallido es expresión de este conjunto de procesos y en dicho ciclo de protestas no se vislumbró un claro eje organizador ni demandas sistematizadas; por el contrario, se observó un movimiento heterogéneo en su composición y expresión cuyo detonante era el alza del precio del pasaje en el tren subterráneo, es decir, una afección a la vida cotidiana (Garretón, 2021). De hecho, las estaciones de este medio de transporte fueron el escenario en el que discurrieron las primeras acciones de protesta y es también el espacio en el que ocurrieron los hechos sobre los que versa nuestro caso de estudio.

Muchas de las protestas que se desarrollaron en el marco de esta crisis fueron judicializadas y distintas agencias del Estado participaron de esos

procesos, de ello dan cuenta diversos informes de organismos tanto nacionales como internacionales (INDH, 2019; CEJA, 2020).

Esta investigación tiene por objetivo explorar los diferentes significados que se atribuyen desde el derecho a la protesta política, que incluye el despliegue de violencia, a través de la indagación en los significados implicados en su judicialización y las maneras en que estas representaciones se enfrentan. Para ello se estudia un expediente judicial que remite a un procedimiento que tiene por objeto sancionar a una persona que participó de una protesta que incluyó el uso de la violencia. Al cierre de esta investigación, el expediente revisado aún se encontraba abierto, cuestión que —de acuerdo con lo expresado en el marco teórico y metodológico— no obstaculiza el cumplimiento del objetivo de la investigación.

El análisis de este tipo de fuentes da cuenta de la generación de documentos, discursos y prácticas que evidencian que el derecho no existe como tal antes de las luchas políticas sobre su significado, y que las decisiones del poder legislativo y de los funcionarios gubernamentales sobre los derechos son tan importantes como los procesos judiciales (Post & Siegel, 2013, pp. 25-27).

Lo que nos muestra el procedimiento judicial revisado es que, desde el Estado, se movilizan las formas jurídicas con miras a significar la protesta política en diversos sentidos; sin embargo, la movilización social no implica que las relaciones de poder dentro del campo jurídico estén lo suficientemente convulsionadas como para que ello habilite a los agentes a moverse fuera de las reglas del juego que impone el derecho respecto de la violencia. Lo que se produce, en cambio, es una operación en la que, desde el campo jurídico, la protesta política que incluye el despliegue de violencia tiende a vaciarse de su dimensión de acción colectiva. Esta operación permite discursos y prácticas ambivalentes, las que, a la vez que nominalmente reconocen legitimidad a la protesta en abstracto, tienden a denotar las acciones concretas de protesta violenta como actos principalmente vandálicos, restando así visibilidad a los cuestionamientos a la esfera pública implicados en ellas.

II. PROTESTA POLÍTICA, ACCIÓN COLECTIVA Y DERECHO

Las protestas políticas son acciones colectivas que se llevan a cabo con el objetivo de cuestionar cualquiera de los elementos que configuran la esfera pública (Rodríguez, 2007, p. 83). A su vez las acciones colectivas han sido entendidas cómo episodios que comprometen a participantes que no actúan juntos de modo rutinario y/o que emplean medios de acción distintos a los que adoptan para la interacción cotidiana, acciones

que son discontinuas y contenciosas, y que tienen implicancias para los intereses de personas distintas al grupo que actúa, así como para los propios intereses compartidos de los actores (Tilly, 2000, p. 10).

Las acciones colectivas implican medios de acción distintos de los que se adoptan para la interacción cotidiana, cuestión que muchas veces —no todas— decanta en el despliegue de violencia, entendida esta en el sentido restringido de la producción de daño físico a personas y/u objetos (Tilly, 2007, p. 3). En este despliegue están implicadas las dos dimensiones de la violencia a las que refiere Gamallo (2020, p. 17); esto es, la dimensión instrumental —que alude al propósito de conseguir fines de distinto tipo— y la dimensión expresiva —la que se agota en su consumación—. Por su parte, la institucionalidad asociada al derecho está llamada, al menos discursivamente, a reprimir ese tipo de violencia (Lemaitre, 2011, p. 49). Sin perjuicio de ello, el derecho a la protesta es reconocido como parte del catálogo de derechos fundamentales tanto por la doctrina como por la Constitución y los tratados internacionales suscritos por Chile. Esto al alero de diversas nomenclaturas que incluyen, entre otros, el derecho a la libertad de expresión y la libertad de reunión.

Resulta entonces que la protesta política entraña una tensión con el derecho del Estado, que tiene su nudo gordiano en la cuestión del procesamiento institucional de la violencia desplegada en estas acciones. Si bien sabemos de antemano que, si examinamos un expediente judicial, nos encontraremos con agentes que aceptan las reglas del juego jurídico y, por ende, deberían orientarse a sancionar la violencia, igualmente esto no alcanza para deshacer el nudo gordiano al que hacíamos referencia: ¿esa violencia se reduce a delitos comunes?, ¿se la asocia a categorías derechamente político-jurídicas?, ¿cómo se narran desde el derecho esas violencias?, ¿se disputan esas narraciones al interior del Estado? Indagar en la representación de la protesta política que incluye el despliegue de violencia y hacerlo desde las distintas agencias del Estado que intervienen en el campo jurídico constituye una cuestión central para dilucidar las respuestas a las preguntas planteadas y, con ello, aportar a la comprensión de la parte que toca al derecho en la representación social de la protesta política que implica el despliegue de violencia.

En este punto, se debe tener presente que el derecho no constituye un mecanismo monolítico de control y naturalización de un cierto orden. En el campo jurídico los distintos agentes movilizan diferentes normas jurídicas con el objeto de atribuir sentidos diversos a las acciones (Santos, 2009, p. 139). Esta diversidad de usos del derecho se observa también al interior del mismo Estado. Así, por ejemplo, en el caso del ciclo de protestas abierto en Chile a partir de octubre de 2019, a la vez que se iniciaban gestiones para significar ciertas acciones colectivas realizadas en el marco de las protestas como delitos a través de agentes vinculados

al Poder Ejecutivo, funcionarios del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) o algunos miembros del Poder Judicial realizaban actuaciones que tendían a significar acciones realizadas en el mismo marco como el válido ejercicio de derechos humanos[1].

A la fecha, existen publicaciones que reflexionan sobre cómo este ciclo de protestas se experimenta al interior de las instituciones de administración de justicia. A este respecto, Le Bonniec *et al.* (2021), utilizando la etnografía, advierten que el derecho penal y los procesos judiciales fueron utilizados durante el estallido como una medida de gestión, administración y control social, y como la respuesta institucional al ejercicio del derecho a la protesta. Advierten de un proceso de securitización que, sin embargo, no comienza con el estallido; por el contrario, ha constituido una forma de gestión durante todo el periodo de transición democrática (Risor, 2019). Estos hallazgos están en consonancia con lo planteado por Hearsant *et al.* (2019), quienes, también utilizando la etnografía, plantean que el trabajo judicial no resguardó la integridad física ni la dignidad de los detenidos; y que incluso, en ocasiones, se desplegó violencia verbal hacia el público que comparecía a las audiencias. Por su parte, Morales *et al.* (2022) analizan específicamente la respuesta del sistema penal chileno a las personas imputadas durante el estallido social, para lo cual utilizan datos administrativos de la Defensoría Penal Pública y sesenta y ocho entrevistas realizadas a personas detenidas durante dichas protestas. Sus hallazgos muestran que una parte de los imputados percibió que el sistema penal no les brindó un trato adecuado.

Esta investigación ahonda específicamente en los procesos de la construcción de significados de la protesta que permitieron producir estos efectos.

III. EL CAMPO JURÍDICO Y LAS REPRESENTACIONES DE LA PROTESTA POLÍTICA

Las representaciones sociales «se refieren a los contenidos del pensamiento cotidiano y la reserva de ideas que dan coherencia a nuestras creencias religiosas, ideas políticas y las conexiones que creamos tan espontáneamente como respirar» (Moscovici, 1988, p. 214). Las representaciones sociales aparecen, además, conectadas con otras representaciones en sistemas complejos que responden a las historias individuales y colectivas de los sujetos y también a las interacciones de estos con los objetos de conocimiento (Rubira-García & Puebla-Martínez, 2018). Se trata de fenómenos producidos en forma colectiva que ocurren en la intersección entre lo psicológico y lo social

1 Al respecto, véase Villarroel (2020) e Instituto Nacional de Derechos Humanos (2021).

(Villarroel, 2007, p. 434) y que tienen tres funciones básicas: la función cognoscitiva de integración de lo novedoso, la función de interpretación de la realidad, y la función de orientación de las conductas y de las relaciones sociales (Jodelet, 1986 [1984], pp. 481-486).

De acuerdo con Villarroel (2007), la preocupación principal de Moscovici al desarrollar la teoría de la representación social es dar cuenta del proceso cognoscitivo de construcción y reconstrucción social del mundo por parte de los actores sociales. En este esquema el sujeto reproduce, construye y reconstruye el conocimiento del sentido común a partir del repertorio cognoscitivo, simbólico y cultural que la sociedad pone a su disposición (Moscovici, 2000, pp. 249-251). En tanto el derecho hace parte de ese repertorio, se integra en los procesos a través de los cuáles, al articularse las relaciones entre el individuo y la sociedad, se construyen las representaciones sociales. De ahí la importancia de estudiar significados que emergen desde las interacciones que genera el derecho en tanto, siguiendo a Jodelet (1986 [1984]), podríamos decir que estos constituyen parte de los sistemas de referencia que nos permiten conocer, interpretar y reaccionar frente a lo que nos sucede (pp. 470-473). Más aún, la verdad jurídica es considerada una construcción (Geertz, 1994). Ørum Wikman (2013) especifica que se trata de un proceso que se realiza en la relación entre representación, poder y narraciones, y a través del análisis de documentos y testimonios de una causa en particular. Por su parte, Lombraña (2012) releva, además, la agencia de los juzgadores en esta construcción y la vinculación entre dicha agencia y las estructuras; asimismo, a este respecto, refiere al análisis crítico del discurso (Van Dijk, 1999). Ahora bien, las derivas de las reflexiones relativas a la verdad jurídica tienden a dar cuenta de una mirada más bien estática sobre esta «verdad». Así, por ejemplo, cuando Bovino (2006) afirma la centralidad del juicio oral en el proceso de construcción de la verdad jurídica por cuanto este es central para la articulación de la sentencia. Así, también, cuando Ørum Wikman (2013) indica que la sentencia constituye la expresión oficial de la verdad jurídica, y cuando Lombraña (2012) se centra en lo relativo a la prueba y no en las narraciones elaboradas por los involucrados en el juicio. Estas aproximaciones dejan en un segundo plano la recursividad del proceso de construcción y reconstrucción permanente de la representación implicada en lo jurídico, lo mismo que el permanente rebasamiento del derecho implicado en este proceso, cuestiones que la teoría de la representación puede permitir relevar con mayor asertividad.

En el mismo orden de ideas, resulta conveniente destacar que las representaciones sociales emergen en contextos de dispersión de información en los que los sujetos y los colectivos están implicados en la interacción social de diversas maneras —focalización— y en los que, por lo mismo, se genera una presión que reclama opiniones, posturas y

acciones acerca de los hechos en los que están implicadas las personas y el colectivo —inferencia— (Moscovici, 1979). El ciclo de protestas abierto en octubre de 2019 en Chile constituye un escenario que implica todas estas condiciones. A su vez, el derecho, por medio de los procedimientos que gesta, genera respuestas parciales a este escenario en tanto implica mecanismos que condensan información respecto de las interacciones sociales y, de esa manera, contribuye a construir el significado de las mismas.

Según Moscovici (1985), existen tres tipos de representaciones sociales: emancipadas, polémicas y hegemónicas. Las polémicas, en particular, se configuran en torno a hechos u objetos de relevancia que constituyen el centro de conflictos intergrupales y son el resultado del antagonismo manifiesto entre grupos específicos (Rubira-García & Puebla-Martínez, 2018). Es posible afirmar que la cuestión relativa a la representación social de la protesta política que incluye el despliegue de violencia refiere a este tipo de representaciones, pues lo que está en el centro es la lucha por el significado de la violencia para grupos diversos: los que quieren interpelar diversos elementos de la esfera pública, por una parte, y los que quieren mantener el *statu quo*, por el otro.

Para indagar en la parte que corresponde al derecho en las representaciones sobre la protesta política que incluye el despliegue de violencia, se utiliza como marco analítico la teoría de los campos sociales de Bourdieu, específicamente en lo que alude a los campos jurídicos. De acuerdo con Bourdieu (2000), la característica fundamental del campo jurídico es que produce «la forma del discurso actuante capaz, por virtud propia, de producir efectos» (p. 198); es decir, genera pronunciamientos que tienen el poder de imponerse por fuerza de autoridad (García & Rodríguez, 2003, p. 20). Los dispositivos jurídicos son utilizados con la intención de producir la neutralización y la universalización de lo que se dice; esto es, lo que Bourdieu (2000, p. 165) denomina el «efecto de apriorización». A su vez, este efecto constituye una operación de reforzamiento, fijación y formalización de representaciones que vienen desde fuera del campo jurídico. Se produce, entonces, también lo que Bourdieu (p. 216) denomina el «efecto de homologación». Esto sin perjuicio de los límites del derecho para enmarcar las acciones que subvierten el orden, las cuales siempre emergen en su ilegalidad en algún punto (p. 211).

Los postulados de Bourdieu sobre el campo jurídico nos permiten afirmar que el derecho juega un rol en la emergencia y procesos de producción de las representaciones sociales y su dinámica.

Respecto a las particularidades del derecho en la dinámica de la producción de las representaciones sociales, debemos destacar que, como parte de las operaciones de apriorización y homologación, una de las cuestiones propias del campo jurídico es su pretensión de constituirse

autónomamente respecto de otros campos sociales (Bourdieu, 2000, p. 160). Esto se refleja, por ejemplo, en los postulados de Kelsen en su teoría pura del derecho (1982). No obstante, Bourdieu (2000) afirma que este campo se encuentra relacionado con el campo político y, a través de él, con el campo social en su conjunto; y que estas relaciones definen los efectos de las acciones jurídicas (p. 203).

El recurso por el que se lucha al interior del campo jurídico es la posibilidad del agente de imponer, mediante el poder del derecho, una representación oficial del mundo social que se conforme a su visión de mundo y favorezca sus intereses (Bourdieu, 2000, p. 212). Los actores del campo jurídico buscan consagrar, bajo las formas jurídicas generales (leyes, decretos, resoluciones judiciales, etc.), las condiciones que permiten el avance de los intereses particulares que defienden o representan (García & Rodríguez, 2003, p. 21). Las fuentes de poder de los agentes al interior del campo jurídico son los distintos tipos de capitales que pueden tener. Quienes deliberan dentro del campo jurídico a través de los procedimientos judiciales, teniendo como referencia central las normas del derecho positivo, ostentan posiciones de poder dentro de dicho campo.

La interacción de los actores en el campo jurídico y la estabilidad de este son posibles por la existencia de un conjunto de disposiciones compartidas por todos los actores: el *habitus*, el cual guía su conducta (García & Rodríguez, 2003, p. 20). Ahora bien, los campos, aun cuándo estructuran el *habitus*, también son escenarios de lucha: «allí los agentes se enfrentan para transformar o preservar esas correlaciones de fuerzas» (Corcuff, 2013, p. 45). Esto hace posible la emergencia de prácticas ambivalentes en relación con las estructuras de dominación, disposiciones que parecieran moverse entre las restricciones del campo jurídico y ciertos márgenes de autonomía, lo que conecta con la dinámica, así como la pluralidad y contrariedad interna de las representaciones sociales (Banchs, 2000). Esto permite entender lo jurídico no solo como un dispositivo de control social, sino también como un campo de lucha (Krotz, 2002, p. 34). Dado el diseño adversarial de los procesos judiciales, el trabajo con expedientes resulta de particular relevancia para observar desde una perspectiva no estática la lucha por el significado de la protesta violenta en el campo jurídico.

IV. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

El universo de datos a analizar está contenido en un expediente judicial generado en el contexto del ciclo de protestas abierto en octubre de 2019. A la fecha del cierre de esta investigación, dicho expediente no había concluido. Se trata de una causa en la que se persigue la responsabilidad penal de una persona que fue detenida en el marco de su participación

en una protesta, acción que implicó la destrucción de instalaciones del sistema de transporte público.

Los expedientes están conformados por un conjunto de documentos y actuaciones que, a través de formalidades, van articulándose física y simbólicamente hasta aparecer como un relato que dice la verdad sobre algo. Deconstruir esa operación permite iluminar los distintos significados de la protesta contenidos en los documentos y observar cómo se produce y canaliza la pugna entre esos significados. Es por eso que el rendimiento del estudio de las actuaciones judiciales radica no tanto en los resultados de los procedimientos, sino más bien en los procesos mismos. Por ello, se vuelve irrelevante el hecho de que, a la fecha de cierre del levantamiento de la información —julio de 2022—, aún no existía sentencia en el caso estudiado. Se ha optado por seguir la trayectoria del expediente correspondiente a un caso en lugar de examinar diversos expedientes de forma más general, ya que, como señala Suresh (2019, p. 180), esto permite mostrar cómo se articulan las narrativas de un caso específico a través de varios documentos.

La estrategia metodológica implica una aproximación procesual al estudio de las representaciones sociales. Esto quiere decir que el acento está puesto en el proceso de reconstrucción, el contexto de acciones e interacciones que modifican y recrean activamente el objeto de la representación (Moscovici, 1988, p. 219). En particular, se trata de hacer foco en un fenómeno —el procesamiento jurídico— que pone en evidencia una parte de los procesos sociales que colaboran en la construcción y circulación del contenido de la representación de la protesta política que incluye el despliegue de violencia. Esta aproximación implica un aporte por cuanto las investigaciones que usan la teoría de la representación social como marco analítico se han centrado en los contenidos de la representación y en el producto, en tanto la deconstrucción del proceso representacional se ha revelado difícil en extremo (Rubira-García & Puebla-Martínez, 2018).

Por otra parte, este tipo de fuentes, analizadas bajo el lente que nos propone Bourdieu, deja entrever los elementos de contexto que llenan de contenido histórico y social las representaciones (Banchs, 2000). Asimismo, el estudio de un expediente judicial, dada la lógica adversarial a través de la que se construyen estas fuentes, resulta apropiado para el análisis de la representación social de un objeto que está en el centro de conflictos intergrupales y que, por ello, podríamos calificar —siguiendo a Moscovici (1985)— como una representación social polémica.

Lo que está en el centro en este caso es la lucha de grupos diversos por el significado de la violencia desplegada en el marco de las protestas. Si bien es cierto que en estos materiales la disputa está encerrada en los límites del derecho, resulta relevante analizar la pluralidad

y contrariedad respecto de la representación de la violencia aun dentro de esos límites, ello por el poder performativo del derecho al que aludiera Bourdieu (2000). En este orden de ideas, se analiza qué lugar ocupan los delitos comunes para representar esta violencia, qué lugar ocupan las categorías derechamente político-jurídicas y cuáles son los nudos de la narrativa que se teje desde el derecho sobre esta violencia. La lógica adversarial de los procedimientos judiciales permite ir a buscar estos elementos en los discursos sobre los hechos que se elaboran desde las distintas posiciones dentro del juicio. Es por eso que el análisis se estructura a partir del examen de los discursos de los acusadores, la defensa y los tribunales.

Teniendo en consideración que se trata de información sensible, que eventualmente podría afectar directa o indirectamente a sujetos en particular, la transcripción de citas fue anonimizada no solo en lo que refiere a los nombres, sino también en lo que alude a cualquier otro tipo de referencia. Como fue señalado anteriormente, la persona que fue incriminada penalmente en el contexto de manifestaciones y su abogado defensor están en conocimiento de la investigación y manifestaron su conformidad con ella. Sin perjuicio de lo anterior, resulta pertinente destacar que la estrategia metodológica del proyecto propone trabajar con documentos que son de carácter público. Esto implica que la investigación misma no genera información sensible, sino que trabaja con antecedentes que refieren a información sensible.

El expediente analizado fue escogido en base a tres criterios: a) antigüedad: su inicio tuvo lugar con una antelación mayor a un año respecto del momento programado para el cierre del levantamiento de datos, esto con el objeto de contar con el mayor volumen de actuaciones posibles al momento del análisis; b) notoriedad pública: dado que la investigación plantea que la pugna en el campo jurídico tiene por propósito imponer una verdad sobre algo, las causas que hayan impactado en la opinión pública son especialmente críticas; y c) agentes involucrados: en las causas intervienen diversos agentes, particularmente distintas agencias del Estado, lo que permite indagar en los diversos sentidos que los agentes del campo jurídico atribuyen a las mismas acciones. Esto, a su vez, permite dejar de ver el derecho cómo un mecanismo monolítico de control social y visibilizar las luchas y hegemonías al interior del campo jurídico.

Para el procesamiento de los materiales se utilizará el análisis de contenido, el cual apunta a comprender los datos no como un conjunto de acontecimientos físicos, sino como fenómenos simbólicos (Krippendorff, 1990, p. 7). Asimismo, en las referencias a las piezas del expediente que se hacen en el artículo se indica el agente del que emana la exposición y la fecha en la que se emite.

V. UNA ACCIÓN Y DIVERSAS FORMAS JURÍDICAS: ENTRE LA SEGURIDAD INTERIOR DEL ESTADO, LOS DAÑOS A LA PROPIEDAD Y EL DERECHO A LA PROTESTA

V.1. Presentación de la causa: los hechos y los agentes

Los hechos en los que se origina la causa ocurrieron el 17 de octubre de 2019 al interior de una estación del ferrocarril subterráneo de la ciudad de Santiago de Chile. De acuerdo a lo consignado en el acta de la audiencia de control de detención, realizada el 30 de octubre del mismo año, la Fiscalía en principio acusa a un individuo de haber estado previamente concertado con, al menos, otros seis sujetos para provocar daños en la estación, y de haber iniciado y promovido —por medio de gritos, aplausos y ademanes realizados con sus brazos— a un grupo de personas de número indeterminado a romper torniquetes de control de acceso a la estación, así como aparatos sensores y validadores de tarjetas de prepago del transporte. Se especifica que el imputado —en conjunto con seis sujetos—, por medio del uso de sus piernas, manos y premunido de un elemento contundente, procedió a golpear en reiteradas ocasiones los torniquetes de control de acceso y aparatos sensores validadores de tarjeta de prepago, destruyéndolos e inutilizándolos para su uso, y produciendo daños en cinco torniquetes y dos validadores por la suma total de CLP$26 605 580. Se agrega que, producto de los daños causados, el servicio de transporte en dicha estación fue interrumpido, logrando ser reanudado solo a las 8:00 a. m. del día siguiente.

Con posterioridad, el 26 de diciembre de 2019, a solicitud de la Fiscalía se efectúa una audiencia de reformalización de la investigación, ocasión en la cual se aprecian ciertos matices en la descripción de los hechos. En primer lugar, se omite la referencia a la existencia de concertación previa entre el acusado y otros sujetos. Por otra parte, se agrega que el elemento contundente que el imputado utilizó para producir los daños fue obtenido a partir de las averías que él mismo provocó y que correspondía a una puerta lateral de la estación. Por último, se indica que el monto de los daños asciende a CLP$27 846 580.

A partir de la intervención de la defensa, la discusión se centra mayormente en la atribución de significado a los hechos que está implicada en el relato que elabora la Fiscalía; y, en conexión con ello, en la interpretación jurídica de los hechos, atiende a las normas que permiten atribuirles significado a los mismos en el campo jurídico. La defensa cuestiona la idea de la concertación previa entre los individuos que provocaron los daños. También se discutió la participación del acusado en tanto promotor e incitador de la producción de los daños. Asimismo, se controvirtió la atribución de responsabilidad al imputado en la destrucción e inutilización de los torniquetes y validadores.

En la causa interviene el Estado a través de diversas agencias. Por la parte acusatoria —quienes persiguen la responsabilidad del acusado por los hechos descritos anteriormente— intervienen la Fiscalía, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública (en adelante, Ministerio del Interior) y la empresa de transporte subterráneo del Estado, Metro S.A. (en adelante, Metro). Por la defensa del acusado interviene la Defensoría Penal Pública, además de la Universidad de Chile, que presenta su opinión sobre la causa a través de la figura del *amicus curiae*, informe que aparece más bien alineado con los argumentos de la defensa. Durante un periodo corto, al poco tiempo de iniciada la causa, intervinieron en la defensa abogados particulares.

Vemos entonces que el estudio del expediente pone de manifiesto el aspecto dinámico del campo jurídico, su constitución como escenario de lucha. Asimismo, de la sola presentación del expediente fluyen la pluralidad y contrariedad internas de las representaciones sociales a las que aludiera Banchs (2000), y su carácter polémico.

V.2. Los acusadores: primer acto, seguridad interior del Estado; segundo acto, daños a la propiedad

Podemos dividir el discurso de los acusadores en dos actos, un extenso «primer acto», que va de octubre de 2019 a marzo de 2022; y un breve «segundo acto», que va de marzo de 2022 al cierre de esta investigación, en julio de ese año. Esta distinción está marcada por la fecha en la que el Gobierno cambia de signo político, lo que redunda en un cambio en el accionar de dos de los tres agentes del Estado que actúan como acusadores en la causa.

V.2.1. El primer acto

Durante el «primer acto» las agencias que persiguen la responsabilidad del acusado son contestes en su interpretación del significado de la violencia desplegada en la acción. Los acusadores construyen ese significado a través del binomio seguridad interior del Estado/orden público y de la elusión de su significado político, en tanto acción colectiva de protesta. Esto último a través de la acentuación de los daños provocados por la acción —en contraposición a la omisión de su objeto de interpelación del orden social— y de la reivindicación de la autonomía del campo jurídico.

Hasta marzo de 2022, los acusadores enmarcan las acciones que dan lugar a la causa en dos figuras penales: el delito consagrado en el artículo 6, letra c) de la Ley 12.927, de 1958, sobre seguridad del Estado (en adelante, LSE); y el delito de daños consagrado en el Código Penal.

El artículo 6, letra c) de la LSE prescribe lo siguiente:

> Cometen delito contra el orden público:
>
> c) Los que inciten, promuevan o fomenten, o de hecho y por cualquier medio, destruyan, inutilicen, paralicen, interrumpan o dañen las instalaciones, los medios o elementos empleados para el funcionamiento de servicios públicos o de utilidad pública o de actividades industriales, mineras, agrícolas, comerciales de comunicación, de transporte o de distribución, y los que, en la misma forma, impidan o dificulten el libre acceso a dichas instalaciones, medios o elementos.

Por su parte, en cuanto al delito de daños contemplado en el Código Penal, en un primer momento los acusadores enmarcan los hechos en el artículo 487 del Código Penal, que contiene la figura residual del delito; es decir, todos los daños contra la propiedad ajena que no estén contemplados en las otras normas del párrafo. Posteriormente, en la audiencia de reformalización, refieren los hechos a la figura de daños agravados —asociada a penas más altas— contemplada en el artículo 485, numeral 6 del mismo texto; esto es, la producción de daños en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público.

Ahora bien, sin perjuicio de enmarcar las acciones del acusado en dos figuras penales, las alegaciones de los acusadores hasta marzo de 2022 no versan mayormente sobre el delito de daños, sino que se centran en la subsunción de los hechos en la figura del artículo 6, letra c) de la LSE.

La centralidad de esta última norma en estas alegaciones se nutre de una determinada atribución de significado a las acciones del imputado compuesta por la idea de concertación previa, de inicio y promoción de los daños, y de responsabilidad exclusiva en los mismos, todas cuestiones presentes en la narración de la Fiscalía sobre los hechos. Asimismo, la subsunción de la violencia desplegada en la acción en la norma referida se nutre de manera relevante de un concepto que no está definido en la LSE: la noción de orden público. Las referencias a esta noción apuntan a significar los hechos como una afección particularmente intensa al orden público:

> es precisamente el tipo de conducta que no solamente causa daño respecto de la materialidad del objeto que es protegido por la figura típica común del Código Penal, sino que constituye una alteración del orden público, aquel otro elemento que es protegido y que a nosotros la ley nos obliga a proteger precisamente para que exista una convivencia mínima entre ciudadanos. Esto es simplemente tomar una decisión que se traduce en la rotura, el quiebre del funcionamiento del sistema de transporte y quiero insistir en este punto, no se afecta sólo a Metro, miles de personas a partir de ese momento vieron afectadas sus vidas y empezó a producirse en esta ciudad un ambiente en el cual las personas

> caminaban y que estaban precisamente abandonadas, porque este señor en compañía de otros, tomo la decisión por sí mismo de destruir lo que generaciones de chilenos habían construido (Ministerio del Interior, 30 de octubre de 2019).

Para dar sustento a la noción de orden público a la que vinculan los hechos de la causa, recurren a la jurisprudencia[2] y a la doctrina.

Resulta entonces que la articulación entre la atribución de ciertos significados a la violencia que ejecuta el acusado y una determinada noción de orden público, que pasa por equiparar la afectación del funcionamiento parcial de una estación del tren subterráneo al menoscabo general del sistema de transporte, funda el uso del artículo 6 de la LSE para calificar las acciones que realizó el imputado. Esta operación permite afirmar que el daño producido en cinco torniquetes y dos validadores de una estación del tren subterráneo de Santiago de Chile constituye una afectación de tal intensidad al orden público que puede relacionarse con la noción central sobre la que se articula la LSE; esto es, la noción de seguridad interior del Estado. De esta forma, se visibiliza la violencia desplegada en la acción cómo predominantemente instrumental, pues perseguiría un objetivo.

Ahora bien, la utilización de la LSE no solo tiene efectos en el ámbito de los significados, también tiene efectos pragmáticos que, a su vez, retroalimentan lo relativo a los significados. La posibilidad de atribución de penas altas, asociada a la aplicación de esta norma, incide en la posibilidad de pedir y obtener la prisión del acusado por parte del tribunal mientras dure la investigación llevada a cabo por la Fiscalía, lo que jurídicamente se denomina «prisión preventiva»[3]. De hecho, la prisión preventiva fue solicitada por los acusadores ya en la primera audiencia del procedimiento. En esa ocasión, fue concedida por el tribunal y la decisión se mantuvo hasta el 23 de diciembre de 2019, esto pese a los diversos requerimientos en sentido contrario esgrimidos por la defensa.

2 La referencia a la resolución específica que se cita se encuentra en una nota a pie de página del escrito; sin embargo, atendido que dicha información no es relevante a los efectos de este artículo, no fue incluida. El mismo criterio se usará en el resto de las referencias a jurisprudencia y a doctrina que se incluyan en el presente texto.

3 Al respecto, es pertinente destacar que el delito contemplado en el artículo 6 de la LSE amerita, para los casos en que no exista lesión a personas, una pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, esto es, desde los tres años y un día hasta los diez años (LSE, art. 7). En contraste, el delito de daños simples regulado en el artículo 487 del Código Penal contempla una pena de reclusión menor en su grado mínimo —esto es, desde los sesenta y un días hasta los quinientos cuarenta días— o una multa de once a veinte unidades tributarias mensuales. Por su parte, el delito de daños agravados regulado en el artículo 485 del Código Penal contempla pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio —esto es, desde los sesenta y un días hasta los tres años— y una multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.
Tanto el presidio como la reclusión son penas que afectan la libertad ambulatoria del condenado. La diferencia entre ambas radica en que el condenado a reclusión no está obligado a participar de los programas laborales del recinto penitenciario en el que cumple su castigo y en que no siempre el cumplimiento de la sanción se hará efectivo en un recinto penitenciario propiamente tal.

La solicitud de prisión preventiva realizada por los acusadores fue justificada, entre otros argumentos, en la posibilidad de una pena alta asociada a la LSE: «entendemos que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, en atención principalmente a la pena asignada al delito de la LSE […]. Por lo tanto, la gravedad del delito da cuenta de esta necesidad de cautela» (Fiscalía, 16 de diciembre de 2019).

Los otros argumentos que se esgrimieron para fundar la solicitud de prisión preventiva apuntaban a construir la identidad del sujeto acusado en función solamente de la acción sobre la que versa el expediente, excluyendo otros antecedentes de su biografía. Desde ahí se significa al acusado como un sujeto peligroso, lo que justificaba su encierro mientras se desarrollaba la investigación. A continuación, se transcriben en parte dichos argumentos:

> Estos informes, el informe social y psicológico, darían cuenta de arraigo social, familiar y laboral, y por otra parte darían cuenta del arrepentimiento del imputado, del carácter excepcional de los hechos y de que las relaciones o la manera en cómo se relaciona el imputado con los otros, con sus pares digamos, sería fundado en la democracia, y lo que dijo el señor Ramos Pazo y estos querellantes hacen eco de aquello, es que lo visto en el video no da cuenta de lo que señalan los informes sociales. En primer lugar, el señor Francisco Ramos Pazo señaló que los informes no serían condescendientes con la posición de liderazgo que asumió ese día el imputado […]. En segundo lugar, el señor Ramos Pazo dijo que en la actitud del imputado no vio una actitud constructiva ni de democracia, lo que él vio fue una actitud dañosa, dañina (Metro, 23 de diciembre de 2019).

Estos argumentos, centrados en la supuesta peligrosidad intrínseca del acusado, se acoplan a la significación de los hechos de la causa como una afectación particularmente intensa al orden público y, con ello, hacen aparecer razonable la invocación de la LSE y la idea de que lo que está en juego es la seguridad del Estado.

A su vez, a diferencia de los elementos retóricos —referencias al derecho positivo, doctrina y jurisprudencia— que contribuyen a significar los hechos dentro del campo jurídico, en el caso de la prisión preventiva el efecto comunicativo es diverso. Esto por cuanto la prisión preventiva vuelve inteligible hacia afuera del campo jurídico el significado que se atribuye a la acción y, con ello, contribuye de manera relevante a la finalidad de los agentes, que es imponer una verdad sobre el mundo con el respaldo y la autoridad de las formas jurídicas (Bourdieu, 2000, p. 212).

El relato que van construyendo los acusadores tiende una red que establece conexiones entre los hechos de la causa y otras

representaciones, conformando sistemas complejos (Rubira-García & Puebla-Martínez, 2018). En ellos se combinan la historia individual del acusado, la construcción colectiva respecto de la noción de orden público, y las interacciones del individuo y el colectivo en el marco de las acciones que se sucedieron en el ciclo de protestas.

Otra operación realizada por los acusadores para significar la violencia sobre la que versa la causa es dejar en segundo plano su dimensión política en tanto protesta, esto a pesar de relevar el supuesto carácter instrumental de tipo político de la violencia desplegada en la acción y de apelar a una norma que tipifica delitos de connotaciones políticas. Ello se operacionaliza a través de la acentuación de los daños implicados en los hechos en contraposición a la omisión del objeto de interpelación del orden social de la acción y, también, por medio de la reivindicación de la autonomía del campo jurídico. Vemos así que el relato incluye la integración elementos que importan cierta contradicción, lo que deja de manifiesto la pluralidad interna de las representaciones sociales a la que aludiera Banchs (2000), esto incluso dentro del relato de un mismo actor.

En cuanto a la acentuación del daño, se utilizan dos estrategias: vincular los daños producidos en distintas acciones e invisibilizar la dimensión colectiva de la acción, eludiendo con ello que se trata de una acción que rebasa los intereses de sus participantes (Tilly, 2000, p. 10).

Respecto a la primera estrategia, los acusadores hacen referencia a la serie de acciones que se dieron en el contexto del estallido, reparando principalmente en los daños asociados a estas, para relacionar la acción sobre la que versa la causa con resultados que la exceden y, con ello, atribuirle un significado particularmente gravoso en razón de los daños a los que se asocia. En este punto, la descripción de la acción se agota en los daños y, con ello, también en su dimensión expresiva. Así, es posible afirmar que en la narrativa de los acusadores se vislumbra el contexto social en que se desarrolla el juicio y cómo ese contexto alimenta el contenido de las representaciones que se vierten en el relato.

> Se trató del primer hecho realmente grave que fue posteriormente escalando y que termina en lo que todos ya sabemos que sucedió con la línea 5 y la línea 4 del Metro. Este fue el primero que fue masivamente difundido en redes sociales a través de los medios de prensa y esto principalmente por la magnitud de los daños que provoca, daños de tal magnitud que finalmente el Metro es cerrado definitivamente (Fiscalía, 30 de octubre de 2019).

Respecto a la invisivibilización de la dimensión colectiva de la acción, se aprecia que cuando se describe la acción, si bien es cierto que en ocasiones se hace referencia a otros participantes y/o se inserta en el

marco de otras acciones que se dieron en el contexto de las protestas, no se la conceptualiza como parte de una acción colectiva en el sentido en el que Tilly (2000, p. 10) usa el concepto. Es así como se elude que la acción del acusado fue parte de una serie de episodios que comprometieron a participantes que no actúan juntos de modo rutinario, que rebasan sus propios intereses y/o que emplean medios de acción distintos a los que adoptan para la interacción cotidiana, y se elude también que las acciones de las que participa el acusado son discontinuas. En este orden de ideas, resultan ilustrativos los ya referidos argumentos relativos a la peligrosidad intrínseca del acusado y las referencias a la actuación en grupo o pandilla.

Siguiendo con los elementos de la definición de acción colectiva de Tilly, se desconoce el carácter contencioso de la acción, la demanda al Estado implicada en ello y el alcance de la misma respecto de los intereses de personas distintas al grupo que actúa, así como para los propios intereses compartidos de los actores. En este sentido, se orientan las alocuciones que desvinculan estas acciones del derecho a la protesta y las referencias que las vinculan a la afectación del ejercicio del derecho al libre desplazamiento y la seguridad personal, entre otros, y/o dan preminencia a otros derechos por sobre el derecho a la protesta.

> se han generado desórdenes y disturbios al interior de las estaciones, lo que ha llevado a la interrupción o derechamente la paralización del servicio, obstaculizando por vías ilegítimas no solo el libre tránsito, sino que también el acceso de la ciudadanía a este medio de transporte […] afectando el funcionamiento en plena hora punta e impidiendo, además, el acceso de las personas al servicio de transporte público […] Es preciso señalar que estos hechos alteran el orden público en tanto merman ostensiblemente el normal funcionamiento de un servicio de transporte esencial para la comunidad como lo es el Metro de Santiago, obstaculizando por vías ilegítimas no solo el libre tránsito, sino que también el acceso de la ciudadanía a este medio de transporte y la normal movilización a sus lugares de destino […] En un Estado democrático de derecho, la expresión libre del derecho a manifestarse no puede afectar de modo tan intenso los derechos de otros ciudadanos; es más, ni siquiera se está en presencia de una colisión de derechos entre el derecho a manifestarse y el derecho a la libre circulación, por cuanto este último se encuentra íntimamente asociado al ejercicio de otros derechos fundamentales como lo son la vida, la libertad y seguridad personal (Metro, 30 de octubre de 2019).

Por otra parte, y también a efectos de eludir la dimensión política de la acción en tanto protesta, se aprecia una cuestión que observara Bourdieu (2000) como una tendencia del funcionamiento del

campo jurídico, y esta es su visibilización como una esfera autónoma de otros campos sociales, como un campo que se produce a sí mismo (p. 160). Lo anterior se refleja en las alusiones de los acusadores a las sucesivas resoluciones que van emanando del tribunal a medida que el juicio avanza. Las alegaciones de los acusadores para desestimar las posiciones de la defensa se van apoyando en la dinámica que genera el mismo campo jurídico a raíz de la causa. Por ejemplo, cuando los representantes de Metro S.A. alegaron respecto al acusado que:

> se trata una persona instruida, como lo ha señalado la defensa es un profesor, por lo tanto, en sus circunstancias concretas estaba en posición de obrar conforme a derecho; no obstante, no lo hizo y eso también fue algo que deslizó la magistrada del 12° Juzgado de Garantía de Santiago y que se contiene en su resolución para la mantención de la medida cautelar (Metro, 10 de diciembre de 2019).

Asimismo, los acusadores afirmaron, respecto a los argumentos de su contraparte que refieren al proceso de gestación de la LSE, la impertinencia de los análisis políticos y/o históricos en tanto estos se situarían por fuera del campo jurídico.

Vemos así que, durante lo que hemos denominado «primer acto», los acusadores realizaron diversas operaciones discursivas orientadas a acoplar los hechos de la causa a ciertas formas jurídicas que les permitían relatar estas acciones como una transgresión relevante del orden público, tanto así que tales acciones habrían vulnerado la LSE, norma que tiene como propósito preservar la seguridad interior del Estado. Lo central entonces es la instrumentalidad de la violencia desplegada en la acción, estableciendo que esta violencia tenía un fin: afectar la seguridad interior del Estado. A este objetivo tributaron el relato que encadena los daños producidos por la acción a otros daños, la atribución de peligrosidad al autor de los mismos, la desvinculación de la acción del derecho a la protesta y, por el contrario, su vinculación a la afección de otros derechos, como el derecho al libre desplazamiento y la seguridad personal. La supuesta neutralidad de esta narrativa se fue alimentando de la recurrencia a distintos elementos producidos dentro del campo jurídico, tales como la doctrina, jurisprudencia y las resoluciones judiciales que se fueron generando en la propia causa; y se nutrió, también, de la deslegitimación de argumentos que vinieron desde fuera de dicho campo.

V.2.2. El segundo acto

En el «segundo acto», las agencias que persiguen la responsabilidad dejaron de actuar armónicamente. De hecho, dos de estas agencias, el Ministerio del Interior y Metro, se retiraron de la causa a través de escuetas presentaciones en las que desisten de sus querellas.

El 11 de marzo de 2022, el Ministerio del Interior aludió a la discrecionalidad con la que puede ejercer su facultad de presentar una querella por LSE y agregó que dicha prerrogativa «debe ser ejercida de manera fundada, proporcionada y racional, respetando los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política de la República y los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile». Al hacer esta última declaración en el mismo escrito en el que desistía de la querella, implícitamente sugirió que la interposición de esta acción fue infundada, desproporcionada e irracional. En la misma presentación señalaba que de su desistimiento deviene para el tribunal que corresponda el deber de «disponer de forma inmediata el cese de las medidas cautelares que se hubieren decretado». Mas allá del juicio que se pueda hacer desde la dogmática respecto de la pertinencia jurídica de esta última afirmación, lo cierto es que de ella se desprende que el Ministerio estimaba que no había razones para considerar que la falta de restricciones al derecho al desplazamiento del imputado pusiera en riesgo los fines del procedimiento, la seguridad de la sociedad y/o la existencia de bienes suficientes para cumplir con lo que eventualmente resolviera el tribunal, siendo estas las cuestiones que resguardan las medidas cautelares.

Por su parte, Metro desistió de su querella a través de un escrito en el que, además, consignaba la renuncia del acusado a ejercer acciones en su contra. De esto último es posible inferir un cierto reconocimiento por parte de esta entidad de la incoherencia en cuanto a la representación de los hechos que implicó el giro en su accionar y de la intención de resguardarse de los efectos que dicha inconsistencia podía tener.

Evidentemente, las actuaciones de estas entidades generaron consecuencias para la posición de la otra agencia del Estado que persigue la responsabilidad del acusado: la Fiscalía. Ello por cuanto, de acuerdo con la LSE, solo están facultados para activar dicha norma el Ministerio del Interior y/o la víctima. Fueron las querellas de estas entidades, entonces, las que permitieron a la Fiscalía sostener la construcción de la acción del acusado como un actuar que lesionaba la seguridad interior del Estado. En razón de lo anterior, la figura más gravosa al alero de la cual se significaron los hechos durante todo lo que hemos denominado «primer acto» quedó sin efecto. Esto hace que el relato del Ministerio Público aparezca con cierta inconsistencia, pues todo el peso de la representación de los hechos realizada por esta entidad estaba asociado a la transgresión de la LSE, y es por eso justamente que operaba en armonía con el relato de los querellantes.

Vemos así que, durante el «segundo acto» y hasta el cierre de esta investigación, la armonía entre los entes persecutores se rompió. Esto redunda en un cambio en las formas jurídicas a las que se pretende

acoplar el significado de las acciones sobre las que versa la causa. En este punto, la idea del riesgo de la seguridad del Estado se perdió y solo quedó lo relativo a la producción de daños en objetos. Este cambio coincidió con el arribo de un nuevo gobierno de distinto signo político, lo que devino en el nombramiento de una nueva ministra del Interior y en la designación de un nuevo directorio de Metro por parte del presidente recién asumido. Es decir, el signo político de dos de los entes persecutores cambió, lo que se expresó de manera manifiesta en las decisiones que se tomaron respecto de la causa en estudio. Lo anterior da cuenta de la incidencia de los elementos de contexto en la constante producción y reproducción de la representación social de la protesta violenta.

V.3. La defensa: no hay más que unos pocos daños en medio de una protesta

La defensa del acusado no ha discutido el núcleo duro de los hechos, esto es, la autoría del acusado de la producción de cierto daño a determinados objetos; sin embargo, sí discute el significado de esa violencia y la magnitud de los daños, cuestión que apuntó a visibilizar como improcedente la aplicación de la LSE.

En lo que se refiere al significado de la violencia, ha estimado que esta puede ser asociada a la figura jurídica de daños contemplada en el Código Penal. Es decir, no discute que exista un ilícito, pero se trataría de un ilícito distinto al contemplado en el artículo 6 de la LSE.

> Entonces la inutilización en realidad no habría ocurrido en los términos planteados por el Ministerio Público o al menos como lo exige el artículo 6, letra c) [de la] LSE, entendiendo que la inutilización es dejar de servir útil alguno de los elementos del transporte y, en este caso, bloquear el acceso del Metro no cumpliría con el tipo penal (Defensa, 22 de noviembre de 2019).

Para la defensa, la violencia desplegada en la acción del acusado no implicó poner en riesgo la seguridad interior del Estado y se trataría de un delito común. De ahí, entonces, que la instrumentalidad de la violencia asociada al riesgo de la seguridad del Estado no esté presente en la narrativa de la defensa.

En el mismo orden de ideas, esto es, con el objeto de desvirtuar la pertinencia de la aplicación de la LSE, la defensa reparó en la noción de orden público; pero lo hizo para argumentar que el orden público protegido por el artículo 6 de la LSE sería distinto al protegido por la ley común y que la violencia desplegada en la acción del acusado no es disruptiva con respecto al primero:

> habría que partir por hacer una distinción necesaria entre un daño al orden público normal y otro calificado, capaz de atentar contra el orden democrático. Considerando que el Código Penal chileno ya regula en el libro II, en su título VI «de los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares», lógico sería entender que el bien jurídico protegido por la LSE sería uno de mayor entidad que aquel protegido meramente por el tipo penal base del Código Penal, que, recordemos, tiene una pena inferior. Así las cosas, habría que distinguir entonces entre aquellos bienes jurídicos, entendiendo, a modo de ejemplo, que, si se hace una barricada a las 7 de la mañana para provocar [el] colapso en las vías de trasporte terrestre, en contraposición a si se hace una barricada que impide a las personas llegar al local de votación. Pareciera ser que el disvalor del injusto es mucho mayor en el segundo pues, pese a afectar derechos individuales, hay además afectación de derechos supraindividuales (Defensa, 15 de abril de 2021).

Para discutir el significado de la violencia sobre el que versa la causa, la defensa recurrió al Tribunal Constitucional. En dicho estrado, alegó la discrecionalidad de la autoridad política al accionar por la LSE y sostuvo que no existe ningún criterio que ilumine en qué casos el Gobierno debe presentar querellas por LSE y cuándo no. Se refirió también a elementos históricos y a través de estos cuestionó la legitimidad de la LSE:

> Parece ser entonces que el espíritu de la ley, considerando las particularidades de su nacimiento, en especial el momento histórico de su nacimiento y los momentos en que fue modificada, no podemos sino estimar que el ámbito de aplicación de esta norma de acuerdo a su espíritu no solo debe ser considerado excepcional, sino además excepcionalísimo, por cuanto responde a momentos de agitación política que ponían en riesgo la gobernabilidad o en otros momentos políticos que daban cuenta de la necesidad del control de la disidencia (Defensa, 19 de diciembre de 2019).

Por otra parte, también para disputar el significado de la acción sobre la que se discute y sustraerla de la aplicación de la LSE, la defensa hizo ver cómo es que la conducta del acusado se insertaba en una acción colectiva, conectando el daño producido por el acusado con la dimensión colectiva de la acción. Para ello, construyó argumentos a partir de elementos que exceden el campo jurídico:

> Lo cierto es que lo que ocurrió el día 17 de octubre fue una autoconvocatoria a manifestarse en la estación del Metro, pero que no buscaba ni derrocar al gobierno ni llamar a nuevas elecciones o hacer alguna cuestión distinta a lo que el propio sistema democrático estaría

> enfrentando que corresponde esencialmente al legítimo derecho a protestar (Defensa, 22 de noviembre de 2019).

En sentido similar se pronunció la Universidad de Chile al señalar que «no se trata de una conducta de violencia política destinada a usurpar el poder o poner en jaque a la democracia, sino más bien a manifestar el descontento social por el alza de los pasajes del metro» (*amicus curiae*, 16 de junio de 2021). Esto nos persuade en orden a ver más allá de la acción del individuo, pero no para hacer aparecer más gravosa su acción —como lo hacen los acusadores—, sino para atribuirle desde ahí significado a su acción particular y que esta pueda ser comprendida a partir del contexto colectivo, el cual resulta extraordinario y se conecta con intereses que superan a los individuos que participan de la acción —elementos presentes en la noción de acción colectiva de Tilly—. La violencia puede tener una dimensión política e instrumental sin por ello poner en riesgo la seguridad del Estado.

Lo señalado nos permite afirmar que la defensa, en su narrativa sobre la violencia desplegada en la acción, establece vinculaciones sociohistóricas específicas y, con ello, pone de relieve que la disputa por el significado de esa violencia tiene un carácter más instituyente que instituido (Banchs, 2000). En dicha disputa se concentran conflictos intergrupales que van más allá del expediente judicial de que se trata, lo que nos confirma —siguiendo a Moscovici (1985), y a Rubira-García y Puebla-Martínez (2018)— que estamos frente a un objeto de representación polémico.

También para relevar el carácter extraordinario de la acción violenta, la defensa recurrió a la biografía y las relaciones sociales del acusado. Con ello pretendía que la falta de peligrosidad del autor —que se desprendería de su biografía— se comunicara a sus acciones y que, entonces, la violencia sobre la que versa la causa resultara explicada no por la peligrosidad del agente ni por el objetivo que este haya tenido en consideración, sino por la dimensión extraordinaria de acción colectiva de la que participó. En este sentido se orientó la defensa al expresar:

> Lo que dice el Tribunal es que los informes no dicen lo mismo que los videos, por supuesto, porque los informes lo que tratan de hacer es ver a la persona en su plenitud, no en el peor momento de su vida, no cuando estamos cometiendo el error. Eso no nos define como personas, nuestro error o nuestro delito, nos define lo que somos y nuestra historia, y ambos informes dan cuenta de eso, de cómo somos en nuestra historia (Defensa, 23 de diciembre de 2019).

Aquí se observa que la representación sobre los hechos que construyó la defensa aparecía, además, conectada con otras representaciones, constituyendo un sistema complejo que respondió a las historias individuales y colectivas de los sujetos, y también a las interacciones

de estos con los objetos de conocimiento (Rubira-García & Puebla-Martínez, 2018).

En la representación de la acción que construyó la defensa se observa una maniobra que nutre de significado a la violencia con elementos jurídicos y, a la vez, con elementos que están más allá de las categorías del campo. De esta manera, aspiraba a una gramática de la violencia que, sin perjuicio del ilícito jurídico que representa, gozara de cierta legitimidad. Asimismo, sin perjuicio de no desconocer que la acción del acusado produce daños, una cuestión central en esta operación es insertarla en el marco de una acción que la excede, una acción colectiva que se da en un contexto determinado que la hace comprensible, el mismo que excede las formas rutinarias de acción y que tiene carácter no solo expresivo, sino también instrumental.

En lo que respecta a la magnitud de los daños, la defensa volvió sobre los hechos y discutió que el acusado fuera responsable del conjunto de daños que se le imputaban. Para ello, acudió nuevamente a la dimensión colectiva de la acción, en tanto insertó el actuar del acusado en una cadena que lo excede. Sin embargo, a la vez que hizo esto, escindió los daños producidos por el quehacer del imputado de la acción colectiva:

> No sabemos si lo que estaba haciendo […] era romper los torniquetes, no sabemos si los torniquetes estaban previamente destruidos o no. La invitación ahora no es a fijarse en […] qué fue lo que hicimos durante toda la audiencia de control de detención, sobre qué es lo que estaba haciendo, los invito a ver qué estaban haciendo las otras seis personas con los otros cinco torniquetes ubicados en la estación [proyecta video]. Hay un sujeto que está dándole patadas que está con polerón negro, […] aparece en segundo plano, se mueve hacia el final, pero siguen dos personas. Ahí acaban de romper otro torniquete un segundo sujeto con capuchón, aparece otro sujeto dándole patadas a otro torniquete, y en este momento aparece […], que son las imágenes donde el señor fiscal, en la formalización, dijo «procede a destruir los torniquetes uno a uno», y luego […] sale de escena. Aquí el mismo sujeto de polerón negro sigue rompiendo el torniquete (Defensa, 16 de diciembre de 2019).

De hecho, para identificar la magnitud de los daños respecto de los que el acusado habría sido responsable, si bien la defensa necesitaba explicar lo que sucedía en la estación, elaboró una temporalidad de esa acción colectiva y extrajo el actuar individual del acusado de esa cadena.

En síntesis, para representar la violencia, la defensa —alineada con la Universidad de Chile— afirmó que la acción del acusado no afectaba el orden público que protege la LSE. Por otra parte, a la vez que dio cuenta de la dimensión colectiva de la acción sobre la que versa la causa, escindió de ella los daños producidos por el acusado. Este conjunto de

elementos le hizo posible configurar una narrativa que representaba la violencia sobre la que se discutía en el juicio como un ilícito menor, una acción que —sin perjuicio de su dimensión política e instrumental— no ponía en peligro la seguridad interior del Estado. A su vez, todo ello permitió desanclar las nociones de legitimidad y legalidad en tanto tendía a revestir la conducta del imputado de una cierta legitimidad, sin que por ello se invisibilizara el carácter ilegal de la misma; la defensa reconoció que se estaba ante un delito de daños. Es decir, la legitimidad de los hechos se construyó por la defensa por fuera de la ilegalidad de la acción.

Ahora bien, la adscripción del actuar del imputado a la figura del delito de daños implicó que se trataba de un delito común cometido por un individuo sin una connotación expresamente política; de esa manera, se alejó de la posibilidad de que fuera interpretado como una acción descrita en la LSE. No obstante, esta cuestión paradójicamente alejó la representación de los hechos de la noción de acción colectiva en tanto la disoció de su carácter precisamente colectivo, extraordinario y en conexión con intereses que superaban a los individuos que participaron de la acción. Vemos aquí entonces una tensión en la representación de los hechos que construyó la defensa: por un lado, esta apeló a la noción de acción colectiva, cuestión que sirve para relativizar la responsabilidad del imputado y para revestir de cierta legitimidad la acción; por otro lado, encajó la violencia desplegada en la acción dentro del campo jurídico, vaciándola de su sentido político y centrándose en su dimensión expresiva: la producción de daño. Así, vemos aquí los límites del derecho para enmarcar las acciones que subvierten el orden, las que siempre emergen en algún punto en su ilegalidad (Bourdieu, 2000, p. 211).

La narrativa de la defensa del acusado no varió luego del retiro de las querellas por parte del Ministerio del Interior y Metro; por el contrario, tales desistimientos la reforzaron, en la medida en que implicaron que parte de los acusadores desestimaban la representación de los hechos como un atentado a la seguridad del Estado. De hecho, la defensa del acusado tomó como base tales retiros para solicitar el alzamiento de las medidas cautelares que pesaban sobre el acusado y su sobreseimiento definitivo. Estas últimas intervenciones apuntaron en el mismo sentido que la narrativa de la defensa desarrollada a lo largo del juicio.

V.4. La lucha por el derecho: dinámica y fisuras en la narrativa de los tribunales

Son diversos los tribunales en los que se enfrentan las representaciones jurídicas que elaboran las partes sobre los hechos de la causa. Consiguientemente, son también diversos los tribunales que canalizan

ese enfrentamiento y colaboran en la producción del significado de los hechos que emana desde el campo jurídico. Esto porque la representación de los hechos no se debate solo ante los tribunales que ven lo que en derecho se denomina las «cuestiones de fondo» —en este caso, si la violencia desplegada en esta acción es constitutiva de delito, de qué delito se trata y qué responsabilidad le cabe, por lo mismo, al acusado—. También los tribunales que se pronuncian sobre cuestiones procedimentales colaboran en la producción de la representación de los hechos. En este caso, hasta al cierre de esta investigación, la gran mayoría de pronunciamientos de los tribunales involucrados correspondió a cuestiones de este tipo. De esta índole son las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 6, letra c) y 26, ambos de la LSE; y los pronunciamientos del Tribunal de Garantía de la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema sobre las cuestiones relativas a la prisión preventiva y las otras medidas cautelares.

En efecto, lo relativo a la actuación de los tribunales releva con mayor transparencia la aproximación procesual al estudio de las representaciones sociales implicada en este trabajo, esto por cuanto las actuaciones de los tribunales dejan ver el camino a través del cual diversas acciones que discurren en la causa y fuera de ella se condensan —a través de sus resoluciones—. De esa forma, la actividad de los tribunales va dando cuerpo al entramado que produce la dinámica de constante modificación y recreación del objeto de la representación (Moscovici, 1988, p. 219).

En este orden de ideas, resulta pertinente dar cuenta, en primer lugar, de las razones por las que se concedió la prisión preventiva en la primera audiencia de la causa y la forma en que se concretó. Estas cuestiones expresan el significado atribuido a la violencia sobre la que versa la causa por parte del Tribunal y la peligrosidad atribuida al acusado en un primer momento. Sobre este punto, el Tribunal señaló:

> A mí no me cabe duda, sin perjuicio de que la defensa haya argumentado bien bonito, que respecto de este ilícito es un ilícito que se encuadra dentro del art. 6, letra c) de la LSE […] la conducta del imputado fue destruir e inutilizar elementos que devienen en el funcionamiento de un servicio de utilidad pública (Tribunal de Garantía, 30 de octubre de 2019).

Hasta aquí el acoplamiento entre las formas jurídicas y los hechos sobre los que versa la causa se alineaba más menos con lo planteado por los acusadores, pero el Tribunal introdujo, además, razonamientos nuevos que, sin perjuicio de ello, se orientaron en el mismo sentido de los argumentos de los acusadores:

> se trata de una persona, como lo destacó la defensa, que presta labores de docencia y que efectivamente tiene un contacto directo con la población, y que lo que hace en definitiva es ponerse al margen de la norma y es tal el margen de la norma que no le importa entregar las zapatillas, los pantalones ni nada, como lo haría cualquiera otra persona que comete una infracción, para no usar la palabra «delincuente», que podría sonar muy feo […] Otro habría huido, él no, él se siente validado en su acción y eso consiste en que la conducta sea aún más peligrosa (Tribunal de Garantía, 30 de octubre de 2019).

Lo que hace el Tribunal en este pasaje es tomar un argumento levantado por la defensa, pero no para minimizar la peligrosidad del imputado, sino para hacer la operación contraria. Vemos entonces que el Tribunal tomó elementos aportados por ambas partes a la discusión, cuestiones que aparecen en principio como discrepantes en cuanto a su contribución al significado de los hechos, y los articuló en una narración que le permitía acoplarlos a las formas jurídicas más gravosas. El Tribunal condensó las diversas informaciones que las partes allegaron a la causa y las distintas maneras en que los sujetos y los colectivos estaban implicados en la interacción en un relato que, al menos de manera parcial, respondía a la presión que reclamaba opiniones, posturas y acciones acerca de los hechos en los que estaban implicadas las personas y el colectivo. Así, se palpan en este ejercicio las tres condiciones a las que alude Moscovici (1979) para dar cuenta del contexto de emergencia de las representaciones sociales: dispersión de información, focalización e inferencia.

Por otra parte, vemos que este relato no es equidistante de las representaciones que esbozan las partes respecto a los hechos. Resulta demostrativo, en este sentido, que el Tribunal haya determinado que el cumplimiento de la prisión preventiva se llevara a cabo en una unidad especial de alta seguridad. Esta medida se mantuvo persistentemente desde el 30 de octubre hasta el 23 de diciembre de 2019, pese a diversas solicitudes de revisión de la medida por parte de la defensa a través de varias gestiones que, incluso, llegaron a la Corte Suprema. Los pronunciamientos de los tribunales en las diversas ocasiones fueron similares, por ejemplo: «se cumplen los supuestos de acuerdo con lo que ya se refirió en audiencia de formalización, de acuerdo a lo que dispone el art. 6, letra c de la ley referida [LSE], esto se refiere también al orden público» (Tribunal de Garantía, 22 de noviembre de 2019).

Por otro lado, la lucha en torno a la prisión preventiva es expresiva de otra disputa que se sitúa en un nivel más abstracto: la relativa al significado de la violencia. Podemos inferir que detrás de esta pugna se vislumbran grupos diferentes: los que quieren interpelar diversos elementos de la esfera pública, por una parte, y los que quieren mantener el *statu quo*,

por la otra. Esto deja ver que estamos ante una representación social de carácter polémico.

El relato de los tribunales que se pronuncian en orden a dictar y mantener la prisión preventiva apunta a significar la violencia sobre la que se discute en la causa al asociarla a una posible afectación de la seguridad interior del Estado, atribuyéndole entonces un significado político y relevando su dimensión instrumental disruptiva del *statu quo* que el tribunal se orienta a mantener.

Los pronunciamientos favorables de los tribunales respecto a la cuestión de la prisión preventiva colaboran en la construcción del sujeto acusado como muy peligroso. El hecho de que el acusado deba estar privado de su libertad durante parte de la investigación y, más aún, que deba hacerlo en un recinto especial —un subterráneo con solo dos horas de desencierro al día, según lo relatado por el defensor en la audiencia del 23 de diciembre de 2019—, tiene un efecto comunicativo relevante. Esto porque vuelve inteligible fuera del campo jurídico la discusión sobre categorías de derecho que se da ante el tribunal y la prevalencia de una construcción del significado de la violencia sobre la que se discute por sobre otra. Lo relativo a la prisión preventiva y, más aún, que esta se cumpla en un recinto especial, puede contribuir a la operación de reforzamiento de un determinado significado de la protesta violenta, más allá de la envergadura de esta, que viene desde fuera del campo jurídico. Se trataría de una operación de reforzamiento, fijación y formalización de tendencias que se encuentran en lo social (Bourdieu, 2000, p. 216). Vemos, entonces, cómo los tribunales articulan sistemas complejos de representaciones (Rubira-García & Puebla-Martínez, 2018).

Sin embargo, la contribución de los tribunales a la representación de la protesta violenta desde el campo jurídico no es pacífica ni estática. Si bien es cierto que las formas jurídicas a las que recurren los órganos judiciales en ocasiones se refuerzan mutuamente, la canalización de las disputas sobre la representación de la protesta violenta que realizan los tribunales también evidencia cierta dinámica. A lo largo del procedimiento se van incorporando tensiones y matices, los que contribuyen a dar mayor densidad al relato sobre los hechos que se van articulando con las formas jurídicas. Así, las distintas actuaciones parciales de los tribunales van articulando la construcción del relato sobre los hechos y permiten ir perfilándolo a lo largo del procedimiento, de manera que, al final de la tramitación de la causa, puedan ser narrados de tal forma que emerjan como un todo más o menos coherente.

En este caso los tribunales, a la vez que refuerzan mutuamente por momentos los significados que elaboran, van incorporando matices y tensiones que dan dinamismo a su contribución a la representación de la protesta violenta desde el campo jurídico. Esta dinámica se expresa, por

ejemplo, en la audiencia de revisión de la prisión preventiva realizada el 16 de diciembre de 2019. En esa ocasión, sin perjuicio de que el Tribunal mantuviera la prisión preventiva, se introdujo un cierto giro:

> Hoy no existe ningún antecedente que dé a entender que efectivamente existe una concomitancia, una coautoría o el concierto de este, o la realización del hecho por grupo y pandilla […] Lo que guarda relación con la circunstancia agravante del artículo 11, número 10, la actuación por la vía del tumulto es bastante discutible […], lo que vi más bien es una inactividad por parte de la seguridad del Metro (Tribunal de Garantía, 16 de diciembre de 2019).

Las apreciaciones del Tribunal en la audiencia del 16 de diciembre de 2019 sirvieron de sustento a la defensa para el recurso de apelación que fue revisado en la audiencia del 23 de diciembre de 2019. Más aún, sobre los matices introducidos por el Tribunal de Garantía respecto al concierto previo y lo relativo al tumulto, la discusión se centró en la audiencia en la que fue revisado el referido recurso de apelación. En esa ocasión, el Tribunal revocó la prisión preventiva, pero no dio cuenta del razonamiento que le permitió arribar a esa decisión. Ahora bien, sin perjuicio de esto último, las preguntas que hicieron los miembros del Tribunal durante la audiencia y las cuestiones en las que se centró el debate en esa ocasión permiten inferir que las cuestiones elaboradas por el Tribunal de Garantía en la audiencia anterior sirvieron para afirmar su convicción. Así, por ejemplo, cuando el Tribunal pregunta a la Fiscalía:

> Una pregunta, señor abogado, ¿usted tiene antecedentes de que ese día ocurrieron no solamente este hecho, sino que otros más vinculados con el Metro? ¿Y tiene el antecedente de que este señor, el imputado, estuvo de acuerdo en provocar daño en todas las estaciones del Metro, o fue una cosa puntual? ¿Y los demás imputados? (Corte de Apelaciones, 23 de diciembre de 2019).

En la audiencia en la que se revocó la prisión preventiva, la medida fue reemplazada por el arresto domiciliario nocturno desde las 22:00 hasta las 6:00 horas del día siguiente, la firma semanal en la Unidad Policial más cercana a su domicilio, arraigo nacional y prohibición de acercamiento a todas las estaciones del tren subterráneo.

Otros pronunciamientos de tribunales que contribuyeron a la representación de los hechos fueron los que emitió el Tribunal Constitucional a partir del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 6, letra c), y 26 de la LSE, interpuesto por la defensa. En este caso, el Tribunal Constitucional debía, en primer lugar, pronunciarse sobre si el recurso tenía fundamento plausible para ser tramitado y, luego, tras escuchar a las partes, pronunciarse sobre el fondo. El Tribunal dispuso la

admisibilidad del recurso solo respecto del artículo 6, letra c), lo que implica que consideró plausible el fundamento de la defensa; esto es, que la amplitud de conductas referidas en la norma daba espacios relevantes a la discrecionalidad a la hora de aplicar sanciones. Respecto al artículo 26 de la LSE, el Tribunal estimó que no existía fundamento plausible para considerar que la norma abría espacios de discrecionalidad política, por cuanto esa norma entrega la activación de la acción penal no solo al Poder Ejecutivo, sino también a la víctima, y dado que en la causa, efectivamente, ambas habían accionado.

Vemos aquí, nuevamente, que el Tribunal introduce matices y/o giros parciales en la significación de los hechos sobre los que versa la causa. En este caso, por una parte, se admite la posibilidad de que la aplicación de la LSE constituya una decisión, entre varias posibles. Es decir, se admite que no existiría una sola verdad jurídica sobre el significado de la violencia implicada en la acción, que se trata de una cuestión debatible. Pero luego, al declarar inadmisible el recurso por el artículo 26 de la LSE, se suaviza lo anterior en tanto no se pronuncia respecto de lo alegado por la defensa en relación a que la autoridad política —en este caso, el Ministerio del Interior— decide sin sujeción a ningún estándar cuándo acciona en virtud de la LSE y cuándo no. En definitiva, el Tribunal admite que existe un debate sobre el significado de la violencia, pero lo representa como alejado del campo político y, con ello, evidencia la operación de neutralización del significado de los hechos, que es lo propio del campo jurídico, y pretende el aislamiento de este respecto de otros campos sociales.

En cuanto al fondo del recurso constitucional, el Tribunal se pronunció en definitiva desestimándolo; sin embargo, hubo dos jueces que optaron por acogerlo. La argumentación de la desestimación del recurso tomó como argumento central algo que ya habían señalado los acusadores; esto es, que bastaría con la comprensión y el conocimiento por parte de las personas de los elementos esenciales de la conducta sancionada para estimar que no hay espacio a la discrecionalidad. En el fallo, esta afirmación se funda en jurisprudencia del propio Tribunal y se estima que en el caso del artículo 6 de la LSE se cumpliría con lo señalado. Además, a través de la prevención de uno de los jueces, la vulneración del orden público se llenó de contenido mediante la referencia a otra norma jurídica: un texto que emanó precisamente de uno de los acusadores y que este dictó en el contexto del ciclo de protestas en el que se enmarca la causa. Se trata del Decreto Supremo N.° 472/2019 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, texto a través del cual se declaraba el estado de emergencia constitucional. El mismo juez se refirió al significado atribuido a estos hechos desde fuera del campo jurídico:

> desde distintos ámbitos, tales hechos se han querido englobar bajo nociones vagas y con fuerte carga emotiva e ideológica, que van desde la vandalización hasta emplearse términos como «expresiones de resistencia», pasando por voces más ambivalentes como «estallido social» y «protesta ciudadana». La misma incitación a la evasión masiva en el tren subterráneo, como es sabido, se corresponde con métodos de transgresión sugeridos por Gilles Deleuze y el colectivo Tiqqun, en la obra titulada «Contribución a la guerra en curso» (Tribunal Constitucional, 1 de marzo de 2022).

La cita devela que la pugna por los significados de la violencia excede el campo jurídico. A su vez, al señalar que «desde distintos ámbitos tales hechos se han querido englobar bajo nociones vagas y con fuerte carga emotiva e ideológica», da cuenta de la pretensión del campo jurídico de ser la verdad a través de la cual se representa el real significado de estos hechos. Se ve aquí, entonces, cómo se refuerza desde el campo jurídico un determinado significado de la acción entre los muchos que se sitúan por fuera de dicho campo: esta violencia es susceptible de poner en riesgo la seguridad interior del Estado. Se realiza el efecto de homologación; esto es, el reforzamiento, la fijación y la formalización de tendencias que se encuentran en lo social (Bourdieu, 2000, p. 216).

En el caso de los argumentos de los votos disidentes, observamos que ambos se pronunciaron expresamente en el sentido de evidenciar que los hechos se dieron en un contexto de protesta social —situaron este tipo de acciones en el marco del ejercicio de derechos— y reflexionaron en torno a la noción de orden público en tanto bien protegido por el artículo 6 de la LSE. Los disidentes significaron la conducta sobre la que versa la causa como una acción colectiva inteligible desde el campo político. Al situar la acción colectiva en el marco del ejercicio de derechos y hacer aparecer la aplicación de la LSE como desajustada respecto de las finalidades propias del derecho penal, relevaron el uso político de la misma que, por tanto, resultaba impropio del campo jurídico. Vemos de nuevo aquí operando un sistema complejo de representaciones que excede al campo jurídico

Como ya se señaló, el Gobierno cambió de signo político mientras se tramitaba el juicio, cuestión que incidió en el retiro de las querellas por parte de dos de los agentes acusadores. Con base en ello, la defensa solicitó el cese de las medidas cautelares que aún pesaban sobre el acusado y el sobreseimiento definitivo de la causa; esto es, que se absolviera al acusado. Frente a las solicitudes referidas a las medidas cautelares, el Tribunal se pronunció sucesivamente alzándolas, de modo que, al cierre de esta investigación, la única cautelar que aún pervivía era la del arraigo nacional; es decir, el impedimento a que el acusado pueda salir del país. Respecto a las solicitudes de sobreseimiento

definitivo, tanto el Tribunal de Garantía como la Corte de Apelaciones se pronunciaron denegándolas, estimando que subsistía la acción penal por el delito de daños. Entonces, si bien ya no se alegaba que la acción investigada pusiera en peligro la seguridad del Estado, de todas formas persistía el reclamo sobre su ilegalidad. En el relato prevaleció la dimensión expresiva de la violencia, lo que implica que se trataba de una violencia que no perseguía fines políticos —instrumental—, sino que se agotaba en su consumación.

En este caso, vemos cómo los tribunales fueron entretejiendo una narrativa de los hechos a partir de las representaciones que les aportaron los intervinientes en la causa. Vemos también que esa narrativa no era estática ni unilineal, puesto que en un principio se admitió que la violencia implicada en los hechos podría haber puesto en riesgo la seguridad interior del Estado, admitiendo la posibilidad de la predominancia de la dimensión instrumental de la acción, cosa que hacia el cierre de la investigación cambió.

A lo largo del procedimiento, se fueron incorporando matices que estaban determinados también por cuestiones que sucedieron fuera del campo jurídico. Estos matices, a la vez que fueron densificando la representación de los hechos que realizó el Tribunal, introdujeron fisuras en dicha representación. Así, se hace evidente que la posibilidad, para los tribunales, de significar la violencia como riesgosa para la seguridad del Estado pendía de lógicas que corren por fuera del campo jurídico. Los tribunales operan a través de sus resoluciones parciales, dando dinamismo y continuidad a la narrativa. Esto es lo que les permite velar las grietas en la representación de los hechos: se rechaza el sobreseimiento, las medidas cautelares no se levantan todas de una vez, sino que esto se hace en resoluciones sucesivas y la cautelar menos gravosa subsiste. De esa manera, se prepara el camino para que una futura sentencia aparezca como una narración en la que ya han operado la apriorización y la homologación a la que refiere Bourdieu (2000). Los tribunales no dan vuelcos abruptos en la construcción de la representación jurídica de los hechos, sino que van articulando distintos giros menores que no resultan altamente disruptivos. Lo anterior no obsta que la mirada atenta de las actuaciones de los tribunales permita observar al interior del relato que estos construyen elementos que importan cierta contradicción, lo que deja de manifiesto la pluralidad y contrariedad interna de las representaciones sociales a las que aludiera Banchs (2000).

VI. CONCLUSIONES

La revisión de la causa nos permitió visualizar que la denotación de la protesta social violenta desde el campo jurídico no es una cuestión pacífica ni estática; por el contrario, en dicho campo distintos agentes

pugnan por imponer diferentes formas jurídicas para significar la misma violencia. Esta cuestión decanta en una constante construcción y reconstrucción de la representación de los hechos, la que se alimenta —en parte— del contexto cambiante que corre por fuera del campo jurídico. Lo señalado reafirma el carácter polémico de la representación social de la que se trata. En esa pugna se hace visible la intención de los distintos agentes que intervienen de producir los efectos de apriorización y de homologación a los que refiere Bourdieu (2000, pp. 165 y 216).

Los argumentos de los acusadores muestran cierta circularidad en tanto volvieron y se nutrieron del interior del campo jurídico —normas, resoluciones del mismo juicio, doctrina y jurisprudencia— para atribuir significado a los hechos. Durante lo que identificamos como el «primer acto», los acusadores fueron fortaleciendo su posición en la causa, en parte con base en las mismas resoluciones que se fueron dictando en ella. Fue así como la misma institucionalidad fue proporcionándole argumentos formales a medida que el proceso avanzaba. Incluso, se pretendió depurar de elementos extrajurídicos la dimensión político-instrumental que se atribuyó a la acción a través de las referencias a la LSE. Durante el «segundo acto», si bien hubo un giro en la representación de los hechos, esta siguió apoyándose en argumentos que provenían desde el interior del campo jurídico; en este caso, las facultades que otorga la LSE para desistir de las querellas y la posibilidad de proseguir con el procedimiento en base al delito de daños consagrado en el Código Penal.

Por su parte, los argumentos de la defensa, si bien se nutrieron de recursos similares —esto es, de formas propias del campo jurídico para atribuir un significado a la violencia desplegada en la acción—, también recurrieron a elementos que se situaban por fuera de este campo. La dimensión política de su argumentación fue explícita y en este sentido operaron las alusiones al origen histórico de la LSE, a la acción colectiva en la que se insertó la violencia desplegada por el acusado y al contexto en el que se dieron los hechos de la causa. La defensa problematizó la relación entre la acción del acusado y las formas jurídicas abstractas, esto con el objeto de disputar la pertinencia de la aplicación de la LSE. Sin embargo, de esta problematización emergió una tensión: si bien la noción de acción colectiva servía para desanclar las nociones de legalidad y legitimidad en lo que respecta a la interpretación de la acción del acusado, por otra parte —para quedar a salvo de la aplicación de la LSE—, se alejaba de esa noción y recurrió a la visibilización de la conducta del imputado en tanto acción individual. En esa operación, la defensa despolitizó la acción del acusado y la visibilizó solo en tanto violencia expresiva, perdiendo la dimensión de protesta de los actos sobre los que se discute; es decir, la cuestión relativa a la interpelación de elementos de la esfera

pública. Al invisibilizar esta dimensión, la cuestión descriptiva de los daños se volvió lo central y las categorías jurídicas propias del Código Penal parecieron representar más cómodamente los hechos. La defensa se vio de alguna manera forzada a invisibilizar en un punto la acción colectiva en la que se enmarcaba la acción del imputado, que quedó como vandálica. En esta tensión se expresaron los límites del derecho para enmarcar las acciones que subvierten el orden como acciones legítimas (Bourdieu, 2000, p. 211).

Sin embargo, y a pesar de la diferencia en las estrategias de las partes, los relatos de acusadores y defensores contuvieron pluralidad y tensiones internas. Ambas partes utilizaron, aunque con objetivos diferentes y en distintos momentos, la figura del delito común de daños y las categorías derechamente político-jurídicas en su narrativa. En paralelo, la recurrencia a estos elementos fue generando nudos de la narrativa que elaboran.

La pugna entre la representación de los hechos que elaboraron las partes se fue articulando a través del expediente judicial. Por medio de los pronunciamientos parciales que fueron emitiendo los tribunales a lo largo de la causa, se visibilizó cómo estas entidades canalizaron los usos de las formas jurídicas que hicieron las partes y, por ende, cómo contribuyeron a la construcción del significado de la acción desde el campo jurídico. El examen de estas parcialidades nos permite observar la construcción del significado de la violencia desplegada en la acción desde una perspectiva dinámica; es decir, nos permite apreciar que la representación de los hechos no es encausada por el Tribunal de una vez y para siempre, sino que varía, se mueve a lo largo del proceso y nos posibilita ver el campo de lucha al que refiere Bourdieu (Corcuff, 2013, p. 45). Las variaciones en lo relativo a la prisión preventiva, al resto de las medidas cautelares y lo resuelto respecto a la solicitud de sobreseimiento definitivo dan cuenta de ello. Asimismo, estas parcialidades nos permiten apreciar que esos movimientos, en ocasiones, tienen que ver con factores que corren por fuera del campo jurídico, pero que inciden en él en la medida en que implican ajustes en las narrativas de los actores que intervienen en la causa. El examen de la labor de los tribunales nos permite poner en primer plano la dimensión procesual de las representaciones sociales que el expediente contribuye a producir. Vemos así que el quehacer de los tribunales condensa el constante proceso a través del cual el objeto de representación —la violencia desplegada en la protesta— se modifica y se recrea.

La perspectiva dinámica de la que nos informan las resoluciones parciales hace patente la diversidad de visiones del mundo y de intereses que se presentan bajo formas jurídicas (Bourdieu, 2000, p. 212), y cómo ello incide en la atribución de significado a la violencia. Las representaciones

desde el campo jurídico no se juegan tan solo en la sentencia, sino que se entretejen a lo largo del procedimiento y van comunicando fuera de dicho campo. Esta perspectiva dinámica nos aporta mucho más para la comprensión del funcionamiento de las operaciones de representación desde el campo jurídico que la perspectiva fotográfica implicada en una sentencia.

Justamente, esta perspectiva dinámica, así como la apreciación conjunta de las intervenciones de las partes, nos permiten observar que incluso la representación que elabora un mismo agente varía a lo largo del procedimiento y que esto incide en las actuaciones de los otros agentes que operan en el proceso. Estas variaciones en el caso estudiado están directamente conectadas con las luchas en otro campo social, el político, y dan cuenta del carácter polémico de la representación social de la que se trata.

A lo largo del procedimiento, se evidencia la relación entre el campo político y el campo jurídico —planteada por Bourdieu (2000, p. 203)— a la hora de representar la protesta violenta desde este último. La apreciación conjunta de las intervenciones de las partes nos permite también dejar de ver el derecho como un mecanismo monolítico de control y naturalización de un cierto orden. En ese sentido, observamos cómo distintos agentes movilizan diferentes normas jurídicas dentro del campo jurídico y, más aún, al interior del Estado con el objeto de atribuir sentidos diversos a las acciones (Santos, 2009, p. 139).

Sin perjuicio de lo anterior, se observa que ninguno de los intervinientes pretende salirse de las reglas del juego. La violencia implicada en la acción siempre emerge como punible para el derecho, aun cuando se le atribuyan diversos significados. Al atribuirle a esta violencia significados predominantemente expresivos y/o significados político-instrumentales —vinculados a la protesta—, se siguen castigos que eventualmente implican restricciones menores a los derechos fundamentales del acusado. Al atribuirle objetivos político-instrumentales —vinculados a la seguridad del Estado—, las sanciones pueden ser mucho más lesivas. Esta diferencia no es solo relevante para la experiencia vital del acusado, sino que comunica mucho más allá, pues informa hacia fuera del campo jurídico, a la par que nutre las representaciones sociales que este campo contribuye a producir. No debemos olvidar que lo que se juega en este campo es una representación oficial del mundo social que se conforme a la visión del mundo y favorezca los intereses de los actores que la imponen (Bourdieu, 2000, p. 212).

REFERENCIAS

Araujo, K. (2021). Transformaciones sociales y desafíos para la política. En M. Garretón (coord.), *Política y Movimientos Sociales en Chile. Antecedentes y proyecciones del estallido social de octubre 2019* (pp. 125-150). Santiago de Chile: Lom.

Banchs, M. A. (2000). Aproximaciones procesuales y estructurales al estudio de las representaciones sociales. *Paper on social representations. Textes sur les representations sociales*, 9(3), 3.1-3.15.

Bourdieu, P. (2000). Elementos para una sociología del campo jurídico. En P. Bourdieu y G. Teubner, *La fuerza del derecho* (pp. 153-220). Bogotá: Siglo del Hombre, Uniandes, Instituto Pensar.

Bovino, A. (2006). *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). (2020). *Informe: Evaluación del sistema de justicia de Chile ante las violaciones de derechos humanos ocurridas en el contexto de la protesta social*. https://cejamericas.org/2020/12/15/informe-evaluacion-del-sistema-de-justicia-de-chile-ante-las-violaciones-de-derechos-humanos-ocurridas-en-el-contexto-de-la-protesta-social/

Corcuff, P. (2013). *Las nuevas sociologías. Principales corrientes y debates. 1980-2010* (L. Padilla, trad.). Buenos Aires: Siglo XXI.

Gamallo, L. (2020). *De la furia a la acción colectiva. Las represalias violentas en Argentina*. Nueva York: Peter Lang. https://doi.org/10.3726/b15299

García, M., & Rodríguez, C. (2003). Derecho y Sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. En M. García y C. Rodríguez (eds.), *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos* (pp. 15-66). Bogotá: ILSA.

Garretón, M. (2021). Reflexiones sobre movimientos sociales, estallido y proceso constituyente. En M. Garretón (coord.), *Política y Movimientos Sociales en Chile. Antecedentes y proyecciones del estallido social de octubre 2019* (pp. 11-32). Santiago de Chile: Lom.

Geertz, C. (1994). *Conocimiento local: Ensayos sobre la interpretación de las culturas*. Barcelona: Paidós.

Hersant, J., Le Bonniec, F., Águila, F., Martínez, W., & Prat, J. (2019). *La zona gris de las audiencias de control de detención en el contexto del estallido social*. Ciper Académico. https://www.ciperchile.cl/2020/02/12/la-zona-gris-de-las-audiencias-de-control-de-detencion-en-el-contexto-del-estallido-social/

Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). (2019a). *Informe Anual sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile en el contexto de la crisis social*. https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1701/Informe%20Final-2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). (2019b, 22 de febrero). *Se formaliza la primera querella asociada a la crisis social en la región de Ñuble*. https://www.indh.cl/regiones/noticias-regionales/nuble/page/2/

Jodelet, D. (1986 [1984]). La representación social: fenómenos, concepto y teoría. En S. Moscovici (ed.), *Psicología social* (vol. II, pp. 469-494). Buenos Aires: Paidós.

Kelsen, H. (1982 [1960]). *Teoría Pura del Derecho* (R. Vernengo, trad.). México, D. F.: Universidad Nacional Autónomas de México.

Krippendorff, K. (1990 [1980]). *Metodología de Análisis de Contenido: teoría y práctica* (L. Wolfson, trad.). Barcelona: Paidós.

Krotz, E. (2002). *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. Barcelona: Anthropos.

Le Bonniec, F., Martínez, W., & Vicuña, M. (2021). Detención, formalización y judicialización de la protesta social en el sur de Chile: el continuum de la violencia estatal durante el estallido social de octubre de 2019. *Revista Izquierdas*, (50), 1-24.

Lemaitre, J. (2011). Constitución o barbarie: cómo re-pensar el derecho en las zonas sin ley. En C. Rodríguez (coord.), *El derecho en América Latina: los retos del Siglo XXI* (pp. 47-68). Buenos Aires: Siglo XXI.

Lombraña, A. N. (2012). La construcción de la verdad jurídica: prueba, interpretaciones y disputas en torno a la inimputabilidad en el caso del "tirador serial de Belgrano" (Buenos Aires, Argentina). *Revista Austral de Ciencias Sociales*, (23), 83-100. https://doi.org/10.4206/rev.austral.cienc.soc.2012.n23-05

Luna, J. (2021). ¿Es posible la articulación entre movimientos sociales y partidos políticos en el mundo contemporáneo? En M. Garretón (coord), *Política y Movimientos Sociales en Chile. Antecedentes y proyecciones del estallido social de octubre 2019* (pp. 33-56). Santiago de Chile: Lom.

Morales, A., Figueroa, U., & Bustamante, C. (2022). El sistema de justicia penal durante el estallido social chileno. Legalidad y trato justo en el control judicial de las detenciones realizadas durante los disturbios de 2019. *Política Criminal*, *17*(34), 432-473. https://doi.org/10.4067/s0718-33992022000200432

Moscovici, S. (1979 [1961]). *El psicoanálisis su imagen y su público*. Buenos Aires: Huemul.

Moscovici, S. (1985), Introducción: El campo de la psicología social. En S. Moscovici (ed.), *Psicología Social I. Influencia y cambio de actitudes. Individuos y grupos* (pp. 17-37). España: Paidós.

Moscovici, S. (1988). Notes toward a description of social representations. *European Journal of Social Psychology*, *18*(3), 211-250. https://doi.org/10.1002/ejsp.2420180303

Moscovici, S. (2000). *Social representations. Explorations in Social Psychology*. Cambridge: Polity Press.

Ørum Wikman, M. (2013). La construcción de una verdad jurídica sobre un "otro" peligroso en un caso de violencia policial del Conurbano Bonaerense. *Cuadernos de Antropología Social*, (38), 33-55. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=180930861002

Post, R., & Siegel, R. (2013). *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y Pueblo* (L. García, trad.). Buenos Aires: Siglo XXI.

Risor, H. (2019). *¿Se Nos Quitó El Miedo? Entendiendo El 18/O Desde La Criminalización, El Carnaval y La Violencia*. Santiago de Chile: Ciper. https://www.ciperchile.cl/2019/12/10/se-nos-quito-el-miedo-entendiendo-el-18-o-desde-la-criminalizacion-el-carnaval-y-la-violencia/

Rodríguez, G. (2007). De la participación a la protesta política. *Convergencia*, *14*(45), 77-93. https://www.scielo.org.mx/pdf/conver/v14n45/v14n45a4.pdf

Rubira-García, R., & Puebla-Martínez, B. (2018). Representaciones sociales y comunicación: apuntes teóricos para un diálogo interdisciplinar inconcluso. *Convergencia Revista De Ciencias Sociales*, (76), 147-167. https://doi.org/10.29101/crcs.v25i76.4590

Santos, B. (2009). *Sociología Jurídica Crítica* (C. Lema, trad.). Madrid y Bogotá: Trotta, ILSA.

Suresh, M. (2019). The "Paper Case": Evidence and Narrative of a Terrorism Trial in Delhi. *Law & Society Review*, *53*(1), 173-201. https://doi.org/10.1111/lasr.12378

Tilly, C. (2000). Acción colectiva (C. Benzecry, trad.). *Apuntes de Investigación del CECyP*, (6), 9-32.

Tilly, C. (2007). *Violencia Colectiva* (J. Quesada, trad.). Barcelona: Hacer.

Van Dijk, T. (1999). El análisis crítico del discurso. *Anthropos*, (186), 23-36.

Villarroel, G. (2007). Las representaciones sociales: una nueva relación entre el individuo y la sociedad. *Fermentum Revista Venezolana de Sociología y Antropología*, *17*(49), 434-454.

Villarroel, M. J. (2020, 3 de enero). Abogado Guevara presenta queja disciplinaria contra juez Urrutia tras declarar ilegal la detención. *Biobiochile.cl*. https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-metropolitana/2020/01/03/abogado-de-guevara-presenta-queja-disciplinaria-contra-juez-urrutia-tras-declarar-ilegal-detencion.shtml

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Ley N.° 12.927, Ley de Seguridad del Estado, refundida por Decreto 890 (Ministerio del Interior [Chile], 1958), *Diario Oficial*, 26 de agosto de 1975. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=27292

Recibido: 28/08/2022
Aprobado: 15/03/2023

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.003

DERECHO PUCP
N° 90, 2023
diciembre-mayo
pp. 79-114
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Los delitos del estallido social y el rol de la Defensoría Penal Pública en Chile en 2019*

Social Unrest Crimes and the Role of the Public Criminal Defense in Chile in 2019

JAVIERA FARÍAS**
Instituto VioDemos (Chile) / Universidad de Barcelona (España)

JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ***
Universidad Alberto Hurtado / Instituto VioDemos (Chile)

TOMÁS PASCUAL****
Universidad Alberto Hurtado (Chile)

HUGO ROJAS*****
Universidad Alberto Hurtado / Instituto VioDemos (Chile)

Resumen: La Constitución y el Código Procesal Penal, además de los tratados internacionales ratificados por Chile, obligan al Estado a ofrecer asistencia jurídica gratuita a quienes lo requieran, lo cual es especialmente relevante en el ámbito penal. Con ocasión de la revuelta o el estallido social ocurrido en Chile entre el último trimestre de 2019 y comienzos de 2020, la Defensoría Penal Pública adoptó un conjunto de medidas para ofrecer defensa jurídica a quienes eran detenidos o formalizados por los órganos de persecución penal. En esta investigación se compara el comportamiento delictual en el país entre

* Esta investigación fue financiada por el Programa Iniciativa Científica Milenio de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID), en el marco de las actividades del Instituto Milenio para la Investigación en Violencia y Democracia (Instituto VioDemos, Proyecto ANID ICS2019_025). Los autores agradecen los valiosos comentarios de Alejandra Luneke, Pilar Larroulet, evaluadores pares y participantes en el Seminario Interno VioDemos 2022 (Reñaca, 15-16 de diciembre de 2022).

** Ayudante de investigación en el Instituto Milenio de Investigación sobre Violencia y Democracia. Máster en Criminología, Política Criminal y Sociología Jurídico-Penal por la Universidad de Barcelona (España); y doctoranda en Derecho y Ciencia Política por la misma casa de estudios. Código ORCID: 0000-0001-6434-2892. Correo electrónico: jfariape29@alumnes.ub.edu

*** Director del Departamento de Derecho Penal y Profesor de Derecho Penal en la Universidad Alberto Hurtado (Chile), e investigador del Instituto Milenio de Investigación sobre Violencia y Democracia. Máster en Derecho por la Universidad de Toronto (Canadá) y doctor en Derecho por la Universidad de Glasgow (Escocia).
Código ORCID: 0000-0001-7046-3420. Correo electrónico: jmfernandez@uahurtado.cl

**** Director de la División de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y profesor adjunto de Litigación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la Universidad Alberto Hurtado. Abogado por la Universidad de Chile (Chile) y máster en Derecho por la London School of Economics and Political Science (Inglaterra).
Código ORCID: 0000-0002-9384-694X. Correo electrónico: topascual@uahurtado.cl

***** Director del Departamento de Ciencias del Derecho y profesor de Sociología del Derecho y Derechos Humanos en la Universidad Alberto Hurtado. Investigador del Instituto Milenio de Investigación sobre Violencia y Democracia. Doctor en Sociología por la Universidad de Oxford (Inglaterra); doctorando en Estado de Derecho y Gobernanza Global en la Universidad de Salamanca (España); máster en Derecho, Antropología y Sociedad por la London School of Political Science (Inglaterra); y máster en Gerencia y Políticas Públicas por la Universidad Adolfo Ibáñez (Chile).
Código ORCID: 0000-0003-3852-454X. Correo electrónico: hurojas@uahurtado.cl

los años 2017 y 2021, y se identifican los delitos del estallido social. Se trata de un conjunto de delitos cuyas frecuencias aumentaron considerablemente en los meses convulsionados: a) robos en lugar no habitado, b) desórdenes públicos, c) alteraciones al orden público, y d) atentados y amenazas contra la autoridad. El volumen y las especificidades de los delitos del estallido social pusieron a prueba a todo el sector justicia y, al hacerlo, posibilitaron la generación de creencias sobre la legitimidad del sistema de justicia penal. En contextos de disturbios sociales, el surgimiento de dichas creencias parece especialmente importante porque puede incrementar la percepción de injusticia, potenciando el malestar social que da origen a dichos disturbios. Por ello, se explican las reacciones operativas desplegadas en la Defensoría para asegurar servicios oportunos de defensa penal. También se destacan aquellas buenas prácticas de la Defensoría que podrían robustecerse institucional y normativamente para que el sector justicia esté mejor preparado para enfrentar fenómenos criminológicos complejos o no habituales, como los ocurridos durante el estallido social.

Palabras clave: Defensoría Penal Pública, defensa penal, estallido social, delitos del estallido social, Chile

Abstract: The Constitution and the Code of Criminal Procedure, as well as international treaties ratified by Chile, oblige the state to offer free legal assistance to those who require it, which is especially relevant in the criminal sphere. On the riots or social unrest that occurred in Chile in the last quarter of 2019 and early 2020, the Public Criminal Defense Office adopted a set of measures to offer legal defense to those who were detained or indicted by the criminal prosecution bodies. This research compares crime behavior in the country between 2017 and 2021 and identifies the social unrest crimes. These are a group of crimes whose frequency increased considerably during the turbulent months: 1) burglary, 2) public disorder, 3) disturbances to public order, and 4) attacks and threats against authorities. The volume and specificities of the social unrest crimes challenged the entire justice sector and, in doing so, made it possible to generate beliefs about the legitimacy of the criminal justice system. In contexts of social unrest, the generation of such beliefs seems especially important, because they can increase perceptions of injustice, enhancing the motivations that give rise to such unrest. Therefore, the operational reactions deployed in the Public Criminal Defense Office to ensure timely criminal defense services are explained. Good practices of the Public Criminal Defense Office that could be strengthened institutionally and normatively so that the justice sector is better prepared to face complex or unusual criminological phenomena, such as those that occurred during the social outburst, are also highlighted.

Keywords: Public Criminal Defense Office, criminal defense, riots, social unrest crimes, Chile

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. METODOLOGÍA.- III. ANTECEDENTES DE CONTEXTO.- IV. MARCO TEÓRICO.- V. ANÁLISIS DE LOS DATOS.- V.1. DATOS GENERALES.- V.2. DELITOS SELECCIONADOS.- VI. DESAFÍOS E INNOVACIONES EN LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA.- VI.1. CONTROLES DE DETENCIÓN.-

I. INTRODUCCIÓN

En este documento se busca dar cuenta del rol que cumplió la Defensoría Penal Pública (DPP) durante los meses del estallido social que se vivió en Chile desde el 18 de octubre de 2019 hasta la declaración de estado de excepción por la pandemia global causada por COVID-19 el 17 de marzo de 2020[1]. En esos cinco meses, aunque con mayor intensidad durante los dos primeros, en las principales ciudades del país se llevaron a cabo numerosas protestas y manifestaciones masivas en la vía pública, se cometieron actos de delincuencia y crímenes de diversa índole, y agentes del Estado incurrieron en violencia desmedida e, incluso, en graves violaciones a los derechos humanos de los manifestantes. Desde que la democracia fuera recuperada y asumiera el primer gobierno del periodo de transición a la democracia, el 11 de marzo de 1990, no se registraban en Chile actos tan violentos y en simultáneo en las distintas regiones como los que acontecieron diariamente durante esos meses en la mayoría de las ciudades del país. En ese contexto de represión estatal, desorden público e inseguridad ciudadana, numerosos órganos públicos y entidades de la sociedad civil se vieron en la necesidad de modificar sus agendas y metas institucionales, adaptando sus procesos de trabajo a la emergencia e impulsando dispositivos que contribuyeran al resguardo del Estado de derecho, la democracia y la vigencia de los derechos humanos. Los organismos internacionales también estuvieron atentos a cómo se desencadenaban los hechos en Chile durante esos meses, emitiendo informes y formulando recomendaciones.

Una de las instituciones que se vio inmediatamente desafiada a reaccionar en ese clima social y político convulsionado fue precisamente la DPP. Con ocasión de la dictación del Código Procesal Penal (CPP, Ley N.° 19.696, 2000) y la puesta en marcha de la reforma procesal penal (RPP) en forma gradual en las distintas regiones a partir de diciembre del año 2000 (Palacios, 2011; Blanco *et al*., 2005), en marzo de 2001 se creó la DPP (Ley N.° 19.718). Se trata de un servicio público, descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente, que cuenta con personalidad jurídica y patrimonio propio. No es un organismo autónomo, pues se encuentra sometido a la supervigilancia de la Presidencia de la República a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aunque goza de cierta independencia en la toma de decisiones (art. 1). Por mandato legal la DPP debe «proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o

1 El Decreto Supremo N.° 104, del 18 de marzo de 2020 (Ministerio del Interior y Seguridad Pública), declaró estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en todo el territorio nacional.

falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado» (art. 2). Su misión institucional consiste en «proporcionar defensa penal de alta calidad, a todas las personas que carezcan de abogado por cualquier circunstancia, a través de un sistema mixto público-privado, velando por la dignidad y los derechos humanos de [los] representados y garantizando el acceso a la justicia a aquellos en situación de especial vulnerabilidad»[2]. La prestación de los servicios de defensa penal se realiza a través de abogados que forman parte de la DPP (defensores institucionales) y de abogados privados que son contratados mediante un sistema de licitaciones públicas (defensores licitados).

Las preguntas de investigación que se procura responder en este documento son las siguientes: a) ¿qué son los delitos del estallido social y cuánto se incrementaron en comparación con años anteriores para la labor de la DPP? b) ¿Cuáles fueron los desafíos institucionales más importantes que tales cambios implicaron para la DPP? c) ¿Cuáles fueron las reformas o ajustes en los procesos de trabajo que se adoptaron en la DPP para ofrecer una defensa que fuese de calidad durante los meses del estallido social? Y d) ¿qué aprendizajes institucionales se alcanzaron al interior de la DPP, a propósito del cumplimiento de sus deberes de defensa penal durante el estallido social? Para responder a la primera de estas interrogantes, se efectuó un análisis exhaustivo de los registros existentes al interior de la DPP, comparando las cifras delictuales y el volumen de casos entre el 18 de octubre y el 17 de marzo, pero de distintos años. Ese ejercicio permitió identificar no solo los delitos en los cuales se produjeron mayores variaciones desde el punto de vista de sus frecuencias, sino también alcanzar una visión panorámica de lo que podríamos denominar «los delitos del estallido social». Para responder al resto de las preguntas se efectuaron entrevistas a directivos de la DPP, defensores públicos y defensores licitados; y, además, se sostuvieron conversaciones informales con consultores internacionales.

En cuanto a la estructura del texto, en la primera sección se explica la metodología de investigación. En segundo lugar, se proporcionan antecedentes de contexto que ayudan a comprender la magnitud de la violencia desatada en el país a partir del 18 de octubre de 2019. A continuación, se ofrecen algunas aclaraciones conceptuales atingentes a los temas de fondo relacionados con la violencia y criminalidad durante el estallido social. En cuarto término, se efectúa un análisis cuantitativo para identificar los delitos propiamente relacionados con el estallido social, para lo cual se efectúan comparaciones estadísticas con el comportamiento criminal tanto de los años anteriores como posteriores

2 Para más antecedentes sobre su misión, visión y objetivos estratégicos, se recomienda visitar el sitio web institucional de la DPP: http://www.dpp.cl/pag/1/13/la_institucion

al estallido social. Luego se revisan las decisiones adoptadas al interior de la DPP para hacerse cargo de los desafíos que implicó ejercer las tareas de defensa en tiempos convulsionados, incluyendo reformas en los procesos de trabajo y nuevas modalidades de atención a los usuarios necesitados de defensa penal inmediata y gratuita. Estos antecedentes deberían ser un insumo para los debates que necesariamente deben ocurrir en el sector justicia para estar mejor preparados y, en particular, para garantizar una defensa penal especializada ante el eventual escenario de volver a experimentar circunstancias de rebelión popular y represión estatal en el país. Al final, se enuncian las principales conclusiones y se plantean algunas reflexiones complementarias.

II. METODOLOGÍA

Para la realización de esta investigación y con el objeto de responder las preguntas previamente anunciadas, se han combinado los métodos documental y empírico. El primero de ellos es aprovechado para la construcción de las secciones II y III de este documento; vale decir, para proporcionar una visión panorámica de los hechos más relevantes ocurridos a propósito del denominado «estallido social» de 2019. A la fecha, se han dado a conocer más de cuarenta informes sobre los hechos de violencia y represión ocurridos en Chile en el último trimestre de 2019 y los primeros meses de 2020, elaborados por organismos públicos, internacionales y de la sociedad civil. Se ha seleccionado la información más valiosa de tales documentos para ofrecer al lector una comprensión de los aspectos más relevantes del fenómeno social que ha incidido recientemente en el trabajo de la DPP. Además, a partir de la revisión de la literatura especializada, se ofrece un marco teórico que permite aproximarse a los desafíos de defensa jurídica en contextos de convulsiones, revueltas, conflictos y disturbios sociales.

El método empírico, por su parte, ha sido utilizado para dar cuenta de la carga de trabajo que ha tenido que enfrentar la DPP y de su capacidad institucional para adaptarse y responder oportuna y eficazmente a los requerimientos que le ha significado el estallido social. La revisión de las bases de datos de la DPP ha sido necesaria para efectuar un análisis pormenorizado de los casos e imputados cuya representación ha asumido el sistema de defensa penal. Para comprender los delitos del estallido social propiamente tales, la revisión de datos se ha extendido desde el 18 de octubre de 2017 al 17 de marzo de 2021, lo cual ha permitido efectuar comparaciones entre cuatro periodos diferentes: a) 18 de octubre de 2017 a 17 de marzo de 2018, b) 18 de octubre de 2018 a 17 de marzo de 2019, c) 18 de octubre de 2019 a 17 de marzo de 2020 (siendo este último el periodo de mayor interés para esta investigación) y d) 18 de octubre de 2020 a 17 de marzo de 2021.

Los datos analizados fueron otorgados por la DPP, en virtud de las solicitudes formuladas en conformidad a lo dispuesto en la Ley N.° 20.285, sobre acceso a información pública y transparencia activa[3]. Específicamente, se solicitó a la DPP información referida a los siguientes ítems: a) el número de ingresos registrados en los periodos estudiados, b) la aplicación de medidas cautelares, c) el número de causas vigentes, d) el número de causas terminadas y e) la forma de término de estas últimas. En todos estos casos se requirió la información segmentada, atendiendo a si se trataba de la totalidad de las causas ingresadas o de aquellas relativas a un listado de delitos previamente definidos como *delitos del estallido social*. A su vez, se solicitó una entrega desglosada por periodos mensuales: entre el 18 de octubre y el 17 de marzo de los años 2017 a 2021[4].

Cabe precisar que la forma en que la DPP registra sus datos ya representa una complejidad para determinar los delitos que son objeto de este estudio. La unidad de medida que, en términos generales, utiliza la DPP para cuantificar los ingresos corresponde a lo que se denomina «causa-imputado». En ella se reflejan los ingresos en relación con el número de personas a las que la DPP debe representar. Esto significa que una misma persona puede tener más de una causa abierta respecto de la cual recibe defensa jurídica, las que se contabilizan de forma diferenciada. Al mismo tiempo, dicha persona puede estar imputada por uno o más delitos. Es por ello que existe también otra unidad de medida, la de «delitos asociados a causa-imputado», que considera a la totalidad de delitos investigados respecto de las personas representadas por la DPP (2020a, p. 39). El análisis que se presenta en la cuarta sección de este texto utiliza principalmente como unidad de medida los ingresos «causa-imputado» y, cuando se consideran los «delitos asociados a causa-imputado», ello se señala expresamente.

Para explicar las decisiones que se adoptaron en la DPP durante el estallido social, se levantó información mediante la realización de entrevistas en profundidad y reuniones de trabajo con directivos de dicho organismo y expertos en sesiones efectuadas en 2021 y 2022. Es importante consignar que Tomás Pascual, coautor de este texto, dirigió la Unidad de Derechos Humanos de la DPP hasta abril de 2022, por lo que conoció de primera mano las discusiones internas y los planes ejecutados en la DPP. Además, han sido valiosas las reflexiones proporcionadas por Hugo Rojas, también coautor e informante clave, pues se desempeñó como consultor en el ciclo de talleres Nuevos

3 Oficio N.° 15, del 10 de enero de 2022, que da respuesta a la solicitud por Ley de Transparencia, folio AK005T0000899; y oficio N.° 138, del 17 de marzo de 2022, que da respuesta a la solicitud por Ley de Transparencia, folio AK005T0000915.

4 Esta información fue complementada a través de solicitudes adicionales de datos efectuadas en el marco de la cooperación interinstitucional entre la DPP y el Instituto VioDemos.

desafíos institucionales de la Defensoría Penal Pública, organizado por la DPP, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y la Universidad Alberto Hurtado (UAH), realizado durante los meses de agosto y septiembre de 2021, y en el cual participaron los directivos de la DPP[5]. La colaboración de los profesionales de la Defensoría Nacional durante el desarrollo de esta investigación, y en particular de los 37 participantes en dicho Ciclo de Talleres —con quienes se tuvo la posibilidad de intercambiar opiniones sobre el rol de la DPP durante el estallido—, ha sido imprescindible para conocer las distintas medidas implementadas en esos meses. Las entrevistas a Lorena Flores, defensora regional de la Región Metropolitana Sur y ex defensora regional de Antofagasta, y Octavio Sufán, jefe de Estudios de la Defensoría Regional de la Región Metropolitana Norte, efectuadas en diciembre de 2022, validaron y complementaron el levantamiento de información. Finalmente, algunas de las reflexiones preliminares de este documento fueron discutidas informalmente con los académicos Rafael Blanco y Jaime Arellano.

III. ANTECEDENTES DE CONTEXTO

A comienzos de octubre de 2019, el comité de economistas expertos que fija el precio de la tarifa del Metro de Santiago aumentó su valor en treinta pesos. De inmediato, los estudiantes secundarios protestaron, evadiendo masivamente el pago de la locomoción pública; por ejemplo, saltando los torniquetes en las estaciones del Metro. Declaraciones desafortunadas de autoridades del Gobierno, sumadas a las detenciones de los jóvenes infractores, provocaron que la movilización estudiantil escalara al punto de interrumpir el normal funcionamiento del Metro esos días, afectando el desplazamiento de la población. Las expresiones de descontento alcanzaron niveles insospechados de violencia el 18 de octubre. Por ejemplo, 118 de las 136 estaciones del Metro resultaron dañadas y algunas destruidas, paralizando a la ciudad (France 24, 2020). La explosión de violencia se expandió rápidamente en las principales ciudades del país en los días siguientes, cometiéndose numerosos robos en lugares no habitados, saqueos, incendios, desórdenes públicos y otras conductas anómicas. La ciudadanía se volcó a las calles a expresar su

5 La DPP, en colaboración con la UAH y el CEJA, organizó un ciclo de cuatro talleres de trabajo con la intención de reflexionar institucionalmente sobre los principales desafíos de la DPP y consensuar en su nivel directivo lineamientos estratégicos. El primer taller se concentró en las «Fortalezas y amenazas del proceso legislativo y constituyente para la DPP» (10 de agosto de 2021), en el segundo taller se discutieron «Escenarios de autonomía funcional de la DPP» (24 de agosto de 2021), el tercero estuvo destinado a los «Debates públicos sobre derechos y garantías del debido proceso» (7 de septiembre de 2021) y el cuarto taller a los «Desafíos del sistema de provisión mixta de defensa penal» (21 de septiembre de 2021). Las exposiciones de los relatores de los talleres estuvieron a cargo de los académicos y expertos Jaime Arellano, Rafael Blanco, Enrique Rajevic, Miriam Henríquez, Leonardo Moreno y Gonzalo Fibla, además del defensor nacional de la época, Marco Montero. A cargo de la Secretaría Técnica oficiaron Hugo Rojas (UAH), Javiera Nazif (DPP) y Pablo Aranda (DPP).

molestia y rabia por los permanentes abusos de las empresas, la corrupción de los políticos y funcionarios públicos, el legado del modelo neoliberal impuesto durante la dictadura y administrado bajo los gobiernos de la transición, y la falta de reconocimiento de las minorías y los pueblos indígenas, entre otras causas. La movilización social fue en una avenida principal por la cual transitaron diversos sectores y colectivos disconformes con temas tan variados como los bajos montos de las pensiones otorgadas por las administradoras de fondos de pensiones (AFP), el alto costo de la educación superior, la mala calidad de la educación pública, los niveles de endeudamiento de las familias para satisfacer sus necesidades básicas, etc. A pesar de haberse decretado el estado de excepción constitucional de emergencia, y estando el orden público a cargo de las Fuerzas Armadas, los sectores medios y vulnerables desafiaron a la autoridad y prosiguieron expresando su malestar en las vías públicas por la desigualdad social y la falta de protección social durante varias semanas[6], entre otras causas de violencia estructural y sistémica más profundas.

En las semanas y meses siguientes, el país experimentó un nivel de violencia estatal inusitada y generalizada que no se había visto desde los tiempos de la dictadura. Activistas de la sociedad civil y expertos en derechos humanos se vieron obligados a reaccionar velozmente durante la crisis, denunciando a los órganos del Estado cuyos agentes estaban incurriendo en graves violaciones a los derechos humanos. Las nuevas tecnologías permitieron que los registros de los actos de violencia y represión estatal fueran conocidos de manera instantánea a través de las redes sociales y los medios convencionales de comunicación. A diferencia de lo que había sucedido en los años de la dictadura, esta vez la ciudadanía contaba con grabaciones y registros fotográficos y de audio que permitieron a la sociedad chilena conocer la magnitud de la crisis que se vivía en el país.

También es importante señalar que en los años de la transición se crearon nuevos organismos públicos que jugaron un rol importante en el conocimiento de los hechos y en la prevención de violaciones a los derechos humanos durante el estallido social de 2019. Gracias al trabajo del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), la Defensoría de los Derechos de la Niñez, el Ministerio Público, la DPP y los juzgados de garantía, fue posible canalizar los actos de violencia en las instituciones competentes y preservar el Estado de derecho. Sin embargo, otros organismos públicos no tuvieron el protagonismo que la compleja

6 En caso de interés por comprender las causas y consecuencias del estallido social en Chile, recomendamos revisar los siguientes textos: Alé *et al*. (2021), Contardo (2020), Cortés (2022), De la Fuente y Mlynarz (2020), Fernández (2020), Fuentes (2021), Garcés (2020), Garretón (2021), Herrera (2019), Landaeta y Herrero (2021), Matamala (2019), Peña (2020), Rojas (2022), Rojas-May (2020), Ruiz (2020) y Tironi (2020).

situación ameritaba, tal como aconteció con la Subsecretaría de Derechos Humanos. La sociedad civil también jugó un papel importante, destacando especialmente el compromiso del Colegio Médico A.G., la Defensoría Jurídica de la Universidad de Chile, el colectivo Londres 38 y la Comisión Chilena de Derechos Humanos, entre muchos otros.

Todavía no se ha publicado un informe que sistematice todos los actos de violencia estatal ejercidos contra la ciudadanía en esos meses de alta convulsión social. Tampoco se ha efectuado una revisión crítica de la capacidad del sistema de justicia para hacerse cargo de volúmenes tan grandes de casos penales como los ocurridos durante la revuelta social. Seguramente, alcanzar un diagnóstico más certero de la situación vivida en el país va a tomar varios años e, incluso, pudiera ser necesaria la creación de una comisión de la verdad a la cual se le encomiende una investigación de esa naturaleza. Por de pronto, se encuentra recorriendo el país la Secretaría Ejecutiva de la Mesa de Reparación Integral para víctimas de violaciones a los derechos humanos durante el estallido social, instancia creada por el gobierno del presidente Gabriel Boric en 2022[7].

A pesar de no contar con un único informe que dé cuenta de los actos de violencia, ha sido posible ir reconstruyendo los hechos y consolidando las cifras de manera parcial, pues los distintos organismos que se involucraron generaron sus propias bases de datos y sistemas de registro. Hoy lo que se requiere es un trabajo de coordinación interinstitucional que permita triangular los datos que periódicamente son informados a la opinión pública por las distintas entidades. En una apretada síntesis, las cifras preliminares de los actos de represión estatal y de los hechos constitutivos de persecución penal durante el estallido son las siguientes[8]:

- *En cuanto a actos de represión por parte de agentes del Estado:* entre el 18 de octubre y el 7 de diciembre de 2019, 12 700 personas requirieron atención de urgencia en recintos hospitalarios por incidentes ocurridos en el marco de las protestas (Acnudh, 2019; Amnistía Internacional, 2020; Human Rights Watch, 2020). Entre octubre de 2019 y marzo de 2020, 8827 personas formularon denuncias por violaciones a sus derechos humanos

7 La Secretaría Ejecutiva de la Mesa de Reparación Integral fue creada mediante la Resolución Exenta N.° 286 de la Subsecretaría de Derechos Humanos, del 6 de octubre de 2022. Se tiene previsto que su informe preliminar con recomendaciones dirigidas al reconocimiento y la calificación de las violaciones a los derechos humanos experimentadas por las víctimas durante el estallido social sea presentado después de abril de 2023.

8 Como se ha indicado, las cifras son todavía imprecisas y están siendo actualizadas periódicamente por distintos organismos públicos, así como por investigaciones periodísticas y académicas (Senado, 2020). Nos hemos apoyado en la sistematización preliminar formulada por Rojas (2022, pp. 998-1001), aunque la hemos complementado y ordenado —distinguiendo entre represión estatal y persecución penal— a partir de nuevos antecedentes disponibles.

(Matus, 2020; Ministerio Público, 2021), incluyendo 388 casos de violencia sexual y 460 casos de daño ocular por disparo de perdigones, cartuchos de gas lacrimógenos u otros objetos contundentes (INDH, 2020, 2019). Si bien el INDH presentó 3151 querellas, después de tres años del estallido solo 272 carabineros han sido formalizados (Izquierdo, 2022)[9]. El Colegio Médico A.G. y la Sociedad Oftalmológica advirtieron de inmediato sobre la gravedad de las lesiones oculares causadas por el armamento utilizado por funcionarios de Carabineros (Comité para la Prevención de la Tortura, 2021, p. 51). Respecto de las víctimas de daño ocular, el INDH ha deducido acciones legales en 207 de los casos (2022, p. 37; *cfr*. Sferrazza *et al*., 2021). A julio de 2020, el INDH había formulado 2988 denuncias por hechos que afectaron a un universo de 3436 personas en el contexto de la revuelta social (INDH, 2021). La inmensa mayoría de tales denuncias (2870) corresponde a actos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En los primeros meses de protesta los fiscales del Ministerio Público investigaron a 466 agentes del Estado, cuya inmensa mayoría (93,2 %) eran carabineros (INDH, 2021; Weibel, 2020). A octubre de 2022 —es decir, a 3 años de los hechos—, el Ministerio Público ha informado que, de más de 300 causas en tramitación contra funcionarios de Carabineros por violencia sexual, se ha dictado tan solo 1 sentencia condenatoria y otra está en estado de juicio oral (Contreras, 2022). Habiendo transcurrido 3 años desde el estallido, respecto del total de violaciones a los derechos humanos que están siendo investigadas, solo se han dictado 18 sentencias condenatorias y 2 personas cumplen condenas privativas de libertad (INDH, 2022, p. 16). También se debe prestar atención al hecho de que, entre el 18 de octubre de 2019 y el 30 de junio de 2020, la Defensoría de los Derechos de la Niñez (2021) reportó 818 casos de menores y adolescentes que fueron víctimas de represión estatal.

- *En cuanto a la persecución penal por la comisión de delitos:* entre el 18 de octubre de 2019 y el 31 de enero de 2020, 23 274 personas fueron detenidas y se dictaron prisiones preventivas en 1615 casos. Cabe señalar que más de 2000 de esas detenciones fueron declaradas ilegales (Dirección de Estudios de la Corte Suprema, 2020a, 2020b). El Gobierno ejerció acciones legales en contra de 3274 ciudadanos, a propósito de supuestos ilícitos cometidos durante las protestas por atentados contra el orden público

9 En su informe más reciente, el INDH ha señalado haber presentado querellas a favor de 3626 víctimas, de las cuales 1748 denunciaron al menos un hecho de disparo (INDH, 2022, p. 37). Según la misma fuente, la mayoría de tales disparos corresponde a perdigones, bombas lacrimógenas y balines.

(18,6 %), delitos de incendio (4,9 %), y ataques a miembros de las policías y las Fuerzas Armadas (3,6 %) (Carabineros de Chile, 2020). Al 16 de marzo de 2020, el número de personas detenidas por delitos supuestamente cometidos durante el estallido social era de 2180 (Poder Judicial, 2020). A marzo de 2022, 29 imputados todavía se encontraban en prisión preventiva por delitos cometidos en el estallido social (Franco, 2022). Precisamente, más adelante en este documento se reflexiona con más detalle sobre la persecución penal de los denominados «delitos del estallido social» y los aportes de la DPP a la defensa jurídica de detenidos e imputados.

El Gobierno fue cuestionado por las decisiones adoptadas y por no proteger adecuadamente los derechos humanos de quienes se manifestaban en la vía pública. A mediados de noviembre de 2019, el presidente Sebastián Piñera tenía la intención de decretar el estado de excepción constitucional de sitio, pero para aprobar esa medida no contaba con los votos requeridos en el Congreso. Como el Ejército no estuvo de acuerdo con salir nuevamente a las calles, a menos que el Congreso ratificara la declaración de estado de sitio, los espacios de maniobra del Gobierno se fueron reduciendo. Por ello, se encomendó al ministro del Interior de la época, Gonzalo Blumel, convocar a los máximos dirigentes de los distintos sectores políticos para alcanzar un acuerdo transversal que contribuyera a frenar la violencia. Así, el 15 de noviembre de 2019, la mayoría de los partidos con representación parlamentaria suscribieron el Pacto por la Paz Social y una Nueva Constitución en la antigua sede del Congreso Nacional. El acuerdo más importante consistió en llevar a cabo en un breve plazo una reforma constitucional que permitiera consultar a la ciudadanía si deseaba o no que se iniciara un proceso constituyente conducente a la aprobación de una nueva carta fundamental, destinada a sustituir a la Constitución Política de 1980.

En consideración de la pandemia global, dicho plebiscito recién se pudo efectuar el 25 de octubre de 2020 y cerca de 7,5 millones de personas votaron, lo que corresponde al 50,86 % de los adultos de Chile. El 78,27 % de ellos votó a favor del proceso constituyente, mientras que el 21,73 % votó en contra. En cuanto al tipo de órgano constituyente, el 78,99 % votó por la Convención Constitucional y un 21,01 % por la alternativa de Convención Constitucional Mixta. Las preferencias del electorado fueron categóricas, lo que llevó a la realización de la elección de las y los 155 convencionales constituyentes el 15 y 16 de mayo de 2021. A pesar de las dificultades sanitarias, el 41,51 % del padrón electoral concurrió a votar (cerca de 6,2 millones de personas). La Convención Constitucional, diseñada con paridad de género y 17 escaños reservados para los representantes de los pueblos indígenas, sesionó intensamente

durante un año a partir del 4 de julio de 2021. Habiendo aprobado por más de dos tercios de sus integrantes la propuesta de nueva Constitución, el texto fue sometido a plebiscito ratificatorio de carácter obligatorio. El 4 de septiembre de 2022 tuvo lugar dicho plebiscito de salida y el 61,89 % rechazó el texto propuesto por la Convención. Cabe destacar que en esta última votación participó el 85,86 % del padrón electoral[10].

IV. MARCO TEÓRICO

Uno de los aspectos centrales de este trabajo es describir la situación que debió enfrentar la DPP durante el estallido social, de modo de contribuir a la mejor comprensión de algunos de los problemas de acceso a la defensa que se producen en situaciones de conflicto social. Esto es relevante no solo porque el examen de estas situaciones demuestra la seriedad del compromiso por la protección de los derechos fundamentales, sino porque además hay tratados internacionales que le exigen al Estado de Chile dar un trato debido al imputado o la imputada; es decir, que establecen como una obligación del Estado brindar asistencia jurídica gratuita y de calidad. Se trata, en efecto, de un derecho jurídico de la persona frente al Estado. Naturalmente esta prestación estatal puede verse afectada en situaciones particulares, pero los contextos de conflicto social ponen a prueba la capacidad institucional para brindar dicho tipo de servicio y pueden, eventualmente, debilitar la confianza en las instituciones y desestabilizar las relaciones entre el Estado y la sociedad civil, profundizando el conflicto existente. La literatura especializada demuestra que, cuando las instituciones funcionan bien y operan legítimamente, no solo contribuyen a una mejor gobernanza (Lind & Tyler, 1988; Solimano, 2005), sino que también son más eficaces en la reducción y prevención de la violencia interpersonal (Wig & Tollefsen, 2016).

La existencia de un contexto institucional que propenda a la estabilidad y paz social necesita de organismos que puedan abordar apropiadamente la demanda por servicios judiciales y, en particular, de defensa penal. Por estas razones, es importante saber cómo operan estas instituciones en situaciones anormales que ponen a prueba su capacidad operacional. En estudios previos realizados sobre el estallido social en Chile (Morales *et al.*, 2022) se ha constatado el incremento de la probabilidad de que las detenciones sean declaradas ilegales. Asimismo, que el trato otorgado por jueces, fiscales y defensores, si bien estuvo ajustado a la

10 Al momento de escribir estas notas, el proceso constituyente seguía en curso en Chile. El 6 de marzo de 2023 se instaló la Comisión Experta y el Comité Técnico de Admisibilidad, y el 7 de mayo de 2023 se realizaron las elecciones de los cincuenta integrantes del Consejo Constitucional. El nuevo borrador de texto constitucional debiera ser sometido a plebiscito el 17 de diciembre de 2023.

normativa, no ha sido percibido como satisfactorio por los imputados[11]. Dichos estudios ilustran cómo el contexto del estallido puede propiciar la generación de creencias sobre la ilegitimidad del sistema de justicia penal. La labor de la DPP es parte de ese contexto base para el origen de dichas creencias, y de allí la importancia de los esfuerzos institucionales para poder otorgar un trato debido. No solo son capaces de afectar su generación, sino que una falta de adaptación a dichas circunstancias puede favorecer potencialmente las motivaciones que dan origen a los disturbios. Ahora bien, la evaluación del desempeño institucional de la DPP, a la luz de estas finalidades, supone el empleo de una metodología capaz de identificar la situación de conflicto social, haciendo posible comparaciones cuantitativas y cualitativas. La dificultad aquí es que no se trata únicamente de una cuestión metodológica, sino de una cuestión conceptual.

Para hacer una comparación de la variación estadística en ciertos delitos y poder precisar cómo la DPP ha respondido y modificado sus prácticas ante una situación de crisis social, es necesario determinar los periodos que se van a comparar. Una primera alternativa consiste en determinar los episodios en los cuales se incrementa la frecuencia de delitos y cuándo dicha frecuencia decrece. Una vez identificado el periodo, podría hacerse la comparación numérica con años anteriores durante las mismas épocas. Esta es una opción disponible para investigar, pero presenta un problema importante. Si la finalidad es estudiar el desempeño de una institución cuyo hecho operativo es la imputación de un delito, y el origen de los delitos que se pretende estudiar es lo que se designa como revuelta social, no puede obviarse en la caracterización del objeto a analizar la particularidad de este origen. De lo contrario, la comparación solo entregaría información numérica que, desconectada de los procesos sociales que pueden explicar el incremento de delitos, sería de poca o ninguna utilidad. Parece necesario, entonces, explorar con mayor detalle cómo se consideran los delitos que son producto de la revuelta social. Desde luego, no es la pretensión de este trabajo definir la revuelta social, pero es necesario, al menos, caracterizar este fenómeno para examinar los delitos que se supone se originaron en esta. Solo sobre esta base conceptual sería posible formular juicios predictivos referidos a situaciones posibles y, adicionalmente investigar las razones que motivaron a una gran pluralidad de personas a involucrarse en situaciones delictivas y exponerse al castigo penal. Para ambos tipos de proyectos es necesario caracterizar, al menos a grandes rasgos, el origen de las situaciones delictivas a estudiar; a saber, la revuelta social.

11 Las actuaciones de la policía también son cruciales a este respecto. Estudios en Chile (Velásquez *et al*., 2021), también sobre el estallido social, han mostrado que, al menos en lo que se refiere al uso de municiones, la policía no ha actualizado sus protocolos a los estándares internacionales para su uso apropiado. Nuevamente, esto contribuye a crear un contexto propicio para la generación de creencias sobre la ilegitimidad de órganos cuyo objetivo es establecer el orden público.

En la literatura especializada hay varios acercamientos teóricos a fenómenos como el de la revuelta social, denominados «disturbios» o *riots*, y nos parece pertinente considerar brevemente la evolución de su estudio. Inicialmente, la teoría clásica sobre los disturbios (Le Bon, 1947), la *crowd theory*, consideraba que estos reflejaban un comportamiento procedente de un quiebre social: los disturbios se entendían meramente como conductas criminales e irracionales. Aportes posteriores de la *resource mobilization theory* (McCarthy & Zald, 1977), la formación de identidades sociales (Drury *et al.*, 2003) y las explicaciones en factores estructurales como la marginalización (Wacquant, 2008), la pobreza y otros (Waddington, 2015), distinguen varias clases de disturbios. Especialmente importante en los estudios modernos es la posible contribución de otros factores en la ocurrencia de los disturbios y su consideración, en ocasiones, como eventos que no se agotan en su carácter criminal o irracional. Las investigaciones sociohistóricas así lo confirman (Tilly, 1995).

Si bien algunos disturbios pueden identificarse con eventos primordialmente criminales, otros tienen un carácter distintivo. Esta distinción entre, al menos, dos grandes tipos de disturbios coincide con lo que Gary Marx (1970) denomina *issue-less riots*, aquellos en que el factor de descontento social no es explicativo; y los *issue-oriented riots*, en los que alguna forma de descontento social sí contribuye a explicar las motivaciones de quienes se involucran en los disturbios. Este reconocimiento de que el descontento social expresado en los disturbios tiene un carácter diverso parece apropiado para describir lo sucedido en Chile después de octubre de 2019. No parece haber dudas de que existieron situaciones auténticamente delictivas, muchas de las cuales podrían explicarse en la mayor oportunidad para cometer delitos en una situación de incapacidad operativa de las policías (Wilcox & Cullen, 2018) o en un deseo inestructurado originado en la cultura de consumo (Treadwell *et al.*, 2013); no obstante, hay otras situaciones que no solamente parecen caracterizables como delitos, sino que adicionalmente tienen un rasgo distintivo ausente en las primeras: un carácter específicamente político expresado fuera de la política institucional (Akram, 2014). En efecto, en estas últimas no parece ser la oportunidad u otro factor comúnmente explicativo del crimen lo que suministra las razones por las cuales múltiples personas —muchas de ellas, sin antecedentes penales— se involucran y participan activamente en situaciones constitutivas de delito.

Esta distinción entre dos tipos de disturbios enfatiza los factores a macronivel (Bosi & Demetriou, 2015), pero también posibilita un análisis de micronivel. En tanto se trata de motivaciones humanas, aparece que la distinción entre dos conceptos colectivos cuya referencia son dos tipos de disturbios también discrimina dos tipos de motivaciones

humanas. Lo anterior es relevante porque no siempre aparece con nitidez el tipo de disturbio que se presenta. Frente al problema de determinar si un evento de disturbio puede ser caracterizado como *issue-oriented* o *issue-less*, es posible entender que algunas personas tienen motivaciones *issue-oriented* y otras *issue-less*. Esto significa que el estudio de los delitos del estallido social normalmente incluirá situaciones de variabilidad en las motivaciones y en las que será difícil discriminar entre unas y otras. No obstante, la distinción macronivel entre dos tipos de fenómenos es importante porque permite discriminar distintos tipos de delitos más allá de las representaciones subjetivas de la persona que se involucra en el delito. Es decir, independientemente de la motivación de la persona que participa en el crimen, el análisis de los delitos de la categoría «estallido social» supone incluir aquellos que *podrían* estar dentro de la categoría *issue-oriented* y descartar, por ende, los *issue-less*. Sobre esta base, entonces, es posible determinar con mayor precisión el intervalo temporal relevante para el objeto de análisis.

Si es efectivo que los delitos del estallido social son aquellos que ocurren con posterioridad a este evento político-social, entonces el objeto de análisis no pueden ser meramente los delitos causados por el estallido social. Dijimos anteriormente que hay delitos donde, sin ofrecer una razón o evidencia adicional, no parece posible que se trate de delitos *issue-oriented*. Por ejemplo, según los datos entregados por la DPP, existió un incremento relevante a partir de octubre de 2019, en comparación a años anteriores, en la frecuencia de comisión de delitos de receptación y de tráfico de drogas. A primera vista, estos delitos parecen encontrar su origen o causa en el estallido social, pero no se trata de *delitos del estallido social*, sino de delitos causados por el estallido social. Como se ha afirmado precedentemente, a primera vista son delitos *issue-less* facilitados por la oportunidad que representó el disturbio social, pero no parece responder al tipo de reclamo o agravio cuyo origen explica, más allá del delito particular, el fenómeno mismo del estallido social. En contraste, otros delitos, como el lanzamiento de artefactos explosivos o el robo en lugar no habitado (cuando los objetos fueron utilizados, por ejemplo, para hacer una barricada), podrían tratarse de delitos *issue-oriented*. Desde luego, el que puedan ser *issue-oriented* no determina que lo sean, pero el estudio de los delitos del estallido social supone al menos incluir la clase delitos que pueden ser *delitos del estallido social* y excluir aquellos que no. Este posible carácter político de los delitos es lo que interesa a esta investigación y lo que plantea complejas preguntas para su correcta administración como *input* para el trabajo que realiza la DPP.

V. ANÁLISIS DE LOS DATOS

Para analizar cómo el estallido social incidió en el trabajo realizado por la DPP es necesario caracterizar dicho fenómeno social y precisar sus efectos más relevantes. El impacto en esta institución se relaciona directamente con el incremento en la carga de trabajo que sus profesionales debieron asumir, representado principalmente por la cantidad de ingresos registrados en el periodo estudiado. Como fuera anticipado, no todos los delitos cuyo incremento se produjo en un determinado periodo son los que interesan a esta investigación, sino los delitos del estallido social y cómo estos impactaron el trabajo de la DPP. Estos ingresos, entonces, se vinculan con un determinado tipo de hechos delictivos que fueron imputados en su gran mayoría a las personas que participaron en las protestas sociales y que se convirtieron en usuarias de la DPP.

Se consideró como periodo de análisis aquel comprendido entre el 18 de octubre de 2019 y el 17 de marzo de 2020. El inicio del periodo se fijó en el día en que las manifestaciones populares se generalizaron y respecto del cual parece haber consenso en torno a que en ese momento comenzó el denominado estallido social. El hito que marca su término corresponde al establecimiento del estado de excepción constitucional derivado de la pandemia de COVID-19 el 18 de marzo de 2020. El estado de excepción implicó importantes restricciones para la circulación de las personas en la vía pública y, por tanto, provocó una paralización generalizada de las movilizaciones sociales a nivel nacional.

El examen de los datos recopilados se desarrolla en dos partes. En la primera se presenta información relativa al periodo que corresponde al estallido social, comprendido entre el 18 de octubre de 2019 y el 17 de marzo de 2020, y su contraste con el mismo periodo en años anteriores. En la segunda parte se analiza un conjunto de delitos seleccionados —entendidos como delitos del estallido social— en relación con las cifras relativas al total de ingresos registrados por la DPP en el periodo estudiado, que incluyen los ingresos correspondientes a todos los delitos.

V.1. Datos generales

Una de las principales consecuencias que tuvo el estallido social en el trabajo de la DPP fue el importante aumento de carga de trabajo que generó, representado principalmente por el número de ingresos causa-imputado. Del total de ingresos verificados entre el 18 de octubre de 2019 y el 17 de marzo de 2020 se observa que, en comparación con el mismo periodo en años anteriores, la variación en el número de ingresos fue notoriamente superior. En efecto, si se compara el periodo comprendido entre el 18 de octubre de 2017 y el 17 de marzo de 2018 (Periodo 1, en adelante P1) y el comprendido entre el 18 de octubre de 2018 y el 17 de marzo de 2019 (Periodo 2, en adelante P2), el aumento fue cercano a los 275 ingresos causa-imputado y a los 2067 ingresos relativos al total de

delitos investigados. No obstante, esta diferencia se incrementó cerca de catorce veces con relación a los ingresos causa-imputado (3928) y casi tres veces (6832 ingresos) en relación con el total de delitos investigados entre este último periodo (P2) y el periodo del estallido social (Periodo 3, en adelante P3).

Otro aspecto interesante que surge del análisis del periodo del estallido social es que disminuye la relación entre ingresos causa-imputado y número de delitos investigados, lo que significa que en las causas ingresadas se atribuyen menos delitos a las personas imputadas en ellas.

El elevado número de ingresos causa-imputado se mantuvo incluso con posterioridad, especialmente respecto del número de delitos, ya que entre el 18 de octubre de 2020 y el 17 de marzo de 2021 (Periodo 4, en adelante P4) vuelven a registrarse por encima de 6000 ingresos más que en el tramo anterior en el total de delitos investigados.

Este aumento de ingresos se refleja con mayor claridad si se analiza el periodo del estallido social desglosado por mes. Según se observa en la tabla 1, el número de ingresos llegó a su punto máximo entre el 18 de octubre y el 17 de noviembre de 2019, con un total de 34 766 ingresos causa-imputado; esto es, 5986 más que el mismo periodo del año anterior, lo que representa un aumento de un 20,8 %. En relación con los delitos investigados, la diferencia entre ambos periodos es de 8053, lo que representa un aumento de un 24,8 %. A partir del segundo mes de movilizaciones, el número de ingresos comienza a disminuir, acercándose nuevamente a las cifras de años anteriores. Un nuevo aumento en los ingresos se registra entre el 18 octubre y el 17 de noviembre de 2020, el que se encuentra por sobre los ingresos normales del mismo periodo en los años anteriores al estallido, aunque no supera al registrado al inicio de este.

Tabla 1. Causa-imputado ingresadas entre el 18 de octubre y el 17 de marzo, por periodo (2017-2021)

Periodo	Causa-imputado	Delitos
18 de octubre de 2017 a 17 de noviembre de 2017	29 624	33 245
18 de noviembre de 2017 a 17 de diciembre de 2017	26 858	30 129
18 de diciembre de 2017 a 17 de enero de 2018	24 858	27 988
18 de enero de 2018 a 17 de febrero de 2018	26 495	29 840
18 de febrero de 2018 a 17 de marzo de 2018	24 537	27 369
Total Periodo 1	**132 372**	**148 571**
18 de octubre de 2018 a 17 de noviembre de 2018	28 780	32 448

18 de noviembre de 2018 a 17 de diciembre de 2018	27 111	30 734
18 de diciembre de 2018 a 17 de enero de 2019	26 071	29 596
18 de enero de 2019 a 17 de febrero de 2019	26 615	30 389
18 de febrero de 2019 a 17 de marzo de 2019	24 070	27 471
Total Periodo 2	**132 647**	**150 638**
18 de octubre de 2019 a 17 de noviembre de 2019	34 766	40 501
18 de noviembre de 2019 a 17 de diciembre de 2019	27 397	31 350
18 de diciembre de 2019 a 17 de enero de 2020	25 385	29 218
18 de enero de 2020 a 17 de febrero de 2020	24 286	27 856
18 de febrero de 2020 a 17 de marzo de 2020	24 741	28 545
Total Periodo 3	**136 575**	**157 470**
18 de octubre de 2020 a 17 de noviembre de 2020	29 595	35 500
18 de noviembre de 2020 a 17 de diciembre de 2020	27 798	32 835
18 de diciembre de 2020 a 17 de enero de 2021	25 228	30 437
18 de enero de 2021 a 17 de febrero de 2021	27 638	33 226
18 de febrero de 2021 a de 17 marzo de 2021	26 987	32 130
Total Periodo 4	**137 246**	**164 128**

Fuente: elaboración propia con base en los datos proporcionados por la DPP.

V.2. Delitos seleccionados

El segundo aspecto estudiado corresponde al comportamiento de aquellos ingresos que constituyen delitos del estallido social. Es especialmente relevante analizar sus particularidades y cómo influyeron en el trabajo de la DPP.

Para delimitar numéricamente este conjunto de delitos, además de la restricción temporal, que obliga a centrarse en aquellos ocurridos entre el 18 de octubre de 2019 y el 17 de marzo de 2020, se siguieron otros dos criterios. El primero fue el relativo a la variación experimentada en los ingresos de causas. Como interesa estudiar la adaptación de la DPP al cambio en las dinámicas de trabajo derivadas de la ocurrencia de delitos del estallido social, uno de los principales factores que puede reflejar ese cambio es el aumento de la carga de trabajo producido por el incremento de causas ingresadas. Por lo tanto, dentro del periodo de estudio (P3) se seleccionaron aquellos delitos que habían experimentado un mayor aumento. Un segundo criterio fue el de la potencial motivación del delito: dentro del periodo estudiado y entre aquellos delitos que habían

experimentado mayor aumento, se seleccionaron los que podían ser explicados por el descontento manifestado durante el estallido social.

Se incluyen dentro de este conjunto de delitos los creados por la Ley N.° 21.208, promulgada el 21 de enero de 2020 y publicada en el *Diario Oficial* el 30 de enero de 2020. Dicha norma «Modifica el Código Penal para tipificar acciones que atenten contra la libertad de circulación de las personas en la vía pública a través de medios violentos e intimidatorios, y fija las penas aplicables al saqueo en las circunstancias que indica». Se trata de una normativa creada especialmente con ocasión de la contingencia generada por el estallido social y que contempla dentro de sus fundamentos la necesidad de contar con herramientas para responder a las manifestaciones sociales que se estaban produciendo en el país (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2020, p. 3). Con ella se crean los delitos de interrupción de circulación de personas y/o vehículos con violencia, intimidación u obstáculos (Código Penal, art. 268 septies, inc. 1); lanzar en la vía pública, a personas o vehículos, instrumentos, utensilios u objetos que pueden causar muerte o lesiones (inc. 2); robo con ocasión de calamidad o alteración al orden público (art. 449 ter); y saqueo (art. 449 quáter).

Tras la aplicación sucesiva de los criterios recién mencionados, los delitos seleccionados para el análisis del fenómeno del estallido social y cómo este influyó en el trabajo desarrollado por la DPP son los que se muestran en la siguiente tabla.

Tabla 2. Análisis de la evolución del número de delitos asociados a causa-imputado considerados como delitos del estallido social, por periodo (2017-2020)

Delito	Periodo 1	Periodo 2	Periodo 3
Robo en lugar no habitado (Código Penal, art. 442)	3487	3325	10 761
Desórdenes públicos (Código Penal, art. 269)	138	186	7507
Desórdenes en espectáculos públicos (Código Penal, art. 494, num. 1)	85	136	1412
Alterar el orden público (Código Penal, art. 495, num. 1)	11	22	697
Atentados y amenazas contra la autoridad (Código Penal, arts. 261, num. 1; y 264)	101	129	609
Otros desórdenes públicos (Código Penal, art. 268 septies)	0	0	551

Otros delitos[12]	142	180	772
Total	3964	3978	22 309

Fuente: elaboración propia con base en los datos proporcionados por la DPP.

Con relación al total de ingresos registrados durante el periodo correspondiente al estallido social, se observa en la tabla 3 que el subconjunto de ingresos correspondiente a los delitos seleccionados sigue una tendencia similar, tanto en relación a los ingresos causa-imputado como en cuanto a los delitos investigados. En otras palabras, se inicia el periodo con un pronunciado aumento, pero luego los números se van estabilizando y acercando a las tendencias de años anteriores conforme avanzan los meses. Sin embargo, en el caso del conjunto de delitos seleccionados, tanto en los ingresos causa-imputado como los de los delitos investigados, se produce un crecimiento importante en el último mes del estallido social, lo que no ocurre con el conjunto total de delitos.

Tabla 3. Causa-imputado ingresadas entre el 18 de octubre de 2019 y el 17 de marzo de 2020, segmentadas por mes y conjunto de delitos

Mes	Total de ingresos		Ingresos de delitos seleccionados	
	Causa-imputado	Delitos	Causa-imputado	Delitos
18 de octubre de 2019 a 17 noviembre de 2019	34 766	40 501	11 141	13 374
18 de noviembre de 2019 a 17 de diciembre de 2019	27 397	31 350	3941	4644
18 de diciembre de 2019 a 17 de enero de 2020	25 385	29 218	1565	1840
18 de enero de 2020 a 17 de febrero de 2020	24 286	27 856	1452	1699
18 de febrero de 2020 a 17 de marzo de 2020	24 741	28 545	3180	3655

Fuente: elaboración propia con base en los datos proporcionados por la DPP.

En cuanto al uso de la prisión preventiva o la internación provisoria en algún momento de la causa, la tabla 4 muestra que, en comparación con el mismo periodo de años anteriores, se registró una disminución de su

12 En esta categoría se agrupan los siguientes delitos: delitos de daños calificados (Código Penal, arts. 485 y 486), incendio con peligro para las personas (arts. 475 y 476), atentado contra jefe de Estado o autoridad pública (Ley N.° 18.314, art. 2, num. 3), atentado explosivo o incendiario (art. 2, num. 4), colocación de bomba o artefacto (Ley N° 17.798, art. 14 D, incs. 1-3), y otros estragos (Código Penal, art. 480).

uso en los ingresos causa-imputado ocurridos durante el estallido social vinculados al conjunto total de delitos. Esta tendencia se mantiene para el periodo siguiente (por ejemplo, del 18 de octubre de 2020 al 17 de marzo de 2021), etapa en la que el uso de esta medida cautelar presenta el porcentaje más bajo. A su vez, si se observa el uso de la prisión preventiva o internación provisoria respecto de las causas ingresadas exclusivamente en el periodo del estallido social, ya sea vinculadas a delitos generales o a los delitos seleccionados, el porcentaje es bastante similar. No obstante, en el conjunto de delitos seleccionados se registra una enorme variabilidad. En efecto, durante el primer mes del estallido el porcentaje de uso es relativamente bajo (5,39 %), análogo al aplicado al resto de los delitos (6,1 %), pero se incrementa casi al doble (9,69 %) a partir del segundo mes del estallido social, se mantiene relativamente estable el tercer mes (8,88 %) y alcanza su punto más alto en el cuarto mes (11,91 %), para luego volver a descender en el último mes, en el que alcanza cifras similares a las del inicio del periodo (5,75 %).

Tabla 4. Ingresos causa-imputado registrados entre el 18 de octubre y el 17 de marzo, años 2017 a 2021, en los que se ha dictado decreto de prisión preventiva o internación provisoria, desglosados por conjunto de delitos relacionados (generales o seleccionados)

	Periodo	Total de causas	Causas con decreto de prisión preventiva o internación provisoria	
		N.°	N.°	%
Todos los delitos	18 de octubre de 2017 a 17 de noviembre de 2017	29 624	2500	8,439
	18 de noviembre de 2017 a 17 de diciembre de 2017	26 858	2026	7,543
	18 de diciembre de 2017 a 17 de enero de 2018	24 858	2042	8,215
	18 de enero de 2018 a 17 de febrero de 2018	26 495	2218	8,371
	18 de febrero de 2018 a 17 de marzo de 2018	24 537	2034	8,290
	P1	**132 372**	**10 820**	**8,17**
	18 de octubre de 2018 a 17 de noviembre de 2018	28 780	2171	7,54
	18 de noviembre de 2018 a 17 de diciembre de 2018	27 111	1912	7,05
	18 de diciembre de 2018 a 17 de enero de 2019	26 071	1910	7,33

	18 de enero de 2019 a 17 de febrero de 2019	26 615	2122	7,97
	18 de febrero de 2019 a 17 de marzo de 2019	24 070	1983	8,24
	P2	**132 647**	**10 098**	**7,61**
	18 de octubre de 2019 a 17 de noviembre de 2019	34 766	2120	6,10
	18 de noviembre de 2019 a 17 de diciembre de 2019	27 397	2049	7,48
	18 de diciembre de 2019 a 17 de enero de 2020	25 385	1611	6,35
	18 de enero de 2020 a 17 de febrero de 2020	24 286	1815	7,47
	18 de febrero de 2020 a 17 de marzo de 2020	24 741	1915	7,74
	P3	**136 575**	**9510**	**6,96**
	18 de octubre de 2020 a 17 de noviembre de 2020	29 595	1479	5,00
	18 de noviembre de 2020 a 17 de diciembre de 2020	27 798	1338	4,81
	18 de diciembre de 2020 a 17 de enero de 2021	25 228	1053	4,17
	18 de enero de 2021 a 17 de febrero de 2021	27 638	1238	4,48
	18 de febrero de 2021 a 17 de marzo de 2021	26 987	1146	4,25
	P4	**137 246**	**6254**	**4,56**
Delitos seleccionados P3	18 de octubre de 2019 a 17 de noviembre de 2019	11 141	600	5,39
	18 de noviembre de 2019 a 17 de diciembre de 2019	3941	382	9,69
	18 de diciembre de 2019 a 17 de enero de 2020	1565	139	8,88
	18 de enero de 2020 a 17 de febrero de 2020	1452	173	11,91
	18 de febrero de 2020 a 17 de marzo de 2020	3180	183	5,75
	Total periodo (18 de octubre de 2019 a 17 de marzo de 2020)	**21 279**	**1477**	**6,94**

Fuente: elaboración propia con base en los datos proporcionados por la DPP.

En lo relativo al tipo de término, la tabla 5 muestra que se produjo un amplio uso de las salidas alternativas como forma de término en el caso de los ingresos causa-imputado vinculados a los delitos seleccionados, superior al del conjunto general de delitos en cualquiera de los periodos. También se observa una disminución en el uso del juicio oral a partir del periodo del estallido social respecto del conjunto total de delitos, que pasa de un 2,77 % en el periodo previo al estallido a un 1,55 % durante el mismo. Para el periodo posterior al estallido esta cifra disminuye casi tres veces, representando un 0,45 % del total de causas terminadas. En el caso de los ingresos causa-imputado vinculados a los delitos seleccionados, se sigue una tendencia similar a la del total de delitos, pues el juicio oral se utiliza en un 1,1 % del total de causas terminadas.

Tabla 5. Tipos de términos en causas ingresadas (causa-imputado) entre el 18 de octubre y el 17 de marzo, años 2017 a 2021, desglosados por conjunto de delitos relacionados (generales o seleccionados)

Ingresos	Periodo	Abreviado (%)	Simplificado (%)	Juicio oral (%)	Monitorio (%)	Salidas alternativas (%)
Generales	*P1*	6,55	23,04	3,45	3,15	29,84
	P2	6,39	21,14	2,77	2,78	30,03
	P3	6,16	15,49	1,55	2,95	31,21
	P4	3,18	9,42	0,45	15,40	21,00
Seleccionados	*P3*	5,71	16,78	1,10	4,41	35,13

Fuente: elaboración propia a partir de los datos proporcionados por la DPP.

Finalmente, en cuanto al tipo de condena, la tabla 6 muestra que la aplicación de sanciones privativas de libertad respecto del conjunto de delitos se mantiene más o menos estable, incluso durante el periodo del estallido social —donde disminuye muy levemente (de 23,53 % a 22,86 %)—, y desciende desde el periodo inmediatamente posterior (19,18 %). Sin embargo, en los ingresos causa-imputado relacionados a los delitos seleccionados, el uso de la privación de libertad es bastante superior (27 %) y se encuentra por sobre el del conjunto general de delitos en cualquiera de sus periodos.

Tabla 6. Tipos de condena en causas ingresadas (causa-imputado) entre el 18 de octubre y el 17 de marzo, años 2017 a 2021, desglosados por conjunto de delitos relacionados (generales o seleccionados)

Delitos	Periodo	Privativa de libertad (%)	No privativa de libertad (%)
Generales	P1	24,82	75,18
	P2	23,53	76,47
	P3	22,86	77,14
	P4	19,18	80,82
Seleccionados	P3	27,33	72,67

Fuente: elaboración propia con base en los datos proporcionados por la DPP.

VI. DESAFÍOS E INNOVACIONES EN LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA

La DPP es la institución del Estado encargada de prestar defensa penal a imputados o acusados por crímenes, simples delitos o faltas. Fue creada en el marco de la RPP, que modificó el sistema de persecución penal en el país de inquisitivo a (semi)adversarial o acusatorio. Desde su creación hasta la fecha, la DPP ha superado los cinco millones de atenciones, ocupando la inmensa mayoría de la representación jurídica de imputados y acusados del sistema criminal.

El sistema de defensa penal pública en Chile se compone por un porcentaje (menor) de defensores institucionales, adscritos a la planta funcionaria de la DPP, y un porcentaje mayoritario de defensores licitados. Defensores institucionales y licitados prestan la defensa penal pública bajo los mismos estándares, sin que exista en la práctica una diferencia para el usuario destinatario de los servicios de representación jurídica. En 2019 la DPP (2020b) contaba con 724 funcionarios que prestaban soporte administrativo y técnico, y 524 defensores y defensoras públicos que componen el sistema mixto de defensa. Ellos y ellas son los profesionales llamados a comparecer en representación de una persona imputada, acusada o condenada ante los tribunales competentes (p. 2).

VI.1. Controles de detención

Durante la semana comprendida entre el 20 y el 28 de octubre de 2019, en que gran parte del territorio del país se encontraba bajo estado de excepción constitucional, la DPP (2020c) registró 10 712 imputados en audiencias de control de detención, lo que significó un aumento de un poco más del 70 % respecto del mismo periodo de 2018, donde se registraron 6154 imputados representados en las referidas audiencias (p. 20).

Para evidenciar el cambio sustantivo que se generó en el trabajo de la DPP durante ese periodo es importante tener presente que el flujo habitual de audiencias de control de detención alcanza, en promedio, las 600 al día. Sin embargo, durante los primeros 7 días del estallido social, se registró un promedio diario de 1100 audiencias de control de detención, con un *peak* el 21 de octubre, día en que la cifra nacional alcanzó las 2508 audiencias (DPP, 2020c, p. 20). Este cambio radical implicó un despliegue de la DPP inédito en su historia, exigiendo una reorganización inmediata de los sistemas de turno y la inclusión de otros profesionales de la institución, quienes se encontraban habitualmente dedicados a otras funciones, en la comparecencia de audiencias.

Si en muchas localidades el sistema de atención consistía en un turno diario de audiencias de control de detención, debió adicionarse otro turno extra en la jornada de tarde. En aquellos lugares donde ya se contaba con dos turnos, debieron abrirse salas especiales y se debió desplegar el total de la dotación existente para atender las referidas audiencias. Además, muchas de ellas tenían un componente atípico para el sistema, con hasta cincuenta imputados en una misma causa, lo que evidentemente dificultó la capacidad de atención de las y los defensores. La DPP fue apoyada por profesionales de estudio de las defensorías regionales y, en la Región Metropolitana, por profesionales de estudio de la Defensoría Nacional. En paralelo, las áreas administrativas se coordinaron para satisfacer las necesidades logísticas que dicho despliegue implicó[13].

VI.2. Atención en destacamentos policiales

La DPP efectuó un despliegue excepcional en los propios cuarteles policiales donde se encontraban las personas detenidas[14]. Lo anterior significó adelantar el contacto entre la persona detenida e imputada por algún delito y su abogado/a defensor/a. Esta iniciativa se explica por dos factores fundamentales. En primer lugar, el gran número de personas detenidas y la consecuente falta de información proporcionada por las policías y/o las Fuerzas Armadas[15]. En segundo término, un alto número de reclamos por parte de las personas detenidas de haber sufrido afectaciones a su integridad personal en el marco de las detenciones. Durante el estallido social, un número considerable de detenciones

13 Estas tareas iban desde la organización de los turnos del personal para evitar una sobrecarga excesiva hasta organizar la alimentación de defensores y defensoras, que debían pasar largas horas en audiencias (información proporcionada por Loreto Flores y Octavio Sufán en reunión de trabajo efectuada en la Universidad Alberto Hurtado el 12 de diciembre de 2022).

14 La labor desarrollada por la DPP en este contexto contó con el importante apoyo de organizaciones de la sociedad civil y del INDH, todos los cuales trabajaron en estrecha coordinación durante este periodo (información proporcionada por Loreto Flores y Octavio Sufán en reunión de trabajo efectuada en la Universidad Alberto Hurtado el 12 de diciembre de 2022).

15 Cabe recordar que, por la existencia del estado de excepción constitucional, las Fuerzas Armadas llevaron a cabo un despliegue por varias ciudades del país.

fueron efectuadas directamente por funcionarios de las Fuerzas Armadas, quienes trasladaban a los detenidos a las comisarías[16]. En total, durante los meses de octubre y noviembre, la DPP se hizo presente en alrededor de 118 unidades policiales del país con la finalidad de entrevistar a las personas detenidas. Además, la presencia de defensoras y defensores contribuyó a prevenir vulneraciones a las garantías de los detenidos, pues en muchas oportunidades explicaron a los funcionarios policiales los derechos de los detenidos y los límites de las actuaciones policiales[17].

VI.3. Derecho a defensa

El informe de la misión a Chile de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos destacó que «el derecho de acceder a una abogada/o no puede estar sujeto a suspensión» (Oacnudh, 2019, § 93). En algunas regiones del país el defensor o la defensora solo pudo entrevistarse con la persona detenida momentos antes de pasar a la audiencia de control de detención, lo que a juicio de la misión «podría constituir una violación al derecho de las personas privadas de libertad a tener acceso inmediato a asesoría legal y a tener el tiempo adecuado para preparar su defensa» (§ 94).

Las conclusiones preliminares de la visita *in loco* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a Chile, por su parte, hicieron referencia expresa a la necesidad de fortalecer la Defensoría Penal Pública, «dotándola de plena autonomía y ampliando su capacidad para entablar contacto con personas detenidas en las primeras horas de privación de libertad» (CIDH, 2020, N.° 9; DPP, 2021; Cooperativa, 2021).

Existe consenso en el derecho internacional de los derechos humanos acerca de la obligación que tienen los Estados de asegurar el derecho a defensa desde los primeros actos del proceso. En este sentido, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han señalado que el derecho a defensa surge desde que se ordena investigar a una persona o desde el momento en que es puesta bajo custodia. También principia este derecho cuando la autoridad ordena o lleva adelante actos que implican afectaciones de derechos, y solo culmina cuando finaliza el proceso. La jurisprudencia de la Corte IDH (2008) es clara al respecto: el derecho a defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se menciona a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y

16 El personal de las Fuerzas Armadas no cuenta con la preparación para llevar a cabo detenciones. Por otro lado, los protocolos y procedimientos de las Fuerzas Armadas no se condicen con los estándares exigidos en las actuaciones policiales.

17 Debemos este alcance a Loreto Flores y Octavio Sufán, quienes lo proporcionaron en una reunión de trabajo efectuada en la Universidad Alberto Hurtado el 12 de diciembre de 2022.

culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo la etapa de ejecución de la pena (§ 148).

VI.4. MODELO DE DEFENSA PENAL PÚBLICA

La DPP tomó en cuenta la situación descrita y las recomendaciones formuladas por los organismos internacionales que visitaron el país durante el estallido social, y puso en marcha un proyecto para dar cumplimiento íntegro a estas obligaciones internacionales a las que se encuentra sujeto el Estado de Chile y que son consistentes con lo establecido en la Constitución y el propio CPP (DPP, 2021). De ahí que, luego de un trabajo al interior de la DPP, que se desarrolló durante todo el año 2020 y la primera mitad de 2021, se presentara un modelo de defensa penal pública aplicable desde las primeras horas de la detención.

En su cuenta pública del año 2021, el defensor nacional destacó este proyecto, el cual comenzó con un «plan piloto» durante la segunda mitad de ese año en cinco regiones del país: Antofagasta, Metropolitana, Libertador Bernardo O'Higgins, Maule y Los Ríos (DPP, 2022; Cooperativa, 2021). Lo que el plan perseguía era garantizar una defensa oportuna, en concordancia con los estándares del debido proceso legal. Para el logro de este objetivo, la DPP llevó a cabo un trabajo interno que, tal como se señaló, comenzó el año 2020 y contó con los siguientes hitos: a) la elaboración de un diagnóstico de la situación de las personas detenidas en unidades policiales a cargo del Programa EUROsociAL+ de la Unión Europea; b) la elaboración y publicación de un modelo de defensa en unidades policiales, también apoyado por el Programa EUROsociAL+; c) la confección de una Guía para la Implementación del Modelo de Defensa en Unidades Policiales; d) la elaboración de un Manual de Actuaciones Mínimas para la Defensa en Unidades Policiales; e) la implementación de los planes pilotos; y f) la evaluación de los planes pilotos (DPP, 2021; 2022, p. 11).

En paralelo, la DPP llevó a cabo un trabajo con Carabineros de Chile, mediante capacitaciones y reuniones con distintos personeros de la policía uniformada, a fin de implementar los proyectos piloto de defensa en unidades policiales. En este contexto, se suscribió entre la DPP y la institución policial un convenio de colaboración encaminado a facilitar la labor de ambas instituciones en esa tarea (DPP, 2021; Cooperativa, 2021).

Sobre la implementación de los planes piloto, la Defensoría Nacional llevó adelante un Plan de Coordinaciones previas entre las defensorías regionales y las unidades policiales para preparar la implementación de la defensa en unidades policiales (DPP, 2021). Esa coordinación ha sido clave para una respuesta oportuna de la defensa en el derecho que le

asiste a cada persona de contar con un abogado o abogada desde los primeros momentos de su detención. Es importante tener presente que, hasta esa fecha, en Chile no existía —salvo casos excepcionales— una práctica de entrevistas entre imputado detenido y defensor o defensora en cuarteles policiales. De ahí que haya sido necesario habilitar espacios idóneos para la realización de las entrevistas y para facilitar el trabajo del defensor o la defensora en la respectiva unidad. Asimismo, este trabajo ha ido acompañado de capacitaciones a funcionarios policiales por parte de la DPP en relación con el tratamiento de las personas detenidas (Cooperativa, 2021).

En concreto, la defensa en unidades policiales busca adelantar el contacto entre la persona detenida e imputada con su abogado defensor o abogada defensora. Esto le permite a la DPP abarcar un número de personas que, hasta la fecha, eran detenidas y dejadas en libertad al paso de unas horas sin que fueran trasladadas hasta la audiencia de control de detención, lo que no les daba la posibilidad de entrevistarse con un abogado o una abogada en los términos exigidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Además, la presencia del defensor o la defensora en la unidad policial le permite llevar adelante y promover actuaciones en beneficio de los derechos de las personas detenidas cuando estas requieren un tratamiento especial. Sin la actividad de un defensor o una defensora, esa gestión quedaba entregada a la voluntad de los funcionarios policiales.

El programa de defensa en unidades policiales es inédito en la región y tiene un componente que excede con mucho la prestación de defensa letrada, pues también permite que el Estado cumpla con sus obligaciones internacionales en materia de prevención de la tortura, transformando al abogado/a defensor en una verdadera salvaguarda, tal como lo dispone la Convención contra la Tortura.

VII. CONCLUSIONES

En tiempos de profunda crisis social pueden producirse movilizaciones sociales, violaciones a los derechos humanos y actos delictivos. Eso es precisamente lo que sucedió en Chile desde octubre de 2019 hasta que fuera declarado el estado de excepción constitucional de catástrofe en marzo de 2020 por la pandemia mundial. En esta investigación se ha mostrado cómo reaccionó una institución pública fundamental para el adecuado funcionamiento del Estado de derecho y la protección jurídica de la persona acusada de un delito: la DPP. Esta institución, bajo mandato legal, se encontraba obligada a prestar servicios oportunos de defensa penal a las personas que fueron detenidas o formalizadas por la comisión de delitos en el contexto del estallido social. La prestación de defensa penal estuvo plagada de dificultades. En efecto, no se trataba de

una tarea fácil, pues los hechos que se desencadenaban en el país en esas semanas convulsionadas eran de incierto carácter, yendo de actos propiamente delictivos a manifestaciones políticas. Aún más, quienes diseñaron el actual sistema de justicia penal que rige en Chile no se pusieron en el escenario de que los actores principales —jueces, fiscales y defensores— tendrían que hacerse cargo de un volumen tan alto de casos de difícil manejo.

El enfrentar un cambio súbito en el volumen de casos hace aparecer la capacidad de adaptación de la DPP como un factor valioso para evaluar su desempeño. En este sentido, es importante destacar la labor de la DPP en un contexto de convulsión social desde una perspectiva más amplia. No se trata únicamente de un órgano relevante para la vigencia de los derechos humanos en el proceso penal, sino también de un órgano capaz de dar voz en el proceso penal a quienes son objeto de persecución penal. Ciertamente esta capacidad no es ilimitada, y resulta restringida por las decisiones y la capacidad de otros órganos de la justicia penal.

Si bien es cierto que el estudio no indagó en las percepciones de sus usuarios, sí puede apreciarse que la capacidad de adaptación favorece un rol más activo de la DPP en la protección de derechos. Esto es consistente tanto con datos de estudios (Morales *et al.*, 2022)[18] que constatan dificultades en la prestación de los servicios de la DPP durante el estallido como en el poco tiempo para comunicarse con los defensores. Pero esta no es una dificultad inherente a la prestación de servicios ofrecidos por la DPP, sino potenciada por el contexto de los disturbios. Es decir, la dificultad no radica en los servicios ofrecidos por la DPP sino en su calidad, la que hubiera disminuido sustancialmente de no haberse hecho los esfuerzos por adaptarse al contexto. Si bien falta mayor evidencia concluyente, la capacidad de adaptación de la DPP es un factor importante para la creación de creencias sobre la ilegitimidad de la justicia penal, lo que resulta especialmente importante en contextos en que dichas creencias aparecen como parte de las motivaciones de los disturbios (Moran & Waddington, 2016).

La revisión de los datos refleja que el número de ingresos de causas (causa-imputado) entre el 18 de octubre de 2019 y el 18 de marzo de 2020 (P3) fue mayor al número de ingresos de causas en ese mismo lapso en años anteriores (P1 y P2) y levemente inferior al año posterior (P4). De los 20 meses analizados en este estudio, el mes que va del 18 de octubre al 17 de noviembre de 2019 es por lejos aquel en el que hay más delitos asociados a causa-imputado. Ese mes se registraron 40 501 delitos, mientras que en promedio, en esos 20 meses, dicha cifra fue de

18 Los índices de calidad de servicios públicos y, por ende, de servicios como los que ofrece la DPP, si bien no son teóricamente sofisticados y son de reciente desarrollo, sí consideran (al menos el BTI) la protección de derechos como un factor importante a considerar. Al respecto, véase Merkel (2012).

31 040 delitos, por lo que el contraste es evidente. Ello se tradujo en un importante incremento en la carga de trabajo de la DPP, especialmente en el último trimestre de 2019.

Los dos delitos de mayor ocurrencia entre todos los delitos del estallido social fueron el robo en lugar no habitado y los desórdenes públicos. A continuación, aunque con frecuencias mucho menores, habría que mencionar a los delitos de desórdenes en espectáculos públicos, alteración del orden público, y atentados y amenazas contra la autoridad. Dado que algunas de las conductas en que incurría la población durante el estallido social no se encontraban tipificadas, y con la finalidad de restablecer el orden público, el 30 de enero de 2020 fue publicada la Ley N.° 21.208, que vino a modificar el Código Penal al crear los delitos de: interrumpir la circulación de personas y/o vehículos, con violencia, intimidación u obstáculos; lanzar en la vía pública, a personas o vehículos, instrumentos, utensilios u objetos que pudieran causar muerte o lesiones; robo con ocasión de calamidad o alteración al orden público; y saqueo. Estos ajustes legales fueron contemplados a la hora de efectuar los análisis de los datos y figuran como las instancias más plausibles de los *delitos de estallido social*, tal como se ha conceptualizado en este trabajo.

Respecto de la prisión preventiva, en términos generales, no se aprecian grandes diferencias entre los cuatro periodos de tiempo comparados de 2017 a 2021 (P1, P2, P3 y P4). Pero si la comparación se circunscribe únicamente a los delitos que hemos identificado como los más recurrentes del estallido social, en esos casos sí se observan diferencias considerables, viéndose aumentadas las prisiones preventivas en algunos de los meses del estallido, en comparación con los otros meses analizados. Es interesante constatar que, en contrapartida, también es mayor la aplicación de salidas alternativas en los delitos del estallido social, en comparación con lo acontecido respecto de los mismos delitos, pero en los otros años examinados. Sí es importante tener en cuenta que la aplicación de penas privativas de libertad fue bastante mayor en los delitos del estallido social respecto de los otros periodos.

Para cumplir con su cometido legal y defender a detenidos y formalizados en el sistema penal, la DPP adoptó las siguientes medidas: a) aquellos funcionarios de la DPP que habitualmente no representan a detenidos, por desempeñarse en tareas de estudio y análisis, tuvieron que involucrarse en tareas propiamente de defensa penal; b) reorganización de los sistemas de turno diario de audiencias de control de detención, aumentando el número de horas de atención; c) traslado de los defensores institucionales y licitados a las unidades policiales en las que se encontraban las personas detenidas por los delitos del estallido social para apoyarlas lo más temprano posible en sus defensas, pero

también para prevenir la comisión de abusos por parte de funcionarios de Carabineros; y d) diseño de un nuevo modelo de defensa penal pública más eficaz y expedito, cuya puesta en marcha mediante planes piloto se ha caracterizado por su interinstitucionalidad. Este tipo de medidas debieran ser discutidas al interior del sector justicia con la finalidad de reforzarlas normativa e institucionalmente, pero también para perfeccionar los sistemas de coordinación que se requieren para enfrentar de mejor manera fenómenos cada vez más complejos de criminalidad.

REFERENCIA

Akram, S. (2014). Recognizing the 2011 United Kingdom Riots as Political Protest: A Theoretical Framework Based on Agency, Habitus and the Preconscious. *The British Journal of Criminology*, *54*(3), 375-392. https://doi.org/10.1093/bjc/azu013

Alé, S., Duarte, K., & Miranda, D. (eds.). (2021). *Saltar el torniquete. Reflexiones desde las juventudes de octubre*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica.

Amnistía Internacional. (2020). *Ojos sobre Chile: Violencia Policial y responsabilidad de mando durante el estallido social.* Santiago de Chile. https://amnistia.org.mx/contenido/wp-content/uploads/2020/10/Chile-report_AMR-22_3133_2020_FINAL.pdf

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2020). *Historia de La Ley N° 21.208. Primer trámite constitucional: Cámara de Diputados*. Valparaíso. http://s.bcn.cl/2cz0k

Blanco, R., Hutt, R., & Rojas, H. (2005). Reform to the Criminal Justice System in Chile: Evaluation and Challenges. *Loyola University Chicago International Law Review*, *2*(2), 253-269.

Bosi, L., & Demetriou, C. (2015). Social Movements and Political Violence. En J. D. Wright (ed.), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (2.ª ed., pp. 430-436). Elsevier. https://doi.org/10.1016/B978-0-08-097086-8.96040-9

Carabineros de Chile. (2020). *Carabineros en Cifras. Cuenta Pública 2019*. Santiago de Chile. https://es.scribd.com/document/458968487/Cuenta-Publica-de-Carabineros-2019

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2020, 31 de enero). *Comunicado de Prensa N.° 018/20*. https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/018.asp

Comité para la Prevención de la Tortura. (2021). *Prevención de la tortura y situación de las personas privadas de libertad en Chile. Primer Informe Anual 2020*. Santiago de Chile. https://mnpt.cl/wp-content/uploads/2021/09/74830-INFORME-ANUAL-CPT-INTE-web-INDH.pdf

Contardo, O. (2020). *Antes de que fuera octubre*. Santiago de Chile: Planeta.

Contreras, J. (2022, 20 de octubre). *Carabineros acumula 300 causas de violencia sexual durante el Estallido y sólo una condena según informó Fiscalía*. Resumen. https://resumen.cl/articulos/carabineros-acumula-300-causas-de-violencia-sexual-durante-el-estallido-y-solo-una-condena-segun-informo-fiscalia

Cooperativa. (2021, 25 de agosto). *Defensoría Penal Pública implementó plan con presencia en comisarías de cinco regiones*. https://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/93dc24d7511f3504d304f47bd8abb349.pdf

Cortés, A. (2022). *Chile, fin del mito. Estallido, pandemia y ruptura constituyente*. Santiago de Chile: RIL.

De la Fuente, G., & Mlynarz, D. (2020). *El pueblo en movimiento: del malestar al estallido*. Santiago de Chile: Catalonia.

Defensoría de los Derechos de la Niñez. (2021). *Informe Anual 2020. Derechos humanos de niños, niñas y adolescentes*. Santiago de Chile. https://www.defensorianinez.cl/informe-anual/

Defensoría Penal Pública. (2020a). *Memoria institucional 2020*. Santiago de Chile. https://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/5136c940ad05ce3a516d60c0af9c187e.pdf

Defensoría Penal Pública. (2020b, 20 de mayo). *Discurso cuenta pública Defensor Nacional*. Santiago de Chile. https://www.dpp.cl/resources/upload/062fb74ead14cf331b274f26131ce864.pdf

Defensoría Penal Pública. (2020c). *Informe Ejecutivo Balance de Gestión 2019*. Santiago de Chile. https://www.dpp.cl/resources/descargas/balance-2019/informe_ejecutivo_memoriadpp_2019.pdf

Defensoría Penal Pública. (2021). *Plan piloto de defensa en comisarías se inició hace un mes, en cinco regiones del país. Defensores penales públicos han entrevistado a más de 750 personas detenidas en cuarteles policiales*. Santiago de Chile. https://media.elmostrador.cl

Defensoría Penal Pública. (2022). *Informe Ejecutivo Balance de Gestión 2021*. Santiago de Chile. https://cuentapublica2021.dpp.cl/informe-ejecutivo/

Dirección de Estudios de la Corte Suprema. (2020a). *El rol del Poder Judicial en el conocimiento de las acciones judiciales relacionadas al estallido social*. Santiago de Chile. https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2020/11/Publicacio%CC%81n-Estadi%CC%81sticas-estallido-social.pdf

Dirección de Estudios de la Corte Suprema. (2020b). *Actualización de estadísticas relativas a causas de violaciones de derechos humanos en el período del estallido social*. Santiago de Chile. https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2020/11/Publicacio%CC%81n-Estadi%CC%81sticas-estallido-social.pdf

Drury, J., Reicher, S., & Stott, C. (2003). Transforming the boundaries of collective identity: from the 'local' anti- road campaign to 'global' resistance. *Social Movement Studies*, *2*(2), 191-212. https://doi.org/10.1080/1474283032000139779

Franco, R. (2022, 17 de mayo). Informe de la Suprema cifra en 29 los imputados en prisión preventiva por delitos asociados al "estallido social", como saqueos y atentado explosivo. *El Mercurio*, C2.

Fernández, P. (2022). *Sobre la marcha. Notas sobre el estallido social en Chile*. Santiago de Chile: Debate.

France 24. (2020, 17 de octubre). *Las cifras que dejó un año de estallido social en Chile*. https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20201016-las-cifras-que-dej%C3%B3-un-a%C3%B1o-de-estallido-social-en-chile

Fuentes, C. (2021). *La transición inacabada. El proceso político chileno 1990-2020*. Santiago de Chile: Catalonia.

Garcés, M. (2020). *Estallido social y una Nueva Constitución para Chile*. Santiago de Chile: Lom.

Garretón, M. A. (coord.). (2021). *Política y movimientos sociales en Chile: Antecedentes y proyecciones del estallido social de Octubre de 2019*. Santiago de Chile: Lom.

Herrera, H. (2019). *Octubre en Chile: Acontecimiento y comprensión política: hacia un republicanismo popular*. Santiago de Chile: Katankura.

Human Rights Watch. (2019). *Chile: Events of 2019*. Santiago de Chile. https://www.hrw.org/world-report/2020/country-chapters/chile#

Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). (2019). *Informe Anual: Situación de los Derechos Humanos en Chile 2019. Sobre la situación de los derechos humanos en Chile en el contexto de la crisis social*. Santiago de Chile. https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1701/Informe%20Final-2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). (2020). *Reporte general de datos sobre violaciones a los derechos humanos*. Santiago de Chile. https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2020/03/Reporte-general-18-03-2020-de-datos-sobre-violaciones-a-los-derechos-humanos-v04.pdf

Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). (2021). *Informe Anual 2020*. Santiago de Chile. https://ia2020.indh.cl/

Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). (2022). *Informe Anual. Situación de los Derechos Humanos en Chile 2022*. Santiago de Chile. https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/1767

Izquierdo, M. (2022, 18 de octubre). *El balance del INDH a tres años del Estallido Social: "Las violaciones más graves desde el retorno a la democracia"*. Pauta. https://www.pauta.cl/nacional/balance-indh-tres-anos-estallido-social-violaciones-ddhh-denuncias-querella

Landaeta, L., & Herrero, V. (2021). *La revuelta: las semanas de octubre que estremecieron Chile*. Santiago de Chile: Planeta.

Lind, E., & Tyler, T. (1988). *The Social Psychology of Procedural Justice*. Nueva York: Springer.

Marx, G. (1970). Issueless riots. *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, *391* (1), 21-33. https://doi.org/10.1177/000271627039100103

Moran, M., & Waddington, D. (2016). *Riots. An International Comparison*. Londres: Palgrave Macmillan.

Merkel, W. (2012). Measuring the Quality of Rule of Law. Virtues, Perils, Results. En M. Zurn, A. Nollkaemper y R. Peerenboom (eds.), *Rule of Law at the International, National, and Transnational Levels* (pp. 21-47). Cambridge: Cambridge University Press. http://dx.doi.org/10.1017/CBO9781139175937.004

Matamala, D. (2019). *La ciudad de la furia*. Santiago de Chile: Catalonia.

Matus, J. (2020, 18 de julio). Fiscalía cifra en 8.827 las víctimas de violencia institucional en la crisis. *La Tercera*.

McCarthy, J., & Zald, M. (1977). Resource Mobilization and Social Movements: A Partial Theory, *The American Journal of Sociology*, *82* (6), 1212-1241. https://doi.org/10.1086/226464

Ministerio Público. (2020, 28 de agosto). *Estallido social: 62 imputados han sido formalizados por Violencia Institucional*. Fiscalía Nacional. http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/sala_prensa/noticias_det.do?noticiaId=18474

Ministerio Público. (2021). *Estado de situación de las principales investigaciones de violencia institucional asociadas a la crisis social*. Ciper Chile. https://www.ciperchile.cl/wp-content/uploads/documento-01-1.pdf

Morales, A., Figueroa, U., & Bustamante, C. (2022). El sistema de justicia penal durante el estallido social chileno. Legalidad y trato justo en el control judicial de las detenciones realizadas durante los disturbios de 2019. *Politica Criminal*, *17* (34), 432-473. https://doi.org/10.4067/s0718-33992022000200432

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (Oacnudh). (2019). *Informe sobre la Misión a Chile, 30 de Octubre - 22 de Noviembre de 2019*. Santiago de Chile. https://www.ohchr.org/Documents/Countries/CL/Report_Chile_2019_SP.pdf

Palacios, D. (2011). La reforma procesal penal en Chile: nuevos agentes, sus trayectorias y la reestructuración de un campo. *Revista Política*, *49* (1), 43-70. https://doi.org/10.5354/0716-1077.2011.16309

Peña, C. (2020). *Pensar el Malestar. La crisis de octubre y la cuestión constitucional*. Santiago de Chile: Taurus.

Poder Judicial. (2020). *Estudio de las causas del Estallido Social*. Santiago de Chile. T13. https://www.t13.cl/noticia/nacional/Cifras-del-Poder-Judicial-revelan-aumento-de-777-en-detenciones-ilegales-desde-el-estallido-social

Rojas, H. (2022). Chile at the Crossroads: From the 2019 Social Explosion to a New Constitution. *Seattle Journal for Social Justice*, *20* (4), 981-1018.

Rojas-May, G. (2020). *La revolución del malestar. Tiempos de precariedad psíquica y física*. Santiago de Chile: El Mercurio.

Ruiz, C. (2020). *Octubre chileno. La irrupción de un nuevo pueblo*. Santiago de Chile: Taurus.

Senado de la República de Chile. (2020, 4 de octubre). *Comisión de DD.H.H. revisa cifras a un año del estallido social*. https://www.senado.cl/noticias/carabineros/comision-de-dd-h-h-revisa-cifras-a-un-ano-del-estallido-social

Sferrazza, P., Ceballos, M., & Arredondo, A. (2021, 23 de junio). *Cifras y violaciones de derechos humanos en el estallido social: las gravísimas omisiones* [entrada de blog]. El Mostrador. https://www.elmostrador.cl/destacado/2021/06/23/cifras-y-violaciones-de-derechos-humanos-en-el-estallido-social-las-gravisimas-omisiones/

Solimano, A. (2005). Political instability, institutional quality and social conflict in the Andes. En A. Solimano (ed.), *Political crises, social conflict and economic development: the political economy of the Andean Region* (pp. 15-44). Cheltenham: Edward Elgar.

Tilly, C. (1995). *Popular Contention in Great Britain, 1758-1834*. Boulder y Londres: Paradigm Publishers.

Tironi, E. (2020). *El Desborde. Vislumbres y aprendizajes del 18-O*. Santiago de Chile: Planeta.

Treadwell, J., Briggs, D., Winlow, S., & Hall, S. (2013). Shopocalypse Now: Consumer Culture and the English Riots of 2011. *British Journal of Criminology*, *53*(1), 1-17. https://doi.org/10.1093/bjc/azs054

Velásquez, J., Fernández, C., & Reynhout, S. (2021). ¿No letales? Un análisis criminológico, criminalístico y jurídico sobre los peligros de los proyectiles de impacto de energía cinética. *Politica Criminal*, *16*(32), 524-556. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992021000200524

Wacquant, L. (2008). *Urban Outcasts: A Comparative Sociology of Advanced Marginality*. Cambridge: Polity.

Waddington, D. (2015). Riots. En D. della Porta y M. Diani (eds.), *The Oxford Handbook of Social Movements* (pp. 423-438). Oxford: Oxford University Press.

Weibel, M. (2020, 15 de julio). *Balance penal del estallido: Fiscalía investiga a 466 agentes del Estado y gobierno acusa a 3.274 personas de cometer actos violentos*. Ciper Chile. https://www.ciperchile.cl/2021/04/19/estallido-social-fiscalia-ya-cerro-sin-responsables-541-causas-por-violaciones-de-dd-hh-contra-menores-de-edad/

Wig, T., & Tollefsen, A. F. (2016). Local institutional quality and conflict violence in Africa. *Political Geography*, *53*, 30-42. https://doi.org/10.1016/j.polgeo.2016.01.003

Wilcox, P., & Cullen, F. T. (2018). Situational Opportunity Theories of Crime. *Annual Review of Criminology*, *1*, 123-148. https://doi-org.sire.ub.edu/10.1146/annurev-criminol-032317-092421

Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 12 de agosto de 2008, Serie C N.° 186 (Corte IDH, 2008).

Constitución Política de la República de Chile (1980). Texto refundido, coordinado sistematizado y actualizado. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302

Decreto N.° 808, que promulga la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución 39/46, del 10 de diciembre de 1984 (Ministerio de Relaciones Exteriores [Chile], 26 de noviembre de 1988).

Ley N.° 19.696, que establece el Código Procesal Penal (Ministerio de Justicia [Chile], 12 de octubre de 2000).

Ley N.° 19.718, que crea la Defensoría Penal Pública (Ministerio de Justicia [Chile], 10 de marzo de 2001).

Ley N.° 20.285, sobre acceso a la información pública (Ministerio Secretaría General de la Presidencia [Chile], 20 de agosto de 2008).

Ley N.° 21.208, que modifica el Código Penal para tipificar acciones que atenten contra la libertad de circulación de las personas en la vía pública a través de medios violentos e intimidatorios, y fija las penas aplicables al saqueo en las circunstancias que indica (Ministerio del Interior y Seguridad Pública [Chile], 30 de enero de 2020).

Ley N.° 21.542, que modifica la carta fundamental con el objeto de permitir la protección de infraestructura crítica por parte de las fuerzas armadas, en caso de peligro grave o inminente (Ministerio del Interior y Seguridad Pública [Chile], 3 de febrero de 2023).

Oficio N.° 15 de la Defensoría Penal Pública, de 10 de enero de 2022, que da respuesta a la solicitud por Ley de Transparencia, folio AK005T0000899.

Oficio N.° 138 de la Defensoría Penal Pública, de 17 de marzo de 2022, que da respuesta a la solicitud por Ley de Transparencia, folio AK005T0000915.

Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, elaborada por la Convención Constitucional, 4 de julio de 2022. https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf

Resolución Exenta N.° 286, que crea la Secretaría Ejecutiva de la Mesa de Reparación Integral para Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos durante el Estallido Social (Subsecretaría de Derechos Humanos [Chile], 6 de octubre de 2022).

Recibido: 17/11/2022
Aprobado: 24/03/2023

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.004

DERECHO PUCP
N° 90, 2023
junio-noviembre
pp. 115-138
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

«A criterio del juez»: desafíos para la participación infantil en justicia de familia* y **

"At the Judge's Discretion": Challenges for Child Participation in Family Justice

MANUELA GARCÍA-QUIROGA***
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

BERNARDITA LOREDO HERRERA****
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

DOMINIQUE ROIG*****
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

ANDREA GONZÁLEZ-URBINA******
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

VALENTINA VALLEJO CORREA*******
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

Resumen: En la justicia de familia, uno de los mayores desafíos es hacer efectivo el derecho de los niños a la participación. Aunque la participación infantil entraña múltiples beneficios, como mayor autoestima, bienestar psicológico y prevención de posibles vulneraciones de derechos en los niños, se observan varias dificultades para que esta se haga efectiva en el contexto del tribunal. Estas incluyen priorizar los intereses del adulto, condicionar la participación del niño a su edad, y la falta de capacitación y regulación. El presente estudio realizó un análisis temático en base a entrevistas con jueces de familia chilenos sobre la participación infantil. Los hallazgos apuntan a una visión acerca de la infraestructura y de la organización institucional judicial que no garantiza ni facilita la participación infantil. La falta de estandarización y capacitación favorece que cada juez haga uso de habilidades y criterios personales para aplicarla o no, proceso donde se observa que frecuentemente influyen

* El presente artículo forma parte del proyecto Fondecyt 11190298, «Participación de niños, niñas y adolescentes en la toma de decisiones en sistemas de protección en cuidados alternativos: Incorporando las voces de distintos actores del proceso» (IR Manuela García-Quiroga), financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID).

** Sección de resultados presentada en Congreso ISPCAN 2022: García-Quiroga, M. (28-30 de marzo de 2022). *Challenges for children's participation in family courts* [conferencia]. ISPCAN, Quebec, Canadá.

*** Doctora en Psicología (PhD) por la Universidad de Birmingham (Reino Unido).
Código ORCID: 0000-0002-4211-8889. Correo electrónico: manuela.garcia@pucv.cl

**** Psicóloga por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Viña del Mar (Chile).
Código ORCID: 0000-0002-6172-3611. Correo electrónico: bernardita.loredo.h@mail.pucv.cl

***** Psicóloga por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Viña del Mar.
Código ORCID: 0000-0001-8924-5546. Correo electrónico: dominique.roig.f@mail.pucv.cl

****** Psicóloga por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Viña del Mar; la Università degli Studi di Milano y la Università di Torino (Italia).
Código ORCID: 0000-0002-6204-3749. Correo electrónico: andrea.gonzalez.u@mail.pucv.cl

******* Doctora en Psicología por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Viña del Mar.
Código ORCID: 0000-0003-2871-1253. Correo electrónico: valentina.vallejo@mail.pucv.cl

ideas preconcebidas sobre la victimización secundaria y la capacidad de ejercer una participación significativa en relación con el nivel de desarrollo de los niños. Asimismo, se discuten las consideraciones que la ley y la institución legal deben tener en orden de garantizar la participación de niños, niñas y adolescentes en causas judiciales de familia.

Palabras clave: Protección infantil, audiencias reservadas, toma de decisiones, infancia, participación

Abstract: In family justice, one of the biggest challenges is to effectively guarantee the right of children to participate. Though participation implies multiple benefits for the child, such as increased self-esteem, psychological wellbeing and preventing violations of rights, it is possible to detect many obstacles for it to effectively occur in court. Among these, prioritizing adults' interests, conditioning participation of the child to their age and lack of formal regulations were noted. The present study consists of a thematic analysis of interviews with Chilean family judges about child participation. Findings point to a consideration of the infrastructure and the institutional legal organization as not being able to guarantee and facilitate child participation in the judicial system. Lack of standardization in norms and practices inside the courts encourages judges to base their decisions on their own personal abilities and criteria, frequently influenced by prejudice about revictimization and the capacity of children to exercise a meaningful participation related to their psychological development. In addition, considerations about how laws and family courts should promote child participation in family justice are discussed.

Keywords: Child protection, confidential meetings, decision-making, childhood, participation

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. MARCO TEÓRICO.- II.1. CONTEXTO JUDICIAL CHILENO.- II.2. BENEFICIOS DE LA PARTICIPACIÓN INFANTIL EN LA PROTECCIÓN.- II.3. ESTUDIOS EN RELACIÓN A LA PARTICIPACIÓN DE NNA EN DECISIONES JUDICIALES.- II.4. INVESTIGACIÓN EN CHILE.- III. METODOLOGÍA.- III.1. DISEÑO.- III.2. ASPECTOS ÉTICOS.- III.3. MUESTRA.- III.4. PRODUCCIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS.- IV. RESULTADOS.- IV.1. CRITERIOS DEL JUEZ.- IV.2. ÁMBITOS DE PARTICIPACIÓN.- IV.3. PRÁCTICAS DISCRECIONALES.- IV.4. APORTES DEL RELATO DEL NNA.- IV.5. CUESTIONES DEL DESARROLLO.- IV.6. INTERFERENCIA PARENTAL.- IV.7. DIFICULTADES ESTRUCTURALES.- V. DISCUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 1989, con la adscripción de Chile a la Convención de los Derechos del Niño, se inicia un cambio de lógica en la comprensión de la infancia como sujeto social. Uno de los aspectos más complejos en esta nueva forma de concebir a la infancia es el reconocimiento, por parte del Estado y la sociedad, del derecho a la participación de los

niños, las niñas y los adolescentes (en adelante, NNA) en la sociedad como sujetos activos. La Convención (2009), en su artículo 12, describe que «los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez», mientras que el artículo 16 del mismo documento rescata el interés superior del niño y su derecho a ser oído, siendo estos «principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal». Estos principios han sido recogidos en la Ley 21.302, que crea el Nuevo Servicio de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia «Mejor Niñez», con el objeto de generar las condiciones para promover la participación de los NNA por medio de las unidades regionales a cargo de nuevos analistas de participación. En este panorama, una de las grandes interrogantes es el rol del NNA como sujeto participante en el sistema de justicia y, en particular, en la justicia de familia.

Esta problemática cobra mayor relevancia al considerar la estructura y el funcionamiento del sistema de protección a la infancia en Chile (Servicio Mejor Niñez, ex Sename), altamente judicializado, en el cual todas las medidas de protección se establecen previa instrucción de los tribunales de justicia (Sename, s.f.), por lo que la participación de los NNA en el sistema proteccional depende en gran medida de las posibilidades que los dispositivos del sistema judicial faciliten para ello.

El presente estudio busca comprender cómo los jueces de familia se posicionan ante la participación infantil en el espacio del tribunal de familia, describiendo y analizando sus opiniones y actitudes sobre este fenómeno. Dada la relevancia de la figura del juez y su rango de acción en los procedimientos judiciales, así como su experiencia en primera persona en el campo, resulta de suma importancia recabar su visión sobre la participación de los NNA para entender qué desafíos es necesario resolver de cara a la promoción de una participación infantil significativa, así como de la protección integral de sus derechos.

II. MARCO TEÓRICO

II.1. Contexto judicial chileno

El Servicio Nacional de Menores (Sename) fue fundado en el año 1979 como un organismo gubernamental dependiente del Ministerio de Justicia Chileno con el fin de atender las necesidades de protección de niñas, niños y adolescentes, además de regular procesos de adopción y protección de derechos en jóvenes infractores de la ley (Sename, s.f.), quedando bajo la regulación del Poder Judicial a través de la acción de tribunales (Ley 2465, 1979).

Por otra parte, el Estado chileno ha declarado el derecho a la representación ante tribunales de cada individuo, ya sea por sí mismo o a través de profesionales competentes (Ley 18.120, 1982); mientras en el año 2004 se crearon los tribunales de familia y se reguló la figura del abogado curador *ad litem*, quien deberá trabajar en función del resguardo de los derechos de los NNA en medio de procesos judiciales (Ley 19.968, 1979; Bustos, 2019), haciendo énfasis en la calidad de sujetos de derecho y facilitando la posibilidad de agenciamiento (Sename, 2016). Aun así, es importante señalar que no existe en la legislación obligatoriedad de requerir la existencia del curador *ad litem* en cada caso, además de que en ocasiones estos no logran vincularse suficientemente con la red judicial (Bustos, 2019).

En este escenario, se ha comentado la necesidad de que los jueces de familia se muestren sensibles a las necesidades de la población en su contexto, incluyendo a la infancia como sujeto de derecho (Taylor *et al.*, 2012). No obstante, se ha hecho evidente la nula presencia de directrices técnicas acerca de cómo los jueces debieran poner en práctica el derecho a la participación infantil en la legislación nacional (Salum *et al.*, 2016). Con ello, la actualización de las prácticas judiciales para poder permitir la participación de los NNA resulta un desafío, tanto para Chile como para otros países con sistemas de protección altamente judicializados.

II.2. Beneficios de la participación infantil en la protección

Diversos estudios señalan que la participación infantil tiene efectos positivos para los NNA: brinda protección ante futuras vulneraciones de derechos, promueve el desarrollo de la autoestima de los NNA, y contribuye a su bienestar psicológico y a desarrollar sentido de autoeficacia (García-Quiroga & Salvo Agoglia, 2020; Stafford *et al.*, 2021). Junto a ello, la oportunidad de participar facilitaría la posibilidad de entender más claramente los propios derechos, mientras que los NNA experimentarían satisfacción al sentirse parte de la toma de decisiones (Lundy, 2018; Stafford *et al.*, 2021). Además, Atwood (2003) sugiere que hay mayor probabilidad de experimentación de malestar psíquico a largo plazo cuando los NNA no son consultados por sus opiniones que cuando sí lo son.

II.3. Estudios sobre participación del NNA en decisiones judiciales

La mayor parte de los estudios existentes sobre el tema se han desarrollado en países anglosajones. Un estudio internacional mostró que, a pesar de que múltiples países incluyen en su legislación la promoción de la participación infantil en asuntos legales de familia en función del derecho a ser oídos, la escucha efectiva no es frecuente y varía significativamente entre los jueces involucrados. Además, se señala

una falta de protocolización en torno a la solicitud de participación de los NNA, quedando esta a criterio de los jueces (Taylor *et al.*, 2012).

En relación con las preconcepciones que influyen en la decisión de incluir o no a NNA en causas de tribunales de familia, Hemrica y Heyting (2004) encontraron que en algunos países se toma como criterio el desarrollo cognitivo y la toma de decisiones racionales. Los autores señalan que el equiparar una toma de decisiones *racional* a una *buena* decisión condicionaría la participación del niño a su posibilidad de operar como un sujeto que toma decisiones semejantes a las de un adulto.

En la misma línea, se ha detectado que algunos factores que obstaculizan la escucha de los NNA en el tribunal serían la falta de actores que garanticen su participación (Velásquez & Ferrás, 2016); la ausencia de leyes que dicten la obligación de ejercer la escucha directa de los niños involucrados, dejando esto a criterio del juez (Atwood, 2003); la falta de capacitación de los jueces para facilitar la escucha; las insuficiencias en la infraestructura para las audiencias y la falta de articulación entre los funcionarios legislativos a cargo de cada caso (Estrella, 2016). Por otra parte, algunos factores que los jueces suelen considerar para decidir si se escucha o no a los NNA son la edad, así como la madurez cognitiva, psicológica y emocional del niño (Atwood, 2003). El mismo autor indica que algunos de los métodos más comunes para acceder a la mirada de los NNA involucrados en asuntos judiciales serán, en orden de preferencia, el testimonio de expertos en salud mental, el testimonio de las partes involucradas, la evaluación del NNA por parte de funcionarios de la corte, el reporte de curadores *ad litem*, la propuesta realizada por el abogado del NNA y, por último, la entrevista en privado con el NNA.

Mason (2003) refuerza la idea de que la escucha de los NNA siempre estaría interferida por la posibilidad de ser oídos e interpretados por los adultos involucrados, en tanto que serán niños pequeños los representados por el adulto cuidador y con base en los intereses de estos últimos. Los profesionales expertos en peritaje cobrarán luego más relevancia para que, finalmente, en la adolescencia, los NNA puedan ser oídos directamente por los jueces, aunque su opinión será filtrada en términos valóricos por estos últimos.

En la línea de lo recién comentado, Karle y Gathmann (2016) destacan la necesidad en tribunales de una atmósfera respetuosa del bienestar del niño y de mayor contención afectiva, argumentando además que la edad no es un motivo suficiente para la no inclusión, pues desde los 3 años ya existiría un deseo subjetivo y una memoria autobiográfica más consolidada. Para niños más pequeños recomiendan la observación directa de la conducta y la interacción con sus cuidadores.

La participación de NNA en el sistema judicial es un tema incipiente en la investigación de habla hispana y, en particular, en el contexto latinoamericano y chileno. Vargas y Correa (2011) enumeran los principales métodos del sistema chileno para oír a los NNA, como la audiencia reservada, que no cuenta con estandarización ni protocolos para su aplicación; la participación mediada a través de peritos y psicólogos, que arriesga la integridad del mensaje del niño al tratarse de una cadena de interpretaciones; y los curadores *ad litem*, quienes no siempre tienen contacto continuo con el niño. Como dificultades anexas mencionan la infraestructura, que no beneficia el uso de instalaciones apropiadas para el trabajo con niños, y la falta de tiempo para lograr entrevistas acabadas y respetuosas con los NNA. Los autores advierten el riesgo de condicionar la participación de los niños a la edad cronológica o a hitos del desarrollo, destacando la necesidad de que los funcionarios judiciales puedan adaptar las formas de escucha a los NNA en diferentes etapas evolutivas.

Más adelante, Salum *et al.* (2016) destacaron la falta de capacitación estandarizada para jueces de familia en torno a la participación de NNA, inconsistencias en el proceder entre jueces, y la escasa participación de NNA en la toma de decisiones debido a una visión de ellos como sujetos pasivos y dependientes de otros adultos para expresarse. En un estudio realizado con abogados, Bustos (2019) identifica que algunos motivos comunes para no promover la participación de NNA son el temor a su victimización secundaria, percibir que su relato no aporta a la resolución del caso, un escaso desarrollo de lenguaje verbal, la presencia de discapacidades, o la falta de tiempo y espacios físicos adecuados. En esta misma línea, Carretta (2018) y Carretta y García-Quiroga (2021) evidencian temor a la victimización secundaria y resistencia en la cultura de los tribunales de familia de Chile hacia la utilización de salas Gesell, mermando las posibilidades de respetar el derecho a ser oído bajo circunstancias amigables para los niños. Al mismo tiempo, los NNA manifiestan que requieren de más información sobre los procesos y ser escuchados, mientras que la incorporación de las perspectivas planteadas por ellos permite adoptar decisiones más pertinentes y aportarían un mayor bienestar (Carretta & García-Quiroga, 2021).

En consideración a lo anteriormente expuesto, es posible señalar que tanto en Chile como a nivel internacional se observan obstáculos importantes para la efectivización del derecho de NNA a ser oídos y a participar en la toma de decisiones. El presente estudio pretende contribuir a la superación de estos obstáculos, explorando el discurso de los jueces de familia en torno a las instancias de participación de NNA en causas proteccionales, así como en la toma de decisiones que las mismas involucran.

III. METODOLOGÍA

III.1. Diseño

El diseño de esta investigación es de tipo cualitativo con enfoque interpretativo, ya que tiene como fin explorar e interpretar las percepciones y los significados propios de los participantes. En particular, este estudio tiene como objetivo describir y analizar las opiniones de jueces de familia sobre la participación de NNA en el proceso de toma de decisiones en estos contextos, con foco en las causas de protección. Para la exploración de las perspectivas de los participantes se optó por un diseño descriptivo-exploratorio.

III.2. Aspectos éticos

Esta investigación cuenta con la aprobación del Comité de Bioética de la institución académica correspondiente al presente proyecto de investigación. Se entregaron consentimientos informados a los participantes y todos los datos, tanto personales como institucionales, fueron anonimizados. La participación fue totalmente voluntaria.

III.3. Muestra

Los participantes de la investigación son jueces que se desempeñan en tribunales de familia (n = 12). Se ha optado por un diseño de estudio de casos típicos, utilizando un muestreo por conveniencia. Los criterios de inclusión son tener experiencia laboral de al menos diez años en procesos judiciales, la posibilidad de interactuar cotidianamente con NNA en dicha práctica y trabajar actualmente en una de las tres principales zonas metropolitanas del país. Así, se vieron representados en la investigación un total de tres tribunales de familia.

III.4. Producción y análisis de datos

Como instrumento de recolección de información, se optó por las entrevistas semiestructuradas. Con el fin de conocer el discurso de los jueces participantes en torno a la participación infantil en causas de tribunales de familia, las entrevistas exploraron el concepto en cinco ámbitos. Tres de ellos se basan en el modelo teórico de participación significativa de Bouma *et al.* (2019), el que destaca la necesidad de informar a los niños acerca de decisiones que les conciernen, escuchar sus opiniones y considerarlas en la toma de decisiones. En este sentido, las entrevistas exploraron: a) información: ¿se informa a los NNA en el proceso? ¿Sobre qué y en qué momentos? b) Escucha: ¿se recoge la opinión de los NNA? ¿Sobre qué temas? ¿En qué momentos? c) Consideración: ¿la opinión de NNA incide en la toma de decisiones por parte del juez? Además, se incorporan dos ámbitos adicionales: d) definición de participación infantil (¿qué se entiende por participación

infantil?); y e) limitaciones a la participación (¿quiénes son informados/escuchados/considerados? ¿Hay variaciones por tipo de causa, por edad o género de los NNA? ¿Quiénes son los actores más relevantes en el proceso?).

Las entrevistas duraron de cuarenta y cinco a sesenta minutos y fueron realizadas por la investigadora principal. Todas las entrevistas fueron grabadas en audio, transcritas y anonimizadas. La técnica de análisis elegida fue el análisis de contenido temático. Este método consiste en el análisis y sistematización de textos hablados o escritos con base en las temáticas encontradas, las cuales son estructuradas posteriormente en códigos y categorías. Se eligió esta técnica dada su idoneidad para organizar temáticas en los discursos hablados y su flexibilidad para levantar información, ya sea de manera *top-down* o *bottom-up*, permitiendo conservar el lenguaje propio de los entrevistados y crear información situada en su contexto. Los textos transcritos fueron sometidos posteriormente a codificación mediante el *software* de análisis cualitativo Nvivo. De este proceso se obtuvieron códigos que luego fueron organizados en familias de códigos según sus temáticas principales.

IV. RESULTADOS

El proceso de codificación dio origen a siete familias temáticas que caracterizan los relatos de los jueces respecto a la participación de NNA, las cuales serán expuestas a continuación (ver figura 1 hacia el final de la presente sección para el detalle de los temas y la relación entre ellos).

IV.1. Criterios del juez

En general, todos los jueces reconocen la escucha del niño como su derecho fundamental; no obstante, exhiben visiones ambivalentes ante su participación en el tribunal. Si bien en muchas ocasiones su relato se valora positivamente, otras instancias exhiben ciertas ideas negativas en torno a la presencia de los niños en el tribunal que se relacionan con potenciales riesgos asociados. Es común en el relato de los entrevistados el reconocimiento de la existencia de prejuicios que deben estar dispuestos a sortear para lograr una participación infantil más franca.

> Yo creo que en todos los casos ha sido bien importante escuchar a los niños, los papeles te dicen de repente algo y uno al escuchar a un niño puede tener una opinión incluso diferente a lo que el papel te dice. Por eso, para mí, es muy importante escucharlos [...] para mí en todos los casos ha sido favorable escuchar a los niños (juez N.° 11).

> Yo diría sí, es importante siempre en la medida en que nosotros, los adultos, estemos con la idea de escucharlos, no de confirmar nuestros

> prejuicios y nuestras ideas [...] sería interesante medir el impacto que tiene en los niños o el cómo se sienten o cuál es la expectativa o qué es lo que a ellos les gustaría. De eso a mí me gustaría tener conocimiento, de cuál es ese impacto en los niños y si, efectivamente, ellos se sienten vulnerados al venir al tribunal o a lo mejor se sienten considerados. Pudiera ser que los niños se sientan considerados (juez N.° 10).

Muchos de los jueces hacen referencia a una preocupación por el bienestar del NNA en el dispositivo judicial. Ello actúa como motivador de la aplicación de ciertas estrategias personales para entrevistas o audiencias.

> Le vamos a buscar un vaso de agua, le pasamos pañuelitos, que si quiere dejamos esto hasta acá, si quiere seguir hablando o no. Esperamos un ratito para que no se vaya llorando para fuera y ya después se le pasa. O sea, toda esa contención que explotó, ya como que se alivió y después ya se va un poco con pena, pero ya por lo menos se desahogó, alguien lo escuchó (juez N.° 1).

A través de estas acciones, los jueces buscan disminuir el nivel de ansiedad del niño y facilitar su participación. El interés por el bienestar del niño también se expresa en los objetivos que establecen los jueces para los procesos de escucha a los NNA:

> [Sobre audiencia reservada] Primero escuchar al niño y como principal objetivo tratar de darse cuenta de lo que el niño está sintiendo en ese momento y cuáles van a ser sus requerimientos, porque los requerimientos de cada niño van a ser diferentes. O sea, yo creo que el cariño es lo principal (juez N.° 8).

IV.2. Ámbitos de participación

Respecto a los ámbitos de participación que competen a los NNA en juzgados de familia, se reconocen tres tipos de configuraciones: la «participación mediada», «participación directa» y la «no participación».

La primera y más común es la participación mediada, donde la participación de los NNA es canalizada a través de profesionales, quienes representan el bien mayor y su voluntad. Se identifican los informes periciales elaborados por profesionales externos como una valiosa fuente de información a la hora de tomar determinaciones. Esto se aprecia, sobre todo, en aquellos casos en que existe una dificultad para otorgar un relato verbal por parte del NNA, o para evitar su citación directa o repetida debido a la complejidad de la causa, o porque se considera vulnerante: «Por lo menos, si no los escucha en el tribunal, se escucha por intermedio del informe de pericias donde se expresa su opinión, etc., porque son los antecedentes en los cuales uno va basando

su decisión» (juez N.° 3). Sin embargo, los jueces reconocen que el informe como instrumento estaría permeado por las consideraciones de cada profesional, pudiendo no ser un reflejo fiel de los intereses y las opiniones de cada NNA.

Otras de las intervenciones mediadas relevantes para facilitar la participación son aquellas lideradas por los curadores *ad litem*, considerados por los magistrados como «la voz del niño» en el proceso judicial. Si bien no hay lineamientos para normar el contacto entre cada abogado y su cliente, se le señala como el principal responsable de saber qué es lo que los y las NNA desean e informarles sobre lo que acontece en audiencia.

> Hemos tenido algunos casos de causas, cuando el juicio es más allá de las protecciones, en que al destinarle abogado curador se insta, y hay dos o tres curadores que pasan los celulares o los correos electrónicos a los niños para que en el proceso se comuniquen con ellos [...] Esa es una forma de participación, para mi entender, y no se me ocurre otra forma de poder escucharlos o participar a nivel legal, más que con los curadores o con la entrevista (juez N.° 2).

En cuanto a la mediación por parte del juez, se observa que los magistrados proceden entrevistando primero a NNA y luego a las partes —padres, principalmente— para aventajarse a estos últimos en función de lograr una resolución adecuada de ciertos casos. En esta línea, los jueces llegan a acuerdo con los adultos responsables actuando como mediadores de la voluntad del NNA.

> escucho al menor y después me da pie a mí para hablar con los padres y hacerlos llegar a un punto de encuentro, porque ya escuché al niño, es como jugar con ventaja, porque yo sé lo que me dijo el niño y, obviamente, no se los puedo decir, «Arreglen esto, si el problema son ustedes, y por qué no hace esto o esto otro o va a esta terapia», y uno así va soplando un poquito: «Oiga, el niño no quiere eso, quiere otra cosa» (juez N.° 5).

En segundo lugar, y con menor frecuencia, se identifica la participación directa del NNA. La audiencia reservada es reconocida por los magistrados como la instancia por excelencia que permite la participación directa, ya que los NNA son citados sin necesitar la autorización de sus cuidadores, además de tener derecho a confidencialidad. Esta puede tomar lugar tanto en las inmediaciones de los tribunales como en residencias de cuidado alternativo. Se prioriza la escucha de NNA que tengan capacidad de relato —mayores de 6 años, aproximadamente— y puede ser solicitada por los mismos NNA.

> Se agenda una audiencia preparatoria, que son cercanas, debiese ser al quinto día, pero un poco por agenda no pasa de más de diez días; y, en esa primera audiencia, a veces vienen los niños y a veces los escuchamos en esa primera audiencia, sobre todo si son grandecitos (juez N.° 10).

Se le confiere especial relevancia a la escucha directa cuando las causas abordan visitas o cuidado personal, ya que afectarían de manera directa la cotidianeidad del NNA. No obstante, no se suele considerar una devolución o entrega de información directa al NNA luego de la resolución, teniendo más probabilidad de ser informados quienes tienen mayor edad en tanto se apela a su capacidad de comprensión.

Algunos magistrados prefieren utilizar la grabación de audiencia reservada realizada por otro colega antes que citarlos nuevamente, considerándose también una forma de participación directa en cuanto se rescata la voz del NNA sin mediación de un tercero: «A veces es difícil hacer venir de nuevo a los niños, entonces la pista de la audiencia confidencial que la tomó otro juez tú la puedes escuchar» (juez N.° 1).

Por último, existen espacios de resolución donde prima la no participación de los NNA, como casos donde no se considera que los NNA tengan la madurez o capacidad para otorgar un relato objetivable y, por lo tanto, no son considerados como un aporte a la resolución; causas de pensión alimenticia, por considerarse un asunto centrado en los adultos; casos en donde se considera vulnerante citar al NNA y se prefiere resolver con antecedentes aportados por profesionales; y cuando adultos responsables simplemente no traen al NNA a declarar, lo que constituye un fenómeno común.

> En alimentos no voy a llamar a un niño, ni por si acaso, al divorcio de sus padres tampoco, no tiene nada que decir. Es pasarle temas de adultos a los niños. Solo en relación directa irregular, cuidado personal, protección. En violencia intrafamiliar, en la medida [de] que sea indispensable.
>
> J: En alimentos, jamás; en relación directa irregular, depende; en cuidados personales, sí, yo los escucho siempre, a menos que sean muy pequeñitos, sí.
>
> E: ¿Muy pequeñitos qué es?
>
> J: Menos de 4 años.
>
> E: Y ahí, en ese caso, no se les escucha porque…
>
> J: Porque no hablan, por eso.
>
> E: ¿Y no hay otros elementos u otra manera, otras metodologías?

> J: Claro, algunos son prácticamente bebés. Me han tocado causas de 2 años, 2 años [y] 8 meses; entonces, ni el juez ni los consejeros técnicos tienen el tiempo, porque una audiencia confidencial tampoco son cinco minutos, entonces atiendes una audiencia tras otra, no está ni el tiempo y tampoco está la preparación para, como para efectos de obtener algún tipo de información de niños muy pequeños (juez N.° 3).

Entre las resoluciones que tampoco incluyen la participación de los NNA se destacan los cambios de residencias del Sename, ya que estas dependen de criterios etarios propios del funcionamiento interno de la organización y no de tribunales de familia.

> En los cambios de hogar, generalmente, en el caso mío, uno no los escucho mucho porque los cambios de hogar, la mayoría de las veces, pasan por una situación etaria; entonces, si un niño ya pasó de los 6 a los 12 en el mismo establecimiento, hacen la coordinación en el mismo establecimiento [...] es así porque son las reglas del juego, ahí no hay una mayor injerencia, a veces uno quisiera que los niños permanecieran más tiempo porque tienen ahí un hermano más chico o porque está más cerca de otro hogar que esta la hermanita que queda dos cuadras más allá, pero son cosas que no dependen de uno y tampoco se les entrevista para preguntarles qué les parece cambiarse a otro lado (juez N.° 3).

IV.3. Prácticas discrecionales

Los jueces señalan guiarse por sus propios criterios para tomar decisiones sobre cómo proceder, generalmente debido a una falta de protocolización.

Se observa que los jueces tienden a basarse en criterios arbitrarios para definir si escucharán al NNA, cuántas veces y en qué circunstancias, criterios que desarrollarían desde su propia experiencia trabajando con niños en el tribunal. Además, si la causa en cuestión está relacionada a una vulneración de derechos grave, muchos evitarán citar al NNA para evitar victimización secundaria. Otros jueces evitan siempre citar al NNA bajo la creencia de que el proceso de declaración es siempre traumático, independientemente de la causa:

> Ahora, yo muchas veces le pregunto a los niños en las audiencias: «¿A ti te gustaría que, terminando el juicio, te hagamos pasar de nuevo y te informemos lo que el tribunal resolvió?». Ehh… eso depende de cada juez, ¿ah? (juez N.° 1)

> Lo más probable es que lo voy a citar a audiencia, dependiendo de la edad. Si es un niño de 10 o 12 años que están pidiendo su cuidado personal, lo más probable es que quiera saber qué dice él (juez N.° 3).

> Sí, yo la única diferencia que podría ver como de la literatura es que, en casos de daño o trauma complejo, más entrevistas pueden terminar siendo muy dañinas, entonces intento reservarme, incluso a veces trato de escucharlo a través de los informes que de él levantan. Yo te diría que, por lo pronto, es la única excepción a la regla. Pero en las otras, si el niño vino a la audiencia preparatoria y me dijo algo, y luego quiere venir a la del juicio donde se va a decidir, bienvenido sea (juez N.° 6).

Es interesante notar que los jueces indican que no existen protocolos o capacitaciones formales que los preparen para entrevistar niños, generando que cada juez utilice su propio criterio para diseñar las entrevistas. Algunos de los jueces consideran que sus habilidades para entrevistar niños son precarias e intuitivas, y manifiestan deseos de recibir mayor orientación al respecto.

> no hay un protocolo, sino que el niño entra a la audiencia y uno recién lo conoce allí, y uno con las mejores herramientas que tiene, dentro de la personalidad de cada uno, se establece el diálogo con el niño. A veces te lo facilita un consejero, a veces no. No todo el mundo tiene buena llegada con los niños, no porque a uno no le guste el niño, sino que hay gente como que se pone nerviosa con los niños [...] eso depende de cada juez (juez N.° 1).

> me gustaría que tuviéramos pautas directamente diseñadas para no pasar a llevar a los niños en la entrevista, porque todos tomamos las habilidades que tenemos propias, o no habilidades, porque puede que no tengamos habilidades para conversar con un niño, pero sería bueno tener una herramienta universal, quizás, o una forma, porque nos llegaron inicialmente con las salas Gesell como la capacitación, como: «Buenos días, preséntese, haga esto, haga lo otro», pero muy frío, muy de laboratorio (juez N.° 2).

IV.4. Aportes del relato del NNA

Se encontraron dos ideas centrales en torno al valor del relato del NNA. En la primera, se valora el relato de manera instrumental cuando entrega nueva información y/o permite confirmar la visión previa sobre el caso.

> Cuando el niño introduce nuevos antecedentes o confirma los que tengo yo ahí, me es más fácil porque ya tengo como armado mentalmente y ahí trato de ajustar a la legislación lo que se puede o no se puede hacer. Pero cuando el niño me quiebra el prejuicio que tengo de la causa, ahí es más complicado y acá uso más lo que dicen los informes, pero en todos los casos hay que tener mucho cuidado con el cómo manifestar (juez N.° 2).

En la segunda perspectiva, el relato del NNA adquiere valor en cuanto permite conocer su perspectiva y sus intereses personales en torno al

caso, pudiendo considerarla al momento de tomar una decisión: «Aporta para que el juez pueda tomar conocimiento de cuál es la expectativa del niño, cuál es la visión que él tiene de su situación familiar y reconocer las condiciones que tiene cada niño en particular respecto de su situación» (juez N.° 10).

IV.5. Cuestiones del desarrollo

Una de las principales dificultades para hacer efectivo el derecho del NNA a ser escuchado fue la edad. Esto fue mencionado por la mayoría de los jueces en diversas oportunidades, quienes relatan que a menor edad, mayor complejidad en el procedimiento debido a cuestiones del desarrollo que impedirían que estos tuvieran un relato objetivable. Existen opiniones divididas entre jueces en tanto una parte considera que la capacidad verbal es fundamental para la participación, mientras que otro grupo minoritario valora la posibilidad de observar, por ejemplo, a lactantes o infantes, considerando el lenguaje no verbal. En cuanto a los primeros, las razones principalmente apuntan a la falta de lenguaje oral y escrito, pues se requeriría más tiempo y otro tipo de metodologías con las que no se cuenta en los tribunales. El acento estaría puesto en lo difuso o poco confiable que llega a ser el relato de los niños pequeños debido a la indiferenciación de lo real y lo imaginario, la dificultad de secuenciar sucesos temporalmente y a que están altamente expuestos a la influencia de sus cuidadores. Se observan aquí limitaciones importantes en la formación de jueces en relación con otras metodologías, más allá del relato oral:

> [Un niño pequeño] no tiene un pensamiento tan hilado, como para preguntar ciertas cosas […] hay jueces, incluso, que no interrogan directamente a los niños, lo hacen a través del consejero técnico porque se sienten más complicados» (juez N.° 1).

> Si es un bebé, a lo más recuerdo una audiencia confidencial que hice con un niño de 2 años y fracción, pero fue en el fondo para verlo porque me hablaban [de] que este niño, con el maltrato que recibía, tenía alopecia y, efectivamente, cuando lo vimos con la consejera se le veían sus mechoncitos ausentes. Eso es un signo claro de que algo le está pasando, unido al resto de la información era evidente que era del maltrato que recibía (juez N.° 4).

Un importante número de jueces señala que la participación sería poco provechosa cuando se ve reducida la capacidad de comprensión contextual o de la causa judicial del NNA. Existirían las ideas de que la voluntad de los más pequeños no necesariamente implica un beneficio para su interés superior y, por lo tanto, no sería vinculante; y que un niño pequeño nunca podría declarar en contra de sus padres, pudiendo normalizar situaciones de negligencia por una falta de objetividad propia

de la edad. Por ende, se restringe la información que se le entrega al NNA, argumentando que las medidas tomadas están fuera del alcance de su comprensión.

> «No quiero que me revisen los dientes porque tengo una carie y me va a doler», no lo revisan. «No me hagan la radiografía en el pie quebrado porque me va a doler» y no se la hacen. Y ahí está el niño con su voluntad y lo que tenemos después es un diablito a los 15 años que hace lo que quiere. Por eso, dependiendo de su grado de madurez y desarrollo, y del conocimiento que tenga de su situación, porque los niños que viven con adultos que son maltratadores, esa es su vida, no saben que existe una vida en la cual los adultos no lo maltratan, lo quieren, lo protegen y le dan la guía de sus obligaciones (juez N.° 4).

La gran mayoría de los jueces relaciona una mayor edad y desarrollo con mayor capacidad de expresión. Aun así, en ocasiones se reconoce que características como un mayor desplante favorecerían que niños menores tengan la misma o una mayor capacidad de expresión que algunos adolescentes tímidos o con discapacidad. Por otra parte, las niñas serían caracterizadas como poseedoras de un desarrollo comunicacional y emocional más avanzado que los niños de su misma edad, generando una mayor consideración de su relato.

> A veces hay niños entre 5 y 10 años que tienen madurez para expresarse de la misma manera que un adolescente. A veces hay niños con algún diagnóstico médico, ya sea de salud física o mental, y eso lo tengo en consideración (juez N.° 5).

Se considera interesante, además, ilustrar con el siguiente diálogo entre juez y entrevistadora:

> J: Quizás las niñas maduran un poquito antes, eso sí.
> E: ¿Pudiera considerarse su opinión con más peso desde antes?
> J: Desde antes, claro, podría ser (juez N.° 3).

Una dificultad importante se presenta cuando hay condiciones biológicas, enfermedades o dificultades de salud mental, pues se cree que esto dificultaría que los NNA tengan la capacidad para manifestar su opinión, implicando un mayor despliegue de habilidades por parte de los profesionales del tribunal para rescatar su relato. Una de las técnicas más comunes es la observación directa del lenguaje no verbal del niño:

> Por ejemplo, un niño sordo que no va a poder contactarse contigo, ¿significa que no tiene derecho a ser oído? No po', yo tendré que buscar las herramientas para que el niño se contacte. O un niño mudo, o una guagua, chuta, podré ver otras cosas, si está con la mamá, si se acurruca, si mama [...] el lenguaje no es solo esto, sino que [tiene] mucho de

> corporalidad, red, cómo se desenvuelve, esto que dicen «el niño no quiere ver al papá», y después tú sales a llamar y ahí el niño montado en el papá, feliz, sin ningún miedo (juez N.° 6).

Por último, se observa una mayor valoración del relato de adolescentes, principalmente debido a una mayor capacidad expresiva que aportaría más objetividad para resolver la causa y mayor comprensión, pudiendo así recibir más información sobre las decisiones.

> A lo mejor un niño chico va a ver las peleas de los padres y va a notar que hay un ambiente tenso, pero no se va a dar cuenta del por qué. En cambio, un adolescente muchas veces se da cuenta de que es porque el papá tiene otra persona o la mamá tiene otra persona, y que a lo mejor el malo de la película no es tan malo (juez N.° 8).

> Sobre todo cuando son adolescentes, sería bueno que el adolescente vuelva a entrar y se le explica la decisión, por ejemplo, de que se va a ir internada; o sea, en un caso así es lo más probable que la hagamos entrar y le expliquemos por qué se va a ir internada, o la medida que sea, por qué se va a ir con la abuelita y no con el papá o la mamá, etc. (juez N.° 4).

Adicionalmente, señalan que sería más dificultoso resolver contra un adolescente, ya que algunos de ellos son vistos como más resistentes a seguir indicaciones, implicando una mayor probabilidad de desacato. Así, hay mayor consideración de sus opiniones, mientras que la modalidad de entrevista sería más similar a las realizadas con adultos.

> tienen un desarrollo de personalidad que es prácticamente el de una [persona] adulta, llevan vida de adulto, entonces uno puede hacer otro tipo de preguntas o interrogaciones, sacar más información, hacerle preguntas como para que ellas mismas se las respondan y se den cuenta para dónde van (juez N.° 3).

IV.6. Interferencia parental

Los jueces perciben que los adultos responsables del NNA obstaculizan la recogida del discurso de los NNA, teniendo relación con la calidad del vínculo entre el NNA y sus padres y el efecto que este puede tener en la declaración. Los jueces identifican múltiples formas de interferencia en el relato del NNA, que van desde inhibir al NNA a partir del temor a represalias posteriores por parte de alguno de los cuidadores debido al relato entregado hasta el desplazarse de su propio bienestar por parte del NNA en función de no ser separado de sus cuidadores.

Uno de los elementos adversos más mencionados es el riesgo de inoculación del relato de padres hacia hijos, representando el discurso del NNA los intereses adultos antes que los propios. Indican que el relato

inoculado de un NNA se caracteriza por su inconsistencia con otras partes del discurso amplio o por un lenguaje aparentemente impropio de un niño, indicando una declaración aprendida por repetición. Algunos jueces aseguran que a mayor edad o nivel de desarrollo, menor es la probabilidad de inoculación del relato.

> Cuando hay un discurso inoculado de un niño se nota. Yo no soy psicóloga, pero llevo mucho tiempo en esto, entonces tú también puedes ir viendo cómo un niño dice o relata ciertas situaciones familiares, y otro que viene como más espontáneo, y otro ya que viene con un discurso armado (juez N.° 1).

> Por lo general, uno ve que [hay inoculación] cuando todo lo que hace el otro padre o madre es malo, pésimo, horrible, y todo lo que hace el otro es fantástico [...], o repiten palabras que no son normales en el vocabulario de un niño de su edad, o los dichos que los niños dicen no se condicen con los otros medios de prueba cuando los hechos y las fechas no cuadran (juez N.° 11).

La interferencia parental fue, en todas las ocasiones, identificada como negativa. No solo en cuanto afectaría la fiabilidad del relato, sino en tanto generaría un perjuicio emocional en el NNA al forzarlo a modificar su relato en función de los intereses adultos. También se mencionó que la intervención de los padres podría coartar directamente el derecho a la participación de los NNA en el proceso en cuanto algunos de ellos buscan deliberadamente evitar que el niño asista a declarar.

> Porque es una decisión del tribunal, no es una decisión que pasa por los padres. Me ha pasado que dicen «Nosotros no vamos a exponer...» en un juicio de relación directa irregular, hace poco me pasó [que me dijeron]: «No, es que no queremos que las niñas vengan». [Y respondí:] «Yo no estoy preguntado si quiere que vengan, tráigalas y yo les voy a preguntar si ellas quieren entrar». Pero no es decisión de los padres por ser representantes legales, me parece que el derecho a ser oído está por sobre eso (juez N.° 7).

IV.7. Dificultades estructurales

Los jueces mencionan carencias estructurales físicas o funcionales, las cuales influyen significativamente en las prácticas de participación. Dentro de las primeras identifican la falta de capacitación del personal judicial, pudiendo obstaculizar la participación de NNA al no contar con estrategias apropiadas para llevar a cabo intervenciones adecuadas. Los jueces que han recibido capacitación específica ha sido por motivaciones personales y no por requerimientos institucionales, dejando criterios de calidad y pertinencia de dichas capacitaciones a criterio del mismo juez. Entre los principales señalamientos de mejora

que los jueces realizan ante la falta de capacitación se encuentra el saber cómo adaptar el lenguaje verbal y adulto al diálogo con niños pequeños, la inclusión de conocimientos más avanzados en los programas cursados y la necesidad de que estos sean estandarizados. En ese sentido, indicaron: «Deberíamos tener como [un proceder] uniforme, o protocolos de tener sala de juegos o lápices, o tener un vaso con agua para lograr que los niños se sientan un poco más cómodos y que se olviden un poco del conflicto» (juez N.° 2); o «Creo que en general ningún gobierno ha sido capaz de generar políticas de Estado en torno a la infancia. Entonces, en torno a eso tenemos un procedimiento súper vulnerador porque no tenemos personas capacitadas para hacerse cargo» (juez N.° 7).

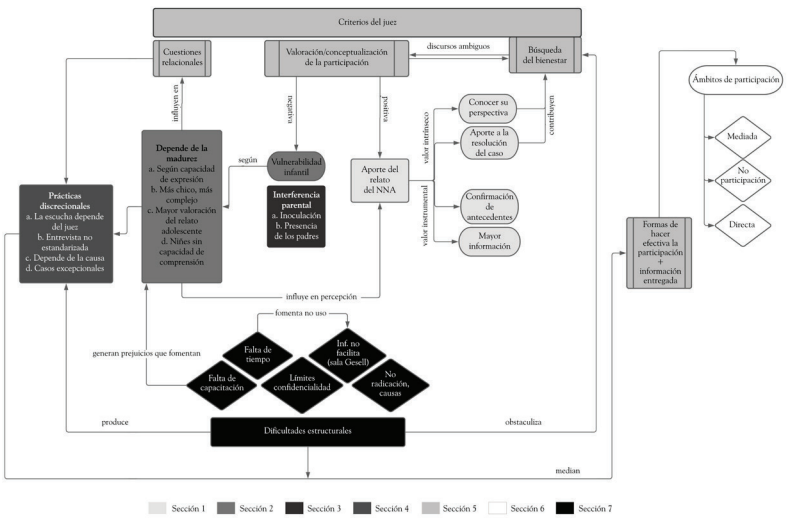
Por otro lado, la no radicación de las causas genera una falta de familiaridad en la relación entre los NNA y los funcionarios judiciales. Así, los jueces se muestran preocupados ante la posibilidad de que lo anterior merme la confianza del NNA hacia el sistema judicial.

Otra falla percibida tiene que ver con la falta de tiempo para realizar entrevistas apropiadas en el trabajo con los NNA, lograr un adecuado *rapport*, conectar emocionalmente con ellos y establecer una entrevista respetuosa. Ello también influirá en la dificultad para agendar nuevas entrevistas para informar a los NNA acerca de las decisiones tomadas en los casos que los involucran, incluso cuando los jueces consideran necesarias las instancias de devolución de decisiones al NNA: «Pienso que sería interesante e importante indicarle al niño o informarlo, pero lamentablemente los tiempos en la actualidad no nos dan» (juez N.° 11).

Se agrega entre las dificultades de tiempo el trasladarse físicamente hacia la sala Gesell y habilitar su uso. En relación con los aspectos mencionados, existen opiniones diversas: si bien algunos jueces señalan que las salas Gesell constituirían un ambiente menos amenazante para los NNA y declaran no haber percibido incomodidad en ellos durante su ocupación, la mayoría reconoce no sentirse totalmente conforme con su uso. Algunas de las críticas se relacionan con una ubicación poco accesible, como subterráneos o azoteas; una ambientación poco adecuada para niños pequeños; y una distribución espacial que dificulta el contacto directo entre los NNA y los jueces. Por otro lado, la dinámica en donde el entrevistador debe transmitir mensajes del juez que le son

enviados a través de un auricular es sentida por los jueces como artificial, incómoda y asimétrica.

Figura 1. Representación gráfica en torno a los siete temas esenciales del discurso de los jueces sobre participación de NNA*



* Cada uno de los temas esenciales tiene un color diferente. También se representan relaciones entre ellos.
Fuente: elaboración propia.

V. DISCUSIÓN

La valoración o conceptualización de la participación, así como la idea que tiene cada juez sobre la mejor manera de buscar el bienestar para los NNA, están influidas por un entramado de significados en relación con la infancia y su participación. Se observa que los jueces construyen sus propios criterios generales y personales para la toma de decisiones sobre la participación infantil en el tribunal, los cuales parecieran estar fundamentados tanto en la propia experiencia como en la instrucción recibida en materia de justicia durante la formación profesional. En la conceptualización de la participación se configuran discursos ambiguos en torno a su relación con el bienestar: por un lado, hay jueces que reconocen la participación del NNA y la recogida de su relato en su valor tanto instrumental como intrínseco (ver figura 1, sección 1), así como el aporte que este genera para la toma de una medida que sea efectivamente beneficiosa para el niño; por otro lado, la visión de los NNA como entes frágiles y vulnerables influye en los espacios que se habilitan para su participación, siendo el nivel de desarrollo de estos (ver figura 1, sección 2) un determinante importante para los jueces en el grado de participación que se permite y en cómo se permite.

Los jueces también perciben a los NNA como vulnerables a los discursos y las conductas de su familia, la cual es entendida como un factor entorpecedor de la participación (ver figura 1, sección 3). Los imaginarios en torno al rol del NNA en el tribunal influyen notoriamente en el clima relacional que tiñe la manera de vinculación entre el niño y otros actores de este. Las carencias estructurales —como infraestructura inadecuada, falta de capacitaciones para el trabajo con niños y no radicación de las causas— influyen en cuanto son identificadas por parte de los jueces como un conjunto de factores extrínsecos que los instan a continuar tomando decisiones sobre criterios propios. Lo anterior evidencia que la falta de competencias para entrevistar a un NNA no es percibida como un elemento asociado al propio sistema de creencias de los jueces, lo que lo ubica como una variable sobre la cual tienen poca injerencia. Esto es especialmente importante, pues la primera categoría «a criterio del juez» es uno de los nudos críticos para la participación infantil en el sistema judicial identificado en el estudio, el cual se vincula estrechamente con las construcciones sociales y culturales que emergen en torno a la agencia infantil. En este sentido, las dificultades estructurales actúan como refuerzo de los criterios del juez sin que estos puedan otorgarle una atribución interna a dicho obstaculizador, lo que permitiría una mayor posibilidad de cambio en esta práctica.

Aunque se han tomado medidas para estandarizar ciertas formas e instancias de participación infantil en el dispositivo de los tribunales, estas no siempre se logran efectuar satisfactoriamente. Un ejemplo claro de este fenómeno es el rol de la sala Gesell en los procedimientos de escucha a los NNA. Si bien muchos jueces rescatan la iniciativa, indican que en la práctica resulta inconveniente de aplicar, lo cual conduce a que sea escasamente utilizada y se opte por entrevistar en la sala normal de audiencias. En este sentido, pareciera que la sala Gesell constituye un modelo que ha sido importado desde otras instancias, pero no se han facilitado las modificaciones estructurales suficientes en el modelo de justicia chileno como para que su uso resulte provechoso.

Con respecto a la participación del NNA, esta parece estar en la mayor parte de ocasiones supeditada a la representación que de él pueda hacer un adulto, ya sea el cuidador legal o un curador *ad litem*, o a través de documentos legales como informes de peritos profesionales o de diagnóstico. La única instancia de participación directa que todos los jueces mencionan sin excepción es la audiencia reservada; sin embargo, la modalidad de esta, así como la cantidad de oportunidades que se le entreguen al NNA para manifestar sus opiniones, son aspectos que quedan sin definir. Esto implica que el nivel efectivo de participación que cada niño puede alcanzar resulta azaroso e, inclusive, puede diferir entre distintos procesos legales donde el niño declare debido a la no radicación de las causas.

En este sentido, es relevante considerar que el artículo 69 de la Ley 19.968 plantea la necesidad de escuchar la opinión de niñas y niños en instancias como las audiencias, pero no aclara un mecanismo concreto para realizar esta tarea. Cabe la posibilidad de que estas constituyan instancias de participación no directa por parte del NNA a través de adultos representantes, entrevistas o informes. Tampoco se establece con claridad cómo resguardar la seguridad del participante, con lo cual se explica que la mayor parte de estas variables quede a criterio del juez de familia.

Un factor que juega un rol significativo en el problema de la participación es el temor por parte de los jueces hacia la posibilidad de interferencia parental o inoculación. Si bien los entrevistados señalan que los padres pueden coartar o contaminar sus discursos —asociados a posibles ganancias secundarias—, estos mismos también suelen considerar que el riesgo es mayor mientras menor es menor la edad del niño, por lo cual el discurso de niños más pequeños se consideraría menos creíble y tendría, presuntamente, mayor posibilidad de estar manipulado por terceros, lo que entraña el riesgo de discriminación hacia este grupo etario por parte del sistema. Un buen ejemplo es el hecho de que en las entrevistas los magistrados identifiquen el lenguaje idiosincrático como un indicio evidente de inoculación del relato. Esta visión arriesga invisibilizar a parte de la población de NNA; por ejemplo, a aquellos pertenecientes al espectro autista, que suelen presentar un lenguaje más complejo que otros niños de su edad, o a niños con mayores capacidades en el área verbal. Es posible que sus opiniones sean menos tomadas en cuenta al ser erróneamente interpretadas como indicios de inoculación por parte de otros adultos. Esta postura, de carácter adultocéntrico, entraña el riesgo de invisibilizar la propia agencia y/o conocimiento de los NNA sobre los problemas que viven. Ello plantea el desafío de desarrollar mecanismos que permitan discernir adecuadamente cuándo nos encontramos ante una sospecha razonable de interferencia parental versus cuándo la opinión que el niño expresa es, efectivamente, propia.

Otro prejuicio asociado a la edad es aquel que la relaciona intrínsecamente con el nivel de desarrollo. A pesar de que varios de los jueces reconocen que la capacidad de expresión de los niños no se puede asociar directamente a una edad determinada, también identifican que algunos de sus colegas eligen no citar a los niños por debajo de una determinada edad bajo la creencia de que no hay opinión que puedan emitir. No obstante, la Observación General N.° 12 del Comité de los Derechos del Niño establece que ni el nivel de información que posean los NNA ni su edad pueden implicar restricción del derecho a ser oído; y que, en el caso de los niños pequeños, deben reconocerse también formas no verbales de comunicación —como la expresión artística, lúdica o corporal—, entendiéndolas como medios participativos (Convención

de los Derechos del Niño, 2009). En este sentido, concordando con lo planteado por Vargas y Correa (2011), más importante que la posibilidad del niño de «decir con palabras» será la disposición de los funcionarios de estar atentos a lo que el NNA busca comunicar.

Las situaciones mencionadas parecen evidenciar una problemática más compleja: el entendimiento de la infancia como grupo humano homogéneo en términos de desarrollo, que esconde la idea de que todos los NNA deberían actuar y sentir de la misma manera, y ser afectados de la misma forma por ciertos eventos. En este sentido, es importante recordar que tanto el principio de autonomía progresiva como el interés superior del niño, siendo ambos elementos rectores en el proceso participativo de los NNA, requieren de la consideración cuidadosa del contexto de cada NNA, lo mismo que de sus facultades propias y personales (Comité de los Derechos del Niño, 2009).

Teniendo en cuenta este punto, resultaría beneficioso habilitar instancias educativas que permitan a los jueces, así como a otros funcionarios en justicia de familia, reforzar y actualizar las competencias en relación con los derechos del niño y, asimismo, respecto del lugar que ocupa el NNA actualmente en las normativas nacionales e internacionales como agente activo y constructivo. Esto implica destacar la idea de que la protección y la participación no son fenómenos opuestos, sino complementarios. La participación, más que ser un proceso nocivo, actúa como factor protector y como medio para alcanzar otros de los derechos de los NNA, al permitirles comunicar sus necesidades y ser considerados en la sociedad como agentes constructivos, reforzando su autoconcepto y autoestima (García-Quiroga & Salvo, 2020). Es importante comprender que la participación de los niños no implica la adopción inmediata de todas sus opiniones y demandas sin un previo proceso reflexivo, sino la habilitación franca de plataformas donde sus opiniones sean tomadas en consideración antes de la toma de decisiones que les afectan directamente. Con ello, se ha de fortalecer la noción de que los NNA también ostentan un conocimiento valioso sobre sí mismos y sus propias vidas, el cual les entrega el potencial de gestionar cambios que puedan contribuir a su propio bienestar.

REFERENCIAS

Atwood, B. (2003). The Child's Voice in Custody Litigation: An Empirical Survey and Suggestions for Reform. *Arizona Law Review*, *45* (3), 629-690 https://arizonalawreview.org/atwood-3/

Bouma, H., López López, M., Knorth, E. J., & Grietens, H. (2018). Meaningful participation for children in the Dutch child protection system: A critical analysis of relevant provisions in policy documents. *Child Abuse & Neglect*, *79*, 279-292. https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2018.02.016

Bustos, A. (2019). *La representación judicial de los niños en los procedimientos proteccionales: Estudio crítico sobre cómo opera en la práctica la figura de los abogados curadores ad litem de niños, en los procedimientos proteccionales seguidos antes los tribunales de familia*. Universidad Diego Portales.

Carretta, F. (2018). Luces y sombras de las cámaras Gesell en la justicia de familia chilena: estudio a partir de un análisis empírico. *Revista CES Derecho*, 9(1), 118-142. http://dx.doi.org/10.21615/cesder.9.1.7

Carretta, F., & Garcia-Quiroga, M. (2021). Justicia de familia y victimización secundaria: un estudio aplicado con niños, jueces y abogados. *Derecho PUCP*, (87), 471-497. https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.014

Estrella, K. (2016). *Resolución de conflictos por parte de los jueces especializados de familia y el interés superior del niño en el distrito judicial de La Libertad, período 2013* [tesis para optar al título de abogada, Universidad Privada Antenor Orrego]. http://repositorio.upao.edu.pe/handle/20.500.12759/1823

García-Quiroga, M., & Salvo Agoglia, I. (2020). Too vulnerable to participate? Challenges for meaningful participation in research with children in alternative care and adoption. *International Journal of Qualitative Methods*, *19*, 1-11. https://doi.org/10.1177/1609406920958965

Hemrica, J., & Heyting, F. (2004). Tacit Notions of Childhood: An analysis of discourse about child participation in decision-making regarding arrangements in case of parental divorce. *Childhood*, *11*(4), 449-468. https://doi.org/10.1177/0907568204047106

Karle, M., & Gathmann, S. (2016). The State of the Art of Child Hearings in Germany. Results of a Nationwide Representative Study in German Courts. *Family Court Review*, *54*(2), 167-185. https://doi.org/10.1111/fcre.12212

Lundy, L. (2018). In defence of tokenism? Implementing children's right to participate in collective decision-making. *Childhood*, *25*(3), 340-354. https://doi.org/10.1177/0907568218777292

Mason, M. A. (2003). "¿Una voz para el Niño?". *Revista de Derechos del Niño*, (2), 115-137. https://vlex.cl/vid/voz-nino-651229913

Salum, E., Salum, S., & Saavedra, R. (2016). Derecho de los niños y las niñas a ser oídos en los tribunales de familia chilenos: La audiencia confidencial. *Revista Latinoamericana De Derechos Humanos*, *26*(2), 53-78. https://doi.org/10.15359/rldh.26-2.3

Servicio Nacional de Menores (Sename). (s/f). *Nuestra institución*. https://www.sename.cl/web/index.php/nuestra-institucion/

Servicio Nacional de Menores (Sename). (2016, abril). *Nota técnica N° 2-2016; El derecho a la representación jurídica de niños, niñas y adolescentes. Unidad del Comisionado para la infancia y la adolescencia*. https://www.sename.cl/wsename/otros/NT-2_11-05-2016.pdf

Stafford, L., Harkin, J., Rolfe, A., Burton, J., & Morley, C. (2021). Why having a voice is important to children who are involved in family support services. *Child Abuse & Neglect*, *115*. https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2021.104987

Taylor, N., Fitzgerald, R., Morag, T., Graham, A., & Bajpai, A. (2012). International Models of Child Participation in Family Law Proceedings following Parental Separation / Divorce. *The International Journal of Children's Rights*, *20*(4), 645-673. https://doi.org/10.1163/15718182-55680006

Vargas, M. & Correa, P. (2011). La voz de los niños en la justicia de familia en Chile. *Ius et Praxis*, *17*(1), 177-204. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000100008

Velázquez, G., & Ferrás, I. (2016). La escucha del niño en Cuba. Nuevos retos para la justicia de familia. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*. https://www.eumed.net/rev/caribe/2016/09/ninos.html

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Convención de los Derechos del Niño, Observación General N.° 12, El derecho del niño a ser escuchado (Naciones Unidas, 2009). https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf

Ley 18.120, que Establece normas sobre comparecencia en juicio y modifica los artículos del Código de Procedimiento Civil y 523 del Código Orgánico de Tribunales (Junta de Gobierno de la República [Chile]). *Diario Oficial*, 18 de mayo de 1982. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29544

Ley 19.968, que Crea Tribunales de Familia de Chile (Junta de Gobierno de la República [Chile], 25 de agosto de 1979). https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=229557

Ley 2465, que Crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su Ley Orgánica (Junta de Gobierno de la República [Chile], 16 de enero de 1979). https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6929

Recibido: 26/10/2022
Aprobado: 22/03/2023

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.005

DERECHO PUCP
N° 90, 2023
junio-noviembre
pp. 139-187
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Abordando los sesgos contra las mujeres víctimas de delitos sexuales en el Poder Judicial chileno: un estudio de caso

Tackling Bias Against Women Victims of Sexual Assault in the Chilean Judiciary: A Case Study

KARIME PARODI AMBEL*
Universidad de California, Los Ángeles (Estados Unidos)

Resumen: Las mujeres víctimas de delitos sexuales enfrentan varios obstáculos cuando buscan justicia en las instituciones judiciales chilenas; sin embargo, recientes esfuerzos de la Corte Suprema de Chile para combatir los prejuicios contra grupos minoritarios han puesto de relieve la importancia de aplicar una perspectiva de género en los procesos judiciales. A la luz de la publicación en 2019 del *Cuaderno de Buenas Prácticas para Incorporar la Perspectiva de Género en las Sentencias de la Secretaría de Género* de la Corte Suprema analizo la sentencia judicial de un caso de violación del año 2004 que llevó a Corporación Humanas —una ONG feminista— a presentar una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Dados los ostensibles sesgos de la sentencia, la ONG responsabilizó al Estado de Chile por la violación de varios derechos de la víctima especificados en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado de Chile. Con base en la sentencia judicial, examino cómo los jueces y otros actores legales no impartieron justicia con perspectiva de género. Para ello, analizo cómo jueces, fiscales y defensores recurrieron a los siguientes tipos de sesgos de género: a) estereotipos de género y mitos sobre la violación, b) descuento de credibilidad (Tuerkheimer, 2017), c) valoración de la evidencia sin perspectiva de género, d) requisito de lesiones corporales para dar crédito a la hipótesis de violación por la fuerza y e) discusión de la historia sexual de la víctima. A la luz de las diferentes categorías de sesgos de género detectados en el caso, evalúo si el cuaderno de buenas prácticas hubiera sido una herramienta eficaz para prevenirlos. Finalmente, con base en este caso, determino las limitaciones de dicho cuaderno y sugiero posibles mejoras.

Palabras clave: Poder Judicial, Chile, perspectiva de género, delitos sexuales, sentencia

Abstract: Women victims of sexual assault encounter several hurdles when seeking justice in Chilean legal institutions; however, recent efforts by the Chilean Supreme Court to fight bias against underrepresented groups have foregrounded the importance of applying a gender perspective in court trials. In light of the publication in 2019 of a handbook on how to judge with a gender perspective, I analyze the court ruling of a 2004 rape case that led Corporación Humanas—a feminist NGO—to file a petition before the Inter-American Commission on Human Rights. Given the ruling's egregious

* Candidata a doctora en Antropología por la Universidad de California (Los Ángeles, EE. UU.). Código ORCID: 0000-0002-5730-5011. Correo electrónico: karimeparodi@ucla.edu

biases, the NGO held Chile responsible for the violation of several victims' rights specified in international human rights treaties. Based on the written court ruling, I examine how the judges and other legal actors failed to deliver justice with a gender perspective. For that purpose, I analyze how the judges, the prosecutors and the defense attorneys resorted to the following types of gender bias: a) gender stereotypes and rape myths, b) credibility discounting (Tuerkheimer, 2017), c) assessment of the evidence without a gender perspective, d) requirement of bodily injury to give credence to the hypothesis of rape by force and e) discussion of the victim's sexual history. Considering the different categories of gender bias detected in the case, I assess whether the Chilean handbook would have been an effective tool to prevent them. Finally, based on this case, I determine the handbook's limitations and suggest potential improvements.

Keywords: Judiciary, Chile, gender perspective, sexual offenses, court ruling

CONTENIDOS: I. INTRODUCCIÓN.- II. SESGO CONTRA LAS MUJERES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES EN EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO.- III. EL DESARROLLO DE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS EXTRANJEROS Y A NIVEL DOMÉSTICO.- IV. LAS SENTENCIAS JUDICIALES COMO GÉNERO DISCURSIVO.- V. EL CASO.- VI. METODOLOGÍA.- VII. ANÁLISIS DEL CASO: SESGOS DE GÉNERO EN LA SENTENCIA JUDICIAL POR VIOLACIÓN.- VII.1. ESTEREOTIPOS DE GÉNERO Y MITOS SOBRE LA VIOLACIÓN.- VIII. DESCUENTO DE CREDIBILIDAD.- IX. VALORACIÓN DE LA EVIDENCIA SIN PERSPECTIVA DE GÉNERO.- X. REQUISITO DE LESIÓN CORPORAL PARA DAR CRÉDITO A LA HIPÓTESIS DE VIOLACIÓN POR LA FUERZA.- XI. DISCUSIÓN DE LA HISTORIA SEXUAL DE LAS VÍCTIMAS.- XII. UNA EVALUACIÓN DEL CUADERNO: ¿HUBIERA SIDO DIFERENTE EL RESULTADO DEL CASO SI EL CUADERNO SOBRE CÓMO JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO HUBIERA ESTADO EN VIGOR EN EL AÑO 2004?.- XIII. OBSERVACIONES CONCLUYENTES.

I. INTRODUCCIÓN

Durante aproximadamente los últimos diez años, la Corte Suprema de Justicia de Chile ha desarrollado una serie de estrategias para promover una perspectiva de género en el Poder Judicial y mejorar el acceso de las mujeres a la justicia, entre otras temáticas, en relación con los delitos sexuales. El año 2018, la Corte Suprema de Chile creó la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación (en adelante, Secretaría). Entre otras iniciativas, la Secretaría publicó un *Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias* en el año 2019 y ha ofrecido capacitaciones para sensibilizar a jueces y juezas sobre la perspectiva de género; sin embargo, los sesgos contra las mujeres víctimas de agresiones sexuales continúan siendo un problema en el sistema jurídico chileno (Secretaría, 2020). A la luz de

este diagnóstico, examino los sesgos de género presentes en un caso de violación del año 2004 que llevó a Corporación Humanas —una ONG feminista chilena— a presentar una petición en contra del Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En este artículo, investigo en qué medida el cuaderno de buenas prácticas de la Secretaría habría abordado los sesgos de género presentes en este caso de agresión sexual y, con base en ello, determino las limitaciones del referido cuaderno y sugiero posibles mejoras. He seleccionado este caso en particular, pues ofrece diversos sesgos que pueden aparecer simultáneamente en una sentencia judicial[1].

En este trabajo analizo cómo los jueces, fiscales y defensores recurrieron a los siguientes tipos de sesgos de género: a) estereotipos de género y mitos sobre la violación, b) descuento de credibilidad (Tuerkheimer, 2017), c) valoración de la prueba sin perspectiva de género, d) requisito de lesiones corporales para dar crédito a la hipótesis de violación por la fuerza y e) discusión de la historia sexual de la víctima. La mayoría de los sesgos detectados en el caso son calificables como «valoración de la evidencia sin perspectiva de género»; sin embargo, examino las categorías por separado en virtud de ofrecer un análisis más detallado. En este artículo se entiende el término «sesgo de género» como un «comportamiento discriminatorio que, aunque no necesariamente reconocido conscientemente por el perpetrador, es sexista» (Mello & Jagsi, 2020, p. 1385). Esta definición es útil al abordar las categorías de sesgo de género que presento en este artículo, ya que no hago ninguna afirmación sobre las intenciones de los actores legales, sino solo sobre cómo sus intervenciones y análisis tuvieron un efecto discriminatorio. Antes de analizar los sesgos presentes en la sentencia judicial y evaluar el cuaderno de buenas prácticas, reviso la literatura sobre delitos sexuales en Chile, analizo qué implica juzgar con perspectiva de género, examino las sentencias judiciales como género discursivo, discuto los hechos controvertidos en el caso y describo la metodología seguida en la investigación. Posterior a presentar el análisis de los sesgos presentes en la sentencia, ofrezco un análisis del cuaderno y, posteriormente, las conclusiones finales del trabajo.

II. SESGOS CONTRA LAS MUJERES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

Académicas feministas en el Norte global (Cook & Cusack, 2010; Crenshaw, 1991; MacKinnon, 1989) y en América Latina (Facio & Fríes, 1999; Lemaitre, 2009; Segato, 2003) han argumentado que el derecho es

1 Resuelto por la Sala Única del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique el 29 de agosto de 2004. Rol Único Interno N.° 12-2004.

un sistema patriarcal que refuerza la subordinación social de las mujeres a través de múltiples estructuras y prácticas. Dichas pensadoras han criticado las leyes que tipifican la violación en Chile y en otros lugares por su estrecha comprensión del consentimiento sexual (MacKinnon, 1989; Pineau, 1996; Rodríguez, 2000), por sus estrictos requisitos (Burgess-Jackson, 1996) y por su regulación de los cuerpos feminizados (Du Toit, 2009; Zúñiga, 2018). En general, los delitos sexuales crean controversias que están ausentes en otras áreas del derecho; por ejemplo, cuando se trata de derechos de propiedad, el estándar es que se presume la credibilidad de las víctimas (Tuerkheimer, 2016, p. 33). El Poder Judicial no es inmune a una serie de estereotipos de género y mitos sobre la violación que están profundamente arraigados en la sociedad en general (Bryden & Lengnick, 1997; Gotell, 2002; McGlynn & Munro, 2010; Page, 2008). Jueces, fiscales, funcionarios de policía, defensores y otros profesionales del derecho tienden a mostrar escepticismo hacia las sobrevivientes de agresiones sexuales y culpabilizan a las víctimas, particularmente cuando no encajan en el estereotipo de la «víctima ideal» o si pertenecen a comunidades marginadas (Crenshaw, 1991, p. 1279). Si bien en los sistemas jurídicos de Europa y los Estados Unidos existe mucha investigación sobre los sesgos contra las mujeres víctimas de delitos sexuales, dicha investigación es relativamente escasa en el contexto latinoamericano[2]. En particular, la doctrina jurídica chilena se ha centrado tradicionalmente en cuestiones dogmáticas y técnico-jurídicas (Wilenmann *et al.*, 2022), mientras que en gran medida ha descuidado cuestiones relacionadas con la sociología jurídica y los sesgos institucionales, aunque esta situación ha estado cambiando recientemente.

En Chile, las mujeres víctimas de delitos sexuales enfrentan varios obstáculos en su paso por el sistema jurídico. Lidia Casas y Alejandra Mera (2004) realizaron un importante estudio sobre el impacto de la reforma procesal penal en el abordaje de los delitos sexuales. Las autoras estudiaron el 61,5 % de las sentencias de los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal en casos de delitos sexuales durante el año 2002 y entrevistaron a varios profesionales involucrados en casos de delitos sexuales[3]. Su investigación rastreó todas las etapas por las que pasan las mujeres después de sufrir una agresión sexual en Chile y concluyeron que los sesgos contra ellas están arraigados en cada ámbito del sistema médico y jurídico. A partir de su análisis de sentencias, concluyeron que los jueces tienden a aplicar estándares opacos para desestimar los testimonios de las víctimas cuando no encajan en el mito de la «víctima ideal de violación». Un elemento crucial planteado en su estudio es que las pericias de credibilidad son muy comunes en los casos de delitos

2 Esta es la razón por la que en este artículo cito mayoritariamente investigaciones extranjeras escritas en inglés.

3 En concreto, las autoras abordaron el 61,5 % de las sentencias judiciales en aquellas regiones donde ya se había implementado la reforma, ya que se trataba de un proceso gradual.

sexuales, lo cual es preocupante porque implican escepticismo hacia las víctimas[4] y no se requieren cuando se trata de otros delitos. Además, argumentan que no existe un estándar claro en Chile de las pruebas requeridas para asegurar una condena en un caso de agresión sexual.

Otro estudio sobre los prejuicios contra las mujeres víctimas de delitos sexuales en la jurisprudencia chilena concluyó que los tribunales superiores chilenos (la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones) requieren estándares más allá de los especificados por la ley para asegurar una condena en juicios de violación (Cabal *et al.*, 2001). Por ejemplo, el estudio sugiere que, si no existen lesiones visibles en casos de violación por la fuerza, el acusado será muy probablemente absuelto (pp. 140-141). Más recientemente, en su trabajo de tesis, Alejandra Fischer y Claudia Díaz (2017) analizaron veinticuatro sentencias judiciales en casos de violación en dos juzgados de Santiago de Chile durante el periodo 2015-2016. Su análisis evidencia cómo los jueces suelen ignorar el contexto y la dinámica de poder en el que ocurre la violencia sexual. En este sentido, las tradiciones jurisprudenciales tienden a interpretar la ley que tipifica la violación de una manera restringida y estricta que impacta negativamente en las víctimas. En el año 2019, la Secretaría de la Corte Suprema encargó un estudio para evaluar el acceso de las mujeres a la justicia en los juzgados de familia y penales (Secretaría, 2020). Entre otros métodos, se analizaron ciento cuarenta y dos casos de delitos sexuales. Se identificó que alrededor de una quinta parte de las sentencias judiciales incorporaban estereotipos de género y una quinta parte de las preguntas dirigidas a las víctimas en procesos judiciales incluían sesgos de género. Aunque el tema no ha recibido una atención sustancial por parte de la academia chilena, actores institucionales han desarrollado propuestas para abordarlo. Sin embargo, los efectos de sus esfuerzos deben ser objeto de profundo escrutinio.

III. EL DESARROLLO DE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS EXTRANJEROS Y A NIVEL DOMÉSTICO

¿Qué es exactamente juzgar con perspectiva de género? Aunque en la actualidad una serie de tribunales domésticos están haciendo un esfuerzo por promover una perspectiva de género en el quehacer judicial (Fuentealba *et al.*, 2020), los primeros desarrollos de un enfoque género-sensible en la judicatura ocurrieron en el ámbito del derecho internacional. A fines de la década de 1990, la Corte Penal Internacional, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) y el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) comenzaron

4 Para un análisis de los diferentes tipos de pericias de credibilidad utilizados en Chile y la controversia en torno a ellas, véase Condemarín y Macurán (2005), y Meriño (2010).

a desarrollar «indicadores» de justicia de género (Grey & Chapelle, 2019). Por ejemplo, interpretaron crímenes aparentemente neutrales sobre la base de cómo afectaban a mujeres y niñas, especificando el TPIR y el TPIY que los actos de violencia sexual pueden clasificarse como genocidio y tortura (Gray, 2016, p. 326). Estos tribunales también han desarrollado jurisprudencia que establece que las inconsistencias en los testimonios de las víctimas deben valorarse teniendo en cuenta el impacto que el delito ha tenido en ellas, y han exigido que se presenten pruebas de violencia de género, particularmente en los casos en que los fiscales se mostraron reacios a aportarlas y a realizar investigaciones (Grey & Chapelle, 2019).

En el contexto americano, durante los últimos veinticinco años, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) también ha experimentado un cambio en su jurisprudencia sobre violencia sexual y delitos de género (Tramontana, 2011)[5]. En esa línea, la Corte IDH ha sugerido que es necesario modificar la forma en que se valora la prueba en casos de violencia de género. La doctrina hace referencia a estos cambios como «amplitud probatoria» (Di Corleto, 2018) o «feminización de los estándares probatorios» (Zelada & Ocampo, 2012). Por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte especifica que el testimonio de las víctimas de agresiones sexuales debe recibir un valor reforzado, el que, en determinadas circunstancias, puede ser suficiente para asegurar una condena. Dicha jurisprudencia también especifica que toda prueba debe ser analizada de manera sistemática, de modo que se puedan examinar todos los hilos probatorios y las interrelaciones entre ellos. Es decir, no se debe descartar la prueba indiciaria y, en algunos casos, dicha prueba y el testimonio pericial pueden ser suficientes para asegurar una condena, incluso en ausencia del testimonio de la víctima (Di Corleto, 2018, p. 4)[6].

Según Zelada y Ocampo (2012), el *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (2006) fue el primero en el que la Corte IDH incorporó consideraciones de género al argumentar que la guerras afectan de manera diferente a mujeres y hombres, ya que las mujeres suelen ser víctimas de violencia sexual en estos contextos. Un caso posterior, *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México* (2009), se convirtió en la piedra angular de estos nuevos estándares, ya que la Corte valoró la

5 Para un análisis adicional de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre casos de violencia sexual, ver Maria Sjöholm (2018, pp. 300-330).

6 De acuerdo con Jorge Rosas Yataco (2004), la prueba indiciaria es «aquella que se dirige a mostrar la certeza de un (os) hecho (s) (indicios), explicitando a través del razonamiento basado en un nexo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar, debiendo estos estar relacionados directamente con el hecho delictivo, existiendo una coherencia y concomitancia que descarte la presencia de los llamados contraindicios» (p. 291). Mayanja (2017) argumenta, además, que la prueba indiciaria es «prueba de hechos o circunstancias a partir de la cual se puede inferir la existencia o inexistencia de un hecho en cuestión. Es prueba que requiere un razonamiento o inferencia para probar un hecho; dicha prueba sugiere fuertemente un hecho, pero no lo prueba» (p. 27).

prueba mediante el examen de indicios de los delitos de agresión sexual y femicidio cometidos en Ciudad Juárez. Por ejemplo, cuando dos mujeres fueron encontradas muertas y semidesnudas, entre otros «indicios», la Corte determinó que muy probablemente se había producido violencia sexual. Este caso también puso de relieve la importancia del trabajo de investigación y cómo los sesgos y estereotipos de género presentes en agentes de policía y fiscales pueden conducir a investigaciones fallidas. En los casos posteriores *Fernández Ortega* (2010) y *Rosendo Cantú* (2010), la Corte IDH reiteró la importancia de otorgar mayor valor al testimonio de las víctimas de violencia sexual al reconocer la dificultad de aportar pruebas en estos casos. La Corte también señaló que es esperable que se presenten recuerdos inexactos o inconsistencias luego de las declaraciones iniciales, y que esto no debe restar credibilidad a sus testimonios.

La jurisprudencia de la Corte IDH impactó directamente a Chile con su sentencia sobre el *Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile* (2012), en el cual la Corte exigió a juezas y jueces que incorporen la perspectiva de género en su praxis judicial (Fuentealba *et al.*, 2020). Sin embargo, fue solo después de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Chile en 2015 que el Poder Judicial se comprometió firmemente a implementar tal perspectiva. En el año 2017, la Corte Suprema estableció la ya mentada Secretaría, la cual publicó una política sobre género y no discriminación para el Poder Judicial el año 2018; y en 2019 elaboró el cuaderno de buenas prácticas sobre cómo juzgar con perspectiva de género. El cuaderno incluye un marco conceptual (pp. 21-65) y un marco legal (pp. 67-87) para implementar la perspectiva de género, así como una descripción de iniciativas internacionales dirigidas a juzgar con perspectiva de género (pp. 109-145). Los anexos (pp. 153-159) incluyen un glosario técnico, una lista de jurisprudencia internacional seleccionada sobre perspectiva de género y derechos humanos, y otra información de apoyo. Además, el cuaderno proporciona una matriz (pp. 88-107) —un instrumento más práctico— para ayudar a juezas y jueces a identificar el contexto de los casos, la pertenencia de las víctimas a grupos minoritarios, situaciones de interseccionalidad, relaciones de poder entre víctimas e imputados/as, y creencias y estereotipos sexistas a los que pueden recurrir las partes o el/la juez/a.

El cuaderno de buenas prácticas chileno define la perspectiva de género como «un método o herramienta de análisis destinado al estudio de las construcciones culturales y las relaciones sociales que se tejen entre hombres y mujeres, identificando en su trasfondo aquellas formas de interacción que marcan pautas de desigualdad y discriminación entre los géneros» (Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, 2019, p. 60). Los manuales y protocolos destinados a promover procesos judiciales sensibles al género desarrollados en

otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos brindan definiciones similares que complementan la del cuaderno o que ponen de relieve otros aspectos. Por ejemplo, la *Herramienta para la incorporación de los derechos humanos y la perspectiva de género en la elaboración de sentencias relativas a delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer*, diseñado para el Poder Judicial de Guatemala (Oacnudh, 2015, p. 8) define la perspectiva de género como un «horizonte interpretativo» a partir del cual juezas y jueces pueden contribuir al desarrollo de los derechos humanos de las mujeres; mientras que el *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género* de México (Suprema Corte de Justicia, 2020, pp. 62-70) describe la perspectiva de género como una metodología interseccional que cuestiona el paradigma de un hombre blanco, cisgénero, heterosexual y sin discapacidad, como sujeto universal y neutral. Por lo tanto, los protocolos sensibles al género suelen definir la perspectiva de género como un *método* que brinda diversas estrategias a juezas y jueces para examinar los instrumentos jurídicos, las pruebas, la experiencia, los contextos y los testimonios a la luz de las desigualdades de género, las diferencias de poder presentes en el caso, y los estereotipos arraigados en el sistema jurídico y en la sociedad en general.

Sin embargo, definir la perspectiva de género como un *método* puede ser limitado, ya que es necesario estar familiarizado con las teorías feministas e interseccionales para comprender completamente las dinámicas de poder de género y la discriminación de género. En un seminario reciente sobre perspectivas sensibles al género para fiscales, Ximena Gauché, una académica chilena que estudia el acceso a la justicia y la discriminación de género, afirmó que la perspectiva de género debe entenderse como una competencia, lo que trae aparejados conocimientos conceptuales, procedimentales y actitudinales (Ruda *et al.*, 2012) que implica conocimientos conceptuales, procedimentales y actitudinales. Esta definición me parece muy provechosa, ya que además de las habilidades analíticas asociadas a poner en práctica un método, existen conocimientos teóricos específicos que los actores jurídicos deben poseer para poder aplicar una perspectiva de género. Por otra parte, en las sociedades patriarcales usualmente existen creencias y sentimientos (actitudes) contrarias a la igualdad de género, por lo cual este es un aspecto que también es necesario desarrollar.

Existe una serie de matices en las definiciones que académicas y académicos ofrecen sobre la perspectiva de género en el poder judicial. Varias autoras la conceptualizan como un mandato jurídico al destacar normas nacionales e internacionales, como la Convención de Belém do Pará, y también como una herramienta para visibilizar desigualdades (Carmona, 2015; Gauché-Marchetti *et al.*, 2022; Facio, 2009; Mantilla, 2013; Maturana, 2019; Poyatos, 2019; Rivas, 2022). En este último sentido, por ejemplo, Gama (2020) define la perspectiva de género como

«un concepto y una herramienta surgida y construida desde el feminismo para identificar, revelar y corregir las diferentes situaciones y contextos de opresión y discriminación hacia las mujeres y personas LGTTTBIQ» (p. 288). Otras académicas la definen como una dimensión del concepto de igualdad en términos del derecho antidiscriminatorio (Pou, 2021), y otros como una herramienta para modificar o adaptar estándares probatorios, particularmente en casos de delitos sexuales (Gama, 2020; García, 1992). En este último sentido, hay voces que argumentan que el estándar de prueba debe ser modificado únicamente por el Poder Legislativo (Araya, 2020).

IV. LAS SENTENCIAS JUDICIALES COMO GÉNERO DISCURSIVO

Siguiendo a Parodi (2008), Agüero (2014) afirma que las sentencias judiciales son un género discursivo. Desde una perspectiva sociocognitiva, Giovanni Parodi (2008) sostiene que el género discursivo «constituye una constelación de potencialidades de convenciones discursivas, sustentada por los conocimientos previos de los hablantes/escritores y oyentes/lectores (almacenados en la memoria de cada sujeto), a partir de constricciones y parámetros contextuales, sociales y cognitivos» (p. 26). El contexto social en el que circula este género discursivo especializado es el ámbito profesional de jueces, juezas, abogados y abogadas en general. Las decisiones escritas de jueces y juezas en casos de delitos sexuales ofrecen material relevante para el análisis y la detección de sesgos de género, ya que por ley deben tener una estructura específica que incluya la presentación de los hechos, la valoración de la prueba por parte de los jueces y la decisión del caso[7]. En los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal de Chile una sentencia judicial es un documento escrito por un juez redactor o la jueza redactora. Al estar las salas conformadas por paneles de tres jueces o juezas, el juez redactor o la jueza redactora escribe la sentencia en nombre de los otros dos integrantes del panel, o, en caso de haber un voto de minoría, en nombre de solo otro integrante. Si un juez o una jueza disiente de la decisión de los otros dos, escribe su propio voto de minoría. En el caso que analizo en este artículo, el panel acordó por unanimidad absolver al acusado.

Agüero (2014) sostiene que las sentencias judiciales son textos predominantemente argumentativos, ya que tienen como objetivo justificar las decisiones de los jueces; no obstante, existe una variedad de modos discursivos en las sentencias judiciales —descriptivo, narrativo y prescriptivo—, según las distintas secciones. Las sentencias judiciales se organizan en secciones denominadas «considerandos», los cuales no siempre son indicativos de diferentes funciones dentro del género. El

7 Artículos 297 y 342 del Código Procesal Penal.

juez redactor o la jueza redactora realiza una importante labor discursiva de reproducción de lo dicho en el proceso al brindar citas directas e indirectas de las teorías/argumentos de los y las fiscales, del abogado o abogada querellante de la víctima y de la defensa, así como de todos los testimonios aportados. Mientras algunos jueces y juezas reproducen la redacción exacta al escuchar los audios del juicio, otros toman nota mientras el juicio se desarrolla. Si bien en algunos casos las declaraciones se reproducen en su integridad de forma literal, ello no siempre ocurre. En este sentido, la cita indirecta o paráfrasis, o la reproducción parcial de los testimonios, pueden crear ciertos problemas. Por ejemplo, en un caso reciente de violación en Linares, Chile, la Corte de Apelaciones anuló la decisión del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Linares de absolver al acusado, entre otras razones, porque dicho Tribunal no había incluido y evaluado la totalidad de las declaraciones de varios de los testigos[8]. La abogada que redactó el recurso de nulidad argumentó que el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal incurrió en una «omisión deliberada». Además de la reproducción parcial de testimonios, la cita indirecta y la paráfrasis otorgan un margen de discrecionalidad para decidir cómo reproducir el discurso de testigos, peritos e intervinientes, lo que representa una dificultad para la valoración exhaustiva de la prueba y la rendición de cuentas del razonamiento judicial, como mostraré en el caso que se estudia en este trabajo. Desde una perspectiva etnográfica, es importante señalar que una sentencia judicial es el análisis escrito realizado después del juicio oral, durante el cual los jueces pudieron examinar directamente las pruebas, las declaraciones de los testigos, el interrogatorio y contrainterrogatorio de los fiscales y la defensa, la presentación de las pruebas, y los alegatos de apertura y cierre, un proceso al que no se asistió personalmente.

V. EL CASO

El caso que abordo aquí se ha convertido, en cierta medida, en parte de las preocupaciones políticas y jurídicas de las activistas feministas chilenas, como explicaré más adelante. Después de que la sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, integrada exclusivamente por hombres, decidiera absolver al acusado, el abogado querellante de la víctima interpuso un recurso de nulidad ante la Corte de Apelaciones de Coyhaique, el cual fue rechazado. Posteriormente, la víctima se acercó a la ONG feminista chilena Humanas, la cual decidió presentar una petición ante la CIDH, alegando que varios de los derechos de la víctima garantizados por tratados internacionales de derechos

8 Resuelto por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares el 14 de abril de 2019. Rol Interno del Tribunal N.° XX-2019.

humanos ratificados por el Estado chileno habían sido violados[9]. Entre otros argumentos, Humanas afirmó que los jueces no fueron imparciales, mostraron extrema hostilidad hacia la víctima, exageraron las inexactitudes de la víctima y descartaron deliberadamente todas las pruebas que respaldaban su caso. La ONG argumentó que el tribunal violó los derechos de la víctima consagrados en los artículos 1.1, 5.1, 8.1 y 24 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, y los artículos 3, 4 y 7b de la Convención de Belém do Pará. Posteriormente a la decisión del presente caso, uno de los jueces también formó parte de la sala que resolvió un caso de femicidio de gran importancia mediática. En ese caso, disintió de los otros dos jueces, argumentando que el acusado debería haber sido absuelto. Luego, cuando fue incluido en una terna para elegir a un Ministro de la Corte de Apelaciones, más de una veintena de organizaciones feministas protestaron por su inclusión, basándose en sus opiniones vertidas en los casos de femicidio y violación, lo que revela que este caso estuvo presente en el imaginario de activistas feministas. A continuación, proporciono los hechos del caso descritos por los abogados, el acusado y la víctima.

El acusado estuvo representado por la Defensoría Penal Pública y la víctima por su abogado querellante[10]. El juez redactor reprodujo los hechos del caso como fueron argumentados por la Fiscalía, el querellante y la defensa. Todas estas versiones varían en la cantidad de detalles proporcionados, la relevancia asignada a los hechos que dieron lugar a la agresión, la teoría sobre cómo sucedieron los hechos y la interpretación de los hechos y la ley. Posteriormente, el juez redactor incorporó en la sentencia los hechos de acuerdo a la declaración del acusado y el testimonio de la víctima. El Ministerio Público argumentó que la víctima fue violada por la fuerza, según lo previsto en el artículo 361.1 del Código Procesal Penal de Chile. El fiscal señaló que la víctima fue a una discoteca y se encontró con el imputado, a quien conocía previamente. Bailaron, conversaron y, alrededor de las 5:00 a. m., el acusado invitó a la víctima a la casa de un amigo, donde se sentaron y conversaron. Luego, le propuso sexo y, cuando ella se negó, la violó por la fuerza. Cuando el acusado trató de cambiar de posición, la víctima salió corriendo desnuda a la calle y buscó ayuda en la casa de al lado.

La acusación señaló que se aplicaban al caso tres circunstancias atenuantes: a) la falta de antecedentes penales del acusado, b) la colaboración sustancial del acusado en el proceso de búsqueda de la verdad y c) que (potencialmente) el imputado actuó motivado por

9 La petición fue declarada admisible el 13 de noviembre de 2012 y, a abril de 2023, la Comisión aún se encontraba analizando el caso.

10 Las partes en este caso solicitaron que no se hiciera pública la sentencia; por lo tanto, no proporciono ninguna información de identificación, como los nombres del acusado y la víctima, e incluyo sus iniciales como «XXXX».

impulsos tan poderosos que naturalmente provocaron un descontrol (todos ellas recogidas en el artículo 11 del Código Procesal Penal). El querellante ofreció una descripción similar de los hechos, pero no reconoció atenuantes para el imputado y exigió una indemnización económica por el daño moral producido en la persona de la víctima. Para explicar cómo el acusado había lastimado a la víctima, el abogado describió cómo había cambiado su vida después de la agresión: señaló que la víctima estaba constantemente apenada y angustiada por el recuerdo de la agresión sexual y tenía pesadillas al respecto. Argumentó que, a pesar de que ella era una víctima, se sentía avergonzada ante su familia y otras personas. También experimentaba varios síntomas físicos negativos al encontrarse con el acusado o al recordar la agresión.

Por el contrario, la defensa argumentó que el acusado debía ser absuelto debido que la relación sexual fue consentida. El defensor se basó en el historial sexual de la mujer y en el hecho de que salió tarde con un hombre que no era su prometido y accedió a ir a su casa. Según la defensa, la situación en cuestión era un caso de histeria o despecho, no de violación. La defensa, además, señaló que hubo varias inexactitudes en el testimonio de la víctima y que ella no presentaba lesiones algunas. Basándose en las inexactitudes de la víctima, la defensa concluyó que la víctima intentó manipular a la Policía de Investigaciones, a los profesionales de la salud y al juzgado. Por su parte, el acusado renunció a su derecho a guardar silencio y decidió declarar. Este afirmó que la noche en cuestión tenía planes de ir a un club con su novia, pero ella no quería ir. Unos amigos lo invitaron a una discoteca y él fue con ellos. Allí, se encontró con la víctima y bailó y habló con ella. Según él, ella le pidió que la llevara a su casa; luego, se encontraron en la calle y acordaron ir a la casa de él a escuchar música. Tomaron un taxi en el que se tomaron de la mano y se besaron. Cuando llegaron a la casa, tomaron unas copas. Ella luego comenzó a acariciarlo y se besaron. Él le pidió que tuvieran sexo, pero ella dijo que no; él insistió y ella aceptó. El acusado señaló que, eventualmente, mientras mantenían relaciones sexuales, la víctima salió corriendo y se fue a la casa de los vecinos. Él la siguió hasta allí y le llevó la ropa, ya que ella estaba desnuda. Cuando llegó la policía, él les dio una declaración y los funcionarios lo presionaron para que la firmara.

En su testimonio, la víctima afirmó que estaba en el tribunal porque fue violada. La noche en cuestión había pasado una agradable velada con su hijo y su pareja. Invitó a este último a ir a una discoteca, pero, como él se negó, fue con una amiga. En el club, se encontró con un conocido (un militar) que la había invitado a salir en el pasado y al que ella había rechazado. Bailaron y conversaron, pero él decidió irse porque estaba molesto, ya que ella había rechazado su invitación a bailar en una ocasión anterior. Ella salió del club alrededor de las 5:00 a. m., se encontró con el acusado en la calle y ella le preguntó por qué estaba

molesto. Le pidió que la llevara a su casa, pero su conocido la invitó a la casa de él en el complejo militar. Tomaron un taxi. Ella dijo que solo quería escuchar música y tomar unas copas; si hubiera sabido de sus intenciones, no habría ido. El acusado le dijo que no había luz en la casa, excepto en el dormitorio, lo que le pareció extraño. Fueron al dormitorio, él encendió la luz y se sentaron en la cama. Él le propuso sexo, pero ella se negó. Él se enfadó y siguió bebiendo. Ella le dijo que se calmara y que buscara novia, pero él insistió. Se quitó la mayor parte de su ropa y le dijo a ella que se quitara la suya o, de lo contrario, la mataría. El acusado siguió amenazándola. Ella se quitó parte de la ropa y, luego, hubo un forcejeo porque él insistió en que se quitara el resto. Finalmente, le quitó los pantalones a la fuerza, los desgarró y rompió los botones. La arrojó sobre la cama, forcejearon y ella le arrancó un collar que llevaba puesto, pensando que esto podría ser prueba de una lucha. La violó a pesar de que ella se estaba defendiendo. Ella lloró del dolor, pero a él no le importó. De repente, estaban parados al lado de la cama. Ella aprovechó para agarrar una botella vacía, arrojársela y salir corriendo desnuda a la calle. Pidió ayuda a los vecinos de la casa de al lado y la dejaron pasar. Entonces, uno de los vecinos le pidió al acusado que le trajera a ella su ropa. La pareja llamó a la policía y ella, finalmente, fue al hospital.

VI. METODOLOGÍA

En este artículo implemento el análisis cualitativo de contenido como lo define Schreier (2012); es decir, como «un método para describir sistemáticamente el significado del material cualitativo. Se hace clasificando el material como instancias de las categorías de un marco de codificación» (p. 1). El análisis cualitativo de contenido implica una tarea altamente interpretativa en la que la investigadora construye el significado del texto. Mientras que algunos académicos y algunas académicas definen el análisis de contenido cualitativo como un esfuerzo que puede ser inductivo o deductivo (Elo & Kyngas, 2007), los partidarios de la teoría fundamentada argumentan que el proceso de análisis de datos cualitativos suele ser «retroductivo» (Bulmer, 1979; Katz, 1988a), ya que es un proceso recursivo que involucra razonamiento tanto inductivo como deductivo.

En esa línea, la metodología desplegada para esta investigación incluye etapas tanto inductivas como deductivas. Primero, realicé varias lecturas detalladas de la sentencia judicial del tribunal y codifiqué inductivamente diferentes segmentos textuales para considerar posibles categorías emergentes. Después, identifiqué varias categorías utilizadas en los estudios sobre género y derecho, como «mitos de violación», «estereotipos de género» y «descuento de credibilidad», entre otros, que determiné eran útiles para describir cómo los actores jurídicos dieron

sentido a las pruebas y a la narrativa que se revela en la sentencia judicial. Según Krippendorff (1980), los objetivos y el contexto del investigador determinan cómo se lleva a cabo el análisis. En ese sentido, me interesan los sesgos de género que muestran los diferentes actores jurídicos —jueces, abogados defensores y fiscales—, pero el foco principal del artículo está en los jueces, ya que la parte de la sentencia judicial que trata sobre la valorización de la prueba es la más larga.

Cabe indicar que el análisis cualitativo de contenido es un esfuerzo en el que un investigador examina significados en un texto, los que pueden presentarse en un continuo que va desde latente a explícito (Schreier *et al*., 2019, p. 2). Cuanto más implícito o sutil sea el contenido, más interpretativo será el esfuerzo. En algunos de estos casos, el significado está más bien funcionando como un índice de categorías (Ochs, 1992), lo que ofrece una relación indirecta o tangencial con la categoría, en lugar de instanciarlas explícitamente. Además, en el análisis que realizo, el significado puede interpretarse de diferentes maneras y clasificarse como instanciación de diversas categorías alternativas. Esto se debe a que las categorías que presento están estrechamente relacionadas entre sí y se superponen de manera significativa. Por ejemplo, los estereotipos de género están estrechamente relacionados con la credibilidad atribuida a la víctima o al «descuento de credibilidad» (Tuerkheimer, 2017); de este modo, si las experiencias e identidades de la víctima difieren mucho del estereotipo de la víctima ideal, su credibilidad se ve disminuida. Sin embargo, para fines de claridad analítica, estudio las categorías por separado. En la siguiente sección, presento el análisis de forma lineal, siguiendo la estructura de la sentencia judicial.

VII. ANÁLISIS DEL CASO: SESGOS DE GÉNERO EN LA SENTENCIA JUDICIAL POR VIOLACIÓN

VII.1. Estereotipos de género y mitos sobre la violación

Según Cook y Cusack (2010), un estereotipo es «una visión generalizada o un preconcepto de los atributos o características que poseen, o los roles que son o deberían ser desempeñados por los miembros de un grupo en particular» (p. 9). Sin embargo, no todos los miembros de un grupo evidencian las características o desean cumplir los roles sugeridos por los estereotipos. Por ejemplo, la idea de que todas las mujeres son o deberían ser cuidadoras y amas de casa es un estereotipo de género; en consecuencia, asignar este deber o identidad a una determinada mujer solo en virtud de su género implica estereotiparla[11]. En los juzgados de

11 En este sentido, estereotipar a una persona en particular es «el proceso de atribuir a un individuo atributos, características o roles específicos solo por su pertenencia a un grupo en particular» (Cook & Cusack, 2010, p. 12).

familia y penales suelen surgir varios estereotipos de género, como «la mujer mentirosa», «la buena madre» y «la víctima que se retracta», entre otros (Araya, 2020, p. 40). Dichos estereotipos de género pueden basarse en prescripciones —cómo deben comportarse las mujeres— o generalizaciones sobre el comportamiento —cómo creemos que se comportan las mujeres—, aunque estos pueden entremezclarse. Dentro de la amplia categoría de estereotipos de género, los estereotipos sexuales son aquellos que atribuyen diferentes roles, características y expectativas a hombres y mujeres en la esfera sexual.

Un estereotipo sexual que surge a lo largo de la sentencia objeto de análisis es que la sexualidad de la mujer está reservada para las relaciones estables, el matrimonio o la familia, pero no así la de los hombres. En su alegato de apertura, la defensa cuestiona a la víctima por salir a altas horas de la noche y luego irse de la discoteca con un hombre que no era su pareja, ya que ella tenía pareja: «¿Qué hace una muchacha sola en una discoteca sin su pareja? ¿Por qué acepta ir a la casa de un hombre a quien recién conoce?» (Sentenncia RIT N°. 12-2004, p. 2). La defensa enfatiza que la víctima está dañando lazos familiares al salir sin su prometido y le reprocha interactuar con otro hombre en una discoteca. Al invocar el estereotipo de género de que la sexualidad de la mujer está reservada para las relaciones estables, el matrimonio y la familia, e insinuando que las mujeres no deben ir a ciertos lugares sin sus parejas, la defensa sugiere que los hombres deben controlar la sexualidad de las mujeres. Este estereotipo lleva a la sociedad a castigar a las mujeres por su comportamiento promiscuo mientras ignora el mismo tipo de comportamiento en los hombres. Desde una visión conservadora de las relaciones de género, las interacciones sexuales de las mujeres con hombres que no sean sus parejas es una afrenta al tejido social y cuestiona los lazos heteropatriarcales y la autoridad familiar del hombre (Burgess-Jackson, 1996, p. 45). Sin embargo, ningún actor jurídico realizó un análisis de los lazos amorosos que el imputado violó al entablar un supuesto encuentro sexual con la víctima, si bien en el juicio se afirmó que tenía novia. La relación amorosa del acusado fue ignorada y su novia no fue un actor relevante en la narrativa, lo que refuerza la idea de que las mujeres están sometidas a estándares diferentes que los hombres en relación con la sexualidad.

Otra categoría de análisis que está estrechamente relacionada con los estereotipos de género es la de los «mitos sobre la violación» (Klement *et al.*, 2019). Persson y Dhingra (2022) señalan que los mitos sobre la violación se han abordado en distintas investigaciones como estereotipos, mitos culturales y esquemas cognitivos (pp. 9-28); y otros académicos y académicas también se refieren a ellos como «conceptos erróneos» (Tidmarsh & Hamilton, 2020). En este trabajo adopto una visión de los mitos sobre la violación como esquemas cognitivos porque

permiten entender cómo las personas dan sentido a una narrativa cuando procesan información, tal y como lo hicieron los actores jurídicos en este caso. Un esquema cognitivo «conecta varios tipos de creencias en una estructura de información de amplio alcance. Por lo tanto, un aspecto de un esquema puede activarse resaltando otro aspecto relacionado» (Persson & Dhingra, 2022, p. 16). Comprender los mitos sobre la violación como esquemas cognitivos permite entender cómo estos están estrechamente interrelacionados, a la par que interactúan y se superponen entre sí. Según Persson y Dhingra, los mitos sobre la violación se han definido resaltando ya sea la falsedad de las creencias asociadas con ellos o los efectos que tienen en la sociedad (p. 14). Estos autores abogan por una definición de mitos sobre la violación que enfatiza lo último, tal como la de Bohner *et al.* (2009): «creencias descriptivas o prescriptivas sobre la violación […] que sirven para negar, restar importancia o justificar la violencia sexual que los hombres cometen contra las mujeres» (p. 19). Algunos de los ejemplos más comunes de mitos sobre la violación son que las mujeres, en ciertas situaciones, «piden» ser violadas o «ella lo pidió» (traducción del inglés *she asked for it*), que las mujeres siempre pueden repeler los ataques sexuales si así lo desean, que las mujeres coquetas secretamente desean ser violadas, que los hombres están sujetos a «pasiones incontrolables», que las acusaciones falsas son generalizadas, que las mujeres que han bebido alcohol se predisponen a la violación y que las mujeres no son agredidas por personas que conocen (Persson & Dhingra, 2022; Schwendinger & Schwendiger, 1974)[12].

En su alegato de apertura, la defensa señaló que la víctima consintió tener relaciones sexuales con el acusado, ya que ha tenido experiencias sexuales previas: «Ella no es una muchacha, tiene experiencia sexual, pues tiene un hijo, que no es de su actual pareja. Aquí hay despecho o histeria, y no violación» (Sentencia RIT N.° 12-2004, p. 2). La defensa invoca dos mitos sobre la violación: que solo las mujeres jóvenes y vírgenes pueden ser víctimas de agresión sexual, y que las mujeres que tienen experiencia sexual y denuncian una violación son mujeres despechadas que hacen acusaciones falsas por despecho o venganza. Tidmarsh y Hamilton (2020, p. 10) afirman que, si bien las mujeres jóvenes tienden a sufrir tasas más altas de victimización sexual, muchas mujeres mayores de 55 años también son víctimas de agresiones sexuales y experimentan una serie de barreras para denunciarlas. Por otro lado, la defensa sugirió que

12 En los Estados Unidos y otros países angloparlantes existe una amplia investigación sobre la aceptación del mito sobre la violación (RMA, en sus siglas en inglés) entre diferentes grupos sociales; por ejemplo, policías y estudiantes universitarios. Estos estudios muestran las terribles consecuencias para las víctimas cuando se enfrentan a un sistema jurídico en el que estas creencias son generalizadas. Por ejemplo, los oficiales de policía con tasas de RMA «altas» emiten juicios negativos sobre la culpabilidad de las víctimas, lo que puede afectar la forma en que procesan sus casos (Hine & Murphy, 2019).

la víctima miente sobre la agresión debido a que estaba despechada. Aunque hay estudios que han demostrado que las acusaciones falsas de violación son inusuales (McMillan, 2018; Persson & Dhingra, 2022, p. 16; Tidmarsh & Hamilton, 2020), la creencia de que las acusaciones falsas son comunes está generalizada en muchos sistemas jurídicos. La investigación de Casas y Mera (2014) demostró que la creencia es generalizada en fiscales y policías chilenos (p. 41).

Además, la defensa destacó el hecho de que la víctima y el acusado se conocían previamente para sugerir la probabilidad de que tuvieran relaciones sexuales consentidas: «el acusado, anterior al día de los hechos, y además en este mismo día, se le había declarado amorosamente, de manera que ella fue a la casa de una persona que ya conocía. Cabe preguntarse: ¿iba solo a escuchar música?» (Sentencia RIT N.° 12-2004, p. 3). En este caso, el abogado defensor insinúa que, debido a que se conocían y fueron a un lugar apartado, era probable que fueran a tener relaciones sexuales y no solo a «escuchar música». Por lo tanto, de acuerdo con la lógica de la defensa, conocer al atacante imposibilita la violación e implica el consentimiento. Cuando una víctima y su agresor se conocen, el testimonio de esta pierde credibilidad, particularmente cuando la víctima y el acusado han tenido relaciones sexuales previas. Por otro lado, cuando las víctimas conocen a su agresor, suelen ser culpadas por la agresión en una mayor medida (Persson & Dhingra, 2020). Si bien la violación por un conocido es la forma más común de ocurrencia del delito (Casas & Mera, 2004; Tidmarsh & Hamilton, 2020), existe la idea generalizada de que la mayoría de las agresiones sexuales son cometidas por extraños, lo que lleva a una duda generalizada de que la violación pueda ocurrir entre gente que se conoce, como en este caso. Hasta ahora, el lector o la lectora puede ver cómo la defensa recurrió a varios mitos sobre la violación y los integró a modo de una justificación de sentido común para analizar los hechos y las pruebas.

Los mitos sobre la violación invocados por la defensa están estrechamente alineados con el estereotipo de la «víctima ideal» (Du Toit, 2009; Randall, 2010; Taylor, 2022; Ussery, 2022). La idea de la víctima ideal corresponde a una mujer con poca o ninguna experiencia sexual, que no consumió alcohol la noche de la agresión, agredida por un extraño, se resistió a su agresor —mostrando así lesiones producto de la violación—, y cuyo comportamiento revela que está profunda y visiblemente afectada por la agresión. La víctima ideal también pertenece a una particular raza y clase, ya que las mujeres blancas de clase media-alta ven reforzada su credibilidad (Crenshaw, 1991, p. 1279). En cambio, la víctima en este caso tenía experiencia sexual previa, consumió alcohol la noche de la agresión y conocía a su agresor, lo que la hizo más vulnerable a que la defensa recurriera a mitos sobre la violación y se atacara su credibilidad.

Los mitos sobre la violación están presentes no solo en los argumentos de la defensa, sino también en los del Ministerio Público, aunque de una forma mucho más implícita. Si bien los fiscales no explican cómo se aplica esta circunstancia al caso y no son asertivos sobre su aplicación, estos argumentan que una circunstancia atenuante en el caso —tal como lo establece el artículo 11.5 del Código Penal— podría ser que el imputado obrara «por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación» (Sentencia RIT N.° 12-2004, p. 1). Aunque la acusación no proporciona una explicación para esta sugerencia, la suposición detrás del argumento combina dos mitos sobre la violación: el mito de «ella lo pidió» y el de «pasión incontrolable»[13]. Lois Pineau (1996) explica metafóricamente el mito de «ella lo pidió» por medio del derecho contractual: al actuar coquetamente o usar ropa provocativa, las mujeres celebrarían un contrato con los hombres mediante el cual prometen participar en actividades sexuales. Por otro lado, el mito de la «pasión incontrolable» sugiere que en determinados escenarios la sexualidad masculina es incontrolable; que en determinado momento el deseo sexual masculino se vuelve incontenible, imparable; y que esto es biológico y natural. Por lo tanto, las mujeres no deben crear la expectativa de participar en actividades sexuales si no tienen la intención de cumplirla. En el caso que nos ocupa, al ir a la casa de un hombre a altas horas de la noche y beber con él, los fiscales parecen argumentar implícitamente que la víctima creó una expectativa razonable de participar en una actividad sexual tal que el acusado no pudo reprimir su deseo. Sin embargo, conceptos como «razonable» adquieren significado de acuerdo a nuestro acervo colectivo de conocimiento y sentido común, y pueden basarse en suposiciones sexistas y patriarcales.

Al final de la sentencia del Tribunal, los jueces parecieron abrazar el razonamiento de la defensa, y su uso de estereotipos y mitos de la violación para dar sentido e interpretar los testimonios y las pruebas con las que fueron confrontados. Al inicio de la sentencia, argumentaron que la víctima había sido calificada —por testigos y por la defensa— como una «casquivana» (Sentencia RIT N.° 12-2004, p. 4), pero que no era eso lo que estaban juzgando, sino si se violó su libertad sexual. En su párrafo de cierre se inclinan por el argumento de la defensa de que, debido a la situación familiar de la víctima y a sus acciones previas a la agresión, era poco probable que fuera violada:

> Valga recordar que, al cierre de la discoteca —aproximadamente a las 5.30 horas—, la muchacha desestimó regresar de inmediato a su

13 Mañalich (2015) analiza los supuestos patriarcales que subyacen a esta categoría jurídica cuando se aplica al femicidio —y, por extensión, a los delitos de género— y rastrea sus raíces históricas en la tradición del *common law*, según la cual la responsabilidad de los hombres era mitigada o excluida cuando mataban a su esposa inmediatamente después de enterarse de su infidelidad. Debido a un cambio jurídico reciente bajo la Ley 21.212, o «Ley Gabriela», esta categoría ya no se puede aplicar en casos de feminicidio en Chile.

> hogar —donde la esperaba el hombre con quien pensaba casarse en septiembre junto a su pequeño hijo— para ir con el joven 'respetuoso y pasivo' con quien había bailado, y quien además se le había declarado tiempo atrás, a una casa —que sabía solitaria— para escuchar música y beber con él, lo que harían hasta que el taxi viniera por ellos dos horas después. A ella nada le parecía raro, ni siquiera que comenzaran a beber sentados al pie de la cama matrimonial. Y cuando él le pidió mantener un acercamiento sexual ella trató de irse, tomó su abrigo y su cartera, pero —según lo manifestó en el contrainterrogatorio de la defensa— no se fue, pues trató de calmarlo, lo que dijo haber logrado un poco y, aunque él estaba alterado, permanecieron conversándole, expresiones todas que crean dudas también razonables acerca de la previsión y posterior trascendencia de una real presión psicológica para someter a la ofendida, de esta precisa manera, al pleno arbitraje sexual del imputado (Sentencia RIT N.° 12-2004, p. 19).

Según el razonamiento de los jueces, la víctima debió haber consentido a la relación sexual básicamente debido a la situación en la que se encontraba. Sugirieron que, debido a que la víctima conocía al acusado y sabía de sus sentimientos por ella; a que accedió a ir por la noche a su casa; y a que estuvo sentada junto a su cama y bebiendo bebidas alcohólicas, es poco probable que fuera obligada a tener relaciones sexuales. Aquí encontramos un mito muy usual en los juicios sobre violación: que se accede a ciertos espacios y/o situaciones solo si se busca tener relaciones sexuales. De manera similar a la defensa, los jueces se enfocaron en los lazos familiares de la víctima, mientras que ignoraron los del presunto victimario. El solo hecho de incluir información sobre su prometido y su hijo, y afirmar que la víctima *desestimó* volver con ellos, indica el estereotipo de género de que las mujeres son cuidadoras y amas de casa que pertenecen al ámbito privado de la familia. En un comentario en un párrafo previo a la discusión de la prueba, los jueces señalaron lo siguiente sobre la víctima: «Y que, en la madrugada en que ocurrieron los hechos, venía de bailar con amigos, pese a tener vida de pareja —dijo incluso que pensaba casarse en septiembre— y un niño de 3 años de edad» (p. 4). Así, indirectamente, le reprochan a la víctima no atender a sus deberes de pareja y madre. Esto está particularmente indicado por la expresión «*pese a tener* vida de pareja» (Sentencia RIT N.° 12-2004, p. 19)[14].

En este caso, como en muchos otros analizados por Fischer y Díaz (2017), los jueces se mostraron escépticos sobre la falta de consentimiento de la víctima e infirieron su consentimiento a partir de circunstancias como el tiempo, el lugar, la relación con el agresor y los vínculos

14 Siguiendo a Cook y Cusack (2010), «los estereotipos hostiles implican una crítica estridente de las mujeres que no se adhieren a las normas tradicionales de la maternidad desinteresada y del ama de casa» (p. 23).

familiares-románticos. Esto es particularmente evidente en la expresión «A ella nada le parecía raro», como si las circunstancias que la rodeaban hubieran llevado naturalmente al sexo. De acuerdo con Schwendinger y Schwendinger (1974), una serie de situaciones tales como «la aceptación de viajes en automóvil, invitaciones a cenar o entrar a los departamentos a solas con un hombre» (p. 21) suelen ser interpretadas como consentimiento. En estos casos se culpa implícitamente a la víctima porque se sugiere que ella tuvo un papel en la agresión. Además, los jueces no solo argumentaron que existen dudas razonables para no condenar al imputado, sino que acogieron la teoría de la defensa al concluir que se produjo una interacción sexual consentida: «únicamente ha quedado establecido que […] se unieron sexualmente en una oportunidad» (Sentencia RIT N.° 12-2004, p. 19)[15]. La interpretación de los hechos por parte de los jueces se guio por conjeturas de supuesto sentido común sobre el comportamiento humano y nuestro imaginario colectivo en torno a las relaciones sexuales, su antesala, y cuándo, dónde y con quién sucede. El papel que juegan estos supuestos, estereotipos de género y mitos sobre violación en el sistema jurídico puede examinarse a la luz de la tradición racionalista de la prueba, que en cierta medida abarca los supuestos probatorios teóricos de las tradiciones del derecho común y del derecho civil. Si bien es esta forma de valoración la que debe seguirse dentro del contexto de un sistema de sana crítica de valoración de la prueba —el sistema prescrito en Chile—, la doctrina procesal y los hábitos interpretativos de los jueces se acercan más a un sistema psicologista y de convicción íntima (Accatino, 2019).

La teoría jurídica feminista y la doctrina probatoria han criticado los supuestos epistemológicos que subyacen a la tradición racionalista de la prueba debido a su falta de perspectiva de género (MacCrimmon, 2001; Martinson *et al.*, 1991; Nicolson, 1994)[16]. Según Donald Nicolson (1994), esta tradición abraza una concepción realista de los hechos que implica que es posible que los seres humanos conozcan y accedan a la verdad objetiva del mundo, y supone que los hechos están libres de valoración. Sin embargo, el lenguaje y la ideología juegan un papel fundamental en la construcción e interpretación de los hechos, ya que la forma en que estos se construyen discursivamente tiene implicancias en la manera en que se interpretan. La tradición racionalista presupone un observador neutral con una competencia cognitiva universal, basada en la idea de que la gente común posee un conjunto de generalizaciones razonables sobre la naturaleza humana y el comportamiento humano,

15 Jonatan Valenzuela (2018) ha discutido el estatus de las hipótesis de la defensa en los juicios. Aunque el estándar requerido para confirmar la teoría de la fiscalía es claro —más allá de toda duda razonable —, no está claro cuál debería ser el estándar para la hipótesis de la defensa.

16 En un trabajo muy importante sobre la doctrina probatoria, William Twining (2006) defiende la tradición racionalista contra la crítica escéptica al argumentar que los críticos no logran horadar sus suposiciones fundamentales. Sin embargo, no se involucra directamente con la teoría jurídica feminista.

y que comprender el comportamiento humano es una cuestión del conocimiento y la experiencia cotidiana (Kinports, 1991, p. 431; Martinson *et al.*, 1991, p. 37). Raymundo Gama sostiene que, en tradiciones del derecho civil como la chilena, las generalizaciones caen dentro de las reglas de la sana crítica para la valoración de la prueba. Este sistema prescribe las máximas de la experiencia, los conocimientos científicos establecidos y la lógica como medios para valorar la prueba (González, 2006). Con base en el estatus del juez o la jueza como un pensadores racionales, los estereotipos de género pueden incorporarse al razonamiento judicial como máximas de la experiencia, ya que varios supuestos o generalizaciones aparentemente de sentido común fundados en la cosmovisión patriarcal —que, en realidad, son estereotipos de género o mitos sobre la violación— probablemente surjan en los juicios por violación. Sin embargo, las generalizaciones son peligrosas porque suelen excluir las perspectivas y experiencias de los grupos marginados (Martinson *et al.*, 1991, p. 38).

VIII. DESCUENTO DE CREDIBILIDAD

Los jueces en este caso le restaron credibilidad a la víctima al desconfiar de ella como testigo. A lo largo de la sentencia judicial, se ataca la credibilidad de la víctima al abordar con sospecha las inexactitudes de su testimonio. Sin embargo, los jueces excusaron las inconsistencias en la declaración del acusado y los testigos de la defensa. Siguiendo a Deborah Tuerkheimer (2017), «[un] oyente se involucra en el descuento de credibilidad cuando, basado en una idea preconcebida defectuosa, reduce la confiabilidad percibida del hablante o disminuye la plausibilidad de su relato» (p. 14). Como se demostrará, los jueces optaron por creer al acusado en varios aspectos en perjuicio de la víctima. Tras reproducir la declaración de la víctima ante el tribunal, los jueces valoraron su testimonio y su comportamiento de la siguiente manera:

> La actitud de la declarante estuvo condimentada con episodios de llanto sin lágrimas, temblor de manos, abundantes rictus faciales, inflexión de voz y un afectado colofón de desfallecimiento antes de alcanzar la salida de puerta de la sala de audiencia. Inexactitudes que también fueron evidentes con el testimonio que entregó al personal a cargo de la investigación, al propio fiscal y al médico (Sentencia RIT N.° 12-2004, p. 7).

Los jueces interpretaron el comportamiento de la víctima en el tribunal como una actuación y la retratan como un testigo poco creíble. El comportamiento y la demostración de emociones son factores importantes para determinar si una víctima es percibida como «ideal» o no. Si bien es difícil para mí comentar sobre el comportamiento de la víctima, ya que no estuve presente en el juicio, los actores jurídicos

tienden a considerar que las víctimas que muestran emociones son más creíbles que las que no exteriorizan emociones, aunque «las reacciones emocionales pueden ser muy variables», tanto en la sala de un tribunal como en la vida cotidiana (Tidmarsh & Hamilton, 2020, p. 6). Los jueces de este caso descartaron todas las situaciones en las que la víctima se comportó como una «víctima ideal» o las volvieron en su contra. Como desarrollaré más adelante, su rápida reacción de huida a la agresión se patologizó y su demostración de emoción se juzgó como falsa y teatral, de manera que, por lo tanto, en la interpretación de los jueces, no reflejaba a una persona que revivía un evento traumático.

Los jueces analizaron minuciosamente las inexactitudes en el testimonio de la víctima ante el Tribunal al contrastarlo con sus declaraciones a la policía y los profesionales de la salud. Al analizar la declaración del médico que la examinó, valoraron negativamente que la versión que ella le dio difería de la que dio en el juzgado: «Sin duda es una narración hiperbolizada y manipulada por la afectada, en cuanto al manejo antojadizo de la situación» (Sentencia RIT N.° 12-2004, p. 14). Los jueces percibieron las inconsistencias de la víctima como indicativas de una animosidad manipuladora. Muy explícitamente —y con lenguaje hostil—, comentan sobre sus inexactitudes al valorar la declaración de un policía: «La insinceridad y [las] torcidas declaraciones de XXXX dadas a la policía, al médico, a los profesionales psicólogos, quedan en evidencia al confrontarlas con las declaraciones que prestó en juicio» (p. 13). Sin embargo, las inexactitudes son comunes en los testimonios de las víctimas de agresión sexual (Tidmarsh & Hamilton, 2020; Ussery, 2022), particularmente cuando tienen que dar múltiples declaraciones. A pesar de ello, las inexactitudes de la víctima en este caso no cuestionaron los hechos básicos del caso. En su declaración durante el juicio, ella cambió algunos de los detalles que había ofrecido a profesionales de la salud y a la policía. Por ejemplo, le había dicho a un psicólogo que el acusado le quitó a la fuerza una prenda íntima y en el juicio dijo que ella misma se la quitó. Además, no mencionó los insultos que recibió en todas las entrevistas y le dio al médico información que no transmitió en el juicio. Sin embargo, las inconsistencias en los testimonios deben evaluarse a la luz de cuántas veces la víctima tiene que repetir su testimonio (Di Corleto & Piqué, 2017, p. 429) y, tal como Corporación Humanas argumentó en su petición, cuánto tiempo pasa entre una declaración y otra. Este es un punto crucial en este caso, ya que todos los comentarios de los jueces sobre las inconsistencias de la víctima están vinculados a un perito diferente o a un testigo que reproduce lo que ella le dijo. Tener que repetir sistemáticamente el testimonio no solo es una forma de revictimización, sino que aumenta la posibilidad de que

los hechos sean narrados de manera diferente o que la víctima recuerde detalles adicionales[17].

El acusado y los testigos de la defensa también presentaron inexactitudes en sus testimonios, pero no se cuestionó su credibilidad. Según dos funcionarios de la Policía de Investigaciones, el imputado confesó el delito cuando le tomaron declaración. No obstante, los jueces argumentan:

> Pero también, a esta altura del desarrollo de la prueba, tiene sentido y resulta creíble lo que afirmó el acusado en el juicio. Fue presionado para declarar en contra de su voluntad y acomodar sus dichos a lo que la denunciante había señalado en su testimonio a los agentes de la Policía de Investigaciones (Sentencia RIT N.° 12-2004, p. 13).

Esta práctica se repite con el taxista que llevó a la víctima y al acusado a la casa de este, pues también presentó inconsistencias en su relato. En su declaración inicial, afirmó que vio a la víctima y al imputado besándose en su taxi, pero en el juicio dijo que no los había visto besarse. Sin embargo, los jueces lo evalúan a él y a otros testigos de la defensa de manera positiva: «Que estos testigos impresionan como sinceros, especialmente el taxista, ya que no conocía al acusado ni lo reconoció en el juicio» (p. 17). Dado que la diferencia entre el trato que se da a la víctima, por un lado, y al acusado y al taxista, por otro, no se basa en el alcance de sus inexactitudes, la razón por la que los jueces los valoran de manera diferente radica en su identidad social.

Como explica Karen Jones (2001), «Los testigos que pertenecen a grupos sociales "sospechosos" y que son portadores de relatos extraños pueden sufrir una doble desventaja. Corren el riesgo de ser doblemente desautorizados como conocedores por lo que son y por lo que afirman saber» (p. 67). La víctima en este caso no solo pertenece a un grupo sistemáticamente considerado sospechoso en el ámbito jurídico —las mujeres víctimas de agresiones sexuales—, sino que su experiencia es la de una mujer que no es una «víctima ideal» y que se encuentra en un escenario en el que el «sentido común» patriarcal asume que hubo sexo consentido. Por lo tanto, el descuento de credibilidad como fenómeno está estrechamente ligado al estereotipo de género de la «víctima ideal». Debido a que la situación no se ajusta a una imagen «ideal» de cómo ocurre la violación y ante quién, se cuestiona la credibilidad de la víctima. Según Randall (2010):

17 En este contexto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español —que ha tenido mucha visibilidad internacional e, incluso, repercusión jurisprudencial en algunos países— establece que, para valorar la credibilidad de una víctima de agresión sexual, deben concurrir tres criterios: ausencia de ganancia secundaria, verosimilitud del testimonio y persistencia de la declaración en el tiempo (Gama, 2020, p. 296; Lousada, 2020, pp. 218-219). La víctima del presente caso, como se pondrá de manifiesto a lo largo del análisis, cumple con todos estos criterios: no existe indicio de que pueda obtener algún beneficio del proceso penal, su testimonio es corroborado por pruebas y peritajes, y ella brindó la misma versión —en lo fundamental— a través del tiempo.

> Las víctimas "malas", aquellas mujeres cuyas vidas, antecedentes y características se apartan de los estrechos confines de las "víctimas ideales" en casos de agresión sexual, son las mujeres cuyos testimonios están sujetos al mayor escrutinio, cuya credibilidad es la más atacada y que se consideran menos merecedoras de la protección del derecho (p. 140).

Como se analizará, los jueces no solo escudriñaron meticulosamente el testimonio de la víctima, sino todas las pruebas y los testimonios que podrían corroborarlo. Los jueces se solidarizaron con las explicaciones del imputado sobre su conducta, al tiempo que propusieron teorías alternativas a las explicaciones que dio la víctima en relación con la suya. Como sabemos, el acusado acudió a la casa de los vecinos de su amigo tras percatarse de que la víctima había ido hasta allí y esperó a que llegara la policía. Frente a ese hecho, los jueces interpretaron que la actuación del imputado no se correspondía con la actuación de un delincuente, ya que —según argumentaron— los culpables suelen huir o ponerse nerviosos tras cometer un delito. Los magistrados acomodaron su interpretación de los hechos al testimonio del acusado, considerando que su actuación fue de sentido común y lógica:

> el acusado —después de que la muchacha huye del lugar— mantuvo una conducta tranquila, se acercó a la casa donde temporalmente se albergó XXXX, pidiendo hablar con ella, permaneciendo en el lugar hasta la llegada de la policía, lo que no se aviene con la conducta que se espera de quien recién ha cometido un delito (Sentencia RIT N.° 12-2004, p. 19).

Si bien es probable que en otros delitos —como el robo con violencia— los perpetradores suelan huir después del hecho, esto no es necesariamente así en los delitos sexuales que involucran a personas que se conocen, especialmente porque el acusado estaba en la casa de su amigo. Si bien los jueces ofrecen una interpretación favorable para las acciones y declaración del acusado, lo contrario ocurre con la víctima. La conducta de la víctima y la racionalidad de sus actos se cuestionó, ya que el hecho de que corriera desnuda desde la casa del acusado hasta la casa de los vecinos fue considerado por los jueces como un posible síntoma de trastorno psiquiátrico. Aunque no existía ninguna base para atribuir una patología mental a la víctima, los jueces dieron igual validez a la teoría de la supuesta enfermedad psiquiátrica, el comportamiento en estado de ebriedad de la víctima y la propia explicación de esta como la causa de que corriera a la calle el día en cuestión. Para rebatir el testimonio de un psicólogo de que la víctima presentaba síntomas de trastorno de estrés postraumático (TEPT), la defensa especuló —sin prueba alguna— que la víctima pudo haber heredado una enfermedad mental de alguien de su familia. Tomando en serio esta especulación, los

jueces argumentaron que era necesaria la intervención de un experto para entender por qué huyó desnuda de la casa:

> El episodio que protagonizó XXXX, de huir desnuda a la calle, hacía imprescindible contar con una opinión experta, pues la etiología de esta conducta puede tener muchas fuentes y muchas complicaciones, incluso contribuir a dar certeza al hecho de la violación. Si las causas pueden ser diversas, los efectos también lo son, sobre todo si una persona puede abrigar alguna patología (Sentencia RIT N.° 12-2004, p. 9).

Sin embargo, si se confiara en la declaración de la víctima, sería de sentido común creer que corrió para escapar de una agresión sexual, en lugar de buscar explicaciones alternativas para su comportamiento. También se podrían haber ofrecido posibles explicaciones respecto de la decisión del acusado de no huir, pero los jueces no las buscaron porque optaron por creerle. Por el contrario, los jueces ofrecieron explicaciones para las inexactitudes del acusado y del taxista. En última instancia, los jueces no confiaron en la víctima como testigo creíble; es más, realizaron un análisis mordaz de las inexactitudes de su testimonio y especularon que podría haber huido por una razón distinta a la de haber sido agredida sexualmente.

IX. VALORACIÓN DE LA EVIDENCIA SIN PERSPECTIVA DE GÉNERO

El título de esta sección se refiere a una categoría muy amplia, que podría decirse que abarca muchas de las otras formas de sesgos de género discutidas en este artículo; sin embargo, en esta sección me refiero específicamente a cómo los jueces ignoraron la prueba indiciaria y no analizaron todos los hilos de las pruebas en su conjunto, tal como lo prescribe la jurisprudencia de la Corte IDH cuando se trata de una agresión sexual y otros delitos de género. Mi enfoque principal está en el testimonio de los profesionales (una psicóloga, un psicólogo y un médico) y en la evidencia material (un collar roto y un pantalón desgarrado). Los jueces desestimaron no solo el testimonio de la víctima, sino todas las pruebas a su favor presentadas por el Ministerio Público, que daban fe de su testimonio (fotografías, ropa desgarrada, collar roto, y declaraciones de testigos y peritos). Entre otras razones, los jueces argumentaron que los peritos que prestaron testimonio no tenían autoridad para diagnosticar el TEPT y que las pruebas presentadas por el Ministerio Público eran de baja calidad. Todos los profesionales que fueron testigos de cargo manifestaron que la víctima parecía creíble y profundamente afectada[18], y ofrecieron ejemplos concretos de su estado

18 Dos de ellos declararon como peritos, pero el terapeuta de la víctima optó por no hacerlo.

emocional, mental y físico; no obstante, los jueces buscaron formas de descartar sus declaraciones.

La primera psicóloga en declarar, quien había estado haciendo terapia con la víctima durante algún tiempo, diagnosticó a la víctima con TEPT debido a síntomas persistentes que, de acuerdo con su experticia, fueron un efecto de la agresión sexual. Describió que, cada vez que la víctima estaba en terapia y tenía que hablar de lo sucedido, desarrollaba ciertos síntomas que también aparecían cuando estaba cerca de edificios del Ejército, ya que la víctima los asociaba con lo que había experimentado, puesto que su atacante estaba en dicha institución. Los jueces parafrasearon el testimonio de la psicóloga de la siguiente manera: «[La víctima] cree que decía la verdad, porque su relato es coherente con lo que le pasó y de allí se derivaron sus síntomas» (Sentencia RIT N.° 12-2004, p. 8). Esta psicóloga no quiso declarar como perito porque, como declaró ante el tribunal, sintió que su papel era tratar a la víctima y no cuestionar su veracidad. Los jueces terminaron por descartar lo expuesto por esta psicóloga argumentando que no fue del todo imparcial porque, como terapeuta de la víctima, no la cuestionaría. También descartaron su autoridad para diagnosticar TEPT con base en la lectura de un artículo publicado en la *Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría*, el cual no citan. Leí todos los artículos que abordaban el TEPT en dicha revista publicados antes del juicio y solo encontré uno que trataba sobre el diagnóstico de TEPT (Carbonell, 2004). Sin embargo, Carbonell afirma explícitamente que está describiendo el funcionamiento de un hospital en particular, donde los pacientes en casos relacionados con la salud mental primero deben ser diagnosticados por un psiquiatra, quien luego los deriva a un psicólogo si es necesario; y que, en otros casos de atención primaria en establecimientos de salud, es un psicólogo quien realiza primero el diagnóstico (comunicación privada)[19].

El segundo psicólogo trabajaba en la Unidad de Víctimas y Testigos del Ministerio Público, y realizó al menos dos entrevistas con la víctima. Llegó a la conclusión de que la víctima tenía TEPT, ya que reexperimentaba el evento traumático a través de recuerdos intrusivos, pesadillas, incapacidad para recordar fechas y temblores musculares distales. Sin embargo, más adelante en su testimonio, pareció matizar su diagnóstico: «Para determinar si se está en presencia de un estrés postraumático, lo ideal es esperar que pase un mes para poder precisarlo, pero lo que él demostró podría corresponder a ello» (Sentencia RIT N.° 12-2004, p. 15). Paradójicamente, esto es lo que hizo la primera psicóloga, que diagnosticó a la víctima TEPT después de tratarla durante

19 Un profesor de psicología forense me señaló en una entrevista que los psicólogos diagnostican regularmente el TEPT y brindan testimonio experto en relación con él en los juicios. El problema parece estar en una cultura jurídica y médica que otorga más autoridad a los psiquiatras que a los psicólogos, en detrimento de las víctimas y en contra de las normas jurídicas.

un tiempo, pero este hecho fue ignorado por los jueces. El psicólogo declaró lo siguiente sobre su evaluación: «La evaluación que hace de ella, es que es una mujer con un nivel intelectual normal, afectada ostensiblemente por su estado emocional. Lo que predominó en ella fueron los sentimientos de ansiedad, de indefensión, de vergüenza y autoculpación [*sic*] por lo ocurrido» (p. 14). El psicólogo concluyó que la víctima fue violada en una situación de indefensión; el agresor era una persona conocida y la situación se transformó bruscamente de un contexto recreativo a uno de sometimiento violento. Además, señaló que «[la víctima] le pareció veraz porque su discurso era coherente, había relación entre lo dicho, el evento y los efectos» (p. 15). También ofreció algunos análisis que contradecían la teoría del Ministerio Público, por ejemplo, al afirmar que no hubo uso de la fuerza, sino que la víctima fue intimidada.

Los jueces también valoraron negativamente el testimonio del psicólogo, ya que señalaron que la propia víctima fue la fuente de todos sus análisis. No obstante, los y las peritos han sido una parte esencial del sistema judicial cuando se trata de evaluar la credibilidad y el daño de las víctimas, aunque la práctica de presentar testigos expertos para abordar la credibilidad de las víctimas está gradualmente cayendo en desuso. Los jueces también valoraron negativamente el hecho de que, según el psicólogo, la víctima hubiera sido intimidada en lugar de forzada, lo que contradice la teoría del Ministerio Público. Sin embargo, aunque esto parece ser una inconsistencia, se podría argumentar que tanto la fuerza como la intimidación estuvieron en juego en su agresión, en relación con el testimonio de la víctima. Los jueces finalmente valoraron su testimonio de la siguiente manera: «En suma, esta peritación no es un aporte sustantivo para el esclarecimiento de los hechos, sino simples conjeturas o aproximaciones» (p. 15). Los jueces afirmaron, además, que el psicólogo dijo que los síntomas de la víctima no fueron causados por el TEPT, que tenía un trastorno de personalidad y que un psiquiatra debería haberla diagnosticado; pero el perito no mencionó nada de lo anterior, al menos no en lo que los jueces reprodujeron como su testimonio. Casas y Mera (2004) argumentan que es común que los jueces malinterpreten el testimonio de los peritos y lo utilicen para argumentar lo contrario de lo que declaran, lo que, en mi opinión, se relaciona en parte con la discrecionalidad que aplican a su trabajo discursivo de parafraseo (p. 83).

La víctima también fue examinada por un médico, que concluyó que había sido agredida sexualmente: «por la historia contada por el paciente y las lesiones descritas, concluyó que hubo abuso sexual» (Sentencia RIT N.° 12-2004, p. 14). A pesar de ello, los jueces ignoraron esta parte de su testimonio y no la valoraron en la sentencia escrita. Se refirieron a su declaración para resaltar su falta de asertividad al argumentar que la víctima estaba bajo un *shock* emocional: «Concluye

que *le pareció* que la paciente cursaba un shock emocional» (p. 14)[20]. Si bien los jueces tienden a preferir el testimonio forense proporcionado por los médicos del Servicio Médico Legal (Casas & Mera, 2004), en Chile cualquier médico puede brindar legalmente un análisis forense (Meriño, 2010, p. 95). Además, la defensa no proporcionó testimonios forenses o periciales que pudieran cuestionar los proporcionados por el Ministerio Público. Es decir, los jueces percibieron con escepticismo todos los testimonios periciales y profesionales que pudieran reforzar la credibilidad de la víctima, y escudriñaron minuciosamente hasta el más mínimo rastro de subjetividad en ellos. Estos hallazgos son consistentes con estudios que muestran que el testimonio de peritos en casos de delitos sexuales tiende a evaluarse con el más alto nivel de escepticismo y escrutinio en comparación con otros delitos (Duce, 2018). Así, aunque tres profesionales afirmaron que la víctima era creíble y dos de ellos sustentaron su testimonio con sus síntomas, los jueces simplemente ignoraron sus conclusiones.

En cuanto a la prueba material, la víctima manifestó que el imputado le desgarró el pantalón y le rompió los botones cuando la desnudó por la fuerza. Los pantalones le fueron mostrados a la víctima en el juicio y ella los reconoció: «Hace una descripción del pantalón que el acusado le arrancó y desgarró, que era de color negro con un cierre y tenía dos botones y que él se los rompió» (Sentencia RIT N.° 12-2004, p. 5). Los jueces concluyeron que el pantalón era viejo y la tela era de mala calidad, por lo que «Se concluye, que no corresponde a un acto de violencia ejercida por el acusado» (p. 6). Uno de los funcionarios de la Policía de Investigaciones que entrevistó a la víctima en el hospital vio sus pantalones en la sala de emergencias y afirmó que «Tenía señales de fuerza. Eran pantalones negros de tela, estaba roto a sus costados» (p. 12). El perito de la Policía de Investigaciones que fotografió la escena del crimen también tomó fotos del pantalón en el hospital. Manifestó que presentaban un desgarro en la entrepierna y que «le impresionaron al testigo, producido por energía de arrastre o de tirón, sin intervención de algún elemento cortante» (p. 13). Los jueces reaccionaron negativamente a esta declaración y señalaron que «podría influir equívocamente a estos jueces» (p. 13). Así, mientras la víctima afirmó que sus pantalones fueron desgarrados por la fuerza con la que el imputado los jaló, y otros dos testigos de la Policía de Investigaciones dijeron haber visto señales de fuerza, los jueces señalaron que se rompieron porque eran viejos y de baja calidad. De esta manera, los jueces no solo ignoran la declaración de la víctima, sino las percepciones de otros dos testigos. Adicionalmente, la víctima manifestó que, mientras el imputado intentaba someterla, esta le rompió un collar que llevaba, pensando que podría ser utilizado

20 Énfasis añadido.

posteriormente como prueba de forcejeo. Los jueces parafrasearon su testimonio de la siguiente manera: «[Dijo que] ella se defendía y le cortó una cadena que llevaba al pecho, ya que pensó que con esa especie en su poder lo iba a denunciar» (p. 5). No obstante, no le dieron ningún valor a su testimonio y optaron por creerle al acusado:

> En relación a la prueba material consistente en una gargantilla de propiedad del acusado, la que se habría cortado por la acción de la ofendida, quien se la habría arrancado del cuello, no es prueba conducente, ya que el ofensor refiere que fue a él mismo a quien se le cortó cuando él se sacó el *Beatle*» (p. 6).

La jurisprudencia reciente de la Corte IDH establece que valorar la prueba con perspectiva de género implica valorar toda la prueba de manera holística (Di Corleto, 2018; Zelada & Ocampo, 2012), prestando atención a las pruebas indiciarias o «pistas» del crimen. Es decir, la prueba debe ser valorada en su conjunto, examinando cómo los diversos hilos se relacionan y se refuerzan entre sí (Di Corleto, 2018, p. 4) —como lo señaló la Corte en el caso *"Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala* (1999)—, mientras que se debe dar un valor reforzado a las declaraciones de las víctimas. En este caso, los jueces no realizaron un análisis general de cómo las pruebas en su conjunto apuntaban a la posibilidad de una agresión sexual al desestimar el testimonio de tres profesionales que argumentaron que la víctima era creíble y dos que sostuvieron que presentaba síntomas de TEPT como resultado de la agresión. Los jueces ignoraron indicios como el collar roto y el pantalón desgarrado, que eran signos de forcejeo y fuerza, según detectó la Policía de Investigaciones. En el *Caso Algodonero* (2009), los jueces analizaron varios indicios que apuntaban a que hubo violencia sexual y concluyeron que esta se había producido, mientras que en el caso bajo estudio los jueces ignoraron todas las pruebas indirectas. Además de estas pruebas, se contaba con la declaración de la víctima que decía que fue agredida sexualmente, quien, además, corrió a la casa de al lado, desnuda y llorando, inmediatamente después de la agresión. Al centrarse exclusivamente en los matices que mencionaron el médico y el psicólogo sobre el *shock* emocional y el TEPT, e ignorar sus afirmaciones sobre la probabilidad de una agresión sexual, los jueces no valoraron por completo el testimonio de los peritos ni lo analizaron a la luz de las declaraciones de la policía, el testimonio de la víctima y otras pruebas materiales indiciarias. Un razonamiento holístico que considerara toda la prueba indiciaria, abarcando la totalidad de sus hilos, al menos arrojaría alguna duda sobre la declaración del acusado.

X. REQUISITO DE LESIÓN CORPORAL PARA DAR CRÉDITO A LA HIPÓTESIS DE VIOLACIÓN POR LA FUERZA

Como se desarrolló en la sección anterior, las mujeres víctimas de agresiones sexuales suelen ver cuestionada su credibilidad en los tribunales. Un factor que aumenta el escepticismo de los actores judiciales hacia las víctimas es que estas no presenten lesiones o huellas físicas de violencia. Una serie de investigaciones ha demostrado que las agresiones sexuales a menudo no dejan lesiones visibles; sin embargo, como afirman Hlavka y Mulla (2021), existe una «presunción de lesiones» arraigada en el ámbito jurídico cuando se trata de violación, la cual sería otro de los muchos mitos sobre la violación que surgen en los juicios. Huda (2022) argumenta que existe una «ciencia de la incredulidad» contra las mujeres víctimas de agresión sexual, que implica considerar la penetración como consentida o cuestionar a la víctima cuando no presenta lesiones corporales. Al considerar las pruebas médico-legales como la principal prueba de la violación, en ausencia de lesiones visibles, las víctimas ven disminuida su credibilidad. Según Hlavka y Mulla (2021), «la mayor parte de las agresiones sexuales no tienen testigos y no dejan lesiones visibles. Y, sin embargo, en un tribunal de justicia, a menudo se espera y se requiere corroboración, y pruebas de lesiones físicas» (p. 5); mientras que, según Tidmarsh y Hamilton (2020), «las tasas de lesiones durante la agresión sexual son, sin embargo, variables, y las víctimas de violación pueden o no sufrir lesiones. Algunas investigaciones han encontrado tasas muy bajas de lesiones durante violaciones o agresiones sexuales» (p. 5). Además, estos autores señalan que la lesión genital a menudo no es concluyente porque es difícil determinar si es el resultado de relaciones sexuales consentidas o no consentidas.

El estudio realizado por Casas y Mera (2004) destaca que no todas las agresiones sexuales dejan huellas; no obstante, incluso cuando lo hacen, el estudio muestra que existen importantes problemas y sesgos en el ámbito médico-legal chileno a la hora de documentarlas adecuadamente. Las autoras descubrieron que los médicos forenses no documentan adecuadamente las lesiones en las niñas y las adolescentes, mientras que en los niños las exageran (p. 35). Del mismo modo, los médicos que se desempeñan en hospitales son reacios a examinar a las víctimas y, por lo general, subestiman sus lesiones. Sin embargo, Tidmarsh y Hamilton (2020) enfatizan que el aspecto más importante a tener en cuenta es que «la credibilidad de las víctimas de violación no debe basarse en si sufrieron lesiones o no» (p. 6). En este caso, como se mencionó en la sección anterior, había suficiente prueba indiciaria para condenar al acusado, pero los jueces la ignoraron.

El delito de violación está tipificado en el artículo 361 del Código Penal chileno, donde se define como un delito que se produce cuando la

penetración se realiza en tres circunstancias posibles: a) con uso de fuerza o intimidación, b) cuando las víctimas estén privadas de sentido o el imputado se aproveche de su incapacidad para oponerse, y c) cuando el acusado se aprovecha de la enajenación o trastorno mental de la víctima. Activistas feministas, y cada vez más la doctrina argumentan que estas definiciones de violación dejan de lado muchas situaciones en las que las víctimas no dan su consentimiento (por ejemplo, cuando la víctima está dormida o incapacitada por el alcohol) y abogan por que las nociones de consentimiento afirmativo sean codificadas en la ley (Burgin, 2019; Halley, 2016; Pérez, 2016; Tuerkheimer, 2016). Particularmente, en los casos de violación por la fuerza, existe la expectativa de que la víctima presente lesiones como resultado de la agresión. Este requisito está íntimamente ligado a la exigencia de que la víctima se resista a su agresor. Según Rodríguez (2000), desde una perspectiva político-criminal, este requisito distorsiona el alcance de la protección que brindan las leyes contra la violación, ya que pone en peligro la integridad física y la vida de las víctimas, especialmente dado que no se requiere resistencia en otros delitos violentos. Este autor argumenta que el requisito de que la víctima resista a su agresor para probar la hipótesis de la violación por la fuerza es aceptado en la doctrina chilena tradicional (pp. 191-192), aunque la ley chilena no lo especifica. La investigación realizada por Cabal *et al.* (2001) muestra de manera similar que la falta de lesiones visibles en la hipótesis de violación por fuerza sugiere que el acusado será absuelto (pp. 140-141). En este sentido, la jurisprudencia y la doctrina tradicional restringen el acceso de las mujeres a la justicia.

A lo largo de la sentencia del caso que nos ocupa, los jueces destacaron que varios testigos habían declarado que no vieron lesiones en el cuerpo de la víctima y emplearon dichas declaraciones para desestimar el uso de la fuerza[21]. Sin embargo, estos testigos también proporcionaron información muy importante sobre el estado anímico de la víctima en diferentes periodos después de la agresión (ya fuera inmediatamente después o el mismo día). Estos son, quizás, los únicos rasgos de «víctima ideal» que cumple la mujer de este caso, ya que denunció la agresión inmediatamente después de que ocurrió y manifestaba estar muy afectada por el hecho; no obstante, los jueces también ignoraron esas situaciones. Uno de estos testigos fue la mujer que acogió a la víctima en su casa cuando se escapó del acusado. Además de manifestar que «Ella no tenía lesiones visibles en el cuerpo» (Sentencia RIT N.° 12-2004, p. 6), esta mujer precisó que, estando profundamente

21 Los jueces reprodujeron los testimonios de estos testigos parafraseándolos. Los ofrecieron como si fueran ininterrumpidos y como si los testigos hubieran planteado espontáneamente la ausencia de lesiones. Especulo que todas las preguntas sobre lesiones corporales fueron hechas por la defensa, pero los jueces no especificaron si estos testigos estaban respondiendo a preguntas de la acusación o de la defensa, excepto en el caso del primer oficial de la Policía de Investigaciones, donde afirmaron que la defensa hizo la pregunta sobre las lesiones.

dormida, alrededor de las 7:00 a. m., «escuchó unos gritos horribles y salió a abrir la puerta e ingresó una niña desnuda llorando, se tiró al piso y decía que la habían violado y que quería ayuda y continuaba gritando, sin poder calmarla» (p. 7). Adicionalmente, dos policías que acudieron al lugar del crimen manifestaron que no vieron lesiones en el cuerpo de la víctima. Uno de ellos también afirmó que estaba llorando «histéricamente», mientras que el otro señaló que «allí había una muchacha semidesnuda, quien lloraba y gritaba, estaba fuera de sí. Cuando llegó la ambulancia, la víctima se tomó de su mano para no quedar sola» (p. 10). Además, dos funcionarios de la Policía de Investigaciones acudieron al hospital para entrevistar a la víctima. Si bien también afirmaron que no vieron lesiones en el cuerpo de la víctima al encontrarla allí, ambos dijeron que «la víctima que estaba muy afectada» (p. 12)[22]. Así, mientras los jueces utilizaron todos estos testimonios para concluir que no hubo uso de la fuerza, ignoraron todas las declaraciones de los testigos que reforzaron la credibilidad de la víctima.

El último testigo en declarar en relación con las lesiones corporales —el médico que examinó a la víctima— afirmó que comenzó a interrogarla sobre lo sucedido, pero fue muy difícil «porque no dejaba de llorar» (p. 13). Él pensó que ella estaba sufriendo un *shock* emocional. Por otro lado, el médico ofreció un testimonio un tanto contradictorio sobre si vio lesiones en su cuerpo. Los jueces señalaron en la sentencia que el médico manifestó: «No tenía lesiones corporales; en la mano izquierda o derecha tenía una erosión». Posteriormente, consultado por el fiscal, agregó que la víctima presentaba «equimosis en la muñeca, cadera y un hematoma en la rodilla» Al final de su declaración, el médico es citado por el juez redactor diciendo: «Concluye que detectó lesiones leves y observación de abuso sexual» (p. 14), reproduciendo lo que indicó en el comprobante de atención de urgencia. Sin embargo, en su valoración del testimonio del médico, los jueces afirmaron que la única lesión que se le podía atribuir al acusado es la de la muñeca y que el médico dijo que no sabía con certeza qué la había causado.

Con base en las declaraciones del médico y de los demás testigos, los jueces concluyeron que no hubo uso de la fuerza: «Tampoco presentó lesiones corporales, de manera que, a lo menos en el cuerpo no se ejerció fuerza para doblegarla» (p. 7). Si bien la ley que tipifica la violación no especifica que las lesiones corporales sean un requisito *sine qua non* para condenar por violación por la fuerza, o incluso un requisito en absoluto, los jueces, siguiendo el mito de la «presunción de lesiones» (Hlakva & Mulla, 2021), establecieron una relación causa-efecto entre la hipótesis de violación por la fuerza y la presencia de lesiones corporales: «Conforme al relato de la presunta víctima en el juicio, de haber sido forzada por

22 Sobre este punto, véase también la Sentencia RIT N.° 12-2004 (p. 11).

el imputado XXXX, la fuerza debió manifestarse en forma objetiva, ya sea en lesiones corporales o en daños en los vestidos» (Sentencia RIT N.° 12-2004, p. 18). Sin embargo, como se mencionó al comienzo de esta sección, muchas víctimas de agresiones sexuales, incluidas las de violación por la fuerza, no presentan lesiones. Una fiscal que entrevisté durante el año 2023, que se especializa en delitos sexuales, afirmó que muchas veces la fuerza no deja rastros. Ella además señaló que si bien es ideal poder probar la fuerza de alguna manera directa, a veces esta debe deducirse de la declaración de la víctima y del resto de las pruebas. En este caso, si los jueces hubieran dado valor a la declaración la víctima, se podría haber inferido el uso de la fuerza por su declaración, el collar roto, el pantalón rasgado y el testimonio del médico.

XI. DISCUSIÓN DE LA HISTORIA SEXUAL DE LAS VÍCTIMAS

Uno de los aspectos más estresantes para las víctimas de delitos sexuales es la discusión en tribunales sobre sus experiencias sexuales previas. Debido a una arraigada cosmovisión patriarcal, de acuerdo con la cual la sexualidad de la mujer debe reservarse para las relaciones estables y el matrimonio, las mujeres pueden sentirse avergonzadas por haber tenido encuentros sexuales previos, especialmente con hombres que no eran sus parejas. A menudo, los abogados defensores suelen interrogar a las víctimas sobre sus experiencias sexuales previas para sugerir que es poco probable que hayan sido agredidas, lo que implica que solo las mujeres sin experiencia sexual pueden ser agredidas (Flowe *et al.*, 2007; Zúñiga, 2018, p. 227). Mientras que las leyes que prohíben discutir la experiencia sexual previa de las víctimas han estado en el centro del debate sobre los procesos judiciales por violación en los Estados Unidos y otros países bajo el sistema del *common law* (Easton, 2000), en Chile no existen reglas formales o debates en el ámbito académico sobre su pertinencia[23]. Grupos feministas en Chile, particularmente en casos mediáticos en que el público puede conocer el tipo de interacciones que hubo en los tribunales, protestan cuando las víctimas son interrogadas sobre sus parejas sexuales anteriores en un proceso judicial. Estas interrogaciones tienen un efecto revictimizador, tal como sucedió en un caso reciente en el que la víctima se suicidó como resultado de una agresión sexual (*Caso Pradenas*, 2022)[24]. En dicho caso, el abogado defensor hizo comentarios sobre las ex parejas sentimentales de la víctima.

23 Sin embargo, este no es el caso de otros países latinoamericanos. Las Cortes Supremas de Justicia de Colombia y México establecieron hace décadas que el historial sexual de una víctima es irrelevante para determinar el consentimiento (Lemaitre, 2001, p. 592). Adicionalmente, la Corte Constitucional de Colombia declaró en 2005 que es *prima facie* inconstitucional presentar pruebas sobre el historial sexual de las víctimas en un proceso, ya que es una violación de su derecho a la privacidad.

24 Resuelto por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco el 26 de agosto de 2022, Sentencia en causa RIT N.° 26-2022.

El tema ha surgido recientemente en Chile en relación con el Proyecto de ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. El artículo 47 del proyecto de ley señala que está prohibido discutir los antecedentes sexuales de una víctima durante el proceso penal, a menos que el tribunal, la defensa o la Fiscalía lo consideren esencial para el caso. De tener que abordarse la temática, el artículo especifica que debe hacerse sin recurrir a estereotipos de género. El artículo 24 también establece este deber para la investigación penal por parte de la Fiscalía[25]. Sin embargo, incluso si estos artículos se aprueban en la versión final del proyecto de ley, investigaciones desde la antropología lingüística en los Estados Unidos han demostrado que la legislación que prohíbe la discusión de la historia sexual de las víctimas no siempre impide que los abogados defensores usen insinuaciones que aluden a su experiencia sexual previa (Matoesian, 2001). Además, otros estudios han demostrado que dichas leyes son ineficaces debido a la falta de aplicación por parte de jueces y fiscales (Kulshreshtha, 2023), en parte debido a una cultura jurídica adversarial en la que «los jueces están ansiosos por demostrar su neutralidad y prefieren permanecer pasivos» (p. 9)[26].

En ciertos casos, la discusión de la historia sexual previa de una víctima puede conducir a un raciocinio que permita absolver al acusado. Esta es la razón por la que, en los sistemas de *common law* donde existe legislación que prohíbe discutir la experiencia previa sexual de una víctima, existen excepciones a esta regla (Flowe *et al.*, 2007); por ejemplo, cuando un juez lo considera relevante o cuando se trata de interacciones sexuales previas con el acusado. No obstante, en el presente caso, la defensa no ofreció ninguna razón para justificar la discusión sobre la experiencia sexual previa de la víctima. Dicha información únicamente fue utilizada para sugerir que ella era una mujer promiscua y que, por lo tanto, el sexo con el acusado sería consensuado. La defensa presentó en total siete testigos: el taxista y seis militares conocidos del acusado. El taxista indicó que recogió a la víctima y al acusado alrededor de las 5:00 a. m., y que los llevó a una dirección determinada. Mencionó que conocía a la mujer porque ella solía ir a discotecas y él la llevaba muchas veces. El juez redactor señala que al taxista se le hizo una pregunta, y respondió que le parecía que la víctima y el acusado actuaban como pareja. Luego se le hizo otra pregunta y «A la pregunta que se le formuló, respondió que la dama iba a distintos domicilios, con distintos hombres después de terminada la discoteca» (Sentencia RIT N.° 12-2004, p. 16). No hay registro de la pregunta que se hizo, muy probablemente de parte del abogado defensor, por lo que no se puede determinar si preguntó directamente

25 «En los casos de violencia contra las mujeres, el silencio, la falta de resistencia o la historia sexual previa o posterior de la víctima no podrán ser valorados como demostración de aceptación o consentimiento de la conducta».

26 En relación con esto, Zúñiga (2018) habla de «pactos patriarcales» que continúan operando en la práctica incluso después de un cambio legislativo (p. 230).

sobre la historia sexual de la víctima o, como sugiere Matoesian (2001), hizo una pregunta indirecta que arrojaría este resultado. De cualquier manera, siempre que surjan preguntas que puedan conducir a discutir las experiencias sexuales de una persona sin ofrecer una justificación clara para ello, jueces y fiscales deben intervenir[27].

El segundo testigo era un colega del acusado, quien le prestó su casa para que pudiera ir allí con su novia. Habló de la víctima en los siguientes términos:

> [Él] la conoce hace un par de años, onda carrete, cuando iba a bailar[,] incluso anduvo con ella porque la encontró bonita. En una oportunidad ella estuvo en su casa, en su cama, ambos junto a otra pareja. Ella estaba solo en camisa de dormir y sin nada debajo. No hubo sexo porque se sintió cohibido (Sentencia RIT N.° 12-2004, p. 17).

El tercer y el cuarto testigo simplemente dieron fe de hechos indiscutibles en el caso: que vieron al acusado y a la víctima en el club el día en cuestión. El quinto testigo dijo que no sabía nada de los hechos del día en cuestión, pero que conocía a la víctima:

> [Él] nada sabe de los hechos, pero sí conoce a la XXXX, la ha visto en la discoteca y también en una fiesta que hizo el Ejército. Los comentarios que hay sobre ella es que [*sic*] es una muchacha fácil y que incluso —se lo dijo su cuñado— que la ex pareja de XXXX la dejó porque se acostaba con cualquiera (p. 17).

El sexto testigo era un suboficial del Ejército que dijo conocer a la víctima ya que ambos concurrían a la discoteca. Testificó que ella «[e]ra desinhibida y bebía bastante. Siempre se le vio en las fiestas con diferentes acompañantes» (p. 17). El séptimo testigo era un cocinero del Ejército. Declaró que conocía a la víctima porque ella

> iba siempre al casino del Ejército, con distintos acompañantes. Recuerda que en una oportunidad estaba en la discoteca y ella estaba con un grupo de personas tomando cerveza, cuando se le acercó y le pidió $50 000, y él le preguntó cómo se lo pagaría, y ella le dijo «cómo quieres que te lo pague, si quieres te lo pago con sexo». No le pasó la plata y le impresionó como si fuera una prostituta (p. 17).

El segundo, quinto, sexto y séptimo testigo no ofrecieron información relevante sobre los hechos controvertidos y se limitaron en sus declaraciones a retratar —al menos en lo reproducido por los jueces— a la víctima como una mujer promiscua, licenciosa y que frecuentemente se dedicaba a practicar relaciones sexuales con extraños. Uno de ellos la

27 Un cambio legislativo reciente, introducido por la Ley 21.523 («Ley Antonia»), ofrece a las víctimas de violencia sexual varias medidas de protección contra la revictimización.

comparó explícitamente con una prostituta. Que se hayan presentado cuatro testigos, que en su mayoría testificaron para discutir la historia sexual previa de la víctima, sugiere que la estrategia implícita de la defensa fue inferir el consentimiento de un estilo de vida promiscuo y, al no intervenir, los jueces revictimizaron a la víctima por cuestiones impertinentes al caso. Además, en lugar de valorar estos testimonios con perspectiva de género en su sentencia, reforzaron su valor probatorio al afirmar «[q]ue estos testigos impresionan como sinceros, especialmente el taxista, ya que no conocía al acusado ni lo reconoció en el juicio» (p. 17). Como se dijo anteriormente, el taxista había cambiado su testimonio, pero, a diferencia de la víctima, no perdió credibilidad por ello.

XII. UNA EVALUACIÓN DEL CUADERNO: ¿HUBIERA SIDO DIFERENTE EL RESULTADO DEL CASO SI EL CUADERNO SOBRE CÓMO JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO HUBIERA ESTADO EN VIGOR EN EL AÑO 2004?

Desde el año 2015, la Corte Suprema se ha esforzado para que el Poder Judicial de Chile se convierta en una institución que incorpore una perspectiva de género en sus prácticas. En este contexto, la Secretaría solicitó a dos abogadas de derechos humanos especialistas en temas de género la elaboración de un cuaderno de buenas prácticas sobre cómo juzgar con perspectiva de género. La mayor parte del cuaderno consiste en explicaciones de conceptos como acceso a la justicia, interseccionalidad, violencia contra las mujeres, estereotipos de género, y de resúmenes y extractos de jurisprudencia emblemática de la Corte IDH relacionada con estos conceptos. Quizás la sección más útil para el ejercicio jurisdiccional es la denominada «Matriz para aplicar los principios de igualdad, no discriminación y perspectiva de género en las sentencias» (2019, p. 89), que ofrece varias sugerencias para analizar los procesos con una perspectiva de género.

La matriz propone seis etapas para el análisis de casos, que se dividen en varios pasos. Detallaré los aspectos más relevantes de cada paso en relación con el caso objeto de estudio y, por tanto, no incluiré toda la información asociada a cada uno. La primera etapa —caracterización del caso— requiere que los jueces describan el caso en detalle para examinar su contexto. Se sugiere que identifiquen el contexto geográfico y cultural en el que ocurrieron los hechos; la pertenencia de las partes a minorías raciales, sexuales, lingüísticas o religiosas, entre otras; y que se explicite qué derechos de las víctimas fueron violadas, quién debía garantizarlos, y si las medidas de protección son necesarias de acuerdo con las particularidades del caso. En la segunda etapa —análisis y desarrollo del caso— se solicita a los jueces que actúen con diligencia para asegurar que la investigación y el proceso no se retrasen; que se escuche a las víctimas; se identifique las relaciones de poder que existan

en el caso y los estereotipos que puedan surgir de los jueces y las partes; y, finalmente, que se determine si existen situaciones de interseccionalidad.

La tercera etapa es la valoración de la prueba. Esta etapa tiene un solo paso, que implica tomar en consideración las dinámicas particulares de la violencia de género al momento de evaluar las pruebas. Por ejemplo, las víctimas de violencia de género que se retractan de su testimonio no deben considerarse testigos inconsistentes, ya que es posible que no quieran continuar con el proceso por miedo o dependencia económica. Adicionalmente, se sugiere que los jueces concedan especial relevancia a la primera declaración de la víctima, que la consideren como prueba relevante y que eviten la revictimización.

La cuarta etapa se refiere al análisis jurídico. El primer paso especifica que el marco normativo para resolver un caso es amplio, ya que incluye los tratados internacionales y las obligaciones internacionales contraídas por el Estado; mientras que el segundo paso señala que los jueces deben analizar la presunta neutralidad de las normas jurídicas. La quinta etapa, que involucra un solo paso, sugiere revisar la jurisprudencia nacional e internacional relacionada con la desigualdad de género, la discriminación y la violencia. Finalmente, la sexta etapa se refiere a la elaboración de la sentencia judicial. Incluye tres pasos: los jueces deben redactar una sentencia judicial que exponga las asimetrías de poder y los estereotipos, y que evite la revictimización; su elaboración debe conllevar un efecto pedagógico y transformador; y, finalmente, debe ofrecer medidas de reparación integral.

Teniendo en cuenta la estructura de la matriz y el resto del contenido del cuaderno de buenas prácticas, procederé a evaluar el cuaderno en relación con el caso en estudio. El cuaderno tiene varias fortalezas; por ejemplo, su marco conceptual explica los estereotipos de género en un lenguaje claro y accesible, y ofrece jurisprudencia sobre casos en los que se vulneraron derechos de personas LGBT, mujeres e indígenas, entre otros grupos minoritarios, incluyendo algunos casos en los que resultaron relevantes situaciones de interseccionalidad. Un aspecto muy importante del cuaderno que se evidencia en la matriz es que, tal como se ejemplifica en el caso objeto de estudio, explica cómo pueden aparecer sesgos en diferentes etapas del proceso. Por lo tanto, el documento proporciona una visión coherente, clara y bien desarrollada de los estereotipos y la discriminación. En general, si el cuaderno hubiera estado disponible en 2004 y la sentencia hubiera sido elaborada considerando sus sugerencias, varios aspectos de esta última podrían haberse mejorado.

Las explicaciones del cuaderno sobre estereotipos y roles de género podrían haber prevenido en alguna medida que los jueces se centraran exclusivamente en el comportamiento de la víctima y sus lazos familiares

al interpretar los hechos. En el tercer paso de la cuarta etapa, la matriz indica que jueces y juezas deben analizar si estereotipos, mitos y sesgos de género han sido incorporados en las intervenciones de las partes y de sus colegas. Se destacan explícitamente los estereotipos de la «buena madre» y la «madre desnaturalizada». Por lo tanto, si al menos uno de los jueces hubiera prestado atención a este paso, podría haber disuadido a sus colegas de sugerir que la víctima no debía estar en una discoteca porque tenía una pareja y un hijo, y «desestimó» regresar con ellos. Quizá hubieran considerado que reprochar a la víctima por salir a altas horas de la noche y no quedarse en casa suponía un estereotipo de género.

En la tercera etapa, se sugiere que los jueces presten atención a las pruebas indiciarias, ya que no siempre se dispone de pruebas directas. En particular, se señala que se debe prestar atención a los testimonios de las personas que asisten a la víctima con posterioridad a los hechos. Si bien los jueces evaluaron las declaraciones de la pareja que ayudó a la víctima, en su mayoría usaron sus declaraciones para enfatizar que estas personas no detectaron lesiones en el cuerpo de la víctima; mientras ignoraron el hecho de que también afirmaron que la víctima estaba angustiada y llorando, y que se ponía más nerviosa cuando el acusado llegaba a la casa. Este indicio era importante y podría haber hecho que los jueces prestaran atención al estado emocional de la víctima cuando llega a la casa de los vecinos, en lugar de aceptar la especulación de la defensa de que tenía una enfermedad mental. En esta etapa de la matriz, también se sugiere tomar en cuenta la motivación de las víctimas para judicializar el caso. En este proceso, la víctima no evidenciaba ninguna ganancia secundaria, pero los jueces no hicieron un análisis de ello en la sentencia. La sentencia sugiere que los jueces percibieron una motivación espuria en la víctima cuando se refieren a sus «declaraciones torcidas». La defensa hizo una sugerencia similar cuando afirmó que la víctima «había tratado de manipular al tribunal». Sin embargo, los jueces nunca indicaron cuáles eran las razones espurias por las que la víctima quería continuar con el proceso. La matriz también insta encarecidamente a los jueces a no revictimizar a las víctimas en las sentencias y, en el segundo paso de la sexta etapa, incluso sugiere que la decisión judicial debería tener un efecto transformador hacia una comprensión más profunda de la discriminación, la violencia y los estereotipos. No obstante, en la sentencia los jueces consolidaron su interpretación estereotipada de los hechos al afirmar que la víctima y el imputado, efectivamente, mantuvieron relaciones sexuales consentidas.

Hasta ahora, he abordado cómo el cuaderno de buenas prácticas y su matriz, en particular, podrían haber mejorado la tarea de resolver un caso de haber estado disponibles en 2004 y si los jueces los hubieran utilizado en el caso; sin embargo, hay varias áreas en las que el cuaderno podría beneficiarse de explicaciones más detalladas, particularmente

en relación con las mujeres víctimas de agresión sexual y la evaluación de las pruebas. Una de las deficiencias del cuaderno es que, aunque alienta a los jueces a privilegiar la primera declaración de las víctimas, no aborda en detalle las inconsistencias en los testimonios de estas. El documento solo menciona tales inconsistencias en una nota al pie que describe la jurisprudencia de la Corte IDH en la sección de marco normativo (p. 74, nota al pie 85). Esto no es suficiente para abordar un aspecto tan importante y recurrente de los testimonios de las víctimas de delitos sexuales. El único elemento similar en la matriz aparece cuando se discute la retractación de las víctimas y se sugiere que los jueces deben entenderla dentro del contexto de dependencia financiera, ciclos de violencia, posibles amenazas e, incluso, reconciliación con el acusado. Si bien las retractaciones son un fenómeno común en casos de violencia intrafamiliar y son un elemento importante a abordar, las inexactitudes de las víctimas en casos de agresión sexual deben discutirse de manera más profunda y central, y deben incluirse en la matriz del cuaderno de buenas prácticas[28].

En la quinta etapa, la matriz especifica que los jueces deben considerar la jurisprudencia nacional e internacional sobre discriminación de género como fuente de conocimiento. Sin embargo, habría sido relevante señalar explícitamente que existe un gran acervo de jurisprudencia y doctrina nacional en el que se defienden nociones obsoletas de consentimiento y se exige resistencia en los casos de delitos sexuales. En particular, sería relevante que el cuaderno de buenas prácticas discutiera aquellas tradiciones jurisprudenciales y doctrinales chilenas que limitan la protección jurídica de las víctimas de agresiones sexuales, tal como lo discute Rodríguez (2000), dado que, en el presente caso, la hipótesis de la violación por la fuerza fue parcialmente descartada porque no había lesiones en el cuerpo de la víctima. En el cuarto paso de la segunda etapa, el hecho de discutir la vida sexual de una mujer se describe como sexista; no obstante, dado que la discusión de la historia sexual previa de las víctimas es un tema tan recurrente en los juicios por violación, habría ameritado un desarrollo más profundo. En este sentido, en el primer paso de la segunda etapa, que explica en detalle la debida diligencia judicial, la matriz debería haber ofrecido ejemplos de cómo jueces y fiscales podrían intervenir cuando los testigos discuten la experiencia

28 En cambio, la *Herramienta para la Incorporación de los Derechos Humanos y la Perspectiva de Género en la Elaboración de Sentencias Relativas a Delitos de Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer* de Guatemala, basada en la jurisprudencia de la Corte IDH y las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Cedaw), establece en una sección bien desarrollada del documento que se debe dar mayor valor al testimonio de las víctimas de agresión sexual (Oacnudh, 2015, p. 30). Tal como el manual guatemalteco lo define, este valor implica entender que pueden aparecer imprecisiones o recuerdos inexactos en los testimonios de personas que han vivido situaciones traumáticas, y que estos no deben disminuir su credibilidad si no contradicen los hechos principales.

sexual previa de una víctima sin otro objetivo que avergonzarla y dañar su reputación.

Finalmente, si bien en la etapa sobre escritura de sentencia se señala que se debe hacer un análisis exhaustivo de las pruebas, el cuaderno podría sugerir que jueces y juezas desarrollen un ejercicio discursivo de reproducción de los testimonios que sea lo más fidedigno posible a lo dicho en juicio por testigos y peritos —si no una transcripción literal—, y que valoren la totalidad de lo dicho en juicio. De esta forma, se podría prevenir en alguna medida que se omitan, malinterpreten o se reproduzcan de forma poco clara ciertos aspectos de lo declarado, lo que puede afectar la valoración de la prueba.

XIII. OBSERVACIONES CONCLUYENTES

En este artículo he ofrecido un examen exhaustivo de cómo aparecen cinco tipos diferentes de sesgo de género en una sentencia judicial sobre un caso de violación: estereotipos de género y mitos sobre la violación, descuento de credibilidad, valoración de la prueba sin perspectiva de género, requisito de lesiones corporales para dar crédito a la hipótesis de violación por la fuerza y discusión de la historia sexual de la víctima. En mi análisis de las diferentes categorías de sesgo, enfaticé que estas interactúan, se superponen y se refuerzan mutuamente; por ejemplo, cuando una víctima de agresión sexual no encaja en el estereotipo de la «víctima ideal» disminuye su credibilidad. El análisis muestra cómo los sesgos de género pueden surgir en las diferentes etapas del juicio oral —alegatos de apertura y cierre, presentación de pruebas, interrogatorios, contrainterrogatorios y sentencia del caso—, lo que sugiere que los actores jurídicos que intervienen en un juicio oral, en particular los jueces y fiscales, deben estar atentos en todo momento para poder objetar o regular el debate. Sin embargo, como afirman Casas y Mera (2004), las mujeres víctimas de agresiones sexuales experimentan sesgos de género en todas las etapas del proceso desde el momento en que denuncian la agresión. El análisis del caso también mostró que todos los actores jurídicos —los jueces, los fiscales y los abogados defensores— necesitan ser capacitados para sensibilizarse respecto de la perspectiva de género.

En la parte final del artículo, abordé si el cuaderno de buenas prácticas de la Secretaría sobre cómo juzgar con perspectiva de género habría sido una herramienta valiosa para prevenir el sesgo en este caso de haber estado disponible en el año 2004. Si bien el cuaderno intenta abordar varios tipos de discriminación, en general concluyo que debería dar un mayor protagonismo a las víctimas de agresiones sexuales. Este debe ofrecer ejemplos de estereotipos de género y mitos asociados a los delitos sexuales, así como ejemplos problemáticos de doctrina y jurisprudencia nacional sobre violencia sexual, e incluirlos de manera exhaustiva y bien

desarrollada. El cuaderno también debe enfatizar que las inconsistencias son comunes en el testimonio de las víctimas de agresión sexual, como lo muestran las investigaciones y la jurisprudencia de la Corte IDH y otros tribunales internacionales. En este sentido, el cuaderno podría abordar cómo el trauma afecta la memoria y el comportamiento de las víctimas para que los jueces entiendan que no todas mostrarán sus emociones de la misma forma. El escepticismo hacia la víctima es una característica predominante de la sentencia analizada; por lo tanto, el cuaderno debe ofrecer ejemplos más detallados de jurisprudencia que confieran mayor valor a los testimonios de las víctimas y los criterios para evaluarlos. Como se señaló anteriormente, el cuaderno es un protocolo integral que trata sobre la no discriminación y la perspectiva de género, por lo que se entiende que la dificultad de incluir información exhaustiva sobre víctimas de delitos en particular. Debido a ello, lo ideal sería que la Secretaría elabore un protocolo que aborde exclusivamente la perspectiva de género en los casos de agresión sexual, ya que el caso en estudio muestra que el cuaderno tiene un gran potencial de mejora respecto de estos incidentes.

REFERENCIAS

Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos "racionalistas" ahora? *Revus: Revista de Teoría Constitucional y Filosofía del Derecho*, (39). https://doi.org/10.4000/revus.5559

Agüero San Juan, C. (2014). ¿Conforman las sentencias penales un género discursivo? *Estudios Filológicos*, (53), 7-26. https://doi.org/10.4067/S0071-17132014000100001

Araya, M. P. (2020). Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal. *Revista de Estudios de la Justicia*, (32), 35-69. https://doi.org/10.5354/0718-4735.2020.56915

Baxi, P. (2014). *Public Secrets of Law: Rape Trials in India*. Oxford University Press.

Bohner, G., Eyssel, F., Pina, A., Viki, G. T., & Siebler, F. (2009). Rape myth acceptance: Cognitive, affective, and behavioural effects of beliefs that blame the victim and exonerate the perpetrator. En M. A. H. Horvath y J. M. Brown (eds.), *Rape: Challenging Contemporary Thinking* (pp. 17-45). Cullompton: Willan.

Bryden, D. P., & Lengnick, S. (1997). Rape in the Criminal Justice System. *Journal of Criminal Law and Criminology*, *87*(3), 1194-1384. http://dx.doi.org/10.2307/1144018

Burgess-Jackson, K. (1996). *Rape: A Philosophical Investigation*. Aldershot: Dartmouth Publishing.

Burgin, R. (2019). Persistent Narratives of Force and Resistance: Affirmative Consent as Law Reform. *British Journal of Criminology*, *59*(2), 296-314. http://dx.doi.org/10.1093/bjc/azy043

Cabal, L., Lemaitre, J., & Roa, M. (eds.) (2001). *Cuerpo y derecho: legislación y jurisprudencia en América Latina*. Bogotá: Temis.

Carbonell, C. G. (2002). Trastorno por Estrés Post-Traumático: Clínica y psicoterapia. *Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría*, *40*(2), 69-75.

Carmona, E. (2015). La perspectiva de género y los derechos humanos. En Encarna Carmona (ed.), *La perspectiva de género en los sistemas europeos e interamericano de derechos humanos* (pp. 27-41). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Casas, L., & Mera, A. (2004). *Violencia de género y reforma procesal penal chilena: Delitos sexuales y lesiones*. Santiago de Chile: Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales.

Condemarín, P., & Marcurán, G. (2005). *Peritajes psicológicos sobre los delitos sexuales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Cook, R., & Cusack, S. (2010). *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Crenshaw, K. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics and Violence Against Women of Color. *Stanford Law Review*, *43*(6), 1241-1299. http://dx.doi.org/10.2307/1229039

Di Corleto, J. (2018). La valoración de la prueba en casos de violencia de género. En Florencia Plazas y Luciano Hazan (eds.), *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal* (pp. 598-606). Buenos Aires: Editores del Sur.

Di Corleto, J., & Piqué, M. (2017). Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género. En Luz Silva (coord.), *Género y derecho penal: Homenajes al Profesor Wolfgang Schöne* (pp. 409-433). Lima: Pacífico.

Du Toit, L. (2009). *A Philosophical Investigation of Rape: The Making and Unmaking of the Feminine Self*. Nueva York: Routledge.

Duce, M. (2018). Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema. *Política Criminal*, *13*(25), 42-103. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000100042

Easton, S. (2000). The Use of Sexual History Evidence in Rape Trials. En Mary Childs y Louise Ellison *Feminist* (eds.), *Perspectives on Evidence* (pp. 167-189). Londres: Cavendish Publishing.

Elo, S., & Kyngäs, H. (2008). The qualitative content analysis process. *Journal of Advanced Nursing*, *62*(1), 107-115. http://dx.doi.org/10.1111/j.1365-2648.2007.04569.x

Facio, A. (2009). Cuando el género suena, cambia trae. En Montserrat Sagot y David Díaz Arias (eds.), *Antología del pensamiento crítico costarricense contemporáneo* (pp. 503-536). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.

Facio, A., & Fríes, L. (1999). *Género y derecho*. Santiago de Chile: Lom.

Fischer, A., & Díaz, C. (2017). *Justificación constitucional de la necesidad de una perspectiva de género en el razonamiento judicial a la luz del principio de igualdad* [tesis de licenciatura, Universidad de Chile]. Santiago de Chile.

Flowe, H. D., Ebbe, B. E., & Putcha-Bhagavatula, A. (2007). Rape Shield Laws and Sexual Behavior Evidence: Effects of Consent Level and Women's Sexual History on Rape Allegations. *Law and Human Behavior*, *31*(2), 159-175. http://dx.doi.org/10.1007/s10979-006-9050-z

Fuentealba Carrasco, P., Sánchez Peso, G., Gauché Marchetti, X., Santana Silva, D., Rioseco Vallejos, V., Sanhueza Riffo, C., Gonzáles Fuente, R., Domínguez Montoya, Á., Bustos Ibarra, C., Pérez Díaz, C., & Barria Paredes, M. (2020). Algunas variables que influyen en las representaciones de género en el Poder Judicial de Chile. *CES Derecho*, *11*(1), 28-54. https://doi.org/10.21615/cesder.11.1.2

Gama, R. (2020). Prueba y perspectiva de género: Un comentario crítico. *Cuestio Facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, (1), 285-298. http://dx.doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22373

García Amado, J. A. (1992). ¿Tienen sexo las normas?: Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (9), 13-42.

Gauché-Marchetti, X., Gonzáles-Fuentes, R., Pérez-Díaz, C., Barría-Paredes, M., Bustos-Ibarra, C., Sánchez-Pezo, G., Santana-Silva, D., Fuentealba-Carrasco, P., Domínguez-Montoya, Á., & Sanhueza-Riffo, C. (2022). Juzgar con perspectiva de género: Teoría y normativa de una estrategia ante el desafío de la tutela judicial efectiva para mujeres y personas LGBTIQ+. *Revista Derecho del Estado*, (52), 247-278. https://doi.org/10.18601/01229893.n52.08

González, J. (2006). La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Revista Chilena de Derecho*, *33*(1), 93-107. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000100006

Gotell, L. (2002). The Ideal Victim, the Hysterical Complainant, and the Disclosure of Confidential Records: The Implications of the Charter for Sexual Assault Law. *Osgoode Hall Law Journal*, *40*(3), 251-295. http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol40/iss3/3

Grey, R. (2017). Interpreting International Crimes from a 'Female Perspective': Opportunities and Challenges for the International Criminal Court. *International Criminal Law Review*, *17*(2), 325-350. https://doi.org/10.1163/15718123-01702009

Grey, R., & Chappell, L. (2019). 'Gender-just judging' in international criminal courts: new directions for research. En *Research Handbook on Feminist Engagement with International Law* (pp. 213-239). Research Handbooks in International Law Series. Edward Elgar Publishing. https://doi.org/10.4337/9781785363924.00021

Halley, J. (2016). The Move to Affirmative Consent. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, *42*(1), 257-279. http://dx.doi.org/10.1086/686904

Hine, B., & Murphy, A. (2019). The Influence of 'High' Vs. 'Low' Rape Myth Acceptance on Police Officers' Judgements of Victim and Perpetrator

Responsibility, and Rape Authenticity. *Journal of Criminal Justice*, *60*, 100-107. https://doi.org/10.1016/j.jcrimjus.2018.08.001

Huda, T. (2022). "No signs of rape": corroboration, resistance and the science of disbelief in the medico-legal jurisprudence of Bangladesh. *Sexual and Reproductive Health Matters*, *29*(2), 436-448. https://doi.org/10.1080/26410397.2022.2096186

Jones, K. (2001). The Politics of Credibility. En Louise Antony y Charlotte Witt (eds.), *A Mind of One's Own: Feminist Essays on Reason and Objectivity* (pp. 154-176). Nueva York: Routledge.

Kinports, K. (1991). Evidence Engendered. *University of Illinois Law Review*, (413), 413-456.

Klement, K. R., Sagarin, B. J., & Skowronski, J. J. (2019). Accusers Lie and Other Myths: Rape Myth Acceptance Predicts Judgments Made About Accusers and Accused Perpetrators in a Rape Case. *Sex Roles*, *81*(1-2), 16-33. https://doi.org/10.1007/s11199-018-0950-4

Krippendorff, K. (1980). *Content Analysis: An Introduction to Its Methodology.* Beverly Hills: Sage.

Kulshreshtha, N. (2023). The contemporary status of rape shield laws in India. *The International Journal of Evidence & Proof*, *27*(1), 3-25. http://dx.doi.org/10.1177/13657127221139506

Lemaitre, J. (2001). Violencia. En Cristina Motta y Macarena Sáenz (eds.), *La mirada de los jueces: Género en la jurisprudencia latinoamericana* (pp. 554-629). Bogotá: Siglo del Hombre.

Lemaitre, J. (2009). *El Derecho Como Conjuro: Fetichismo Legal, Violencia y Movimientos Sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de Los Andes.

Lousada, J. F. (2020). El enjuiciamiento de género en la Cumbre Judicial Iberoamericana. *Llapanchikpaq: Justicia*, *1*(1), 187-225. https://doi.org/10.51197/lj.v1i1.8

MacCrimmon, M. (2001). What Is "Common" About Common Sense: Cautionary Tales for Travelers Crossing Disciplinary Boundaries. *Cardozo Law Review*, *22*, 1433-1460. http://dx.doi.org/10.1007/978-3-7908-1792-8_4

MacKinnon, C. (1989). *Towards a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Mantilla, J. (2013). La importancia de la aplicación del enfoque de género al derecho: Asumiendo nuevos retos. *THEMIS: Revista de Derecho*, (63), 131-146.

Mañalich, J. P. (2016). ¿Arrebato y obcecación pasionalmente condicionados como atenuante por un femicidio frustrado? *Revista de Estudios de la Justicia*, (25), 247-258. http://dx.doi.org/10.5354/0718-4735.2016.44624

Martinson, D., MacCrimmon, M., Grant, I., & Boyle, C. (1991). A Forum on Lavalle v. R: Women and Self-Defense. *University of British Columbia Law Review*, (25), 23-68.

Matoesian, G. (2001). *Law and the Language of Identity: Discourse in the William Kennedy Smith Rape Trial.* Tokio y Oxford: Oxford University Press.

Maturana, P. (2019). Juzgar con perspectiva de género: Fundamentos y análisis de sentencias. *Anuario de Derechos Humanos*, *15*(2), 279-290. https://doi.org/10.5354/0718-2279.2019.53129

Mayanja, S. U. (2017). Circumstantial Evidence and Its Admissibility in Criminal Proceedings: A Comparative Analysis of the Common Law and Islamic Law Systems. *Journal of Law, Policy and Globalization*, *67*, 26-33.

McGlynn, C., & E. Munro, V. (eds.). (2010). *Rethinking Rape Law: International and Comparative Perspectives.* Londres: Routledge.

McMillan, L. (2018). Police Officers' Perceptions of False Allegations of Rape. *Journal of Gender Studies*, *27*(1), 9-21. https://doi.org/10.1080/09589236.2016.1194260

Mello, M. M., & Jagsi, R. (2020). Standing Up Against Gender Bias and Harassment: A Matter of Professional Ethics. *The New England Journal of Medicine*, *382*(15), 1385-1387. https://www.nejm.org/doi/10.1056/NEJMp1915351

Meriño, M. (2010). *La investigación forense de los delitos sexuales.* Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.

Nicolson, D. (1994). Truth, Reason and Justice: Epistemology and Politics in Evidence Discourse. *The Modern Law Review*, *57*(5), 726-744. http://dx.doi.org/10.1111/j.1468-2230.1994.tb01971.x

Ochs, E. (1992). Indexing Gender. En Alessandro Duranti y Charles Goodwin (eds.), *Rethinking Context: Language as an Interactive Phenomenon* (pp. 335-358). Cambridge: Cambridge University Press.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Oacnudh). (2015). *Herramienta para la Incorporación de los Derechos Humanos y la Perspectiva de Género en la Elaboración de Sentencias Relativas a Delitos de Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer*. Guatemala. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/Herramienta_DHVSG_alta.pdf

Page, A. D. (2008). Judging Women and Defining Crime: Police Officers' Attitudes Toward Women and Rape. *Sociological Spectrum*, *28*(4), 389-411. http://dx.doi.org/10.1080/02732170802053621

Parodi, G. (2008). Géneros del discurso escrito: Hacia una concepción integral desde una perspectiva sociocognitiva. En *Géneros académicos y géneros profesionales: Accesos discursivos para saber y hacer* (pp. 17-39). Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

Persson, S., & Dhingra, K. (2022). *Rape Myths: Understanding, Assessing, and Preventing*. Bingley: Emerald Publishing Limited.

Persson, S., & Dhingra, K. (2020). Attributions of Blame in Stranger and Acquaintance Rape: A Multilevel Meta-Analysis and Systematic Review. *Trauma, Violence, & Abuse*, *23*(3), 795-809. https://doi.org/10.1177/1524838020977146

Pineau, L. (1996). Date Rape: A Feminist Analysis. En Leslie Francis (ed.), *Date Rape: Feminism, Philosophy and the Law* (pp. 1-27). University Park: Pennsylvania State University Press.

Poder Judicial de Chile. (2018). *Política de igualdad de género y no discriminación*. 2 de febrero de 2018.

Pou Giménez, F. (2021). Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte. En Ana María Ibarra Olguín (coord.), *Discriminación: Piezas para armar* (pp. 323-381). México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte.

Poyatos Matas, G. (2019). Juzgar con perspectiva de género: Una metodología vinculante de justicia equitativa. *iQual: Revista de Género e Igualdad*, (2), 1-21. https://doi.org/10.6018/iQual.341501

Randall, M. (2010). Sexual Assault Law, Credibility, and 'Ideal Victims': Consent, Resistance, and Victim Blaming. *Canadian Journal of Women and the Law*, *22*(2), 397-434. https://doi.org/10.3138/CJWL.22.2.397

Rivas, C. (2022). *La perspectiva de género como método de argumentación jurídica en las decisiones judiciales.* Santiago de Chile: RIL.

Rodríguez, L. (2000). *Delitos sexuales.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Rosas Yataco, J. (2004). Prueba indiciaria: doctrina y jurisprudencia nacional. *La reforma del proceso penal peruano. Anuario de Derecho Penal*, 287-302.

Ruda, E., Ocampo, E., Mongiello, A., Acosta, A., & Olmos, G. (2012). Fases de resolución de una situación - problema utilizando elementos de competencias. *Avances en Ciencias e Ingeniería*, *3*(1), 159-166.

Schreier, M., Stamann, C., Janssen, M., Dahl, T., & Whittal, A. (2019). Qualitative Content Analysis: Conceptualizations and Challenges in Research Practice: Introduction to the FQS Special Issue 'Qualitative Content Analysis I'. *Forum: Qualitative Social Research*, *20*(3).

Schreier, M. (2012). *Qualitative Content Analysis in Practice*. Londres: Sage.

Schwendinger, J. R., & Schwendinger, H. (1974). Rape Myths: In Legal, Theoretical, and Every-Day Practice. *Crime and Social Justice*, (1), 18-26.

Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación. (2019). *Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias.* Santiago de Chile: Poder Judicial. http://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/CBP/CBP_30052019_HR1.1.pdf

Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación. (2020). *Estudio "Acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia usuarias del poder judicial"*. Santiago de Chile: Poder Judicial. http://secretariadegenero.pjud.cl/images/

stignd/estudios/accesojvcm/InformeFinal_Acceso%20a%20la%20justicia%20v%C3%ADctimas%20VCM.pdf

Segato, R. L. (2003). *Las estructuras elementales de la violencia: Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.

Sjöholm, M. (2018). *Gender-Sensitive Norm Interpretation by Regional Human Rights Law Systems*. Leiden y Boston: Brill Nijhoff.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2020). *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*. https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf

Taslitz, A. (1999). *Rape and the Culture of the Courtroom*. Nueva York: New York University Press.

Taylor, S. M. (2022). Unfounding the Ideal Victim: Does Christie's Ideal Victim Explain Police Response to Intimate Partner Sexual Assault? *Violence and Victims*, *37*(2), 201-221. https://doi.org/10.1891/vv-d-20-00226

Tidmarsh, P., & Hamilton, G. (2020). *Misconceptions of Sexual Crimes Against Adult Victims: Barriers to Justice*. Australian Institute of Criminology. https://doi.org/10.52922/ti04824

Tramontana, E. (2011). Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: Avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José. *Revista IIDH*, (53), 141-181.

Tuerkheimer, D. (2016). Affirmative Consent. *Ohio State Journal of Criminal Law*, *13*(2), 441-468. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2709689

Tuerkheimer, D. (2017). Incredible Women: Sexual Violence and the Credibility Discount. *University of Pennsylvania Law Review*, *166*(1), 1-58. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2919865

Twining, W. (2006). *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. Nueva York: Cambridge University Press.

Ussery, C. (2022). The Myth of the 'Ideal Victim': Combatting Misconceptions of Expected Demeanor in Sexual Assault Survivors. *Appeal: Review of Current Law and Law Reform*, *27*(27), 3-18.

Valenzuela, J. (2018, 29 de agosto). *La prueba de las defensas en el proceso penal* [trabajo presentado en el taller Fundamentos Filosóficos del Derecho Procesal]. Santiago de Chile.

Wilenmann, J., Gil, D., & Tschorne, S. (2022). "It Now Exists": The Birth of the Chilean Professional Legal Academia in the Wake of Neoliberalism. *Law & Social Inquiry*, 1-28. https://doi.org/10.1017/lsi.2022.56

Zelada, C., & Ocampo, M. (2012). Develando lo invisible: La feminización de los estándares de prueba sobre violencia sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Derecho en Libertad*, *4*(9), 138-190.

Zúñiga Añazco, Y. (2018). Cuerpo, género y derecho: Apuntes para una teoría crítica de las relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad. *Ius et Praxis*, *24*(3), 209-54. https://doi.org/10.4067/S0718-00122018000300209

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas (Corte IDH, 24 de febrero de 2012).

Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas (Corte IDH, 25 de noviembre de 2006).

Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte IDH, 30 de agosto de 2010).

Caso Petición 552-05 (CIDH [Estados Unidos], 2005).

Convención Americana sobre Derechos Humanos [«Pacto de San José de Costa Rica»] (OEA, 22 de noviembre de 1969). https://www.refworld.org.es/docid/57f767ff14.html

Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer [«Convencion de Belém do Pará»] (Permanent Secretariat, Inter-American Commission of Women, OEA, 1995).

González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte IDH, 16 de noviembre de 2009).

Ley N.° 21523, que modifica diversos cuerpos legales para mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales, y evitar su revictimización (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [Chile], 2022). *Diario Oficial*, (43.440), diciembre de 2022. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1187224

Ley N.° 21212, modifica el código penal, el código procesal penal y la ley N.° 18.216 en materia de tipificación del femicidio (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [Chile], 2020). *Diario Oficial*, (42.595), marzo de 2020. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1143040&idParte=10105189&idVersion=2020-03-04

"Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo (Corte IDH, 19 de noviembre 1999).

Proyecto de ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. *Boletín* (11.077-07).

Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte IDH, 31 de agosto de 2010).

Sentencia en causa RIT N.° 12-2004 (Sala Única del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique [Chile], 29 de agosto de 2004).

Sentencia en causa RIT N.° XX-2019 (Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares [Chile], 14 de abril de 2019).

Sentencia en causa RIT N.° 26-2022 (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco [Chile], 26 de agosto de 2022).

Recibido: 22/08/2022
Aprobado: 04/04/2023

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.006

DERECHO PUCP
N° 90, 2023
junio-noviembre
pp. 189-213
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Decolonizando los métodos jurídicos feministas en una investigación acerca del fenómeno de la narcocriminalización de las mujeres*

Decolonizing Feminist Legal Methods: A Study of the Criminalization of Women and Imprisonment for Drug Offenses

LETÍCIA CARDOSO FERREIRA**
Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (Brasil)

ANA GABRIELA MENDES BRAGA***
Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (Brasil)

Resumen: Entre las diversas dimensiones que pueden tomar los feminismos en su interacción con el derecho, muchas investigadoras se han centrado en estudiar la posibilidad de emplear métodos legales feministas para «hacer» y «saber» en derecho. Autoras feministas discuten las posibilidades de aplicar métodos feministas para cuestionar las pretensiones de verdad que produce el derecho y las relaciones de poder que crea y recrea a partir de marcadores sociales como el género, la raza y la clase. En nuestra investigación, trabajamos con tres ejes de un método desarrollado por Katharine Bartlett —*la pregunta por la mujer, el razonamiento práctico feminista* y *el incremento de conciencia*— para analizar el conocimiento producido acerca de la criminalización de las mujeres por tráfico de drogas en Brasil en el siglo XXI. Reflexionamos sobre cómo aplicar métodos feministas en este y otros contextos de marginación. Trabajando con la interpretación del concepto de colonialidad del saber de Ochy Curiel, nos preguntamos: ¿cómo podemos decolonizar los métodos feministas para adaptarlos a las necesidades y la realidad del Sur global? Utilizamos la idea de *traducción* desarrollada por algunas autoras latinoamericanas y norteamericanas que transitan por espacios de centralidad (Norte) y marginalidad (Sur) en sus obras como una forma de producción de «epistemologías conectadas» que estimulan alianzas y confrontan interpretaciones reduccionistas de las teorías feministas. Con este trabajo, buscamos contribuir al diálogo horizontal en los estudios feministas entre el Norte y el Sur globales sin descuidar la singularidad de las realidades de los sujetos estudiados.

Palabras clave: Metodologías feministas, feminismo decolonial, traducción, mujer criminal, Brasil

---

* Investigación financiada por la Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), Process n. 2020/04179-9. Además, el resumen de este documento se presentó en el 2022 Global Meeting on Law and Society "Rage, Reckoning & Remedy".

** Doctoranda de la Universidade Estadual Paulista (Brasil).
Código ORCID: 0000-0002-2591-5894. Correo electrónico: leticia.c.ferreira@unesp.br

*** Profesora de la Universidade Estadual Paulista.
Código ORCID: 0000-0001-5291-7580. Correo electrónico: ana.braga@unesp.br

Abstract: Feminists take a variety of different approaches to discussions of the law, and many researchers have focused on studying the possibility of employing feminist legal methods of "doing" and "knowing" in law. Feminist authors discuss the possibility of applying feminist methods to question truth claims in law and challenge the power relations the law creates and recreates based on markers such as gender, race, and class. We have organized our work around three components of a method developed by Katharine Bartlett—the woman question, feminist practical reasoning and consciousness-raising—to analyze the knowledge produced regarding the imprisonment of women for drug offenses in Brazil in the 21st century. We consider how feminist methods may be applied in this and other contexts which involve a great deal of marginalization. Drawing on Ochy Curiel's interpretation of the concept of the coloniality of knowledge, we ask: How can we decolonize feminist methods in order to adapt them to the needs and realities of the Global South? We focus on the idea of translation, advocated for by a number of Latin American and North American authors whose work navigates on spaces of centrality (North) and marginality (South), as a method of producing "connected epistemologies" which encourage alliances and challenge reductionist interpretations of feminist theories. Our aim is to contribute to a horizontal dialogue between the Global North and South in feminist studies without disregarding the uniqueness of the realities of our research subjects.

Keywords: Feminist methodologies, decolonial feminism, translation, criminal woman, Brazil

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ENTRE *HACER EN DERECHO* Y *SABER EN DERECHO*: EL POTENCIAL DE LOS FEMINISMOS PARA ORIENTAR LOS MÉTODOS JURÍDICOS.- III. CONTEXTO: LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS MUJERES POR TRÁFICO DE DROGAS EN EL BRASIL DEL SIGLO XXI.- IV. TRASCENDIENDO LA COLONIALIDAD DEL SABER: ¿CÓMO DECOLONIZAR LOS MÉTODOS JURÍDICOS FEMINISTAS?.- IV.1. BUSCAR EL GÉNERO ENTRE LÍNEAS.- IV.2. LA PREGUNTA POR *LA MUJER* Y EL USO DEL GÉNERO COMO CATEGORÍA ANALÍTICA.- IV.3. DIÁLOGOS ENTRE INVESTIGADORAS Y SUJETOS DE INVESTIGACIÓN.- IV.4. EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO FEMINISTA COMO MÉTODO DE CONSTRUCCIÓN DEL CONOCIMIENTO EN DERECHO: LA *MUJER CRIMINAL* COMO SUJETO PLURAL.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En Brasil y América Latina en general las primeras convergencias entre los feminismos y el campo jurídico fueron las luchas de las mujeres por la conquista de derechos a través de movimientos sociales y movilizaciones políticas (Lerussi & Costa, 2017; Severi & Lauris, 2022). Así, hasta la década del año 2000, «el feminismo regional permaneció distante o marginal en relación con los currículos universitarios, la dogmática oficial y la investigación jurídica académica» (Severi & Lauris, 2022, p. 57).

La entrada de las discusiones sobre género y derecho en la región[1] se dio a partir de diálogos entre feministas del sur y los trabajos ya respetados y consolidados en el Norte global. El enfoque de las académicas era el doble movimiento de «recepción/resignificación» de las teorías del norte (principalmente, de Estados Unidos y Europa) a la realidad periférica de las mujeres sudamericanas (Lerussi & Costa, 2017, p. 5).

Así, las teorías sobre género y derecho desarrolladas por autoras en nuestra América Latina contenían cierta crítica a las centrales y, por lo tanto, presentaban y presentan nuevos temas a ser debatidos. Costa (2014) identifica como una de las peculiaridades de los feminismos jurídicos latinoamericanos su capacidad de dialogar con conceptos y métodos de las teorías feministas jurídicas de los Estados Unidos, en particular para emplearlos y adaptarlos a las necesidades de nuestra región, así como su identificación de las diferencias entre los sistemas jurídicos de un lugar y otro (p. 27). Además, las autoras latinoamericanas continúan con estos diálogos dentro de la región, lo que permitió el desarrollo de sus propios conceptos y teorías (Lerussi & Costa, 2017, pp. 6-7). Este escenario de intercambios teóricos, lingüísticos y contextuales, considerando que se trata de un movimiento relativamente reciente en la academia latinoamericana y brasileña, enfatiza las posibilidades de formar diálogos equitativos entre el Norte y el Sur en torno a la teoría feminista del derecho.

Nuestra investigación se centra en la aplicación de métodos feministas, como el desarrollado por la profesora estadounidense Katharine Bartlett en 1990, en el contexto de la marginalización de las mujeres en Brasil, y específicamente el de la criminalización femenina por tráfico de drogas en el siglo XXI. Partimos del supuesto de que la aplicación de métodos y teorías feministas presupone la demarcación de la ubicación de los sujetos investigados, y que es necesario tener en cuenta dichos contextos para que no haya una simple reproducción de ideas que no se ajustan a las realidades vividas.

Bajo esa luz, la pregunta que nos guía es la siguiente: ¿cómo podemos decolonizar los métodos feministas en este tema específico para adaptarlos a las necesidades y realidades del Sur global? Para intentar responderla, empleamos un marco teórico decolonial enfocado en la idea de *traducción* desarrollada por autoras feministas como forma de materializar estos procesos de intercambio, y el diálogo entre el Norte y el Sur, sin perpetuar una jerarquización implícita en la literatura o una subordinación de autoras como las latinoamericanas a las realizaciones norteamericanas y europeas.

1 Marisol Fernández (2006) señala que este campo está, en su mayoría, ausente en el currículo obligatorio de las facultades universitarias de derecho, a pesar del incremento del interés en los estudios de género en la academia latinoamericana.

Este trabajo forma parte de una investigación más amplia que pretende analizar las representaciones construidas por la academia penal brasileña en relación con la *mujer criminal*, centrándose en las mujeres acusadas de la práctica del narcotráfico en los últimos años. Para ello, utiliza como metodología tres ejes del método jurídico feminista propuesto por Bartlett, denominados: *la pregunta por la mujer*, *el razonamiento práctico feminista* y *el incremento de conciencia* . Así, el objetivo de este artículo es analizar la posibilidad de aplicar estos métodos en el contexto estudiado en diálogo con los trabajos de autoras decoloniales.

El texto se divide en tres secciones, además de esta introducción y la conclusión. En la primera sección, abordamos discusiones sobre el uso de métodos jurídicos feministas respecto a pautas de cómo actuar y producir conocimiento en derecho. Para ello, utilizamos como referencias los trabajos de Bartlett, Alda Facio, y Fabiana Severi y Élida Lauris. En la segunda sección, presentamos brevemente el contexto de la investigación: la criminalización de las mujeres en Brasil. En la tercera, examinamos el concepto de *traducción* como forma de posibilitar diálogos entre el Norte y el Sur en la producción de conocimiento feminista, y resumimos las adaptaciones y consideraciones necesarias para la decolonización del método feminista de Bartlett.

En la cuarta sección, observamos: a) la necesidad de pensar el derecho más allá de la abstracción de las normas para encontrar respuestas entre líneas en los textos; b) la importancia de orientar los análisis de este tema y en este contexto hacia una perspectiva interseccional que cuestione las representaciones sociales sobre la *mujer normativa* y la *mujer criminal*, entre otros estereotipos producidos por el derecho; y c) el desarrollo y uso de métodos feministas como un proceso de concientización persistente, cuestionamiento y reconstrucción constantes.

II. ENTRE *HACER EN DERECHO* Y *SABER EN DERECHO*: EL POTENCIAL DE LOS FEMINISMOS PARA ORIENTAR LOS MÉTODOS JURÍDICOS

Históricamente, ha habido pocas oportunidades en el campo jurídico para cuestionar los procesos de delimitación de los problemas de interés para el derecho, la selección de premisas relevantes y lo que debe ser excluido de su ámbito (Mossman, 1986, p. 32). Dicho de otro modo, la discusión sobre los métodos jurídicos empleados en la práctica legal y en la investigación jurídica encuentra un espacio limitado en la literatura del derecho.

Reconociendo el método jurídico como una importante fuente de poder del derecho, algunas autoras feministas «se arriesgaron» en la tarea de cuestionar la producción del conocimiento jurídico, exponiendo la

falacia de la neutralidad y buscando «una nueva manera de ver» (Mossman, 1986, p. 48). El método jurídico se convierte entonces en objeto de crítica por parte de las epistemologías feministas, yendo más allá de la discusión sobre la necesidad de «agregar experiencias de mujeres» al currículo de las carreras de derecho (Mossman, 1986, p. 46).

Durante la década de 1990, autoras como Katharine Bartlett en Estados Unidos y Alda Facio en América Latina se dedicaron a formular y defender el uso de métodos jurídicos feministas, tanto para las que «hacen en derecho» —las que trabajan profesionalmente en el área, defendiendo, acusando y juzgando— como para las que «saben en derecho», es decir, las que producen conocimiento académico a través de la investigación jurídica.

Según Bartlett (1990), «los métodos legales feministas, que han emergido de la crítica a la sobrerrepresentación que las reglas hacen de las estructuras de poder existentes, valoran la flexibilidad de las reglas y la habilidad para identificar puntos de vista ausentes» (p. 832). La autora sostiene que las feministas no deberían ignorar el método, ya que es imposible cuestionar las estructuras de poder del derecho con los mismos métodos que definen esas estructuras. Actuar sin tener en cuenta el método podría dar lugar a que los estudios feministas legitimaran las estructuras que pretenden socavar (p. 831).

Al defender la posibilidad y necesidad de aplicar métodos jurídicos feministas, Bartlett (1990) entiende que el método organiza la captación de la verdad, determinando lo que cuenta como evidencia y lo que cuenta como verificación (p. 830). Además, previendo la pregunta de si las herramientas que propone en su texto son siquiera un método o solo «reglas sustantivas y partidistas», defiende la presencia de elementos sustantivos en el método, de modo que no sean solo descripciones no sustantivas. Para ella, la naturaleza sustantiva de los métodos feministas sería una parte esencial de su formación, ya que surgieron de las luchas políticas feministas y de su conexión con elementos concretos del derecho (p. 832).

En el mismo sentido, Alda Facio (1992) habla de la necesidad de un «esfuerzo de concientización» para la sistematización de una metodología que alcance respuestas no androcéntricas, que se comprometa con puntos de vista posicionados y que excluya la falsa neutralidad de su vocabulario. Más recientemente, Fabiana Severi y Élida Lauris (2022) retoman esta discusión. Para las autoras, las investigaciones feministas dependen de un proceso más complejo de la aplicación de métodos y técnicas basados en metodologías y epistemologías feministas que permitan la formulación de preguntas, la recolección de informaciones, y la construcción de conclusiones a partir de marcos teóricos y abordajes no androcéntricos y antidiscriminatorios (Severi & Lauris, 2022, p. 55).

Pero ¿qué significa, en concreto, actuar en derecho o investigar en la materia utilizando métodos feministas? ¿Qué pasos hay que seguir para hacerlo?

Severi y Lauris sostienen que, en la investigación jurídica, la preocupación feminista por el método debe atravesar todas sus fases, desde la elección del tema hasta la difusión de los resultados. En todas esas fases, es importante cuestionar los prejuicios sexistas, racistas y clasistas, y observar los marcadores sociales de diferencias que se entrelazan en el estudio. También es primordial una cuidadosa consideración del lenguaje, procurando evitar términos excluyentes y buscar estrategias para subvertir las convenciones neutralizadoras.

Alda Facio (1992), en los seis pasos que enumera para producir investigaciones feministas, también menciona estos temas, profundizándolos. Así, trata la necesidad de comprender en el fenómeno investigado de qué formas se manifiesta el sexismo y qué sujeto está presente en la situación sin ocultar sus marcadores sociales, además de identificar posibles estereotipos presentes en la caracterización de ese sujeto. Finalmente, habla de la necesidad de analizar ampliamente el fenómeno jurídico.

Bartlett sistematiza tres ejes de un método jurídico feminista que pueden utilizarse para revelar las diversas manifestaciones del derecho, la academia y el sistema jurídico (las decisiones judiciales, los pilares de acusación y defensa, la creación de leyes, etc.) que los métodos tradicionales suelen ignorar. Estos ejes se denominan *la pregunta por la mujer*, *el razonamiento práctico feminista* y *el incremento de conciencia*. Estos buscan exponer el mito de neutralidad que impregna la práctica jurídica tradicional, enfatizar el carácter excluyente del derecho y proponer alternativas que consideren realidades, posiciones y teorías hasta ahora dejadas de lado.

En nuestra investigación, partimos de este método para comprender las representaciones construidas por el derecho sobre las mujeres acusadas de tráfico de drogas en Brasil. Sin embargo, para que este análisis fuera posible, fue necesario repensar el método feminista propuesto por Bartlett, en diálogo con otras discusiones sobre el tema, localizadas en el Sur global, y considerando este contexto específico.

III. CONTEXTO: LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS MUJERES POR TRÁFICO DE DROGAS EN EL BRASIL DEL SIGLO XXI

Al inicio de esta investigación, decidimos centrarnos en la *mujer criminal* con el tráfico ilícito de drogas como trasfondo, por lo que uno de nuestros objetivos fue el análisis de la ubicación de esa mujer en este espacio. Este análisis toma como referencia los datos de la mujer criminalizada

en el país, plasmados en un perfil de mujeres detenidas, con el fin de identificar patrones en las características de las mujeres condenadas por el delito de tráfico de drogas.

Consideramos también el aumento de la visibilidad de la criminalización femenina, la cual acompañó la ola de crecimiento del encarcelamiento femenino a lo largo del siglo XXI, haciendo que un tema considerado de poco interés en el campo criminológico y feminista (Barcinsk, 2009; Helpes, 2014) se convirtiera en un tema de moda en el país. Este incremento de interés se evidencia tanto en el mundo académico, con cada vez más producción de investigaciones y datos oficiales sobre el tema, como en el periodismo, con un aumento en la difusión de reportajes y documentales sobre el encarcelamiento de mujeres (Braga, 2020, p. 233).

Según una encuesta divulgada en 2019 con datos de junio de 2017, hasta esa fecha, 37 828 mujeres estaban encarceladas en Brasil, condenadas o en prisión preventiva (Infopen, 2019, p. 7). En comparación con las menos de 6000 mujeres encarceladas en la década del año 2000, la cifra anterior representa un crecimiento de casi el 600 % en el número de mujeres encarceladas en el país (p. 9). Además, según datos divulgados por Infopen Mulheres en 2018, Brasil tiene la cuarta mayor población carcelaria femenina del mundo (p. 13).

La mayoría de las mujeres están en prisión preventiva; es decir, aún no tienen una condena definitiva. Son mujeres jóvenes de entre 18 a 24 años, más de la mitad se identifican como mujeres negras y poseen un bajo nivel de escolaridad, ya que la mitad no habría terminado la escuela primaria. Entre las extranjeras, la mayoría proceden de otros países americanos (Infopen, 2019).

Otro dato que se destaca en divulgaciones oficiales e investigaciones académicas es la proporción de madres entre la población reclusa (Angotti & Braga, 2015; Braga, 2015; Braga & Franklin, 2016; Ministério da Justiça, 2015; Diuana *et al.*, 2017). Según los datos más recientes divulgados por el Gobierno de Brasil, el 28,9 % de las mujeres encarceladas tiene un hijo, el 28,7 % tiene dos y el 21,7 % tiene tres hijos (Infopen, 2019, p. 43). Por último, en cuanto a los tipos de delitos, los datos indican que el 59,9 % de las mujeres son detenidas por tráfico de drogas y el 20,7 % por delitos patrimoniales (p. 46).

Estas estadísticas, especialmente las referidas a la naturaleza de los delitos cometidos, orientan un cambio en la forma de analizar las representaciones de la *mujer criminal*. Antes era posible asociar la criminalización femenina a crímenes típicamente femeninos como el aborto, el infanticidio y la prostitución, estrechamente ligados al cuerpo y a la reproducción (a pesar de las constantes críticas de las mujeres que

estudian criminología). En este siglo, los investigadores han empezado a utilizar conceptos como *los de criminalización* y *feminización de la pobreza* en discusiones sobre el tema, destacando que estas mujeres suelen ser jefas de familia y provienen de los sectores más pobres de la población.

Conscientes de esta realidad, así como de la distancia que separa a las mujeres investigadas de las investigadoras (debido a nuestra posicionalidad en el campo como mujeres blancas y de clase media, con estudios superiores, que nunca estuvieron en la posición de acusadas en el sistema penal) y de la necesidad de aproximar nuestros métodos de estudio al contexto estudiado —la realidad de las mujeres en Brasil que escapan del estereotipo femenino o del patrón de victimización en las ciencias criminales—, nos sentimos obligadas a buscar formas de *traducir* la metodología feminista empleada.

IV. TRASCENDIENDO LA COLONIALIDAD DEL SABER: ¿CÓMO DECOLONIZAR LOS MÉTODOS JURÍDICOS FEMINISTAS?

Al reflexionar sobre cómo aplicar el método jurídico feminista propuesto por Bartlett en un análisis de los datos y de la literatura sobre criminalidad femenina por narcotráfico en Brasil —el objetivo principal de nuestra investigación—, comenzamos a cuestionarnos cómo podríamos utilizar esta metodología feminista en la práctica. Nuestra preocupación era que el uso acrítico de las ideas de una autora norteamericana, cuyo método proviene de una vida de estudios de las ideas de otros autores del Norte global sin dialogar con las producciones latinoamericanas, podría ser una forma de reproducción de la *colonialidad del saber* (Curiel, 2020).

La colonialidad del saber es un concepto desarrollado por Edgardo Lander (2000) que fue apropiado por las feministas decoloniales para abordar un tipo de racionalidad científica que se instala como el único medio válido para producir conocimiento. Ochy Curiel (2020) utiliza este concepto en su trabajo para criticar «la narrativa universal, en la cual Europa y Estados Unidos son, simultáneamente, el centro geográfico y la culminación del movimiento temporal del saber, donde se subvaloran, se ignoran, se excluyen, se silencian y se invisibilizan los conocimientos de poblaciones subalternizadas» (p. 128).

Adaptar las ideas de Bartlett al contexto brasileño exigió un proceso de *traducción* de la teoría y del método propuestos por la autora. Esa traducción comprende la literalidad del término[2], pero va más allá, pues presupone la superación de fronteras geográficas y culturales, y

2 En los primeros meses de investigación, solo tuvimos acceso a la versión original en inglés del texto de Bartlett y a una traducción al español. Siendo hablantes nativas de portugués, esto nos obligó a trabajar con nuestras propias interpretaciones lingüísticas de sus ideas. Sin embargo, a fines de 2020 se publicó una traducción al portugués de Alessandra Ramos, Adriana Moellmann e Isabela Marques

considera las diferencias en el sistema y la organización jurídica. La idea de *traducción* fue desarrollada por algunas autoras latinoamericanas y norteamericanas que transitan en espacios de centralidad y marginalidad en sus trabajos[3]. Para estas autoras, la construcción de una política de traducción implica «traficar» teorías y prácticas feministas entre fronteras geográficas y disciplinares, llevando ideas de los feminismos latinos hacia el Norte y trayendo teorías norteamericanas para ser adaptadas a las necesidades locales en el Sur (Álvarez, 2009, pp. 743-744)[4].

El intercambio de teorías y conceptos juega un papel integral en esta era de migración constante y los puntos de intersección entre lo local y lo global revelan las asimetrías entre determinadas regiones (Costa, 2020, p. 323). En este sentido, la *traducción* permite que los grupos sociales subalternos participen con y contra los discursos coloniales y hegemónicos (p. 324). Por su parte, Sonia Álvarez (2009) considera esencial el uso de políticas de traducción como forma de producción de «epistemologías conectadas» que estimulen alianzas y hagan frente a las «malas interpretaciones» de las teorías feministas (Costa, 2020, p. 332).

Por otra parte, es necesario considerar que toda traducción involucra, en cierta medida, una forma de «traición» al texto original, ya que se trata de un proceso de «desconfiguración» de las ideas (Campos, 2020, p. 10) que presupone la lectura del texto o la teoría estudiada a partir de las experiencias y los conocimientos previos de la lectora/investigadora, y de su interpretación del sujeto y los objetivos de la investigación. Sin embargo, esto no es necesariamente un punto negativo, «porque al comprender el momento de creación y el contexto en que fueron producidas, las teorías pueden ser relativizadas y estudiadas desde una perspectiva local» (p. 10).

Considerando que en nuestro caso la traducción propuesta tiene como objetivo adaptar la teoría de Bartlett al contexto brasileño, esta «traición» también es importante como forma de relativizar conocimientos, percepciones y experiencias hegemónicas (Costa, 2020, p. 332). En nuestro trabajo, la traducción del método de Bartlett se hizo para adaptarlo a varios elementos, a saber: a) las peculiaridades del derecho penal y de la ciencia criminal en este país, que se centran en la literalidad de la ley y, en consecuencia, a menudo se alejan de

en el libro *Tecendo fios das Críticas Feministas ao Direito no Brasil II: direitos humanos das mulheres e violências*, lo que nos permitió incorporar el lenguaje de esa versión a nuestro trabajo.

3 Sonia Álvarez (2009) presenta este concepto en el proyecto colectivo *Translocalities/Translocalidades: Feminist Politics of Translation in the Latin/a Américas*, editado por ella junto con Claudia de Lima Costa, Verónica Feliu, Rebecca Hester, Norm Klahn y Millie Thayer.

4 Entendemos que el uso de la expresión *traducción*, en el sentido trabajado por las autoras, se adecua más a esta investigación y a nuestros objetivos que la expresión *aplicación*. Esto se debe a que, más que *aplicar* la teoría y el método de Bartlett en nuestra investigación, tal como ella los define, buscamos *interpretarlos* y *comprenderlos* utilizando otras teorías, especialmente de feministas decoloniales, y desde un campo específico, que es el de las ciencias criminales.

la corporalidad y sustancialidad; b) una visión de la teoría feminista que es decolonial e interseccional y, por lo tanto, analiza cuestiones que van más allá de la terminología «mujer» o «mujeres» para hablar de género en combinación con otros marcadores sociales; c) el objeto de investigación, es decir, las mujeres criminales y las relaciones entre su realidad subjetiva y la de la investigadora; y d) las necesidades metodológicas de una investigación que reflexiona sobre la producción de conocimiento en las ciencias criminales.

IV.1. Buscar el género entre líneas

Para aplicar el método jurídico feminista de Bartlett fue necesario, en primer lugar, situar sus ideas en el contexto histórico y geográfico en que fueron producidas a fin de identificar los puntos comunes y divergentes entre sus ideas y el escenario de nuestro trabajo. Este proceso de transposición implica también considerar los choques culturales y de la historia, que se reflejan en las ideas de desarrollo teórico de la autora, las mismas que necesitan ser leídas a la luz de la experiencia brasileña.

Bartlett escribió *Feminist Legal Methods* en 1990, cuando era profesora de Derecho en una universidad norteamericana, considerando las configuraciones de la tradición jurídica del *common law.* Cuando el derecho se construye haciendo hincapié en los precedentes judiciales, como es el caso de Estados Unidos, se pueden ver más fácilmente las concepciones ideológicas de los jueces, lo que permite profundizar en el estudio de su influencia sobre el proceso de toma de decisiones. También es posible encontrar más fácilmente las representaciones de género, ya que los casos que conforman el derecho han definido y caracterizado claramente a los actores relevantes.

El derecho brasileño, por su parte, sigue la tradición denominada *civil law*, que mantiene varias diferencias en relación con el anterior. En este sistema, se da gran relevancia a la letra de la ley, concebida como norma general y abstracta que crea tipos penales abiertos en el sistema normativo penal que se formulan a partir de categorías universales. Este tipo de organización de la ley se traslada, en mayor o menor medida, a los discursos de sus operadores, incluidos aquellos que escriben sobre temas relacionados con el ámbito jurídico, como el narcotráfico.

En la legislación sobre drogas, el tráfico se define como la conducta de

> Importar, exportar, remitir, preparar, producir, fabricar, adquirir, vender, exponer para la venta, ofrecer, tener en depósito, transportar, traer consigo, conservar, prescribir, administrar, entregar al consumo o suministrar medicamentos, incluso gratuitamente, sin autorización o en desacuerdo con la determinación legal o reglamentaria (Ley N.° 6343, 2006).

En la descripción del tipo penal se utilizan términos como «el agente» y «quién», así como la enumeración de verbos sin sujeto unido a ellos. Los autores que analizan este delito suelen caracterizarlo como un delito común que puede ser cometido por cualquiera; sin embargo, otras disposiciones de la misma ley, utilizadas para orientar la interpretación de la legislación, están cargadas de elementos de subjetividad, hecho que hace más difícil caracterizar los delitos de esta manera.

Las expresiones enumeradas arriba se utilizan para describir la mayoría de los tipos delictivos y, en una primera instancia, indican que la autoría de los crímenes no está relacionada con el género. No obstante, como explica Elena Larrauri (1994), la aparente neutralidad lingüística no excluye las interpretaciones «sexistas» de las leyes (p. 24). Esto afecta al uso de las preguntas de Bartlett en este contexto, ya que el empleo de estas categorías jurídicas universales aporta pocos elementos concretos y específicos a la investigación.

Así, la respuesta a la pregunta por la mujer no siempre se expresa en los documentos analizados, pero se encuentran ecos. La dificultad para ver en ellos el cuerpo criminalizado de la mujer no siempre significa ausencia de respuesta. Con el pretexto de la universalidad, se ocultan concepciones sobre el mundo criminal que son importantes para el análisis. Del mismo modo, una posible ausencia de representación también es algo a considerar, lo que algo dice respecto a cómo se produce el conocimiento en las ciencias criminales brasileñas. Por lo tanto, también consideramos la necesidad de mirar lo no dicho y buscar respuestas entre líneas, considerando el contexto jurídico y social en el que se basan estos análisis.

IV.2. La *pregunta por la mujer* y el uso del género como categoría analítica

El primer eje del método feminista presentado por Bartlett propone que preguntemos por la mujer. Sin embargo, a partir de la exploración de la literatura feminista de sesgo decolonial e interseccional, nos enfrentamos a algunos problemas planteados en torno al uso de la *mujer* como categoría. En nuestra investigación, centrada en la criminalidad femenina en el contexto brasileño, estos problemas parecen relevantes, ya que el tema exige la integración de varios marcadores sociales y el distanciamiento de concepciones esencialistas sobre lo femenino.

Además, fue importante considerar varias particularidades que se reflejan en la escritura sobre criminalización en el campo de las ciencias criminales. Como explica Débora Diniz (2015), gran parte de la escritura sobre el crimen y las prisiones está marcada por el género, lo que influye en la comprensión de la configuración de las mujeres en estos espacios. Las investigaciones en las ciencias criminales no son neutras, sino

permeadas por ideas de violencia y organización, generalmente ligadas a la masculinidad:

> la forma de escribir sobre crimen, bandidos y cárcel es masculina, está inmersa en el patriarcado y reproduce el lenguaje hegemónico de género. [...] la hegemonía de los hombres impone una forma de hablar de las prisiones: el lenguaje de la sangre, de la denuncia y del escándalo (Diniz, 2015, p. 584).

Tales modelos hegemónicos de masculinidad, que permean las discusiones sobre el crimen, influyen en las elecciones y trayectorias de las mujeres criminales, ya sea en el proceso de diferenciación en relación con las mujeres que no realizan actividades criminales —a través de la búsqueda del poder y del uso de la violencia, por ejemplo— o en la formación de sus identidades y sexualidades, especialmente en sus relaciones con otras mujeres dentro de la prisión. Mariana Barcinski (2020) considera que:

> la comprensión de las relaciones de poder construidas y reproducidas en la prisión, a través de la apreciación de las tentativas de algunas mujeres de aproximarse al «mundo de los hombres», reclamando para sí el derecho a privilegios entendidos como exclusivos de ellos. [...] «Ser hombre» —y ser reconocido como tal por las demás reclusas, así como por los agentes penitenciarios— en una cárcel de mujeres también significa escapar de la invisibilidad promovida por el encarcelamiento masivo (p. 41).

La problematización de la expresión «mujer» ha sido durante mucho tiempo un asunto de interés para autoras feministas. Incluso quienes la utilizaron como categoría de análisis reconocen sus problemas. Linda Nicholson (2000) critica el uso de la categoría *mujer* como factor de unión entre todas las mujeres, denotando lo que tendrían en común y usando otros marcadores que serían formas de diferenciación. Ella considera necesario que la categoría *mujer* —y la de género— sea vista también como un conjunto de variables, tornando así el cuerpo y las formas culturalmente variadas de entenderlo como cuestiones a ser consideradas en el momento del análisis, y no como un factor dado y estático (Nicholson, 2000, p. 14). Linda Alcoff (1988), a su vez, defiende el uso de la categoría de mujer como posicionalidad; es decir, de forma relacional, en la que diferentes marcadores sociales ayudan en la construcción de «lo que significa ser mujer» (p. 433).

La crítica a la categoría *mujer (o mujeres)* y a *la preferencia por el uso del género* también pretende cuestionar los estatutos tradicionales en torno a la construcción del conocimiento. Feministas decoloniales como Yuderkys Espinosa Miñoso (2020) cuestionan las propuestas feministas que, aun inconscientemente, colocan a la mujer como categoría

universal, estandarizando la condición de todas ellas e implantando la imagen de la mujer en un constante estado de sujeción al *hombre*, a pesar de cualquier diferencia, incluso las relacionadas a la geografía y al momento histórico (pp. 110 y 113).

La formación de categorías fijas y homogéneas, no solo de mujer o género, sino también de raza y sexualidad, por ejemplo, contribuye a la exclusión de personas que no se ajustan a la «imagen dominante» del grupo. Así, como señala María Lugones (2020), «mujer», como categoría, tiende a seleccionar «hembras blancas heterosexuales de la clase media» (p. 60). En cambio, «negro» nos dirige a «varones heterosexuales negros». En este sentido, las intersecciones nos señalan los vacíos que dejan estas categorías. En el ámbito penal, esto se puede ver en los discursos sobre el ejercicio de la maternidad, asociado solo a las mujeres cisgénero y heterosexuales, alejándolo del debate sobre los derechos maternales de las mujeres transgénero, lesbianas y bisexuales.

Angela Harris (2020) sostiene que la eliminación de la categoría *mujer* en la teoría feminista del derecho, evitando el «esencialismo de género», es importante para que las feministas no silencien las voces excluidas o ignoradas por la «voz del derecho» (p. 46). Por lo tanto, el uso de esta categoría podría ser solo una «forma diferente de abstracción» que no contribuye a la producción de una crítica subversiva.

La autora sostiene, entonces, que una teorización feminista sobre *las mujeres* debe centrarse en las relaciones y no en las esencias (p. 66). No se trata de negar la necesidad del uso de categorías en los procesos de análisis, ya que su abandono, en última instancia, podría imposibilitar las formulaciones teóricas. Su posición es que tales categorías deben ser siempre relacionales e inestables, evitando las abstracciones y las categorías «congeladas», que son típicas del derecho (p. 47).

La propia Bartlett (1990) reconoce tales problemas y reflexiona sobre los usos de la pregunta por la mujer, identificándola como una forma de «preguntar por la exclusión». Sin embargo, reconoce que, con el avance de las teorías de los feminismos, las feministas empezaron a observar que cualquier análisis que utilizara la categoría general de *mujer* era en sí mismo excluyente. Su uso pone de relieve la búsqueda de un ser universalizado que prescinde de otros marcadores de marginación ocultos tras un ideal anodino de feminidad (p. 847). Sin embargo, sostiene que el uso de cualquier categoría como marcador de identidad contiene en sí mismo algún carácter excluyente, por específica que esta parezca. Así, la autora sitúa la pregunta de la mujer como un modelo inicial de lo que se pretende investigar, lo que llevaría a otras preguntas, como:

> ¿qué suposiciones hace el Derecho sobre aquellos a quienes afecta? ¿el punto de vista de quiénes es reflejado por dichas suposiciones?

> ¿los intereses de quiénes son invisibles o periféricos? ¿cómo podrían ser identificados y tomados en cuenta los puntos de vista excluidos? (p. 848).

Por otro lado, autoras feministas han visto el género como un elemento constitutivo de las relaciones sociales y una manera de representar relaciones de poder (Scott, 1995, p. 86). Joan Scott, por ejemplo, posiciona su «definición de género» como una forma de «concebir una realidad social en términos de género» (p. 83). El núcleo de su definición se basa en la conexión entre dos proposiciones. La primera, del género como elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en diferencias percibidas entre los sexos, engloba los símbolos culturales que evocan las representaciones del género, los conceptos normativos que restringen las posibilidades alternativas de interpretación, y las concepciones políticas que subyacen a estas interpretaciones limitadoras y a la identidad subjetiva. La segunda proposición es que el género es una fuente primaria de significado de las relaciones de poder y que permitiría una «teorización del género».

Siguiendo las reflexiones de Scott, Fabiana Severi (2016) sostiene que conversar sobre el género en la investigación ofrece la oportunidad de profundizar nuestra comprensión de lo masculino y lo femenino, transformando a *hombres* y *mujeres* en problemas, en lugar de utilizarlos como categorías fijas (p. 83). El uso del género como categoría facilita, por tanto, diálogos más abiertos que incorporan otros marcadores relevantes desde una perspectiva interseccional. Así, al igual que *mujer*, *género* no se considera una categoría estática o autónoma, sino en intersección con «modalidades raciales, de clase, étnicas, sexuales y regionales de identidades discursivamente constituidas» (Butler, 2003, p. 20). Sin embargo, si pretendemos trabajar sobre estas categorías —género o mujer— desde perspectivas interseccionales, es importante señalar cómo la interseccionalidad está conformada por las investigaciones.

Según Collins (2019, p. 2), el concepto de interseccionalidad no es fijo, siendo un término «paraguas» que engloba una «teoría social en construcción» basado en categorías que representan tradiciones de conocimiento de resistencia (p. 10). En la opinión de la autora, un error de las feministas que proponen pensar sus estudios desde perspectivas interseccionales es incorporar una visión estática que conceptualiza la interseccionalidad como un «fardo preempaquetado» de diferencias raciales, étnicas y nacionales para ser introducidas en la categoría de género (p. 107).

Por el contrario, la interseccionalidad puede tomar diferentes formas[5], y puede ser pensada como una teoría social —es decir, como un conjunto de teorías que buscan explicar un fenómeno dado— y como una forma de teorización que se refiere a los procesos o la metodología utilizada por investigadores para desarrollar explicaciones al fenómeno social. Para nosotros, la interseccionalidad asume especialmente esta segunda función, ya que se inserta dentro de un proceso de decolonización del método jurídico feminista de Bartlett, orientando las preguntas que formulamos y las categorías de análisis que utilizaremos.

Collins (2019), basándose en el trabajo de Linda Tuhiwai Smith, entiende que un proyecto de decolonización metodológica «requiere pensar a través de las relaciones existentes entre el poder epistémico, la teorización interseccional y la metodología» (p. 143), reflejando esta última las reglas epistemológicas que rigen la investigación académica. Según la autora, no existen metodologías inherentemente interseccionales, pero los *constructos centrales*[6] de la interseccionalidad pueden influir en las elecciones metodológicas.

Uno de estos constructos centrales es la idea de *relacionalidad*:

> La raza, el género, la clase y otros sistemas de poder se constituyen y mantienen a través de procesos relacionales, adquiriendo significado por medio de la naturaleza de estas relaciones. La importancia analítica de la relacionalidad en los estudios interseccionales demuestra cómo diversas posiciones sociales, ocupadas por actores, sistemas y disposiciones estructurales políticos/económicos, adquieren necesariamente significado y poder, o falta de él, en relación con otras posiciones sociales (p. 46).

Entre las diferentes formas de entender y visualizar el pensamiento relacional[7], destacamos la idea de *coyunturas* abordada por Collins (p. 234).

5 Collins (2019) enumera tres maneras de pensar la interseccionalidad como forma de analizar y crear conocimiento. La primera es la interseccionalidad como metáfora, como la propuesta por Crenshaw para describir la convergencia entre diferentes sistemas de poder que formaban puntos ciegos en el activismo antirracista y feminista (p. 25). La segunda es la interseccionalidad como herramienta heurística; es decir, como un método científico para encontrar nuevas formas de resolver problemas. Sería, entonces, una guía para la acción social (p. 34). Por último, la interseccionalidad podría ser una forma de «desplazamiento paradigmático»; es decir, un conjunto de cambios en las prácticas de un campo de estudio (p. 42). Las tres formas tienen usos relevantes y se complementan entre sí: «la metáfora proporciona un concepto, una idea que marca la visibilidad del campo. La heurística proporciona estrategias orientativas para hacer las cosas, premisas o hipótesis de trabajo [...]. Los paradigmas proporcionan marcos para analizar y, a menudo, explicar tanto el conocimiento que se está produciendo como el proceso que se utiliza para producirlo» (p. 52).

6 Los constructos centrales presentados por Collins (2019, pp. 46-47) son relacionalidad, poder, desigualdad social, contexto social, complejidad y justicia social.

7 Collins (2019) aborda tres formas interconectadas de pensamiento relacional. La primera es la *adición*, que busca añadir categorías cuya ausencia puede perjudicar el estudio. «Rompe con la lógica de segregación que subyace el pensamiento occidental» (p. 237). La segunda es la *articulación*, que busca evidenciar diversas formas de conexión entre categorías a partir de contextos determinados, formando sistemas de poder que no son fijos. También puede referirse a cómo el lenguaje «crea ideas a partir de la combinación de otras ya existentes» (p. 233). Finalmente, la *co-formación* es un concepto teórico que parece «disolver» las categorías para buscar un argumento o teoría universal de las relaciones de poder interseccionales (p. 241). La co-formación habla de incompletitud, la formación

El concepto de coyunturas proporciona un marco analítico para explorar cómo se entrecruzan los sistemas de poder y, en consecuencia, las categorías analíticas, puesto que las coyunturas son sitios en los que se ponen de manifiesto relaciones de poder. Sin embargo, es importante tener en cuenta que estas relaciones no son fijas, ya que cambian junto con los sistemas que las originan (p. 235). La investigación de las coyunturas es esencial, según Collins, ya que estos sitios nos permiten visualizar cómo las distintas categorías y sistemas de poder se relacionan e influyen mutuamente.

Consideramos que la idea de exclusión en la pregunta por la mujer y nuestro análisis de la mujer criminal y la criminalización femenina involucran coyunturas como las expuestas por Collins. Las categorías de mujer y género están presentes en estas coyunturas, y nos ayudaron a delimitar el alcance de este trabajo.

Es importante destacar que el uso de estas y otras categorías que surjan del análisis debe ser cuidadoso para no caer en dos trampas abordadas por Collins que distorsionan el uso de la interseccionalidad. La primera es pensar en el género, la clase y la raza como categorías fijas, vinculadas a grupos de identidad subordinados (el *género* se refiere a las mujeres; la *raza*, a las personas negras; y la *clase*, a las personas pobres). Añade que es posible estudiar el «privilegio» dentro de estas categorías (p. 39).

La segunda trampa consiste en olvidar que estas categorías no son obligatorias para todos los estudios ni se aplican a cualquier circunstancia. No es la simple presencia de estas categorías en un análisis crítico lo que lo caracteriza como interseccional. Para Collins, lo más importante es considerar todas las categorías utilizadas en determinados estudios como relacionales, buscando puntos de conexión entre ellas sin dejar de reconocer las diferencias inherentes. Es importante cuestionar lo que la relación entre las categorías revela sobre los sistemas de poder de los que estas forman parte y cómo se moldean mutuamente (p. 218).

Cabe destacar que las investigadoras que preguntan por las mujeres y por el género pueden aportar respuestas diferentes e igualmente útiles para comprender el fenómeno estudiado. Esto se debe a que a pesar de insertarse ambos en un proyecto de conocimiento feminista, tienen una historia de formación propia y adquieren diferentes significados en el feminismo. Por lo tanto, queremos desvincular el concepto de género del concepto de *mujer*, evitando el tratamiento de ambos como sinónimos, lo que permite hablar de la masculinidad y la sexualidad como categorías centrales en la formación de la identidad criminal, especialmente debido a la importancia de considerar la performatividad

constante de teorías provisionales. Es un espacio de fronteras cambiantes, como las abordadas por Gloria Anzaldúa en *Borderlands* (p. 245).

de ciertas características, tradicionalmente atribuidas a lo masculino, utilizadas por algunas mujeres para insertarse en el mundo criminal.

Partimos de la concepción de que dialogar sobre el género en la literatura feminista nos permite destacar temas propios de nuestro objeto de estudio sin caer en los mismos problemas que los métodos de estudio tradicionales; es decir, visiones unidimensionales, esencialistas y excluyentes. Esto no significa, sin embargo, abandonar la pregunta por la mujer como método, ya que seguimos buscando a la *mujer criminal* pensando, como sugiere Bartlett, en una demarcación específica de la mujer cuando «preguntamos por la exclusión».

IV.3. Diálogos entre investigadoras y sujetos de investigación

Hablar de la criminalización de las mujeres desde una perspectiva feminista es un desafío. Esto se debe a que, en general, las investigadoras partimos desde una posición de privilegio en relación con los sujetos que estudiamos, garantizada por el hecho de ser blancas y por la inserción en el mundo académico, que nos permite *conocer* y hablar del Otro dentro de los límites de la producción científica sin que los sujetos nos conozcan ni ocupen los mismos espacios[8]. Aunque las discusiones feministas advierten y critican el lugar de *alteridad* que ocupan las mujeres en los espacios de conocimiento, tratar de mujeres criminalizadas presupone el reconocimiento de una marginalidad que no compartimos, que las coloca en una posición de exclusión profunda y diferenciada, de ser «la Otra de la Otra» (Miñoso, 2020, p. 99). Por lo tanto, debemos ser cuidadosos para no

> romantizar y/o apropiarnos de la visión de los menos poderosos al pretender ver desde su posición. Aprender a ver desde abajo no es fácil y puede ser problemático [...] incluso si 'nosotras' 'naturalmente' habitamos el gran terreno subterráneo del conocimiento sometido (Haraway, 1995, pp. 22-23).

En este sentido, una perspectiva decolonial alerta sobre la posibilidad de producir también racionalidades excluyentes y opresivas, y sobre la importancia de utilizar categorías y teorías que surjan de experiencias subalternas que partan de «realidades vividas» (Lugones, 2020) a través de un «desentendimiento epistemológico». Esto significa

8 Grada Kilomba (2019), utilizando las ideas de bell hooks (1989), diferencia los conceptos de *sujeto*, como el que habla, que tiene el derecho de definir y nombrar; y *objeto*, «cuya realidad es definida por otros» (p. 28). Estos términos, muy utilizados en el ambiente científico para diferenciar investigador e investigado (sea efectivamente un objeto u otro sujeto), muestran que la academia no es solo un espacio de producción de conocimiento, sino también un espacio de violencia cuando afirma la imparcialidad y universalidad de lo que produce y cuando silencia a los sujetos subalternos que estudia (p. 51). Este silencio, sin embargo, no se debe a una incapacidad para hablar por sí mismos, sino que indica la «sordera» de los privilegiados a las voces de las que se hacen eco los subalternos (p. 48).

«develar las formas, modos, estrategias y discursos a través de los cuales aquellos que habitan determinados lugares de poder y dominación definen a ciertos grupos sociales como 'otros'» (Curiel, 2020, p. 135). La construcción del conocimiento en ciencias criminales , guiada por métodos y epistemologías feministas, por lo tanto, solo es posible si nos desconectamos de la perspectiva de la blancura, poblando el campo, directa o indirectamente, con los cuerpos sometidos al empobrecimiento y a la negación de su capacidad de desarrollar conocimiento (Miñoso, 2020, p. 109).

Para intentar romper con tales representaciones de alteridad, Camila Prando (2019) presenta una propuesta en dirección a una criminología «marginal» que utiliza aportes feministas que buscamos aplicar. Sostiene que la raza debe analizarse no solo con respecto a los cuerpos criminalizados (negros), sino también con respecto a los cuerpos (blancos) que producen conocimiento en el campo. Considera que la producción de conocimiento, alejada de las concepciones tradicionales que se vinculan a las epistemologías feministas, depende de la reconstrucción de algunas prácticas y discursos como: a) el abandono del «Otro colonial» a través de esfuerzos para garantizar que una pluralidad de investigadores y representaciones tienen voz; b) el uso de nuevos métodos y expresiones en la investigación, asegurando a través de un cuestionamiento constante que no están engendrando violencia epistémica; y c) el uso de teorías feministas y decoloniales como recursos investigativos capaces de cuestionar las agendas y los sesgos que existen en el campo de estudio (p. 42).

IV.4. El razonamiento práctico feminista como método de construcción del conocimiento en derecho: la *mujer criminal* como sujeto plural

El razonamiento práctico feminista se alinea con el compromiso «con la noción de que no existe una sino muchas comunidades imbricadas en las que uno debe buscar la 'razón'» (Bartlett, 2020, p. 268). Al ser una forma de replantear la racionalidad, tiene en cuenta elementos contextuales, valorando la pluralidad de experiencias, y alejándose de intereses homogéneos y puntos de vista unilaterales (p. 270).

En un primer momento, leyendo y comprendiendo la escritura de Bartlett, *tradujimos* sus ideas a través de las siguientes dos preguntas: cuando se perciben perspectivas de género en un texto, ¿cómo fue que se insertaron?, y ¿estas perspectivas incluyen ideas generalizadoras sobre el género? Tales preguntas fueron elaboradas a partir de las discusiones realizadas por autoras feministas que denuncian la creación de la «mujer normativa» (Costa, 2014) y rechazan la noción de que exista una experiencia femenina universal.

Sin embargo, pronto nos dimos cuenta de la necesidad de anclar este eje analítico en otros instrumentos teórico-metodológicos para que pudiera pensarse no solo como un método de «hacer derecho», sino también como un método de construcción de conocimiento sobre el derecho (saber en el derecho) en el contexto jurídico brasileño y teniendo a la mujer criminal como sujeto-objeto de análisis.

Por ello, además de Bartlett (1990), decidimos integrar ideas de un libro de Alda Facio (1992), en el que presenta algunos pasos que podrían seguir las autoras feministas para pensar el derecho desde una perspectiva no androcéntrica; y el ensayo de Gina Heathcote (2018), en el que la autora aborda la subjetividad jurídica desde perspectivas feministas e interseccionales, proponiendo tres metodologías feministas que desafían el silenciamiento de otros métodos feministas a las voces y prácticas de conocimiento de los «sujetos periféricos».

Los pasos metodológicos presentados por Facio (1992) nos ayudaron a aproximar la investigación a la realidad del derecho brasileño y latinoamericano, que se centra en la literalidad de la legislación y considera el discurso relativo a los textos jurídicos como un importante medio de producción de conocimientos. En uno de los seis pasos enumerados por la autora, destaca la necesidad de profundizar en la comprensión de lo que es el sexismo y las formas en que se manifiesta, «identificando y cuestionando los elementos de la doctrina jurídica, de los principios y fundamentos legales y de las investigaciones que fundamentan esos principios y esas doctrinas, que excluyen, invisibilizan o subordinan a las mujeres» (p. 77).

Tal comprensión podría obtenerse a través de la búsqueda de algunas manifestaciones concretas en los documentos objeto de investigación, como el uso del «doble parámetro» —la valoración del comportamiento humano con parámetros diferentes en función del género—, el «deber ser de cada sexo» —la consideración de lo que sería normal y anormal en función del sexo— y el «dicotomismo sexual» —la atribución de características diametralmente opuestas a hombres y mujeres— (pp. 89 y 91-92). Para la identificación de estas manifestaciones, las elecciones lingüísticas y la construcción del texto son elementos destacados.

Además de este paso, identificar cuál es la mujer que la ley está contemplando como «la Otra» en el documento analizado y buscar cual es la concepción de «mujer» que sirve de sustento en el texto son otros dos pasos de un análisis feminista destacados por Facio (pp. 95-96). Estos permiten identificar elementos de interseccionalidad en un texto, de modo que se pueda comprender quién es la mujer reflejada en los estudios.

Dichos dos últimos pasos presentados por Facio se reflejan en las discusiones metodológicas realizadas por Heathcote (2018) en el

artículo «On Feminist Legal Methodologies: Split, Plural and Speaking Subjects». En el texto, la autora resalta la necesidad de «incorporar activamente las comprensiones contemporáneas del sexo y del género como interseccionales, lo que implica abordar (al menos) la raza, la sexualidad, la capacidad física y la clase dentro de las metodologías legales feministas» (p. 2). Para ello, desarrolla el concepto de «sujetos plurales» como manera de revelar «lo que hay detrás» de la imagen de universalidad del conocimiento jurídico (p. 11).

Heathcote utiliza la idea de Ratna Kapur del «sujeto periférico», asumiéndolo como punto de partida para la producción de conocimiento feminista, ya que reconoce como relevantes las formas jurídicas no dominantes e incorpora la perspectiva, la voluntad y la voz fuera del sujeto masculino y occidental:

> el sujeto periférico emerge como un mecanismo para involucrar la conciencia política en los fundamentos del derecho mediante la prestación de atención a las desigualdades y sus intersecciones de género. Es decir, el sujeto periférico hace preguntas difíciles y diferentes sobre los intereses que están representados en reformas de las leyes de género, y dada su ubicación fuera de las estructuras de poder dominantes y los espacios de producción de conocimiento, sirve como un recordatorio para articular el género como un factor incrustado en historias racializadas, heteronormativas y coloniales (p. 12).

La idea de sujetos plurales, construidos a partir de voces periféricas, nómadas y diaspóricas, desafía los binarismos masculino y femenino como fuerza organizadora central o única en los escritos feministas y en el derecho. La autora propone que los proyectos feministas trabajen activamente para romper con este concepto del conocimiento, a favor del desarrollo de «comprensiones plurales de la subjetividad como mecanismo para intervenir y trastocar precisamente lo que pensamos que *debería* ser el derecho» (p. 14).

Para emplear el razonamiento práctico feminista desde una perspectiva decolonial, las nociones de «sujetos plurales» y «sujetos periféricos» pueden ser utilizadas para entender a la mujer criminal como una sujeta capaz de romper con las construcciones universalizantes sobre el género creadas y reproducidas por el derecho. Al mismo tiempo, la capacidad de las investigadoras de «conocer» el sujeto-objeto de investigación depende de las representaciones disponibles en el campo estudiado. En un contexto específico de disputa de poder y conocimiento, es clave tener en cuenta que destacar tales representaciones puede generar cambios y reformas jurídicas y políticas que afectan a las mujeres en contacto con el sistema de justicia penal.

V. CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo, analizamos la posibilidad de realizar investigaciones feministas en dos aspectos. El primero está relacionado a la importancia de examinar de forma crítica las metodologías de investigación feministas y de considerar la mejor manera de emplearlas en la investigación y en la práctica del derecho. A partir de las discusiones de la norteamericana Katharine Bartlett, de la costarricense Alda Facio y de las brasileñas Élida Lauris y Fabiana Severi, observamos que la propuesta de métodos feministas apunta a la deconstrucción de las bases androcéntricas de producción de conocimiento, considerando cuestiones de contexto y estando atentas a los puntos de vista excluidos por la academia tradicional.

Una metodología feminista no significa necesariamente la creación de nuevos dispositivos metodológicos, sino el uso de los ya existentes de forma crítica y en diálogo con otras teorías feministas, pensando en diferentes puntos de vista, haciendo otras preguntas y centrándose en perspectivas marginales. Así, el feminismo metodológico impregna todas las fases de la investigación, desde la formulación de un problema de investigación hasta las elecciones lingüísticas a la hora de redactar el artículo.

El segundo aspecto analizado está relacionado con la importancia de tener en cuenta/considerar el contexto específico de una investigación y, en consecuencia, la necesidad de adecuar nuestras elecciones metodológicas feministas. Investigar la criminalización de las mujeres por tráfico de drogas en Brasil significa hablar de la «Otra de la Otra», como lo expone Miñoso (2020). Esta marginalidad no siempre es aprehendida por las metodologías centrales, incluso las que se autodenominan feministas, como es el caso del método jurídico feminista de Bartlett.

El contexto concreto de nuestra investigación también nos invita a pensar en las posibilidades de diálogo entre el Norte y el Sur globales, entre la hegemonía y la colonialidad. Así, utilizando el concepto de *traducción* (Álvarez, 2009) e ideas relacionadas a *la colonialidad del saber feminista* (Curiel, 2020), intentamos comprender qué significaría, y qué sería necesario hacer y pensar, para decolonizar el método feminista de Bartlett y aplicarlo al estudio de la *mujer criminal*.

Procedimos a profundizar en cuatro puntos que consideramos relevantes. El primero es que el sistema jurídico brasileño se basa en la tradición del *civil law*, en la que la letra de la ley tiene más peso que los precedentes, en contraste con la tradición del *common law* de Estados Unidos, donde Bartlett elaboró sus métodos feministas. En el caso del tráfico de drogas, es importante considerar que, aunque la norma asigna abstractamente a cualquier persona la posibilidad de cometer el delito, la propia ley y su aplicación por el poder judicial crean un perfil de una *mujer en el*

tráfico de drogas que se refleja en las estadísticas penitenciarias y en las representaciones típicas de la *mujer criminal*.

El segundo punto se relaciona con la importancia de orientar los análisis de este tema y en este contexto en una perspectiva interseccional que cuestione las representaciones sociales sobre la *mujer normativa* y la *mujer criminal*, entre otros estereotipos producidos por el derecho. Se observa que es necesario cuestionar los usos de las categorías *género* y *mujer*, así como pensar en la relacionalidad entre estas categorías y otras que caracterizan el sistema de justicia, tales como raza, clase, sexualidad, masculinidad y selectividad criminal.

En tercer lugar, consideramos que es clave tener en cuenta las ubicaciones de las investigadoras y las encuestadas, ya que es a partir de estas visiones que se construye el conocimiento. Así, las prácticas recomendadas por Camila Prando (2019), presentadas en la sección IV, materializan esta posición cuestionadora, que observa más allá del objeto de investigación. Además, simboliza el «paso para atrás» recomendado por las feministas que abordan la metodología desde una perspectiva decolonizadora.

Finalmente, aplicar el razonamiento práctico feminista en el espacio latinoamericano, abordando contextos de criminalización de mujeres en un país marcado por el encarcelamiento masivo de gente pobre, implica considerar a las mujeres criminales de nuestro estudio como «sujetos plurales» y «sujetos periféricos». Esto significa no olvidar las características que las seleccionan como blanco del sistema de justicia penal, como la pobreza y la vulnerabilidad social y de género, pero también tener en cuenta las diferentes identidades que estas mujeres pueden construir, rompiendo con los patrones «típicos» de masculinidad y feminidad, y con ideas estáticas sobre qué significa «ser mujer» y «ser criminal».

La redacción de este trabajo ha sido, en sí misma, una forma de aplicar la propuesta de «incremento de conciencia» descrita por Bartlett. El método feminista que aquí analizamos se basa en las experiencias de feministas norteamericanas y europeas, que son esenciales para la reflexión feminista actual que estamos desarrollando en América Latina. Sin embargo, debemos tener cuidado de no ignorar las fronteras que nos separan.

Las metodologías feministas se construyen a partir de formulaciones colectivas, de relatos de experiencias vividas que permiten cuestionar conocimientos ya consolidados y adecuarlos a nuevos contextos. La ciencia feminista no ignora lo que ya ha sido desarrollado por otras mujeres, ni busca simplemente superar teorías y métodos que se perciben como anticuados. Al contrario, es a partir de estos que reconstruimos un

conocimiento más amplio, más cercano a las realidades y a los problemas actuales, así como a los intereses de las investigadoras de hoy en día.

REFERENCIAS

Alcoff, L. (1998). Cultural Feminism versus Poststructuralism: The Identity Crisis in Feminist Theory. *Signs*, *13*(3). https://doi.org/10.1086/494426

Alvarez, S. E. (2009). Construindo uma política feminista translocal da tradução. *Revista Estudos Feministas*, *17*(3), 743-753. https://doi.org/10.1590/s0104-026x2009000300007

Angotti, B., & Braga, A. G. M. (2015). Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, *12*(22), 229-239. https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2015/12/16_SUR-22_PORTUGUES_ANA-GABRIELA-MENDES-BRAGA_BRUNA-ANGOTTI.pdf

Barcinsk, M. (2009). Centralidade de gênero no processo de construção da identidade de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas. *Ciência & Saúde Coletiva*, *14*(5), 1843-1853. https://doi.org/10.1590/s1413-81232009000500026

Barcinski, M. (2020). A homossexualidade feminina no cárcere: notas para uma perspectiva interseccional. En A. P. Uziel, N. C. Padovani, A. C. O. Baldanzi, L. B. D'Angelo, J. G. Hernández, B. S. Rocha, V. P. Lima y M. B. B. Silva (orgs.), *Prisões, sexualidades, gênero e direitos: desafios e proposições em pesquisas contemporâneas* (pp. 41-48). Río de Janeiro: Editora da UERJ.

Bartlett, K. T. (1990). Feminist Legal Method. *Harvard Law Review*, *103*(4), 829-888. https://doi.org/10.2307/1341478

Bartlett, K. T. (2020). Métodos jurídicos feministas. En F. C. Severi, E. W. Castilhos y M. C. Matos (orgs.), *Tecendo fios das Críticas Feministas ao Direito no Brasil II: direitos humanos das mulheres e violências: volume 1, os nós de ontem: textos produzidos entre os anos de 1980 e 2000* (pp. 242-342). Ribeirão Preto: FDRP-USP.

Braga, A. G. M. (2015). Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada. *Revista Direito GV*, *11*(2), 523-546. https://doi.org/10.1590/1808-2432201523

Braga, A. G. M. (2020). Governo da vida e política social: produções da maternidade na prisão. En A. P. Uziel, N. C. Padovani, A. C. O. Baldanzi, L. B. D'Angelo, J. G. Hernández, B. S. Rocha, V. P. Lima y M. B. B. Silva (orgs.), *Prisões, sexualidades, gênero e direitos: desafios e proposições em pesquisas contemporâneas* (pp. 232-341). Río de Janeiro: Editora da UERJ.

Braga, A. G. M., & Franklin, N. I. C. (2016). Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011. *Questio Iuris*, 9(1), 349-375. https://doi.org/10.12957/rqi.2016.18579

Butler, J. (2003). *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Río de Janeiro: Civilização Brasileira.

Campos, C. H. (2020). *Criminologia feminista: teoria feminista e crítica às criminologias*. Río de Janeiro: Lumen Juris.

Collins, P. H. (2019). *Intersectionality as critical social theory.* Durham: Duke University Press.

Costa, C. L. (2020). Feminismos decoloniais e a política e a ética da tradução. En H. B. Hollanda (org.), *Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais* (pp. 320-341). Río de Janeiro: Bazar do Tempo.

Costa, M. (2014). El Pensamiento Jurídico feminista en América Latina. Escenarios, contenidos y dilemas. *Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito*, *3*(2), 24-35. https://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/20416

Curiel, O. (2020). Construindo metodologias feministas a partir do feminismo decolonial. En H. B. Hollanda (org.), *Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais* (pp. 121-138). Río de Janeiro: Bazar do Tempo.

Diniz, D. (2015). Pesquisas em cadeia. *Revista Direito* GV, *11*(2), 573-586. https://doi.org/10.1590/1808-2432201525

Diuana, V., Corrêa, M., & Ventura, M. (2017). Mulheres nas prisões brasileiras: tensões entre a ordem disciplinar punitiva e as prescrições da maternidade. *Revista de Saúde Coletiva*, *27*(3), 727-747. https://doi.org/10.1590/s0103-73312017000300018

Facio, A. (1992). *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. San José: Ilanud.

Fernández, M. (2006). Usando el género para criticar al Derecho. *Derecho PUCP*, (59), 357-369. https://doi.org/10.18800/derechopucp.200601.016.

Haraway, D. (1995). Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. *Cadernos Pagu*, (5), 7-41. https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/1773

Harris, A. P. (2020). Raça e essencialismo na Teoria Feminista do Direito. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, *10*(2), 43-73. https://doi.org/10.5102/rbpp.v10i2.6932

Heathcote, G. (2018). On Feminist Legal Methodologies: Split, Plural and Speaking Subjects. *Feminisms@law*, *8*(2).

Helpes, S. S. (2014). *Vidas em jogos: Um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas* [tesis de maestría de Ciencias Sociales, Universidade Federal de Juiz de Fora].

Kilomba, G. (2019). *Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano*. Río de Janeiro: Cobogó.

Larrauri, E. (org.). (1994). Una crítica feminista al derecho penal. En *Mujeres, Derecho Penal y Criminología* (pp. 19-40). https://www.researchgate.net/publication/49465159_Mujeres_derecho_penal_y_criminologia

Lerussi, R. C., & Costa, M. (2017). Los feminismos jurídicos en Argentina. Notas para pensar un campo emergente. *Revista Estudos Feministas*, *26*(1), 1-13. https://doi.org/10.1590/1806-9584.2018v26n141972

Lugones, M. (2020). Colonialidade e gênero. En H. B. Hollanda (org.), *Pensamento feminista hoje: perspectiva decoloniais* (pp. 52-83). Río de Janeiro: Bazar do Tempo.

Ministério da Justiça. (2015). *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão.* Brasília: Ministério da Justiça, IPEA.

Ministério da Justiça. (2018). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres* (2.ª ed.). Brasília.

Ministério da Justiça e Segurança Pública. (2019). *Relatório Temático sobre mulheres privadas de liberdade – junho de 2017*. Brasília.

Miñoso, Y. E. (2020). Fazendo uma genealogia da experiência: o método rumo a uma crítica da colonialidade da razão feminista a partir da experiência na América Latina. En H. B. Hollanda (org.), *Pensamento feminista hoje: perspectiva decoloniais* (pp. 97-118). Río de Janeiro: Bazar do Tempo.

Mossman, M. J. (1986). Feminism and legal method: the difference it makes. *Australian Journal of Law and Society*, *3*, 30-52. https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=2557&context=scholarly_works

Nicholson, L. (2000). Interpretando gênero. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, *8*(2), 9-41. https://www.jstor.org/stable/43596547?seq=1

Prando, C. (2019). The margins of criminology: challenges from a feminist epistemological perspective. *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, *8*(1), 34-45. https://doi.org/10.5204/ijcjsd.v8i1.946

Scott, J. (1995). Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação e Realidade*, *20*(2). https://seer.ufrgs.br/index.php/educacaoerealidade/article/view/71721

Severi, F. C. (2016). O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres. *Revista Direito e Práxis*, *7*(1), 80-115. https://doi.org/10.12957/dep.2016.16716

Severi, F. C., & Lauris, E. (2022). E se os métodos feministas falassem: um debate epistemológico e metodológico sobre a pesquisa jurídica feminista no Brasil. En A. G. M. Braga, R. L. Igreja y R. Cappi (orgs.), *Pesquisar empiricamente o direito II: percursos metodológicos e horizontes de análise* (pp. 49-80). São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito.

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Lei N.° 11.343, Lei de Drogas (Congresso Nacional [Brasil], 2006). *Diário Oficial do Brasil*, 23 de agosto de 2006.

Ley N.° 6343, 2006.

Recibido: 31/10/2022
Aprobado: 10/02/2023

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.007
CC BY
DERECHO PUCP
N° 90, 2023
junio-noviembre
pp. 215-250
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Migración «extrarregional» y fronteras temporales en el contexto sudamericano reciente. Migración haitiana e «intermitencia legal» en Argentina

"Extrarregional" Migration and Temporary Borders in the Recent South American Context. Haitian Migration and "Legal Intermittency" in Argentina

CARINA TRABALÓN*
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Argentina)

Resumen: Este artículo tiene como objetivo analizar las tensiones y reconfiguraciones que operan entre ilegalización, fronteras temporales y vida cotidiana de personas haitianas en Argentina, en conexión con procesos regionales de mayor envergadura vinculados al gobierno político de la migración «extrarregional» caribeña y africana en el contexto sudamericano reciente. Argumento que el control sobre los modos de «permanencia» de migrantes de origen haitiano en Argentina representa un caso paradigmático que permite exponer tendencias regionales en curso durante la década de 2010 basadas en la exclusión política del refugio, la existencia de criterios diferenciales de residencia, el reforzamiento de mecanismos de ilegalización y la multiplicación de las fronteras temporales. Además, sostengo que una de las principales manifestaciones de estos procesos políticos es la «intermitencia legal» referida a la dinámica conflictiva y cambiante que se establece entre las prácticas jurídico-políticas, las experiencias temporales de control y las estrategias de negociación de los sujetos. El artículo adopta un enfoque metodológico cualitativo que incluye, en primer lugar, el análisis documental de normativas y políticas implementadas a escala regional durante la década de 2010 sobre la migración caribeña y africana en Argentina, Brasil, Chile y Ecuador. En segundo lugar, la observación participante y las entrevistas efectuadas a migrantes de origen haitiano entre 2017 y 2019 en dos ciudades de Argentina. Concluyo que el nexo entre fronteras legales y fronteras temporales constituye un aspecto clave para comprender tanto las realidades político-administrativas de las «nuevas» migraciones en el contexto sudamericano, como los modos históricamente situados en que las «configuraciones de ilegalidad» permean los proyectos de vida y las formas de resistencia de grupos nacionales y sociales específicos.

Palabras clave: Migración «extrarregional» caribeña y africana, migración haitiana, fronteras temporales, ilegalización, políticas de control, Argentina, Sudamérica

* Becaria posdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet) y del Centro de Investigaciones y Estudios sobre Cultura y Sociedad (Ciecs), Conicet-UNC. Doctora en Estudios Sociales de América Latina por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Código ORCID: 0000-0003-3675-2338. Correo electrónico: carinatrabalon522@gmail.com

Abstract: This article aims to analyze the tensions and reconfigurations that operate between illegalization, temporary borders and daily life of Haitians in Argentina, in connection with larger regional processes linked to the political government of Caribbean and African "extrarregional" migration in the recent South American context. I argue that the control over the modes of "permanence" of migrants of Haitian origin in Argentina represents a paradigmatic case that allows exposing regional trends in progress during the 2010s, based on the political exclusion of the refuge, the existence of differential criteria of residence, the reinforcement of illegalization mechanisms and the multiplication of temporary borders. In addition, I maintain that one of the main manifestations of these political processes is the "legal intermittency" referring to the conflictive and changing dynamics that is established between legal-political practices, temporary experiences of control and negotiation strategies of the subjects. The article adopts a qualitative methodological approach that includes, firstly, a documentary analysis of regulations and policies implemented at the regional level during the 2010s on Caribbean and African migration in Argentina, Brazil, Chile and Ecuador. Second, a participant observation and interviews conducted with migrants of Haitian origin between 2017 and 2019 in two cities in Argentina. I conclude that the link between legal borders and temporary borders constitutes a key aspect to understand both the political-administrative realities of the "new" migrations in the South American context, as well as the historically situated ways in which "configurations of illegality" permeate the projects of life and forms of resistance of specific national and social groups.

Keywords: Caribbean and African "extrarregional" migration, Haitian migration, temporary borders, illegalization, control policies, Argentina, South America

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. MARCO TEÓRICO-METODOLÓGICO: FRONTERAS TEMPORALES E «INTERMITENCIA LEGAL».- III. LA MIGRACIÓN «EXTRARREGIONAL» CARIBEÑA Y AFRICANA EN EL CONTEXTO SUDAMERICANO RECIENTE.- IV. MIGRACIÓN HAITIANA EN ARGENTINA: «INTERMITENCIA LEGAL» Y FRONTERAS TEMPORALES.- IV.1. DE TURISTA A ESTUDIANTE.- IV.2. ¿DE ESTUDIANTE A TRABAJADOR?.- V. FRONTERAS LEGALES Y TEMPORALES EN DISPUTA.- V.1. NEGOCIANDO TEMPORALIDADES «PERTURBADAS».- V.2. NEGOCIANDO TEMPORALIDADES «DESARTICULADAS».- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN[1]

Durante la primera década del siglo XXI, una serie de reformas legislativas y acuerdos regionales y bilaterales se configuraron en torno

1 Este artículo se desprende de mi tesis de doctoral sobre migración haitiana, fronteras y racialización en Argentina y el contexto sudamericano. Agradezco especialmente a Eduardo Domenech por los debates abiertos, los aportes realizados y las numerosas conversaciones interpersonales y colectivas entabladas en los últimos años. Además, quisiera agradecer a Janneth Clavijo por la lectura y las sugerencias efectuadas sobre la versión preliminar de este artículo, y a Joao Chaves por la apertura al diálogo y su contribución para la comprensión de aspectos claves de la política de migración en Brasil.

al panorama dominante de la migración intrarregional en Sudamérica. Como señalan numerosas investigaciones, el Acuerdo de Residencia del Mercado Común del Sur (Mercosur) firmado en el año 2002 representó una de las transformaciones políticas más significativas en materia migratoria al introducir el criterio de nacionalidad como requisito suficiente de «ingreso» y «permanencia» en los países sudamericanos (Brumat & Artola, 2015; Rho, 2018)[2]. En esta clave regional, también se instauró la «ciudadanía sudamericana» en Ecuador, en el marco de la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur), a inicios de 2017 (Ramírez, 2017); mientras que, en agosto de 2021, entró en vigencia el Estatuto Migratorio Andino (Disposición N.° 878), que incorpora el criterio de residencia para nacionales de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Es, pues, una legislación que amplía las bases sobre la libre circulación establecidas desde 2015 por el Estatuto Andino de Movilidad Humana en el ámbito de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) (Ramírez & Ceja, 2017).

Estas iniciativas se desarrollan en un contexto de regionalización e internacionalización de las políticas de migración en el espacio sudamericano (Domenech, 2019), signado por la modificación de las legislaciones migratorias de Argentina, Uruguay, Brasil, Ecuador, Perú, Colombia y Chile entre mediados de la década del año 2000 e inicios de la década de 2020. Sin estar exentos de cuestionamientos, los cambios normativos y acuerdos regionales implicaron una importante ampliación de derechos para migrantes regionales cuyo reconocimiento había sido sistemáticamente negado durante las últimas décadas (Acosta & Freier, 2015; Brumat *et al.*, 2018). No obstante, estos procesos políticos también contribuyeron a consolidar la división entre migrantes «regionales» y «extrarregionales» como elemento distintivo del régimen sudamericano de migración y fronteras (Domenech, 2019).

Ciertamente, Domenech y Dias (2020) muestran cómo la intensificación de la migración «extrarregional» y venezolana en la región sudamericana a lo largo de la década de 2010 ha desatado nuevos conflictos en torno a la configuración y subversión de los controles migratorios y fronterizos. Así, en lo que respecta a las migraciones «extrarregionales» del Caribe y África, es posible observar cómo, a medida que su presencia o circulación se incrementa en determinados países de la región andina y el Cono Sur, el control diferenciado según jerarquías interestatales, raciales, étnicas, de género y de clase se profundiza y toma forma a través de heterogéneos procesos de ilegalización y precarización laboral (Stefoni *et al.*, 2018; Álvarez Velasco, 2020b; Pedone, 2020; Trabalón, 2021). Por ello, las políticas de «regularización» son comprendidas en el

2 Aunque con diferentes formas de aplicación y alcance, Argentina y Bolivia suscribieron el acuerdo en 2004; Brasil, Chile y Uruguay en 2005; Paraguay en 2008; Ecuador y Perú en 2011; y Colombia en 2012 (Cetra & Pacecca, 2020).

marco de los esquemas de control migratorio y fronterizo más generales, que reconfiguran el «régimen de ilegalidad migrante» en el espacio sudamericano durante la última década (Domenech, 2011, 2015; Domenech & Dias, 2020).

En este complejo escenario regional, el artículo se focaliza inicialmente en el uso político de la categoría estatal de «permanencia» para la regulación de la migración caribeña y africana en cuatro países de la región (Argentina, Brasil, Chile y Ecuador), donde estos grupos han protagonizado tensiones y disputas explícitas entre su movilidad y los marcos legales e institucionales existentes. Este panorama general permite, posteriormente, indagar en las singularidades de la migración haitiana en Argentina, con eje en las experiencias de jóvenes (varones y mujeres) que llegan al país con el objetivo de realizar sus estudios universitarios[3]. Precisamente, junto con la intensa movilidad de migrantes de origen haitiano entre y a través de distintos países sudamericanos, el crecimiento y expansión de estas redes migratorias en Argentina durante la segunda mitad de la década de 2010 genera reconfiguraciones jurídico-políticas significativas que alteran visiblemente el vínculo entre fronteras legales y fronteras temporales. Es así como, entre los años 2017 y 2018, se destacan prácticas como el aumento de los rechazos en frontera por vías aéreas (Trabalón, 2020b; Domenech, 2020), la imposición de un visado consular (de turismo) en agosto de 2018 (Trabalón, 2018) y la activación de múltiples obstáculos burocráticos por parte de las universidades nacionales, la Embajada Argentina en Haití y la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) (Trabalón, 2022).

El presente artículo tiene como objetivo analizar las tensiones y reconfiguraciones que operan entre ilegalización, fronteras temporales y vida cotidiana de personas haitianas en Argentina, en conexión con procesos regionales de mayor envergadura vinculados al gobierno político de la migración «extrarregional» caribeña y africana en el contexto sudamericano reciente. Más allá de la alternancia entre gobiernos «progresistas» y de «derecha», y de sus matices particulares, las prácticas de control implementadas sobre los modos de «permanencia» de migrantes de origen haitiano en Argentina expresan de modo paradigmático cuál ha sido la respuesta política dominante a los nuevos patrones, circuitos y conflictos migratorios emergentes en la región a lo largo de la década de 2010. Así, en contextos de racismo sistémico, la definición estatal e institucional en torno a la autorización de «permanencia» de nuevas migraciones en la región se ha caracterizado por la exclusión política del refugio, la reafirmación o instauración de criterios diferenciales de

3 Para un análisis en profundidad sobre las características específicas de estos grupos y de sus proyectos migratorios, puede consultarse Trabalón (2020a).

residencia, el reforzamiento de mecanismos de ilegalización a través de diversas modalidades de contención, subordinación o disuasión, y la multiplicación de las fronteras temporales alrededor de la residencia. Al mismo tiempo, estos procesos regionales se han manifestado local y nacionalmente de múltiples maneras, destacándose en Argentina el fenómeno de «intermitencia legal» que refiere a la dinámica conflictiva y cambiante que se establece entre ciertas prácticas jurídico-políticas, la emergencia o mutación de las experiencias temporales de control, y el despliegue de estrategias de negociación fronteriza por parte de los sujetos.

Este planteo busca contribuir a la discusión sobre las migraciones clasificadas como «extrarregionales» e introducir nuevos elementos al debate político actual en el campo de los estudios migratorios, muchas veces eclipsado por el foco puesto en la masividad de la migración venezolana o en la ampliación y alcance efectivo de los derechos en torno a la migración regional. Vale la pena discutir, en particular, el argumento estatal e institucional del porcentaje comparativamente reducido de la migración «extrarregional» en Sudamérica, una justificación que ha contribuido a minimizar y relegar políticamente (por acción u omisión) la necesidad y urgencia de visibilizar, cuestionar y debatir profundamente las precariedades, desigualdades y violencias legales cotidianas que dan forma y condicionan la vida de miles de migrantes «extrarregionales» que viven, transitan y cruzan fronteras en y a través del espacio sudamericano. Por ello, al poner el eje en las fronteras legales y temporales que se configuran en torno a los modos de «permanencia» de las migraciones «extrarregionales» caribeñas y africanas, este artículo se propone aportar a la mirada crítica sobre el mapa migratorio regional actual y las realidades político-administrativas de aquellos grupos que, además de estar atravesados por diferentes exclusiones y subordinaciones según género, «raza», idioma, clase y edad, son en general los que mayores barreras legales enfrentan para el desarrollo de sus proyectos migratorios y de vida en los países sudamericanos.

El trabajo se estructura en seis secciones. En la segunda, desarrollo el marco teórico y metodológico de la investigación. En la tercera, analizo algunas tendencias regionales vinculadas al control de la «permanencia» de las migraciones «extrarregionales» caribeñas y africanas en el espacio sudamericano, con eje en los países de Argentina, Chile, Brasil y Ecuador. En la cuarta, examino la relación entre mecanismos de ilegalización y fronteras temporales, así como sus efectos sobre las trayectorias particulares de mis interlocutores de origen haitiano en Argentina. En la quinta, abordo las experiencias temporales de control en el desarrollo de su vida cotidiana y las estrategias de negociación desplegadas en torno a la residencia. Y en la sexta, expongo las conclusiones y posibles líneas de indagación a futuro.

II. MARCO TEÓRICO-METODOLÓGICO: FRONTERAS TEMPORALES E «INTERMITENCIA LEGAL»

Este trabajo se inscribe teóricamente en el campo de los estudios críticos sobre migraciones y fronteras. En particular, recupera aportes de investigaciones sobre la producción de «ilegalidad migratoria» y los debates más recientes en torno a las diversas y desiguales temporalidades que atraviesan la configuración de los regímenes fronterizos contemporáneos. Hace ya más de dos décadas que, desde los estudios fronterizos críticos, De Genova (2002) ha propuesto atender no solo a los efectos que tiene la «ilegalidad migratoria» sobre las experiencias cotidianas de los sujetos, sino también a su producción sociojurídica e históricamente situada. En diálogo con diferentes investigaciones sobre esta temática, la fórmula de la «producción legal de la ilegalidad» como correlato de la subyugación racial e inclusión subordinada de trabajadores migrantes al Estado-nación estadounidense (De Genova, 2002, 2004, 2018) ha servido como base para la comprensión de múltiples «configuraciones de ilegalidad», que se estructuran en variados contextos y con relación a distintos grupos de migrantes.

En sintonía con los debates abiertos por esta línea de trabajo, también se han propuesto diferentes categorías que permiten complejizar y enriquecer la mirada en torno al binario «legalidad-ilegalidad» y mostrar las ambigüedades, solapamientos y contradicciones que expresan los estatus migratorios en la vida cotidiana de las personas migrantes. Entre ellas, Bailey *et al.* (2002) definen como «temporalidad permanente» al estado de precariedad e incertidumbre ocasionado por los plazos y fechas límite de tiempo que se establecen para renovar la residencia a partir de estatus migratorios sujetos a condiciones (siempre) cambiantes que se prolongan en el tiempo. Por su parte, Menjívar (2006) utiliza el concepto de «legalidad liminal» para referirse a las áreas grises y los límites difusos que se establecen entre «legalidad» e «ilegalidad», y sus efectos sobre las diferentes esferas de la vida cotidiana. Goldring *et al.* (2007) proponen el concepto de «estatus legal precario» para aludir a las formas variables de estatus migratorio, incluido el «no estatus»; y Basok y Wiesner (2017), por su parte, utilizan la noción de «legalidad precaria» para remitir a las características que asumen los planes de regularización y las dificultades asociadas a su acceso y renovación. Estas teorizaciones, además de reparar en las heterogéneas formas de «ambigüedad legal», colocan en el centro del debate lo que Calavita (2005) señala como el carácter temporal de los estatus migratorios y su sujeción a interrupciones continuas; es decir, los diferentes planos en los que opera la ley para impedir u obstaculizar el sostenimiento del estatus migratorio a lo largo del tiempo. Asimismo, en el contexto sudamericano, Domenech (2011) propone el concepto de «régimen de control de la migración ilegal» para visibilizar y analizar críticamente la

construcción histórica de la «ilegalidad migrante» en el marco nacional argentino y en la región sudamericana durante las últimas dos décadas (Domenech, 2015, 2020; Domenech & Dias, 2020).

Al mismo tiempo, investigaciones más recientes han propuesto ahondar en el estudio del papel del tiempo y la temporalidad en los procesos de ilegalización y las múltiples maneras en que la espera es políticamente producida, pero también experimentada y resistida por los sujetos migrantes (Griffits, 2014; Jacobsen & Karlsen, 2021; Khosravi, 2021). En el marco de estas discusiones, las «fronteras temporales» adquieren una relevancia central para el análisis crítico de las tensiones entre movilidad y control (Mezzadra & Neilson, 2017; Tazzioli, 2018; Khosravi, 2021; De Genova, 2021). En línea con la propuesta analítica recuperada y trabajada por Domenech (2020), se trata de reparar en el uso estratégico del tiempo y la producción de temporalidades específicas a partir del accionar de múltiples actores vinculados a las disputas entre movilidad y control. Es decir, atender a la «temporalidad del control» (Tazzioli, 2018) que remite a las técnicas y modos de intervención para «seleccionar, gobernar y disciplinar la migración» (p. 15).

Así, para destacar las diversas formas en que la dimensión temporal atraviesa el control vinculado a la residencia o autorización de la «permanencia», este artículo retoma la discusión sobre las fronteras temporales en referencia a los «retrasos institucionalizados» que generan desigualdades entre quienes esperan según «raza», clase y estatus migratorio (Khosravi, 2021). Paralelamente, con el objetivo de hacer foco en las temporalidades que remiten al plano subjetivo y cotidiano de la migración, la categoría de «temporalidades experienciales» propuesta por Griffiths (2014) permite aludir a cómo la construcción del tiempo también aparece como medio a través del cual las personas migrantes expresan «las experiencias vividas de la administración de la migración» (p. 1992).

En este marco, es importante subrayar el carácter móvil de las fronteras (Balibar, 2005) y diferenciar entre las luchas y los conflictos que se desatan en la frontera, y aquellos que tienen lugar o se manifiestan en el «centro de los espacios políticos formalmente unificados» (Mezzadra & Neilson, 2017, p. 302). Así, en este trabajo, el estudio de las temporalidades involucradas en los procesos de ilegalización no hace referencia a las disputas que se configuran en torno a las prácticas de selección, disuasión, detención, aceleración o contención de la movilidad involucradas en los viajes migratorios y los controles en zonas fronterizas o puntos de tránsito migratorio; más bien, busca dar cuenta de cómo opera el control a través del tiempo a partir de las jerarquizaciones y estratificaciones que se producen sobre las distintas categorías de migrantes al «interior» de

los Estado-nación, en tensión con la emergencia de formas subjetivas de contestación y negociación espacial y temporal.

Tal como lo refleja la reciente publicación del *dossier Sociologia e fronteiras: Aprodução da ilegalidade migrante na América Latina e no Caribe* (Dias & Domenech, 2020), una literatura creciente se viene abocando al estudio de la «producción legal de la ilegalidad migrante» en el contexto latinoamericano y sudamericano, en particular. Por otra parte, también existe una línea de investigación emergente que viene señalando el potencial heurístico que supone la introducción del tiempo y la temporalidad como eje analítico para la comprensión de los procesos migratorios y las políticas de control en América Latina (Domenech *et al.*, 2022). Así, en el contexto sudamericano se van perfilando diferentes líneas y objetos de análisis. Domenech (2020) aborda la «temporalidad del control» que atraviesa la política de deportación en el contexto nacional argentino reciente mediante el análisis de las luchas migrantes y las prácticas de detención, expulsión y rechazo en frontera. Asimismo, otros antecedentes se concentran en el estudio de diferentes dimensiones vinculadas a la «espera» que abarcan desde su producción política en diferentes zonas fronterizas y albergues (Miranda, 2021; Blouin, 2021; Ceja, en prensa) hasta las relaciones entre género, cuidados y acceso a la residencia (Mallimaci & Magliano, 2020). Por último, otras contribuciones remiten al abordaje del carácter temporal y precario de los estatus migratorios y sus efectos sobre la vida cotidiana de ciertos grupos de migrantes en Chile y Argentina (Thayer *et al.*, 2016; Thayer & Tijoux, 2021; Trabalón, 2021).

En este marco, el presente artículo busca contribuir tanto a los estudios sobre la producción de «ilegalidad migratoria» como a las discusiones sobre las temporalidades que se configuran en torno a las disputas entre movilidad y control en Argentina y el espacio sudamericano. Con este fin, utilizo la noción de «intermitencia legal» para referirme a la dinámica conflictiva y cambiante que resulta de las tensiones entre los mecanismos de ilegalización, las experiencias temporales de control y el despliegue de diversas estrategias de negociación fronteriza. La categoría de intermitencia legal busca destacar la centralidad que adquiere la negociación de los sujetos con las fronteras legales y temporales en los ritmos y frecuencias que marcan sus «entradas» y «salidas» constantes y recurrentes a la «legalidad» o «ilegalidad». En esta línea, también me refiero a dos tipos específicos de «temporalidades experienciales» (o «experiencias temporales»), que distingo analíticamente como «temporalidades perturbadas» (cuando la interrupción en la trayectoria de «legalidad» se interpreta subjetivamente como «momentánea») y «temporalidades desarticuladas» (cuando la interrupción en la trayectoria de «legalidad» se interpreta subjetivamente como «permanente» o «irreversible»). Esta distinción permite señalar y abordar los efectos

desiguales que pueden tener las dislocaciones temporales del estatus migratorio de acuerdo a cómo se interpreta su duración y los modos en que interviene en la proyección de futuros posibles en trayectorias y grupos sociales específicos.

Este artículo adopta un enfoque metodológico cualitativo que, desde una aproximación multiescalar, articula las técnicas de análisis documental, observación participante y entrevistas. En primer lugar, el análisis documental se efectuó sobre políticas y normativas vinculadas al «ingreso» y «permanencia» de migrantes procedentes del Caribe y África en Argentina, Brasil, Chile y Ecuador. Estos países sudamericanos han sido identificados como aquellos en los que la presencia o circulación de estos grupos de migrantes «extrarregionales» adquiere especial relevancia política y repercusión regional a lo largo de la década de 2010. Además de tener como objetivo reconstruir el panorama político en la región, el análisis documental también se centró específicamente en las normativas y disposiciones de diferentes instituciones estatales vinculadas al control de los modos de «permanencia» de migrantes de origen haitiano en Argentina, en particular la DNM, las universidades nacionales y la Embajada Argentina en Haití.

En segundo lugar, la observación participante y las entrevistas en profundidad tuvieron lugar entre noviembre de 2017 y octubre de 2019, en las ciudades de Córdoba y Rosario (Argentina). En total se entrevistó a treinta y ocho personas de nacionalidad haitiana: diecinueve en Rosario y diecinueve en Córdoba, veinticinco varones y trece mujeres, la mayoría con edades entre 20 y 32 años, incluidos integrantes de las cuatro organizaciones haitianas existentes durante este periodo en ambas ciudades. Las entrevistas fueron realizadas longitudinalmente a través de uno, dos o tres encuentros con cada persona entrevistada. Paralelamente, la observación participante tuvo lugar en diferentes reuniones y espacios institucionales, culturales, deportivos, gastronómicos y políticos que permitieron interactuar con un gran número de jóvenes, además de quienes participaron de las entrevistas. La particularidad referida a estos grupos de jóvenes que son apoyados por sus redes familiares y transnacionales para llevar adelante sus proyectos educativos universitarios y los procesos de desclasamiento que experimenta gran parte de ellos, a pesar de la gratuidad de la educación superior en Argentina, permitirá poner de relieve los diversos modos en que se expresa la dimensión política y temporal del control en el desarrollo de experiencias migrantes singulares.

III. LA MIGRACIÓN «EXTRARREGIONAL» CARIBEÑA Y AFRICANA EN EL CONTEXTO SUDAMERICANO RECIENTE

Destacar la relevancia que poseen los acuerdos regionales y bilaterales en materia de residencia no implica desconocer los mecanismos de ilegalización que operan sobre migrantes regionales en el espacio sudamericano[4]. No obstante, durante la última década, el tratamiento político que recibe la migración «extrarregional» expone y profundiza las desigualdades de «ingreso» y «permanencia» que se configuran alrededor de la distinción entre migraciones regionales y «extrarregionales» (Domenech & Dias, 2020), así como también contribuye a producir, reforzar y cimentar la construcción racializada de estas últimas en tanto «migraciones irregulares» que urge combatir (Trabalón, 2021). De hecho, la producción política de sujetos racializados a través de mecanismos selectivos de ingreso, tránsito y residencia en el espacio sudamericano se ha manifestado con particular evidencia en aquellas migraciones que alteraron o transformaron los esquemas legales e institucionales dominantes durante la última década. El arribo de poblaciones africanas y caribeñas «negras», en particular, reconfiguró y complejizó las dinámicas raciales existentes, multiplicando las categorías de migrantes y revelando matrices de poder que se tradujeron en formas distintivas de experimentar la desigualdad con relación al acceso y las condiciones en que se produce el movimiento en la región sudamericana.

Durante la década de 2010, además de la masiva y omnipresente migración venezolana en Sudamérica y de la invisibilizada y escasamente estudiada migración asiática[5], los movimientos migratorios del Caribe y África han ido ganando protagonismo político en distintos países sudamericanos. Es el caso de migrantes procedentes del Caribe (principalmente de Cuba y Haití, pero también de República Dominicana) y de distintos países de África (como Eritrea, Senegal, Ghana, Camerún o Angola) en Ecuador (Pedone, 2020; Colectivo de Geografía Crítica, 2021). Precisamente, desde la suspensión de visados en 2008 y su posterior reimposición para ciertas nacionalidades, en lo referente a estos grupos se han evidenciado tanto sus precarias formas de «permanencia» como la activación de sus tránsitos migratorios hacia el norte y sur del continente americano (Correa, 2019; Álvarez Velasco, 2017, 2020a, 2020b; Herrera, 2019; Herrera & Berg, 2019; Pedone, 2020). Se trata de un panorama migratorio semejante al de Brasil en tanto que, desde inicios de la década del año 2000, viene consolidando su posición política como «puerta» de

4 No solo en lo que refiere a criterios de clase, prácticas de rechazo discrecional en los cruces fronterizos y expulsiones penales y administrativas, sino también a la propia exclusión de los acuerdos regionales de residencia que se dispone en determinados países sudamericanos sobre grupos nacionales específicos.

5 Algunos trabajos que abordan diferentes dimensiones políticas vinculadas a la migración asiática son Pedone (2020) y Álvarez Velasco (2020a, 2020b, 2022).

entrada de diversas migraciones africanas y caribeñas (Álvarez Velasco *et al.*, 2021; Miranda, 2021). Brasil, además, desde los primeros años de la década de 2010, experimenta un crecimiento significativo en el número de migrantes procedentes de Haití, pero también de países como Senegal, Angola, República Democrática del Congo, Nigeria, Guinea, Guinea Bissau, Somalia, Marruecos, Camerún, Ghana, Sierra Leona y Cabo Verde, entre otros (Moulin & Thomaz, 2016; Oliveira, 2017; Baeninger *et al.*, 2019). Para Chile, en cambio, se ha vuelto más notoria la presencia de migrantes del Caribe, especialmente de Haití y, en una proporción bastante menor, pero constante, de países como República Dominicana y Cuba (Stefoni *et al.*, 2018; Stang *et al.*, 2020; Thayer & Tijoux, 2021; Concha *et al.*, 2021). Por último, aunque Argentina cuenta con antecedentes históricos de migraciones africanas (Maffia, 2010) y de ciertos grupos del Caribe, durante la década de 2010 las manifestaciones políticas más significativas se estructuran alrededor de la convergencia entre migraciones de origen caribeño y africano procedentes de Senegal, Republica Dominicana y Haití (Zubrzycki, 2018; Domenech & Dias, 2020; Trabalón, 2021).

Así, en aquellos países sudamericanos como Argentina, Brasil, Chile y Ecuador, en los que las nuevas migraciones africanas y/o caribeñas adquieren mayor presencia o circulación, es posible observar cuatro tendencias vinculadas al control de sus modos de «permanencia» durante la década de 2010. En primer lugar, en un contexto generalizado de asfixia regional del sistema de refugio y lentos procedimientos burocráticos (Gómez, 2021), se destaca como práctica dominante la exclusión política del reconocimiento del refugio de la gran mayoría de migrantes provenientes del Caribe y África[6]. Así, es posible atender no solo las dificultades y jerarquizaciones inherentes a los procesos de elegibilidad (Clavijo, 2018), sino también a las prácticas de disuasión de pedidos de refugio y a la distancia que opera entre las solicitudes y el reconocimiento de las mismas para ciertas nacionalidades (Nejamkis & Nievas, 2012; Clavijo, 2018; Gómez, 2020; Concha *et al.*, 2021; Baeninger *et al.*, 2019; Pedone, 2020). Esto implica que la exclusión del refugio y, en gran cantidad de casos, su sustitución por categorías «humanitarias» de residencia (Moulin & Thomaz, 2016; Gómez, 2021; Pereira & Clavijo, 2022) responden a definiciones políticas e institucionales preestablecidas, antes que a evaluaciones debidamente fundadas en torno al principio de no devolución y el derecho al refugio instituido en convenciones de carácter regional o internacional, como la Declaración de Cartagena de 1984 o la Convención de Ginebra de 1951.

6 Las estadísticas de reconocimiento del refugio fueron consultadas, para Brasil, en el Ministério da Justiça e Segurança Pública (https://www.gov.br/); para Argentina, en la Comisión Nacional de Refugiados (Conare) (www.argentina.gob.ar); para Chile, en el Departamento de Extranjería (Minuta Estadística, 2021); y para Ecuador, en la Cancillería de Relaciones Internacionales y Movilidad Humana (https://www.cancilleria.gob.ec).

En segundo lugar, rige la pauta política y normativa basada en el establecimiento de criterios (y tasas) diferenciales de residencia que, desacoplados de la realidad social de ciertos grupos de migrantes «extrarregionales» del Caribe y África, se tornan inaccesibles o inalcanzables. El acceso a la residencia por medio del «empleo formal» o la comprobación de «medios lícitos de subsistencia» suele ser el criterio más usual en estos países sudamericanos[7], pero también el que mayores obstáculos interpone en su consecución y sostenimiento en el tiempo. Este hecho ha contribuido a reforzar la relación entre procesos de ilegalización y precarización laboral según jerarquías sociales y raciales específicas (Stefoni *et al.*, 2018; Álvarez Velasco, 2020b; Trabalón, 2021). A diferencia de Argentina, Chile y Ecuador, es importante destacar para el caso de Brasil la existencia del Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), un número fiscal que permite realizar y recibir giros de dinero (remesas) y acceder a diferentes recursos y derechos (salud, educación inicial, beneficios sociales, etc.) sin necesidad de contar con un estatus migratorio «legal». Aunque este documento otorga beneficios concretos a pesar de no contar con la residencia o el refugio, su uso exclusivo también expresa la realidad de precarización laboral que atraviesa a buena parte de migrantes del Caribe y África. Ello en la medida en que el CPF no habilita la obtención de empleo formal, al cual solo se puede acceder a través de alguna categoría de «residencia legal». Asimismo, es necesario considerar que en junio de 2021 se emitió una disposición (Instrução normativa N.° 2.034) que, bajo la distinción entre «residentes» y «no residentes», generó nuevas categorías de acceso al CPF. En los hechos, esto supuso prohibir la tramitación del CPF a migrantes «indocumentados», planteando así un reacomodamiento significativo con relación a las configuraciones de la «ilegalidad migrante» instituidas en este país.

En tercer lugar, existe una tendencia hacia el reforzamiento de los mecanismos de ilegalización a través de la aplicación de visados consulares y nuevas disposiciones normativas implementadas por las diversas instituciones involucradas en la tramitación de las distintas categorías de residencia. Las restricciones de ingreso en la región (Salmón Gómez, 2017; Trabalón, 2018, 2019; Domenech & Dias, 2020; Álvarez Velasco, 2020a) no solo han funcionado como mecanismos de contención de las «nuevas migraciones» caribeñas y africanas bajo diferentes principios de «apertura regulada»[8], también lo han hecho como prácticas de subordinación de la movilidad fronteriza Sur-Sur y Sur-Norte, y como prácticas de precarización de las condiciones de vida

7 Véase: Ley Nacional de Migraciones 25.871, Argentina (2003); Ley Orgánica de Movilidad Humana, Ecuador (2017); Lei de Migração 13.445, Brasil (2017); Ley de Extranjería (1975), Chile (vigente hasta el año 2021).

8 Para un análisis en profundidad acerca de cómo opera el principio de «apertura regulada» en el marco de la «gobernabilidad» o «gobernanza» migratoria, puede consultarse Domenech (2013).

al «interior» de los Estados-nación sudamericanos. Con relación a este último punto, las diversas modalidades de restricciones de ingreso han provocado, según grupos nacionales y circunstancias específicas, un aumento de los ingresos por pasos no autorizados que niega la posibilidad futura de acceso a la residencia en aquellos países donde se establece normativamente o *de facto* contar con el sello de «ingreso» como requisito para acceder a cualquier categoría de residencia, como ocurre en Argentina, Chile y Ecuador[9].

En cuarto lugar, sobresale como rasgo constitutivo (aunque no exclusivo) la multiplicación de las fronteras temporales mediante los mecanismos de ilegalización vinculados a la residencia. El control a través de la regulación del tiempo aparece como práctica de gobierno dominante de las nuevas migraciones «extrarregionales» caribeñas y africanas a partir de dos prácticas diferenciadas, pero complementarias: la dilatación de los tiempos de espera burocráticos y el carácter temporal del estatus migratorio. De una parte, la dilatación de los tiempos de espera para acceder a la residencia o a la documentación necesaria para tramitar la residencia implica una ralentización del tiempo burocrático, que opera a través de múltiples instituciones, actores y prácticas. Entre ellas, como revelan diferentes investigaciones sobre migraciones caribeñas y africanas en la región y la revisión de políticas implementadas en distintos países sudamericanos, se destacan los tiempos y plazos implicados en la obtención de diversos documentos. Esto se da, en particular, con los trámites en las embajadas sudamericanas de los países de origen (antecedentes penales, certificados de estudio o profesión, partidas de nacimiento, etc.), cuya demora discrecional y/o atada a las contingencias sociopolíticas de cada país, en general, no coincide con los tiempos requeridos por las administraciones migratorias de los países sudamericanos. Esto es crucial pues se pueden tener todos los requisitos para calificar a la residencia, pero si no se obtiene esta documentación por las demoras institucionales, no es posible acceder a ella. Además, las dificultades en la tramitación de estos documentos se amplifican para quienes no poseen recursos económicos suficientes para pagar los costos de las traducciones y legalizaciones (o apostillado), y más aún para aquellos grupos nacionales que no poseen representación diplomática de o en los países sudamericanos. Por ello, entre otras cosas, deben viajar a terceros países que posean embajadas de los Estados-nación en los que se encuentran o depender de otras personas (familiares, conocidos o gestores) para realizar procesos burocráticos de larga prolongación en el tiempo que incluyen, además de los visados y trámites fundamentales, como la renovación de los pasaportes o de los documentos de identidad.

9 En Brasil existe una disociación entre la forma de «ingreso» y la «permanencia»; es decir, el modo de ingreso no condiciona el acceso a la residencia (Lei de Migração 13.445, 2017, art. 31). Se trata de una práctica normativa suspendida solo temporalmente durante la pandemia de COVID-19, momento en que se pasó a exigir ingreso «regular» para la tramitación de la residencia o del refugio.

Por otra parte, el carácter temporal que asumen los estatus migratorios se presenta como producto de diversas situaciones, entre las que destacan tres en particular. Primero, tal como se trasluce en la ya mencionada distancia observada entre las solicitudes de refugio y el reconocimiento de las mismas para estos grupos nacionales, la interrupción temporal del estatus «legal» puede producirse a causa de las denegaciones finales del reconocimiento del refugio. En efecto, la denegación de las solicitudes de refugio, luego de cumplir con un determinado número de apelaciones posibles, implica que, si estas no son judicializadas, no es posible continuar con la renovación de las constancias de la «solicitud en trámite» mediante las cuales, frente a la falta de opciones legales de residencia, buena parte sostiene estratégicamente su estatus «legal» (precario) durante algún tiempo.

Segundo, el carácter temporal del estatus migratorio también aparece como resultado de los obstáculos legales y políticos que existen para realizar el cambio de la categoría migratoria de residencia «temporal» a «definitiva» o «permanente» en estos países, así como por la imposición de diversos límites en el número de renovaciones posibles para sostener la residencia temporaria en algunos de ellos. Por ejemplo, en Ecuador la residencia temporaria válida por dos años permite una sola renovación (Ley Orgánica de Movilidad Humana, 2017, art. 60); mientras que, en Chile, hasta el año 2021, la residencia temporaria (válida por un año) tenía establecido el límite de una sola renovación. En este último país, además, la transición a la residencia definitiva es particularmente compleja (Thayer & Tijoux, 2022), a la vez que las solicitudes de residencia definitiva son continua y recurrentemente denegadas a ciertos grupos a pesar de cumplir con todos los requisitos para su obtención.

Tercero, la temporalidad de los estatus migratorios se manifiesta con especial claridad en el establecimiento de planes temporales de regularización como único medio de acceso a la residencia para quienes no pueden cumplir con los criterios diferenciales existentes. Estos planes de regularización, además de poseer en ciertos casos requisitos excluyentes, como el ingreso por pasos autorizados, en general no son renovables y representan solo un «consuelo temporal» que arrastra una fuerte sensación de incertidumbre acerca del «futuro legal» en estos países (Trabalón, 2021). En muchos casos, por otra parte, son implementados con el objetivo explícito de descomprimir la presión generada sobre las solicitudes de refugio como vía de acceso al estatus migratorio «regular». Así, mientras que en Ecuador se estableció un único plan temporal de regularización para migrantes de Haití en 2010 (Decreto Ejecutivo 248), en Argentina se efectuaron planes temporales de regularización para personas dominicanas y senegalesas en 2013 (Disposición 1 y 2), y para haitianas en 2017 (Disposición N.° 1143). Por su parte, Brasil estableció un plan de regularización para migrantes

de Senegal y República Dominicana en 2019 (Portaria interministerial N.° 5 y N.° 10); mientras que, para migrantes procedentes de Haití, se establecieron planes de regularización que fueron definidos dentro de la órbita de medidas «humanitarias» e implicaron otros procesos de (dis)continuidad legal. De modo que estuvieron caracterizados por una renovación ininterrumpida de los planes, pero bajo la incertidumbre constante producida por las diferentes prórrogas de autorización de permanencia (en general, válidas por un año) y, hasta 2018, condicionadas por un acceso supeditado al pedido de visado consular en Haití (Chaves, 2022). Finalmente, aunque en Chile los dos últimos planes extraordinarios de regularización, en 2018 y 2021, se implementaron para la población migrante en general, en la práctica las medidas se orientaron principalmente a aquellos grupos nacionales que poseen criterios diferenciales de residencia. Así, mientras que en 2018 fueron migrantes de Venezuela, República Dominicana y Haití quienes debieron enfrentar los mayores obstáculos burocráticos para acceder al plan (Huerta & Ramos, 2021), en 2021 el nuevo requisito del sello de ingreso al país por paso habilitado[10] evidenció con mayor claridad el carácter restrictivo y punitivo de la medida de «regularización», en estrecha conexión con los cambios recientes en las políticas de deportación de ese país.

En suma, sea a través de la dilatación de los tiempos burocráticos o debido al carácter temporal que asumen las autorizaciones de «permanencia» del estatus migratorio, las fronteras temporales son consideradas como una dimensión constitutiva de las realidades políticas y legales de las nuevas migraciones en los países sudamericanos y, en particular, de las migraciones caribeñas y africanas[11]. Por ello, en este trabajo me interesa inscribir las tendencias señaladas como parte de los modos de gobernanza de la migración «extrarregional» en el espacio sudamericano. Y, en este sentido, sostener que la exclusión política del refugio, los criterios diferenciales de residencia, el reforzamiento de los mecanismos de ilegalización y la sujeción temporal del estatus migratorio delinean regionalmente configuraciones específicas de «ilegalidad» en el marco de las cuales se inscriben y cobran pleno sentido las experiencias de mis interlocutores de origen haitiano en Argentina.

10 Véase Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2021).

11 El control sobre los modos de «permanencia» de la migración venezolana adopta un modelo similar al de la migración «extrarregional» en el espacio sudamericano. Prueba de ello son las medidas basadas en su no consideración o remoción del acuerdo de residencia del Mercosur en la mayoría de los países sudamericanos (a excepción de Argentina y Uruguay), la exclusión política del refugio (a excepción de Brasil), la imposición de visados consulares en Ecuador, Perú y Chile, y la implementación de planes temporales de regularización en Colombia, Perú y Ecuador (Acosta *et al*., 2019; Cetra & Pacceca, 2020). Sin embargo, ciertos cambios en las tecnologías de seguridad y vigilancia, las características de los procesos de regionalización e internacionalización implicados en el tratamiento geopolítico de este caso particular (Domenech *et al*., 2023), y las formas que adopta su circulación y dispersión en el espacio sudamericano (y la región andina, en particular), exigen un análisis que excede los objetivos de este artículo.

IV. MIGRACIÓN HAITIANA EN ARGENTINA: «INTERMITENCIA LEGAL» Y FRONTERAS TEMPORALES

La formación de redes migratorias de jóvenes de Haití que llegan a la Argentina con el objetivo de formarse profesionalmente en carreras de universidades nacionales, públicas y gratuitas data de mediados de la década del año 2000. Sin embargo, recién hacia 2015 se observa un crecimiento y una ampliación de estas redes que coincide con la diversificación de los perfiles sociales de la migración haitiana en Argentina. La dimensión temporal del control en las trayectorias de mis interlocutores procedentes de Haití adquiere particular resonancia entre 2017 y 2018, en un contexto de intensificación de los procesos de criminalización y securitización de las migraciones en el país (Penchazadeh & García, 2018; Domenech, 2020; Trabalón, 2020b; Caggiano & Mombello, 2020; Pereira & Clavijo, 2022). Durante este periodo, también se asiste a un reacomodamiento de los mecanismos de acceso a la residencia mediante prácticas estatales que afectan perjudicialmente tanto a migrantes regionales como «extrarregionales», entre ellas el incremento de los costos de las tasas migratorias, el aumento de los controles de permanencia y la implementación de un nuevo sistema informático de radicación (Canelo *et al.*, 2018; Jaramillo *et al.*, 2020; Penchazadeh, 2021). Además, como muestra el trabajo de Jaramillo *et al.* (2020) en particular, uno de los principales efectos de las políticas implementadas sobre el acceso a la residencia de migrantes regionales durante el gobierno de Cambiemos (2015-2019) refiere a la «prolongación del tiempo de espera para acceder a su documentación» (p. 76) mediante el incremento en las demoras burocráticas para la iniciación y resolución de los trámites de la DNM desde 2017.

En este escenario, y a diferencia de otros grupos migratorios con proyectos migratorios centrados en lo laboral, el interés principal (o inicial) de mis interlocutores estaba definido por la posibilidad de avanzar en sus estudios profesionales en las universidades nacionales de Córdoba y Rosario. Por eso, la realización de sus proyectos migratorios, en tanto proyectos educativos, está indefectiblemente ligada a la posibilidad de acceder y sostener un estatus migratorio «regular» o «legal». Esto es así ya que, a pesar de lo establecido por la normativa migratoria argentina sobre el derecho a la educación, independientemente de la situación administrativa que posean las personas migrantes, tanto el ingreso como la permanencia en los espacios universitarios depende de la posesión del documento nacional de identidad (DNI) argentino en vigencia (Trabalón, 2022). Por esta razón, para estas y estos jóvenes, la producción política de la experiencia de «ilegalidad» genera necesariamente una dislocación temporal en sus proyectos migratorios que es vivenciada de diferentes maneras, según cómo se interpreta su duración y los modos en que interviene en su proyección de futuro. En este sentido, son

las configuraciones específicas de «ilegalidad» que los atraviesan y la exacerbación de los procesos de intermitencia legal durante estos años lo que permite explicar la dinámica que se establece entre ilegalización, fronteras temporales y vida cotidiana.

IV.1. De turista a estudiante

Una primera dimensión de los procesos de intermitencia legal de migrantes de origen haitiano en Argentina remite a los obstáculos observados, primero, en el cambio de estatus migratorio desde su ingreso como «turistas» a «estudiantes formales» y, más tarde, en el sostenimiento en el tiempo de la categoría migratoria de «estudiantes». Por la exención de visado consular existente hasta 2018, mis interlocutores procedentes de Haití ingresaban al país con una visa de turista válida por tres meses y prorrogable por tres más con la idea de realizar los trámites de radicación en el transcurso de ese periodo. Aun así, la extensión del trámite por fuera de los seis meses de la visa de turista fue la experiencia más recurrente. De hecho, en muchos casos, este periodo de «ilegalidad» o «irregularidad» migratoria estaba contemplado de manera anticipada como parte obligada del trayecto o transición hacia la obtención de la residencia como «estudiantes» (Trabalón, 2022). Sin embargo, entre 2017 y 2018 diversas prácticas de control implementadas por la DNM, las universidades nacionales y la Embajada Argentina en Haití potenciaron e intensificaron las experiencias de intermitencia legal.

Ello se dio, en primer lugar, a través del reforzamiento de los mecanismos de ilegalización, que operó mediante prácticas y disposiciones normativas como, por parte de la DNM, la implementación del sistema informático de radicación (Radex) y el aumento del 1000 % de las tasas migratorias, sobre las que migrantes «extra-Mercosur» pagan el doble que los nacionales del Mercosur. Por parte de las universidades, se tuvo la introducción del examen de español como prerrequisito de inscripción (antes se podía ingresar y rendir mientras se cursaba a lo largo del año); y, en el caso de la Embajada Argentina en Haití, la interrupción en el otorgamiento del certificado analítico del secundario que era solicitado por las y los jóvenes en Haití antes de viajar, y que es necesario para tramitar la residencia bajo la categoría de «estudiantes formales» en Argentina.

En segundo lugar, mediante cambios específicos en la velocidad de los trámites burocráticos para acceder a la residencia o a la documentación requerida para la misma. Además de la ya mencionada dilatación generalizada de los tiempos de espera en los trámites migratorios, los turnos para validar el analítico del secundario en el Ministerio de Educación de la Nación Argentina pasan de un lapso de semanas a

intervalos de tres a cuatro meses; la espera por los antecedentes penales de la Embajada Argentina en Haití pasa de semanas a intervalos de nueve meses a un año (el mismo tiempo por el cual es válida la residencia temporaria) y el pedido del certificado analítico del secundario en la misma institución (como nueva documentación de relevancia) sigue demoras similares. Sobre este último documento, según numerosos testimonios, los funcionarios de la Embajada Argentina en Haití señalaban a quienes lo pedían que, si el objetivo del viaje era estudiar, debían tramitar un visado consular de estudiante. Dado que no podían cumplir con los requisitos exigidos por este visado, la mayoría optó por viajar sin el certificado analítico con la intención de tramitarlo desde Argentina. No obstante, una vez en el país, las demoras prolongadas en la consecución de este trámite provocaron que quienes llegaron sin esta documentación no lograran iniciar el procedimiento burocrático para ingresar a la universidad y, por consiguiente, al cabo de los seis meses que dura la visa de turista, fueron ilegalizados.

En este marco, es importante subrayar la diversidad de modos en los que el reforzamiento de los mecanismos de ilegalización se imbrica y reafirma a través de la multiplicación de las fronteras temporales. Así, la dilatación de los tiempos de espera contribuyó también a sobredimensionar dispositivos de control ya existentes. En este caso, adquirió especial relevancia la baja automática en el sistema de las universidades nacionales cuando se produce el vencimiento del DNI. Es decir, quienes no podían renovar su residencia por las demoras en los trámites, por el nuevo requisito del examen de español o por no llegar con el dinero a tiempo para pagar las tasas migratorias, fueron excluidos del sistema universitario y estas circunstancias les impidieron, a mediano o largo plazo, contar con el certificado de «alumno regular» necesario para retramitar la residencia.

En suma, los mecanismos de ilegalización y las fronteras temporales implicadas en ellos producen diversas discontinuidades en torno a la «legalidad» y configuran así nuevas experiencias de intermitencia legal que se traducen en una alteración o trasformación de los proyectos migratorios de migrantes de origen haitiano en Argentina. En términos generales, los cambios que operaron sobre el paso de la categoría de «turista» a «estudiante» produjeron que aquel periodo de «ilegalidad» o «irregularidad» migratoria que inicialmente, para la mayoría, era calificado como «temporal» o «momentáneo», pasara a ser interpretado como «permanente» o, al menos, «indefinido». Por su parte, los mecanismos emergentes que obstaculizan la posibilidad de acceder o sostener la categoría de «estudiantes formales» tuvieron por efecto dinamizar los límites entre la «legalidad» y la «ilegalidad», a la vez que abrieron paso a nuevas formas de experimentar y negociar el control sobre su «permanencia».

IV.2. ¿De estudiante a trabajador?

Una segunda dimensión de los procesos de intermitencia legal de migrantes de origen haitiano en Argentina refiere a su inserción en el mercado laboral informalizado y la reconfiguración de sus proyectos migratorios producto de ello. Los condicionamientos económicos derivados del alto costo de vida en Argentina (en muchos casos, no esperado) y de las interrupciones momentáneas o más duraderas en el envío de remesas familiares, que servían de apoyo para sostener sus proyectos educativos, empujaron a una gran parte de jóvenes a ingresar por primera vez al mercado laboral con el objetivo de solventar su estancia en el país y, de manera paralela, continuar o comenzar sus estudios universitarios. No obstante, para la mayoría, su inserción al mundo laboral significó una suspensión («momentánea» o «permanente») de sus estudios. Ello debido tanto a la dificultad de lograr ritmos simultáneos de trabajo y estudio como al tipo de trabajos «conseguidos», caracterizados por una alta informalización y precarización, entre ellos el *delivery* a través de plataformas digitales (sobre todo, en Rosario), la gastronomía (cocineros y cocineras, ayudantes de cocina, lavaplatos, mozos y mozas), los servicios de atención al público en general y la venta ambulante (en la ciudad de Córdoba).

Pero, además de las complicaciones económicas vinculadas al «apoyo familiar», existe una inserción generalizada al mercado laboral informalizado que se produce a partir de la imposibilidad de ingresar o permanecer en los espacios universitarios; es decir, producto del reforzamiento de los mecanismos de ilegalización y la multiplicación de las fronteras temporales. En otras palabras, a la espera del analítico del secundario, a la espera de los antecedentes penales, a la espera de aprobar el examen de idioma español, a la espera de juntar el dinero para pagar las tasas migratorias, las y los jóvenes deciden trabajar para sostenerse y apoyar a sus familias hasta poder dar inicio o continuidad a sus proyectos educativos. Sin embargo, una vez insertos en los mercados laborales informalizados, el «regreso» a los estudios (y a la «legalidad») se vuelve o interpreta cada vez más distante y problemático. Y estas circunstancias, en las que se quedan sin posibilidades de acceder a la residencia, ni por el criterio de «estudiantes formales» ni por el criterio de «trabajadores formales», se prolongan en el tiempo y constituyen la realidad más extendida entre mis interlocutores de origen haitiano (Trabalón, 2022).

Así, la precarización de las condiciones de vida de migrantes de Haití en el país es producida o exacerbada por procesos específicos de ilegalización. Y estos procesos, que potencian y favorecen su «inclusión diferencial» (Mezzadra & Neilson, 2017) en mercados laborales informalizados, son evidencia de una espera diferenciada y estratificada. Como sostiene Khosravi (2021), «las consecuencias de la espera son diferentes según

las formas de vulnerabilidad de quienes esperan» (p. 202) y, por ello, la frontera temporal contribuye a profundizar las desigualdades entre grupos sociales y las jerarquías raciales, entre ellas las que configuran el mercado laboral.

V. FRONTERAS LEGALES Y TEMPORALES EN DISPUTA

V.1. Negociando temporalidades «perturbadas»

Las fronteras legales y temporales producen experiencias particulares de control y precarización, pero también son constantemente disputadas y reconfiguradas por las estrategias desplegadas por los propios sujetos. En el caso de mis interlocutores de origen haitiano, una primera experiencia vinculada al control de su permanencia en Argentina remite a la sensación de que la temporalidad que organiza sus proyectos migratorios y de vida es «perturbada» a causa de una interrupción en sus trayectorias de «legalidad», que se interpreta como «momentánea» o «pasajera». Frente a esta experiencia, la negociación (individual, familiar y/o colectiva) se orienta tanto a la reducción de los tiempos de espera para acceder a la residencia como a la aceleración de los tiempos para dar inicio, avanzar o retomar los estudios universitarios. Aun así, el despliegue de estrategias para acceder a la residencia no siempre puede combinarse (simultáneamente) con estrategias que posibiliten el avance en sus proyectos migratorios. En este marco, ritmos específicos de intermitencia legal emergen como producto de la dinámica conflictiva que se establece entre ilegalización, fronteras temporales y vida cotidiana. En esta dinámica, algunas de las principales estrategias de negociación temporal remiten a la formación de asociaciones y redes locales, las vías educativas alternativas y las estrategias «humanitarias».

Con relación a las asociaciones y redes locales de apoyo transnacional, su constitución se encuentra en estrecha conexión con las dificultades derivadas del paso de la categoría migratoria de «turista» a «estudiante». A través de diferentes acciones y vínculos transnacionales, las asociaciones haitianas en las ciudades de Córdoba y Rosario buscan facilitar la movilidad desde Haití hacia la Argentina y, de este modo, ampliar sus redes migratorias en el país. Así, una de sus principales prácticas consiste en proporcionar información y recomendaciones, por un lado, sobre el cruce de frontera en los aeropuertos a quienes viajan desde Haití (antes de la implementación del visado consular); y, por otro lado, sobre el complejo proceso burocrático que suponía tramitar la residencia para quienes, en su mayoría, viajaban por primera vez fuera de Haití y no hablaban español. De acuerdo con lo expresado por integrantes de las asociaciones, este último objetivo se funda en

las propias dificultades y tiempos observados y experimentados en la consecución y tramitación de la residencia.

A su vez, la generación de redes locales configuradas en el marco de entramados sociales y familiares transnacionales también se estableció como modo cooperativo para facilitar información y acompañar la preparación del viaje y el trámite de acceso a la residencia. Ciertamente, durante el trabajo de campo pude conocer varios casos en los que la llegada al país se producía por medio de un «conocido» que limitaba su ayuda a recibirlos el día de arribo, de lo que resultó un proceso de radicación más intricado y complejo que perturbó sus trayectorias de «legalidad» de manera (más) prolongada en el tiempo, a veces con demoras de años[12]. Por el contrario, el contacto con las asociaciones o redes locales propició la emergencia de experiencias temporales diferenciales en la medida que su mediación permitió poner en marcha los proyectos migratorios de forma más rápida o inmediata. En este sentido, la formación de asociaciones y redes locales de apoyo transnacional se constituyen una estrategias de negociación temporal sumamente significativa que contribuye a acortar los tiempos de espera vinculados a la obtención de la residencia y, en consecuencia, acelerar los tiempos para dar inicio al desarrollo de sus proyectos migratorios educativos.

En cuanto a las vías educativas alternativas, se trata de estrategias bastante generalizadas a las que mis interlocutores recurren cuando los mecanismos de ilegalización existentes o emergentes les impiden acceder a los espacios universitarios nacionales y, en particular, a las carreras profesionales que se constituyen como pieza clave de sus proyectos migratorios, como son aquellas vinculadas a las ciencias médicas. Las estrategias implicadas en las vías educativas alternativas van desde el estudio en terciarios o universidades privadas hasta la repetición del último tramo del secundario para obtener este título en el país. La experiencia de Emile, uno de mis interlocutores haitianos que llegó a la ciudad de Córdoba en 2014, permite mostrar la relevancia que adquiere la estrategia de estudiar en instituciones privadas (y carreras no deseadas) en el marco de procesos generalizados de intermitencia legal. Emile no pudo ingresar a Medicina por no aprobar el examen de idioma español, razón por la cual comenzó la carrera de Enfermería en un instituto privado en el que no exigían el examen. Aunque esto le permitió estudiar algo vinculado con la carrera deseada, la institución no estaba inscripta en el Registro Nacional Único de Requirentes

12 La complejidad en el inicio de la experiencia migratoria estuvo potenciada en varios casos por situaciones de estafa a través de becas falsas de estudio «facilitadas» desde Haití.

(Renure)[13] y, por lo tanto, su certificación de «alumno regular» no le servía para tramitar la residencia. Por ello, Emile optó por comenzar otra carrera terciaria (Recursos Humanos) en una institución privada habilitada por el Renure:

> Los chicos quieren estudiar una carrera, pero no pueden y terminan estudiando, digamos, la que es más fácil el mecanismo administrativo para la residencia [...] O sea, yo vine a estudiar Medicina directamente, me rechazaron [por el examen de español]. Con eso, bueno, fui a una universidad privada, digamos, a estudiar Enfermería. Ahí empecé a estudiar. Como que en la privada te aceptan los papeles, no te piden nada de CELU [examen de español], sino que te piden solamente la equivalencia para validar el título. Bien, con eso está bien, totalmente bien. Pero ahora el problema con este instituto privado es que no tenían como aprobado… O sea, no tenían permiso para recibir a extranjeros. No te pueden dar un papel de certificación para presentar en la Migración para tener el DNI. Para tramitar el papel necesitaban como dos años más o menos. Mientras tanto, estamos sin documento, porque entramos con una visa de noventa días, que son prácticamente tres meses. Después de esos tres meses andamos como ilegales en el país prácticamente. Como que Argentina, bueno, como país, si no es por una causa grave, no hay deportación, digamos, entonces seguimos viviendo. Pero no podemos recibir plata, no podemos hacer ningún trámite… Si vamos al hospital, excepto el Hospital Misericordia, que nos recibe con un pasaporte sin visa, ningún otro hospital nos recibe [...]. Tuve que hacer dos carreras. Aunque no me gusta Recursos Humanos, pero me anoté igual porque necesitaba el documento. Eso [no tener DNI] hacía que yo no pudiera tener una línea telefónica. Por más que yo lo tenga, no puedo acceder a ningún plan. No puedo tener Internet, no puedo alquilar una casa, no puedo recibir plata. Literalmente no existo acá en Argentina. Entonces, ahí sí pude hacer el trámite con este instituto (de la carrera de Recursos Humanos) y creo que a fines de 2015 recién tengo el documento. Entonces, de 2014 a 2015, casi un año sin documento prácticamente (Emile, comunicación personal, 15 de diciembre de 2018).

Emile tuvo que estudiar Recursos Humanos hasta que el plan de regularización de 2017 le permitió obtener el DNI por dos años y, recién al obtener la residencia por medio de este plan, pudo abandonar la carrera no deseada, luego de casi tres años. El relato de Emile revela así algunas de las implicancias que tienen las regulaciones institucionales en el transcurrir de la vida cotidiana y las experiencias temporales que se estructuran en torno a ellas. El hecho de que la deportación no

13 Registro Nacional Único de Requirentes (Renure). Para que el certificado de alumno regular emitido por la institución educativa sirva como aval para la realización del trámite de residencia, es necesario que la misma se encuentre inscripta en este registro.

aparezca como probabilidad para este joven (como efectivamente sí lo hace en otros casos o circunstancias) no implica desconocer las diversas violencias que se configuran como efecto de los procesos de ilegalización y sus fronteras temporales. En este solo relato, las privaciones van desde el acceso a recursos (salud, educación, servicios, remesas) hasta la obligación de destinar su tiempo —su «tiempo vital»— a una actividad durante años con el único objetivo de obtener y mantener la «regularidad migratoria».

La estrategia de realizar otras carreras forma parte de los modos creativos en que se sortea el control para obtener el DNI, pero su puesta en marcha implica también una pérdida de «tiempo vital» debido a que, generalmente, se interpreta que el estudio de carreras alternativas no forma parte del proyecto migratorio individual y familiar. Por lo tanto, a pesar de poseer un estatus migratorio «regular», la temporalidad construida en torno al desarrollo de dichos proyectos es percibida como «momentáneamente» interrumpida. De manera similar, aunque en menor escala, la estrategia de obtener el título secundario en Argentina a través de un «bachillerato acelerado para adultos» permite a las y los jóvenes ingresar a la universidad sin necesidad de hacer el examen de convalidación de títulos[14] ni someterse al examen de idioma español. Realizar el trayecto secundario puede llevar de meses a años, pero aun así es evaluado como opción frente a los tiempos observados en las experiencias de otros «compatriotas» que, desde hace meses y años, también se encuentran intentando aprobar el examen de español sin éxito para ingresar a la universidad, o no tienen el dinero suficiente para la preparación del examen y el pago que debe abonarse cada vez que se realiza. En suma, las estrategias educativas alternativas (sea estudiar en instituciones privadas o realizar nuevamente el secundario) posibilitan acortar los tiempos de espera para acceder a la residencia, pero no logran conciliar la «regularidad» migratoria con sus objetivos educativos y, por eso, se interpretan como una interrupción «temporal» o «momentánea» que perturba sus proyectos migratorios y de vida.

Por último, entre las estrategias «humanitarias» se destaca el Plan de Regularización por «razones humanitarias» implementado en 2017 (Disposición N.° 1143/2017), el cual autorizó por dos años la permanencia de migrantes de nacionalidad haitiana que llegaron antes del mes de marzo de ese año y que ingresaron por pasos fronterizos habilitados. Este plan, al que accedieron 477 personas haitianas[15], produjo diferentes tensiones entre los modos de identificación de las y los jóvenes como «estudiantes» y las representaciones de migrantes «pobres» necesitados de «ayuda humanitaria» manifiestas en la justificación del decreto que

14 Exigido hasta 2019.
15 Datos obtenidos a través de un pedido de información pública a la DNM.

lo reglamentaba. Aun así, mediado por el trabajo de organizaciones de migrantes y activistas de distintos espacios, se presentó como una más de las posibles «entradas» estratégicas a la «legalidad» que permitió retomar los proyectos educativos que se encontraban momentáneamente interrumpidos por alguna de las circunstancias antes descriptas. En un marco más general, sin embargo, las fronteras temporales expresadas en los plazos de autorización de permanencia establecidos por el decreto de regularización terminaron por acentuar las experiencias de intermitencia legal. En este sentido, la precariedad que resulta del carácter temporal del estatus migratorio y del hecho de no establecer de manera predeterminada la acumulación de sus dos años de residencia como antecedente para obtener la residencia permanente[16] generó gran incertidumbre entre mis interlocutores respecto de su futuro legal y educativo en Argentina (Trabalón, 2021).

V.2. Negociando temporalidades «desarticuladas»

Una segunda forma de habitar las fronteras legales y temporales refiere a la sensación de que la temporalidad que organiza sus proyectos migratorios y de vida es desarticulada a causa de una interrupción que se interpreta como «duradera» y, en general, «irreversible». Esta ruptura temporal ha impulsado, en muchos casos, la construcción de futuros alternativos por medio del despliegue de estrategias de negociación espacial que transforman y reorientan los proyectos migratorios hacia otras ciudades o países. Si bien la circulación entre ciudades forma parte del repertorio cotidiano de negociación, la estrategia más disruptiva remite a la movilidad espacial hacia otros países, entre los que se destacan Brasil, Canadá y Francia[17] como principales y «nuevos destinos» migratorios.

La experiencia de Juliette, una joven haitiana que vive en Rosario desde 2016, permite exponer con claridad esta situación o proyección generalizada entre mis interlocutores de origen haitiano. En 2019, Juliette se encontraba en Rosario cursando el segundo año de la carrera de Enfermería. Sin embargo, frente al aumento repentino y notable de las tasas migratorias, no llegó a juntar a tiempo el dinero necesario para renovar la residencia cuando se le venció el DNI y, por esta razón, le dieron de baja automáticamente en el sistema universitario. Más tarde,

16 A diferencia de migrantes del Mercosur, que pueden solicitar la residencia permanente en Argentina contando con dos años de residencia temporaria, los grupos clasificados como migrantes «extra-Mercosur» deben poseer tres años consecutivos de residencia temporaria, en general, bajo el mismo criterio (https://www.argentina.gob.ar).

17 Aunque no forma parte de este trabajo, vale la pena agregar que Estados Unidos, a pesar de su carácter histórico como «destino» de la diáspora haitiana, durante 2021 y 2022 adquiere una relevancia inusitada como «destino» de migrantes de origen haitiano que vivían en Sudamérica. Se trata de una opción de viaje, principalmente por vía terrestre y de manera ilegalizada, que también pasa a formar parte del repertorio de estrategias de negociación espacial de algunos de mis interlocutores de Haití en Argentina, cuyas condiciones político-legales y de precarización de la vida se ven agravadas a causa de la pandemia de COVID-19.

cuando consiguió el dinero y fue a la DNM para renovar su DNI, no le permitieron hacer el trámite por no contar con el certificado de alumno regular; y, al ir a la universidad para pedir este certificado, no se lo entregaron porque tenía la residencia vencida. Esta «circularidad burocrática», que multiplicó las experiencias de intermitencia legal de una gran cantidad de jóvenes en ambas ciudades, era relatada por Juliette de la siguiente manera:

> J: Sí. Se me venció el documento y lo quise hacer. En el momento no tenía la plata y estaba vencido. Yo fui a la facultad porque como que yo hice mi documento con el estado de estudiante. Yo fui a la facultad a pedir el documento de alumno regular para poder hacerlo. Me dijeron: «Ya el sistema te bloqueó, no podés entrar». Dije: «¿Nadie me puede ayudar? Ustedes tienen las materias que ya rendí, tienen todo, ¿así que no conocen una estudiante que se llama Juliette?». «Sí, ya sabemos, pero no podemos entrar en el SIU Guaraní, así que no te podemos dar nada».
>
> E: El certificado de alumno regular.
>
> J: Sí.
>
> E: ¿No te lo quisieron dar?
>
> J: No.
>
> E: ¿Hace cuánto que estás haciendo la carrera?
>
> J: Dos años.
>
> E: ¿Fuiste al Despacho de Alumnos?
>
> J: Sí. Encima lo que te hacen es que te hacen correr por todos lados. [...] Y cada mes mi familia me llama, «¿Tienes tu documento?».
>
> E: ¿Quién te llama?
>
> J: Mi familia, mis tías. Me preguntan: «¿Y el documento?». Me mandaron hasta la plata. Y hasta ahora no lo puedo hacer. Siempre estoy pensando: «¡Parece que consumiste la plata! ¡Usaste la plata para otra cosa, Juliette!? ¡Pagaste el alquiler con la plata! ¡No era para eso! ¡No era para eso!». Y me siento con mucha vergüenza. Ya no quiero seguir la facultad por eso. No saben [su familia] bien la realidad de acá. Es que siempre quieres abrir una puerta, estás luchando para abrir una puerta y… te cierran las puertas (Juliette, comunicación personal, 16 de agosto de 2019).

Juliette, después de seis meses de no poder resolver su «situación administrativa» y perder el año académico en la universidad, se cansó: «perdí todo el año de estudio mientras trabajaba en una panchería, después en una dietética». La sensación de ruptura temporal y desarticulación irreversible de su proyecto migratorio y educativo en Argentina habilitó la decisión individual y familiar de comenzar a tramitar «los papeles» para obtener una visa de turista para Francia.

De este modo, gracias al apoyo económico de familiares y de las redes migratorias establecidas en aquel país, logró viajar con la intención de rearmar su proyecto de estudio. Nuevamente, los procesos de ilegalización y el desgaste burocrático mediado por las fronteras temporales fueron percibidos como una «pérdida» de su tiempo vital, exponiendo así las diversas y desiguales temporalidades que entran en juego en los criterios de residencia y los efectos violentos que tienen las estructuras legales en la vida cotidiana de las personas migrantes. En la experiencia de Juliette, como en muchos otros casos, la «pérdida» de su tiempo vital impulsó la decisión individual y familiar de reconfigurar espacialmente su proyecto migratorio y construir una nueva proyección de futuro que implicó, paralelamente, la negociación con nuevos regímenes fronterizos. Precisamente, en mis últimos intercambios, Juliette hacía referencia a lo que la mayoría de quienes planean sus viajes a países como Estados Unidos, Francia o Canadá saben que puede ser parte obligada del proyecto migratorio; es decir, el vencimiento de la visa de turista en contextos de control que son percibidos como más hostiles.

Por último, es importante destacar el vínculo entre «retorno» e ilegalización como otra de las derivas espaciales observadas a partir de la desarticulación de las temporalidades vinculadas a los proyectos migratorios. También como reflejo de la violencia implicada en las fronteras legales y temporales, y sus efectos sobre la vida cotidiana de las y los jóvenes y sus familias. Es el caso de Fedora, una joven haitiana que estudió enfermería en Haití y llegó a la Argentina en 2017. Durante marzo de 2018 fuimos juntas a la DNM, al Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba y a la Universidad Nacional de Córdoba con el objetivo de validar sus estudios de Enfermería y tramitar su ingreso a la carrera de Medicina. En cada institución nos dieron directrices distintas y nos derivaron a diferentes lugares. Este acompañamiento fue solo el final del recorrido burocrático que Fedora venía realizando en múltiples dependencias y desde hacía casi un año, es decir, desde el momento en que llegó al país. Unos días después de ir a estas instituciones, cuando retomé el contacto para continuar con el circuito burocrático, Fedora me dijo que estaba cansada, que no se podía validar el título y que había decidido volver a Haití porque hacía un año que estaba en Argentina y, durante todo ese tiempo, no había podido estudiar ni trabajar: «hace un año que estoy y no pude hacer nada, nada de nada» (comunicación personal, 15 de febrero de 2018). La experiencia de Fedora expresa la realidad de una gran cantidad de jóvenes que, al no poder iniciar o dar continuidad a sus proyectos migratorios, deciden volver a Haití, debiendo afrontar en muchos casos deudas de dinero contraídas para viajar, además de la enorme frustración por no haber podido realizar sus proyectos ni cumplir con las expectativas familiares y sociales que se proyectan sobre quien emprende el viaje migratorio. Como sostiene

Marie Louise, otra de mis interlocutoras: «volver puede ser muy difícil, la relación con tu familia puede cambiar, en donde vives te van a criticar, decir cosas, no es nada fácil» (comunicación personal, 19 de mayo de 2018). Bajo estas circunstancias, el «retorno» a Haití es considerado una forma de «autoexpulsión»[18] que emerge como producto del *desgaste* burocrático ocasionado por diversos mecanismos de control estatal y sus «retrasos institucionalizados» (Khosravi, 2021).

Las fronteras legales y temporales en esta y todas las experiencias relatadas muestran, siguiendo el planteo de Menjívar (2006), cómo la condición de «legalidad» se configura como un nuevo eje de estratificación; es decir, una posición social que moldea significativamente las oportunidades de vida y las perspectivas futuras. La «violencia legal» refiere precisamente al sufrimiento que «resulta y es posible a través de la implementación del conjunto de leyes que delimitan y dan forma a la vida de las personas de manera rutinaria» y que, al estar incrustada en las prácticas legales y ser implementada a través de procedimientos formales «es legitimada, y en consecuencia, vista como "normal" porque "es la ley"» (Menjívar & Abrego, 2012, p. 387). En este sentido, la relación temporal entre los procesos de ilegalización y las estrategias de los sujetos permite captar algunas dimensiones —no tan visibles— en las que operan la ley y las violencias inherentes a su funcionamiento, las cuales atraviesan de manera muy tangible los proyectos migratorios y de vida de estas personas no solo en su devenir cotidiano, sino también en la disolución de su proyección al futuro, como ocurre en los numerosos casos en que tales proyectos son interrumpidos y, por lo tanto, las trayectorias de movilidad social que comprenden tanto a ellas y ellos como a sus familias son revocadas.

VI. CONCLUSIONES

El recorrido realizado sobre los procesos de intermitencia legal de migrantes de origen haitiano en Argentina ha permitido mostrar la dinámica conflictiva y cambiante que se establece entre ilegalización, fronteras temporales y vida cotidiana en contextos históricamente situados. A su vez, reparar en dichos procesos ha posibilitado destacar la centralidad que adquiere la negociación de los sujetos en los ritmos y frecuencias que marcan sus «entradas» y «salidas» a la «legalidad» o «ilegalidad» a lo largo de trayectorias concretas. En esta línea, el análisis realizado arroja luz sobre diversas formas de experimentar y negociar la espera (y la soberanía estatal) a partir de las relaciones desiguales de poder que producen las burocracias de la migración y las lógicas

18 Aunque en un contexto muy distinto, Menjívar y Kanstrom (2010) han señalado la relación entre el aumento de los controles de las «fronteras internas» en Estados Unidos y la «autodeportación» de migrantes producto de las dificultades que tienen en el acceso a servicios para el desarrollo de su vida cotidiana.

dominantes de control que atraviesan la (re)configuración del régimen sudamericano de migración y fronteras en los últimos años. Sobre esta base fue posible advertir algunos de los efectos performativos que la ciudadanía, como régimen normativo basado en la división entre nacionales y no nacionales, y en la diferenciación entre migrantes regionales y «extraregionales», institucionaliza y normaliza para estas y estos jóvenes, quienes van intentando disputar estratégicamente los tiempos que les imponen (o intentan imponer) para el desarrollo de sus proyectos migratorios y de vida.

En este escenario, las fronteras temporales se constituyen como una pieza central del engranaje de control de las migraciones internacionales, cuyo estudio permite no solo comprender cómo se refuerzan o acentúan los mecanismos de ilegalización existentes, sino también develar aquellas prácticas políticas que exacerban la desigualdad aun cuando las condiciones normativas permanecen intactas. Fronteras legales y temporales que, por otra parte, son constantemente disputadas a través de una heterogeneidad de estrategias que remiten a la estructuración micropolítica del entramado cotidiano —configurado en las experiencias vitales del día a día— en términos de lucha, (des)obediencia y negociación con las fronteras. Esto es prueba de que, frente a los diferentes modos de gobernar el tiempo que produce la precarización de la vida, tales precarizaciones «tienden a ser productivas, aunque sea solo por el hecho de que las personas humanas sometidas a ellas persisten obstinadamente en la búsqueda de formas de triunfar a pesar de ellas» (De Genova, 2021, p. 194).

Sin duda, los mecanismos de ilegalización y las fronteras temporales adquieren matices específicos según los procesos históricos y políticos nacionales; las luchas de las organizaciones migrantes, sociales y de derechos humanos; los lineamientos regionales y globales establecidos sobre ciertas migraciones; y las disputas geopolíticas que atraviesan el tratamiento político de determinados grupos en el ámbito regional y global en coyunturas específicas. De hecho, casi al cierre de este artículo, y luego de una larga lucha de las organizaciones y activistas por los derechos migrantes en Argentina, el Gobierno nacional decretó dos planes de regularización en mayo de 2022: uno para migrantes de Senegal y otro para migrantes del Caribe (miembros de la Comunidad del Caribe [Caricom]), República Dominicana y Cuba. El logro de las organizaciones no solo radica en mejorar las condiciones de vida de una gran cantidad de migrantes del Caribe y África que viven en Argentina, sino también en la negociación sobre los plazos y tiempos autorizados de «permanencia» que se estipulan en dichos planes. A diferencia de otros planes de regularización, las actuales propuestas contemplan tres años de radicación temporaria que podrían empalmarse en el tiempo con el pedido de residencia permanente, evidenciando así la relevancia que

tiene la negociación temporal en las luchas migrantes (Domenech, 2020) por formas de vida más dignas en el país. Con todo, y como es señalado también desde distintas organizaciones, los planes de regularización siguen sin resolver el problema estructural de los criterios diferenciales de residencia que afectarán a futuros migrantes y a quienes por distintas razones no puedan acogerse a dichos planes. En este sentido, también es necesario destacar cómo los planes de «regularización» perpetúan los procesos de intermitencia legal, puesto que no logran (ni se proponen) modificar la desigualdad de acceso a la movilidad que rige a través de las jerarquías interestatales y los criterios sociales, raciales, étnicos y de género que impregnan los actuales marcos de «gobernanza global» de las migraciones en la región sudamericana.

Por el contrario, vista a la luz de procesos políticos e históricos más amplios, la «regularización» no necesariamente es considerada como un mecanismo de «inclusión», sino como parte de los esquemas de control que se van reactualizando según diversos movimientos, coyunturas e intereses políticos e institucionales. Por ello, la realidad de migrantes «extraregionales» en el espacio sudamericano permite exponer el funcionamiento de las políticas vinculadas a la «regularización» como parte de lo que Domenech (2019) entiende como los modos «no coercitivos» de control. En otras palabras, la «regularización» no necesariamente se configura como contrapeso o desequilibrio de las políticas de control, sino como dimensión determinante y parte constitutiva de su lógica de funcionamiento, tanto dentro de la órbita de medidas «humanitarias» como de aquellas de carácter más punitivo, como las que conciernen a las políticas de deportación y «retorno».

En tal sentido, el control sobre los modos de «permanencia» de migrantes de origen haitiano en Argentina es considerado como un caso paradigmático que permite exponer ciertas tendencias regionales en curso basadas en la exclusión política del refugio, la existencia de criterios diferenciales de residencia, el reforzamiento de mecanismos de ilegalización y la multiplicación de las fronteras temporales en torno a la categoría estatal de «permanencia». Invita así a considerar los modos en que se articulan los mecanismos de ilegalización y las fronteras temporales en trayectorias sociales y luchas específicas. Finalmente, la pregunta por los modos de gobernanza a través del tiempo resulta hoy más crucial que nunca en un contexto en el que todavía resta mucho camino por dilucidar los efectos devastadores que han tenido la pandemia de COVID-19 y las nuevas temporalidades del control desatadas por ella en la precarización de las vidas migrantes en el contexto regional y global actual.

REFERENCIAS

Acosta, D., Blouin, C., & Freier, L. (2019). La emigración venezolana: respuestas latinoamericanas. *Documentos de trabajo (Fundación Carolina): Segunda época*, (3), 1. https://doi.org/10.13140/RG.2.2.33921.71523

Acosta, A., & Freier, L. (2015). Discursos y políticas de inmigración en Sudamérica: ¿Hacia un nuevo paradigma o la confirmación de una retórica sin contenido? *REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, *23*, 171-189. https://doi.org/10.1590/1980-85852503880004411

Brumat, L. M., & Artola, J. (2015). *Circulación de personas e integración regional: ¿dónde está el Mercosur?* Real Instituto Elcano.

Brumat, L., Acosta, D., & Vera Espinoza, M. (2018). Gobernanza migratoria en América del Sur: ¿hacia una nueva oleada restrictiva? En *Anuario de Política Internacional y Política Exterior 2017-2018: "One Belt, one road". Alcances y repercusiones de la propuesta China en un entorno de proteccionismos y retracción de Occidente* (pp. 205-211). Cruz del Sur.

Álvarez Velasco, S. (2020a). Ilegalizados en Ecuador, el país de la «ciudadanía universal». *Sociologias*, *22*(55), 138-170. https://doi.org/10.1590/15174522-101815

Álvarez Velasco, S. (2020b). From Ecuador to elsewhere: the (re) configuration of a transit country. *Migration and Society*, *3*(1), 34-49. https://doi.org/10.3167/arms.2020.111403

Álvarez Velasco, S., Pedone, C., & Miranda, B. (2021). Movilidades, control y disputa espacial. La formación y transformación de corredores migratorios en las Américas. *Périplos*, *Revista de Investigación sobre Migraciones*, *5*(1), *4-27*.

Baeninger, R., Demétrio, N. B., & Domeniconi, J. (2019). Espaços das Migrações Transnacionais: perfil sociodemográfico de imigrantes da África para o Brasil no século XXI. *REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, *27*, 35-60. https://doi.org/10.1590/1980-85852503880005603

Bailey, A., Wright, R., Mountz, A., & Miyares, I. (2002). (Re) producing Salvadoran transnational geographies. *Annals of the association of American geographers*, *92*(1), 125-144. https://doi.org/10.1111/1467-8306.00283

Balibar, É. (2005). Fronteras del mundo, fronteras de la política. *Alteridades*, *15*(30), 87-96.

Basok, T., & Wiesner, M. (2018). Precarious legality: regularizing Central American migrants in Mexico. *Ethnic and Racial Studies*, *41*(7), 1274-1293. https://doi.org/10.1080/01419870.2017.1291983

Blouin, C. (2021). *Entre la espera y el miedo: las trayectorias legales de la población venezolana en la región de Tumbes*. Lima: Fondo Editorial PUCP. https://doi.org/10.18800/978-612-317-718-8.003

Caggiano, S., & Mombello, L. (2020). Inmigrantes e indígenas en las torsiones de la nacionalidad y la ciudadanía. La construcción de amenazas en Argentina (2015-2019). *Historia y Sociedad*, (39), 130-154.

Calavita, K. (2005). *Immigrants at the margins: Law, race, and exclusion in Southern Europe*. Nueva York: Cambridge University Press.

Canelo, B., Gavazzo, N., & Nejamkis, L. (2018). Nuevas (viejas) políticas migratorias en la Argentina del cambio. *Si Somos Americanos*, *18*(1), 150-182. https://doi.org/10.4067/S0719-09482018000100150

Cetra, R., & Pacceca, M. (2020). *Laberintos de papel. Desigualdad y regularización migratoria en América del Sur*. CELS/Caref.

Ceja, I. (en prensa). Los rumores, la espera y la incertidumbre: trayectos de un migrante venezolano en Boa Vista. En A. Vianna y E. Díaz Benítez (coords.). *Violência e marcadores sociais da diferença*. UFRJ.

Colectivo de Geografía Crítica de Ecuador. (2021). *Viviendo al límite. Cartilla 1: Entre la discriminación y la indolencia, una aproximación a la inmigración en Ecuador*. https://geografiacriticaecuador.org/category/publicaciones/

Correa, A. (2019). Deportación, tránsito y refugio. El caso de los cubanos de El Arbolito en Ecuador. *Périplos, Revista de Investigación sobre Migraciones*, *3*, 52-88.

Clavijo, J. (2018). El proceso de elegibilidad en Argentina: rituales y ambivalencias en el reconocimiento de los refugiados. *REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, *26*, 171-188. https://doi.org/10.1590/1980-85852503880005409

Chaves, J. (2022). *As duas vidas da migração haitiana no Brasil*. https://migramundo.com/as-duas-vidas-da-migracao-haitiana-no-brasil/

Comisión Nacional de Refugiados (Conare). (s.f.). www.argentina.gob.ar

De Genova, N. (2002). Migrant «illegality» and deportability in everyday life. *Annual review of anthropology*, *1*(31), 419-447. https://doi.org/10.1146/31.040402.085432

De Genova, N. (2004). The legal production of Mexican/migrant «illegality». *Latino Studies*, *2*(2), 160-185. https://doi.org/10.1057/palgrave.lst.8600085

De Genova, N. (2018). The deportation power. *Radical Philosophy*, (203), 23-27.

De Genova, N. (2021). Migrant detainability, disciplinary power and the disposability of life. En C. Jacobsen, M. Karlsen y S. Khosravi (eds.), *Waiting and the Temporalities of Irregular Migration* (pp. 186-201). Londres: Taylor & Francis.

Dias, G., & Domenech, E. (2020). Sociologia e fronteiras: a produção da ilegalidade migrante na América Latina e no Caribe. *Sociologias*, *22*(55), 24-38.

Domenech, E. (2011). Crónica de una «amenaza» anunciada. Inmigración e ilegalidad: visiones de Estado en la Argentina contemporánea. En B. Feldman-Bianco, L. Rivera Sánchez, C. Stefoni y M. Villa (comps.), *La construcción social del sujeto migrante en América Latina. Prácticas, representaciones y categorías* (pp. 31-77). Quito: Flacso, Clacso, UAH.

Domenech, E. (2013). Las migraciones son como el agua": Hacia la instauración de políticas de "control con rostro humano". La gobernabilidad migratoria en la Argentina. *Polis. Revista Latinoamericana*, *12*(35), 119-142.

Domenech, E. (2015). 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. (2019, mayo). *Espacios de la movilidad en disputa: el régimen sudamericano de migración y fronteras* [ponencia]. First International Workshop on Contested Territories: How do We Conceptualise and Research Contested Territories in Latin America. Leeds: School of Geography.

Domenech, E. (2020). «La política de la hostilidad» en Argentina: detención, expulsión y rechazo en frontera. *Estudios Fronterizos*, (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. (2023). Migraciones, fronteras y política de datos: nuevos medios de control del movimiento en el espacio sudamericano. En E. Domenech, G. Herrera y L. Rivera Sánchez (eds.), *Movilidades, derecho a migrar y control fronterizo en América Latina y el Caribe* (pp. 317-355). Buenos Aires y Ciudad de México: Clacso, Siglo XXI,

Domenech, E., Herrera, G., & Rivera Sánchez, L. (coords.). (2023). Introducción. *Movilidades, derecho a migrar y control fronterizo en América Latina y el Caribe* (pp. 9-74). Buenos Aires y Ciudad de México: Clacso, Siglo XXI.

Goldring, L., Berinstein, C., & Bernhard, J. K. (2009). Institutionalizing precarious migratory status in Canada. *Citizenship studies*, *13*(3), 239-265. https://doi.org/10.1080/13621020902850643

Gómez, C. (2020). *(Des)Protección a las personas refugiadas en Ecuador. Colectivo de Geografía Crítica.* Quito: FES-ILDIS.

Gómez, C. (2021). *"No Solo Es Una Pandemia, Es Un Apagón De Derechos". Efectos Prolongados Del Covid-19 En El Sistema De Protección De Los Refugiados En América Latina* [ponencia]. SASE Min-Conference Migration, bordering and capitalist restructuring during the pandemic, 2-3 de julio.

Griffiths, M. (2014). Out of time: The temporal uncertainties of refused asylum seekers and immigration detainees. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, *40*(12), 1991-2009. https://doi.org/10.1080/1369183X.2014.907737

Herrera, G. (2019). From Immigration to Transit Migration: Race and Gender Entanglements in New Migration to Ecuador. En A. Feldmann, X. Bada y S. Schütze (eds.), *New Migration Patterns in the Americas* (pp. 285-315). Cham: Palgrave Macmillan.

Herrera, G., & Berg, U. (2019). "Migration crises" and humanitarianism in Latin America: The case of Ecuador. En N. Sørensen y S. Plambech (eds.), *Global perspectives on huimanitarianism. When human welfare meets the political and security agendas* (pp. 31-49). Copenhague: Danish Institute for International Studies.

Huerta, P., & Ramos, R. (2021). Análisis crítico del proceso de (des)regularización migratoria extraordinaria en Chile (2018-2019). *Diálogo andino*, (66), 399-417. https://doi.org/10.4067/S0719-26812021000300399

Jacobsen, C., & Karlsen, M. (2021). Introduction: Unpacking the temporalities of irregular migration En C. Jacobsen, M. Karlsen y S. Khosravi (eds.), *Waiting and the Temporalities of Irregular Migration* (pp. 1-19). Londres: Taylor & Francis.

Jaramillo, V., Gil Araujo, S., & Rosas, C. (2020). Control migratorio y producción de irregularidad. Normas, prácticas y discursos sobre la migración en Argentina (2016-2019). *Forum. Revista Departamento de Ciencia Política*, (18), 64-90.

Khosravi, S. (2021). *Waiting-A Project in Conversation* (vol. 243). Transcript Verlag.

Maffia, M. (2010). Una contribución al estudio de la nueva inmigración africana subsahariana en la Argentina. *Cuadernos de antropología social*, (31), 7-32.

Mallimaci, A., & Magliano, M. (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

Menjívar, C. (2006). Liminal legality: Salvadoran and Guatemalan immigrants' lives in the United States. *American Journal of Sociology*, *111*(4), 999-1037. https://doi.org/10.1086/499509

Menjívar, C., & Abrego, L. (2012). Legal Violence: Immigration Law and the Lives of Central American Immigrants. *American Journal of Sociology*, *117*(5), 1380-1421. https://doi.org/10.1086/663575

Menjívar, C., & Kanstroom, D. (2010). Introduction. Immigrant «illegality»: Constructions and critiques. En C. Menjívar y D. Kanstroom (eds.), *Constructing Immigrant «Illegality»: Critiques, Experiences, and Responses* (pp. 1-34). Cambridge: Cambridge University Press.

Mezzadra, S., & Neilson, B. (2017). *La frontera como método*. Madrid: Traficantes de Sueños.

Ministerio del Interior y Seguridad Pública. (2021, 20 de abril). *Gobierno inicia hoy segundo proceso extraordinario de regularización migratoria 100% digital*. https://www.interior.gob.cl/noticias/2021/04/20/gobierno-inicia-hoy-segundo-proceso-extraordinario-de-regularizacion-migratoria-100-digital/

Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. (s.f.). *Sobre refugio, datos actualizados. Cancillería del Ecuador*. https://www.cancilleria.gob.ec/2020/06/18/sobre-refugio-datos-actualizados/

Miranda, B. (2021). Movilidades haitianas en el corredor Brasil-México: Efectos del control migratorio y de la securitización fronteriza. *Périplos: Revista de Estudos sobre Migrações*, *5*(1), 108-130.

Moulin, C., & Thomaz, D. (2016). The tactical politics of 'humanitarian' immigration: Negotiating stasis, enacting mobility. *Citizenship Studies*, *20*(5), 595-609. https://doi.org/10.1080/13621025.2016.1182679

Nejamkis, L., & Nievas, J. Á. (2012). Migración y refugio en la Argentina: un análisis desde la legislación actual. *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, *4*(3), 445-463.

Oliveira, A. T. (2017). Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. *Revista Brasileira de Estudos de População*, *34*(1), 171-179. https://doi.org/10.20947/S0102-3098a0010

Pedone, C. (2020). Nuevos flujos, nuevas rutas, nuevas territorialidades en Quito, Ecuador. En L. C. Ribeiro y M. de Oliveira (orgs.), *Sociedades em movimento; dimensoes nacionais nos fluxos internacionais* (pp. 205-230). São Paulo: Intermeios.

Penchaszadeh, P. (2021). De papeles y derechos. La difícil traducción del paradigma de derechos humanos en la política migratoria de la Argentina actual. *Colombia Internacional*, (106), 3-27.

Penchaszadeh, A., & García, L. (2018). Política migratoria y seguridad en Argentina hoy: ¿el paradigma de derechos humanos en jaque? *Urvio*, (23), 91-109. https://doi.org/10.17141/urvio.23.2018.3554

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

Ramírez, J. (2017). Etnografía del Estado: 'visa Mercosur', prácticas burocráticas y estatus migratorio en Ecuador. *Etnografías Contemporáneas*, *3*(5), 182-212.

Ramírez, J., & Ceja, I. (2017). Análisis multilateral de la política migratoria. En Felipe Aliaga (ed.), *Migraciones Internacionales. Alteridad y Procesos Políticos* (pp. 145-174). Bogotá: Universidad Santo Tomás. https://www.aacademica.org/jacques.ramirez/69.pdf

Refúgio em Números e Publicações do Ministério da Justiça e Segurança Pública. (s.f.). https://www.gov.br/

Rho, G. (2018). Visiones políticas y perspectivas de Mercosur, CAN y Unasur en la construcción de una ciudadanía regional (2002-2016). *Estudios fronterizos*, *19*, *1-21*.

Salmón Gómez, M. (2017). *Tránsitos migratorios irregularizados en América Latina*. Andina Migrante: Flacso Ecuador.

Stang, F., Andrade, E., & Moreno, M. (2020). Retórica humanitaria y expulsabilidad: migrantes haitianos y gobernabilidad migratoria en Chile. *Si Somos Americanos*, *20*(1), 176-201 https://doi.org/10.4067/S0719-09482020000100176

Stefoni, C., Lube Guizardi, M., & Torralbo, H. (2018). La construcción política de la frontera. Entre los discursos nacionalistas y la «producción» de trabajadores precarios. *Polis (Santiago)*, *17*(51), 137-162. https://doi.org/10.32735/s0718-6568/2018-n51-1353

Tazzioli, M. (2018). The temporal borders of asylum. Temporality of control in the EU border regime. *Political Geography*, *64*, 13-22.

Thayer Correa, L., Stang, F., & Abarca, C. (2016). Estatus legal precario y condicionalidad en el acceso a derechos: una aproximación a la regulación migratoria de Argentina y Canadá. *Si Somos Americanos*, *16*(2), 11-43. https://doi.org/10.4067/S0719-09482016000200001

Thayer, L., & Tijoux, M. (2022). Trayectorias del sujeto migrante en Chile. Elementos para un análisis del racismo y el estatus precario. *Papers: Revista de Sociologia*, *107*(2). https://doi.org/10.5565/rev/papers.2998

Trabalón, C. (2018). Política de visado y regulación de las fronteras. Un análisis desde la movilidad de haitianos en Sudamérica. *Polis. Revista Latinoamericana*, (51). https://doi.org/10.32735/s0718-6568/2018-n51-1354

Trabalón, C. (2019). Estrategias de movilidad, visados y fronteras: Trayectorias de haitianos y haitianas hacia la Argentina. *Estudios fronterizos*, *20.* https://doi.org/10.21670/ref.1918039

Trabalón, C. (2020a). Trayectorias en clave transnacional. Generación, juventud(es), educación y familia en la definición de los proyectos migratorios de haitianos y haitianas hacia la Argentina. *REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, *28*, 223-241. https://doi.org/10.1590/1980-85852503880006013

Trabalón, C. (2020b). Violencia estatal, control fronterizo y racialización: experiencias de haitianos y haitianas en aeropuertos de Argentina. *Historia y sociedad*, (39), 155-183. https://doi.org/doi.org/10.15446/hys.n39.82972

Trabalón, C. (2021). Racialización del control y nuevas migraciones: procesos de ilegalización durante la última década en la Argentina. *Périplos, Revista de Pesquisa sobre Migrações*, *5*(1), 207-234.

Trabalón, C. (2022). Proyectos migratorios, educación y control estatal: jóvenes haitianxs en Argentina en tiempos de "cambio". En H. Joseph y C. Audebert (eds.), *El sistema migratorio haitiano en América del Sur: proyectos, movilidades y políticas* (pp. 359-392). Buenos Aires: Clacso.

Zubrzycki, B. (2018). Migración no autorizada y procesos de regularización en Argentina: el caso senegalés. *Revista del CESLA. International Latin American Studies Review*, (22), 367-382.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Decreto Ejecutivo 248, Proceso de Regularización para ciudadanos y ciudadanas de nacionalidad haitiana en Ecuador (9 de febrero de 2010).

Disposición N.° 1/2013, Régimen Especial de Regularización de Extranjeros de nacionalidad dominicana (Dirección Nacional de Migraciones [Argentina], 2013). *Boletín Oficial*, 10 de enero de 2013.

Disposición N.° 2/2013, Régimen Especial de Regularización de Extranjeros de nacionalidad senegalesa (Dirección Nacional de Migraciones [Argentina], 2013). *Boletín Oficial*, 10 de enero de 2013.

Disposición N.° 1143/2017, Plan de regularización por razones humanitarias para haitianos (Dirección Nacional de Migraciones [Argentina], 2017). *Boletín Oficial*, 23 de marzo de 2017.

Estatuto Migratorio Andino, Disposición N.° 878 (Secretaría General de la Comunidad Andina, 2021). *Gaceta Oficial*, 12 de mayo del 2021.

Instrução normativa N.° 2.034 (Ministério da Economia, Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, 2021). *Diário Oficial da União*, 24 de junio de 2021.

Lei N.° 13.445, Lei de Migração (Presidência da República [Brasil], 24 de mayo de 2017).

Ley 21.325 de Migración y Extranjería (Ministerio del Interior y Seguridad Pública [Chile], 11 de abril de 2021).

Ley Orgánica de movilidad Humana Ecuador (Asamblea Nacional República del Ecuador, 6 de febrero de 2017).

Ley de Migraciones 25.871 (Congreso de la Nación [Argentina], 17 de diciembre de 2003).

Minuta Estadística (Departamento de Extranjería [Chile], 2021). http://www.extranjeria.gob.cl

Portaria Interministerial N.° 5, Concessão de Autorização de Residência aos Nacionais da República Dominicana que Tenham Processo de Reconhecimento da Condição de Refugiado em Trâmite no Brasil (Ministério da Justiça e Segurança Pública [Brasil], 2019). *Diário Oficial Da União*, 26 de julio de 2019.

Portaria Interministerial N.° 10, Concessão e os Procedimentos de Autorização de Residência aos Nacionais da República do Senegal que tenham Processo de Reconhecimento da Condição de Refugiado em Trâmite no Brasil (Ministério da Justiça e Segurança Pública [Brasil], 2019). *Diário Oficial Da União*, 5 de diciembre de 2019.

Portaria Interministerial N.° 29, Concessão do Visto Temporário e da Autorização de Residência para Fins de Acolhida Humanitária para Nacionais Haitianos e Apátridas Residentes na República do Haiti (Ministério da Justiça e Segurança Pública [Brasil], 2022). *Diário Oficial Da União*, 25 de abril de 2022.

Resolución N.° 1965, Regularización Extraordinaria 2018 (Departamento de Extranjería y Migración [Chile], 9 de abril de 2018).

Regularización Extraordinaria 2021 (Departamento de Extranjería y Migración [Chile], 20 de abril de 2021).

Recibido: 28/10/2022
Aprobado: 30/03/2023

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.008

DERECHO PUCP
N° 90, 2023
junio-noviembre
pp. 251-315
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Migraciones, religiones y derecho: la tradición de la Iglesia siria oriental «nestoriana» (siglos V-XXI)

Migrations, Religions and Law: The Tradition of the "Nestorian" Church of the East (5th-21st Centuries)

MARIATERESA CELLURALE*
Universidad Externado de Colombia (Colombia)

Resumen: Regímenes religiosos de normatividad que pertenecen a tradiciones no católicas del cristianismo, propias de la historia de Asia, dieron forma, entre la Antigüedad y los inicios de la Edad Moderna, a entramados sociales, jurídicos y culturales que no es posible identificar y comprender desde la perspectiva binaria del *Kulturkampf* entre «Oriente» y «Occidente». En particular, la tradición de la Iglesia «nestoriana» siria oriental, que se difundió por toda Asia Central, desde Mesopotamia y Persia hasta India y China, adelantándose por mucho a las misiones católicas y protestantes de los siglos XIV, XVI y XIX, desafía los paradigmas del análisis poscolonial.

La Iglesia siria oriental nació de la persecución de los seguidores de Nestorio y Teodoro de Mopsuestia, marginalizados en el Imperio romano; y se estableció en la Mesopotamia oriental, unificándose bajo el *katholikós*, como denominación independiente, desde el año 410. Sus documentos y monumentos jurídicos y litúrgicos, en diversas lenguas, reflejan una cultura original y autónoma, surgida inicialmente del estigma herético, e independiente de toda agenda papal o imperial. Sus cuerpos teológico y litúrgico, y sobre todo sus textos jurídicos, forman una construcción transnacional, no exclusivamente confesional, abierta a la hibridación. Asimismo, sus ordenamientos jurídicos y litúrgicos, que se desarrollaron y difundieron durante ocho siglos de migraciones, comercio, actividad misional y literaria (escritura y traducción) sobre las Rutas de la Seda, proveyeron gobierno y justicia para cristianos (y gentiles) que pertenecían a muchos pueblos y habitaban territorios diversos. La tradición cristiana «nestoriana», construida con vocación comunitaria más que institucional, es auténticamente «oriental». Su Iglesia sobrevive entre nosotros, confirmada y reforzada en sus estructuras jurisdiccionales y pastorales, y a la vez incomprendida en cuanto a su papel y lugar en la historia de Asia. Amenazada y oprimida, se enfrenta hoy al olvido, la dispersión y la aniquilación.

Palabras clave: Cristianismos, herejía, liturgia, jurisdicción, imperio, normatividades religiosas, derecho romano, derechos orientales, Asia, India, China

* Profesora titular de Derecho Romano en la Universidad Externado de Colombia (Colombia). Egresada de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma La Sapienza (Italia), doctora en Derecho Romano y Derechos del Oriente Mediterráneo por la Universidad de Roma La Sapienza.
Código ORCID: 0000-0001-9547-7861. Correo electrónico: maria.cellurale@uexternado.edu.co

Abstract: Religious regimes of normativity, pertaining to non-catholic traditions of Christianity, which are particular to the history of Asia, where they originated and throve between late antiquity and early modern age, provide a powerful testimony as to social, legal and cultural entanglements that cannot be acknowledged nor understood from the binary vision of the *Kulturkampf* between the "East" and the "West". Case in point: the tradition of the "Nestorian" Church of the East, with its early spread eastward, from Mesopotamia and Persia to India and China, through all of Central Asia, long before the catholic and protestant missions of the late Middle Ages and the modern age (14th to 19th centuries), defies the paradigms of postcolonial analysis.

Legal and liturgical multilingual documents and monuments of the Church of the East—born from the persecution of the followers of Nestorius and Theodore of Mopsuestia under the Roman rule, established in Eastern Mesopotamia as a self-standing denomination under the *katholikós*, since 410—, reflect an original and autonomous Christian culture, risen from heresy, independent from any papal or imperial agenda. Its bodies of theological doctrines and liturgical formularies, particularly its legal texts, reveal a transnational, non-exclusively confessional mindset, open to hybridization. Likewise, the legal and liturgical system of the Church of the East, developed over eight centuries through migrations, commerce, missional and literary activity (writing and translations) along the Silk Roads trade and knowledge network, provided governance and justice for Christians (and also non-Christians) belonging to many peoples in diverse territories. Built with a communal rather than institutional outreach, the tradition of "Nestorian" Christianity is a genuinely "Eastern" one. It survives among us, confirmed and reinforced in its jurisdictional and pastoral structures, but also misinterpreted and misplaced, as to its role in the context of the history of Asia. Challenged and hunted, it's facing oblivion, dispersion and, eventually, annihilation.

Keywords: Christianity, heresy, liturgy, jurisdiction, empire, religious normativities, Roman law, Eastern law, Asia, India, China

CONTENIDO: I. PREMISA. UNA CUESTIÓN CONTEMPORÁNEA Y SU INTERPRETACIÓN. HIPÓTESIS DE TRABAJO Y METODOLOGÍA.- I.1. CRISTIANOS «SIRIOS», «ASIRIOS», «CALDEOS»: UNA TRADICIÓN EN PELIGRO DE EXTINCIÓN.- I.2. NECESIDAD DE UNA REVISIÓN DE PARADIGMAS HISTORIOGRÁFICOS E INSTRUMENTOS DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA: «GOBIERNO» VERSUS «HEGEMONÍA».- II. UNA ANTIQUÍSIMA IGLESIA DE ASIA.- II.1. LOS HEREJES DE NESTORIO, SUS CIUDADES Y EL SIRIACO, «REVELACIÓN DIVINA»: COMIENZO DE UNA TRADICIÓN JURÍDICO-RELIGIOSA.- II.2. DE PERSIA A CHINA (SIGLOS V-VIII). LA UNIÓN APOSTÓLICA ENTRE LAS IGLESIAS DE SANTO TOMÁS.- III. UN DERECHO PARA MUCHOS PUEBLOS: LA TRADICIÓN JURÍDICA DE LOS CRISTIANOS SIRIOS.- III.1. LOS MANUSCRITOS DE «LEYES SECULARES», COLECCIONES DE NORMAS IMPERIALES ROMANAS.- III.2. DEL ABANDONO DE LA LEY MOSAICA A LOS *NOMOCÁNONES*. CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO SECULAR DESDE EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN (SIGLOS VIII-XIV).-

III.3. AUTONOMÍA Y PERMEABILIDAD DE SISTEMAS JURÍDICO-RELIGIOSOS (MEDITERRÁNEO, MEDIO ORIENTE Y ASIA CONTINENTAL, SIGLOS VII-XIV).- III.4. EL *NOMOCANON* DE 'ABHD-ĪSHO' BAR BĚRĪKHĀ, FUENTE DE DERECHO PARA TODOS LOS CRISTIANOS SIRIOS ORIENTALES (SIGLO XIV).- IV. LAS CONVERSIONES AL CRISTIANISMO SIRIACO COMO FUERZA PROPICIADORA DE PROCESOS DE INTEGRACIÓN (SIGLOS VII-XXI). PUEBLOS, TERRITORIO, INSTITUCIONES.- IV.1. TRANSFORMACIONES DEL ESPACIO, EL TIEMPO, LAS SOCIEDADES.- IV.2. UNA TRADICIÓN VIVA. RESISTENCIA Y PERVIVENCIA DEL CRISTIANISMO SIRIACO EN LA EDAD MODERNA Y CONTEMPORÁNEA. IGLESIAS DE LA INDIA.- V. CONCLUSIONES.

I. PREMISA. UNA CUESTIÓN CONTEMPORÁNEA Y SU INTERPRETACIÓN. HIPÓTESIS DE TRABAJO Y METODOLOGÍA

I.1. Cristianos «sirios», «asirios», «caldeos»: una tradición en peligro de extinción

El estudio de las tradiciones jurídico-religiosas de Asia, entre ellas, de las tradiciones propias de las distintas confesiones del cristianismo, es especialmente necesario para la interpretación de fenómenos y procesos modernos y contemporáneos, así como para la construcción de estrategias que permitan hacerles frente. Hay un denominador común entre algunos fenómenos y emergencias de Asia contemporánea, como la persecución y el desplazamiento forzado desde el siglo XIX de cristianos de confesión armenia, asiria y caldea en Turquía y Siria, Iraq e Irán; la violencia organizada de movimientos nacionalistas, autoproclamados defensores de la religión hinduista, sobre los cristianos de la India, blanco de leyes de conversión obligatoria (Gettleman & Raj, 2021; Parthasarathy, 2022; Ellis Petersen, 2021b, 2021b); la estigmatización de los cristianos en la República Popular de China bajo la denominación de *xie jiao*, «culto malvado» (considerado como instrumento de espionaje occidental, contrario a los valores nacionales) (Ochab, 2021; Pullella, 2021; Wu, 2020; Zhang, 2020; Kuo, 2019; Reuters, 2019); la explotación y segregación de los uigures, descendientes de los más antiguos cristianos de China (Tang, 2005), actualmente de fe musulmana, en la provincia autónoma de Xinjiang (Gunter, 2021; Johnson, 2021; Karadsheh & Tuysuz, 2021; Mauk, 2021; Paton & Ramzy, 2021; BBC News, 2020; Kristof, 2019); y la diáspora de cristianos de Asia hacia Europa, Estados Unidos y Australia a raíz de las persecuciones de Gobiernos nacionales y de la radicalización de movimientos religiosos fundamentalistas (Ochab, 2022; Gavlak, 2021; Danish Immigration Service *et al.*, 2013). En los escenarios mencionados, el estigma social y la politización nacionalista de las identidades religiosas en distintas regiones de Asia se apuntalan en ideologizaciones y falsos argumentos históricos, confundiendo origen y destino del cristianismo nacido de la evangelización forzosa

y colonial con la realidad autóctona de comunidades eclesiales que se desprendieron del tronco común de la antigua Iglesia siria oriental o «nestoriana», la cual tuvo su origen en Mesopotamia a principios del siglo V y se difundió en Asia central y oriental desde el siglo VII, con notable anterioridad respecto a la llegada de misiones católicas (siglos XIII-XVI) o protestantes (siglo XIX) (Tommasi, 2014, pp. 646-647; Emhardt & Lamsa, 1930, pp. 94-95 y 100-102; *infra*, II.2). El riesgo de extinción del cristianismo de rito siriaco, el más «asiático» de todos los cristianismos, es patente desde el siglo XIX, empezando por su erradicación del Kurdistán y, en general, de sus ciudades y territorios históricos a lo largo de la Ruta de la Seda (Luque Romero, 2021, pp. 101-102; Hunter, 2018; Tamcke, 2013; Winkler, 2009, 2013).

Intolerancia, animadversión, o incluso indiferencia, que ponen en riesgo el futuro de la tradición cristiana siriaca en sus mismos lugares de origen, no son frutos del «pecado original» de la colonización, ni rebotes del «choque de culturas» entre «Oriente» y «Occidente».

Existe, desde la Ilustración, un prejuicio filosófico en contra del cristianismo, entendido como construcción de pensamiento y poder esencialmente «occidental» que habría funcionado históricamente como factor de «corrupción» de las culturas asiáticas. Recordemos que Voltaire (*Lettres chinoises*, 1726, carta 4) rechazó como fraudulento el relato sobre conversiones tempranas al cristianismo siriaco en China durante el siglo VII (*infra*, II.2) por no coincidir con su visión idealizada de una China secular inmune a la superstición (Tommasi, 2014, p. 653, nota al pie 30).

La originalidad y las particularidades del cristianismo sirio oriental (su impulso y los vectores de su misión, las formas de interacción con otras agencias culturales y de poder, su producción normativa y literaria), y su significado en la historia de Asia, no fueron reconocidas por la historiografía sino hasta los años veinte del siglo pasado, cuando se publicó el trabajo de Alphonse Mingana, *The early spread of Christianity in Central Asia and the Far East: a new document* (1925), enfocado en la primera fase de la cristianización de Asia. En 1926 apareció una historia política de la Asiria moderna, escrita desde la perspectiva de su antiquísima tradición cristiana, titulada *The Oldest Christian People*. Sus autores, el episcopaliano anglosajón Emhardt y el cristiano asirio Lamsa, originario de Kurdistán, conocido como editor y traductor de la Biblia siriaca, rechazaron la ecuación *cristianización = occidentalización* y presentaron el cristianismo «asiático» como una fuerza continental de unidad y resistencia, contra la reducción de Asia a esclava de Occidente y su modelo económico (pp. 90 y 98-99).

La veta «nestoriana» siriaca oriental del cristianismo no representa el colonialismo ni a Occidente, puesto que es tan «oriental» como otras

religiones asiáticas autóctonas —«a religion which had originated and first been proclaimed in the East» (Emhardt & Lamsa, 1930, p. 91)—. Su difusión no se debió a la ejecución de diseños hegemónicos, impositivos de un orden social y económico artificial, ni a fuerzas exógenas empeñadas en una misión de «civilización». Las conversiones al cristianismo «nestoriano» fueron principalmente el resultado de la actividad de individuos y grupos, heterogéneos por etnias y procedencia, por oficio y afiliación, que impulsaron procesos históricos de cooperación e hibridación entre culturas por rutas diversas (comercio, migraciones, predicación, escritura, normación, industria, enseñanza, diplomacia) entre el Mediterráneo, el Índico y Asia oriental, actuando solo en parte como representantes de institucionalidades. En una fase anterior (siglos I a. C. a VI d. C.), la diplomacia, el comercio y las migraciones habían favorecido el encuentro, en una perspectiva no hegemónica, entre Roma y China —según crónicas e historias romanas y chinas (Schipani, 2009; Porcelli, 2016)— sobre rutas que atravesaban una *oikoumenē* comercial centrada en el océano Índico, respecto a la cual ambos imperios entraron en juego en pie de igualdad como actores «periféricos» (Fitzpatrick, 2011, p. 48). Difícilmente se podría atribuir un talante colonial o imperialista a la conexión demográfica romano-sínica, representada por los legionarios romanos de Li Qian (siglo I a. C.), que se está explorando en iniciativas en desarrollo desde la década pasada, con particular atención a sus implicaciones en la reconstrucción de la historia de Asia, en las perspectivas actuales de cooperación e integración (Catalano & Porcelli, 2015; Cardilli, 2019).

La antigüedad de estas conexiones (entre Roma, el Mediterráneo y China), así como el reconocimiento de la presencia en Asia de una particular comprensión del misterio eucarístico, nacida en Oriente, y de su normatividad (canónica y secular) desde una época muy anterior a las misiones del papado y de las monarquías europeas, desafían algunas interpretaciones dominantes sobre los orígenes y fundamentos de obligatoriedad de sistemas normativos, habitualmente adscritos a la colonialidad. Resulta, pues, necesario matizar el discurso sobre las antiguos intercambios jurídicos y religiosos entre Mediterráneo, Medio Oriente y Asia continental; y, más generalmente, sobre la historia de los cristianismos y sus ordenamientos (normativos, sociales, epistemológicos) en los continentes extraeuropeos, superando el paradigma interpretativo indiferenciado, basado en el postulado colonial de la violencia. Se deben reconocer algunos de estos ordenamientos como agencias no gubernamentales ni hegemónicas, que han operado extensa y profundamente en la historia de Asia.

I.2. NECESIDAD DE UNA REVISIÓN DE PARADIGMAS HISTORIOGRÁFICOS E INSTRUMENTOS DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA: «GOBIERNO» VERSUS «HEGEMONÍA»

La mirada colonial y eurocéntrica ha dominado, entre los siglos XVIII y XX, el método y las perspectivas de los «estudios orientales» (particularmente, histórico-jurídicos). Para la comprensión de las interacciones sociales y culturales (formas de producción del conocimiento y de la sociabilidad, con particular atención al derecho y a los ordenamientos religiosos) que se dieron en dinámicas históricas concretas entre pueblos y territorios de tres continentes (Europa, África y Asia), durante la Antigüedad y la Edad Moderna, ha sido necesario superar, en primer lugar, el monopolio de Occidente sobre dominios lingüísticos y epistemológicos tales como los de *juridicidad*, *legalidad* y *subjetividad*.

Por otra parte, algunos preconceptos de la crítica poscolonial, utilizados de manera generalizada y acrítica por las ciencias sociales, han contribuido a opacar la complejidad de fenómenos antiguos y modernos (circulación, mediante experiencia y texto —jurídico, litúrgico y teológico— de modelos de convivencia y gobernanza, y de prácticas de justicia, que atravesaron espacios políticos independientes y culturalmente diferenciados), promoviendo el recurso a contraposiciones excesivamente radicales y a modelos constrictivos (dicotomías, enfoques esencialistas, monismos metodológicos). Significativos avances se han realizado al liberar la historiografía y los estudios jurídicos de su mutuo aislamiento (evidente, por ejemplo, en el enfoque positivista y formalista de los estudios jurídicos), y al abrir el método de análisis jurídico a la valoración de formas distintas de producción de conocimiento (Bönnemann & Riegner, 2021). Así, *laicidad* y *estatalidad*, y la misma *institucionalidad*, ya no condicionan el reconocimiento y la apreciación del fenómeno jurídico.

La *global history* ha conferido profundidad a la visión historiográfica, ampliando el campo de observación más allá de la realidad étnica, territorial o nacional. A la vez, la búsqueda de los *legal entanglements* potencia el análisis jurídico comparado, otrora limitado por el uso de las unívocas y poco flexibles herramientas de *trasplante* y *recepción*[1].

Una vez desterrado el prejuicio, es posible entender los ordenamientos jurídico-religiosos como transversales a pueblos y sociedades en su alcance y sus ámbitos de vigencia no exclusivamente étnicos, ni nacionales ni tampoco confesionales; y en su capacidad de incidir en grupos y comunidades diversos, y de generar compromiso y colaboración a través

1 Véase, a título de ejemplo, Ruskola (2002), Berkowitz *et al*. (2003), Duve (2014) y Legrand (2021 [1997]).

de prácticas de escritura, negociales y judiciales. El entendimiento de la complejidad de las relaciones entre etnias e identidades religiosas, y entre estas y los poderes organizados, tales como se manifestaron en los siglos que preceden la «modernidad» (concepto indebidamente trasladado de la periodización a la axiología y convertido en *valor*), requieren la destitución de los paradigmas evolucionistas forjados por la filosofía y la ciencia jurídica del legalismo liberal (*civilización*, *primitivo*, *prejurídico*), así como una constante actitud crítica, en aras de prevenir simplificaciones, generalizaciones, ideologizaciones y abstracciones deshumanizantes.

Hace más de un siglo, el *civilian* James Bryce, al sostener que la historia de la Iglesia otorga unidad y continuidad a las otras historias (McDowell, 1911, p. 67), la asumía como punto de observación privilegiado, como una historia provista de un estatuto propio. Este punto de vista merece ser desarrollado, atendiendo a la pluralidad de las diferentes tradiciones cristianas y a la variedad de sus intersecciones con culturas nacionales, en particular reconociendo a sus historias el derecho a cronologías propias y diferenciadas que no coinciden necesariamente con los segmentos de las historias generales u oficiales (política, eclesiástica, militar).

La particular tradición e identidad de la Iglesia siria oriental, «nestoriana» (caracterización no del todo correcta desde el punto de vista teológico, pero prevalente en las fuentes desde la antigüedad e, inevitablemente, asociada con su reconocibilidad), han sido opacadas, inicialmente, por el centralismo oficialista de la historiografía cristiana (Buck, 1996, p. 55) y, en la época más reciente, por la ineficacia de algunas categorías de análisis y comparación, en particular las jurídicas.

Para la medición de la importancia del cristianismo siriaco en la historia de Asia, y el esclarecimiento de sus orígenes y matrices (cuestiones más relevantes que la de su «éxito» en términos cuantitativos, que sin embargo fue indiscutible en la fase de su auge), se hará énfasis en algunos elementos esenciales:

1. Antigüedad y endogénesis de su presencia en Asia (sección II).
2. Aspectos de la formación de su derecho y de sus prácticas culturales y sociales, particularmente en la organización de la administración de justicia, inspirada en los preceptos de la Escritura y, sin embargo, no confesional, sino más bien abierta al reconocimiento de la validez de otras normatividades y accesible para miembros de otros grupos religiosos (sección III).
3. Efectos de las conversiones al cristianismo siriaco sobre procesos sociales, políticos y culturales de Asia central, oriental y meridional (siglos VII-XXI), en particular en términos de producción de identidad, comunidad y subjetividad, y también en sentido jurídico (iglesia *sui iuris*), sobre la base del *ritus* (interpretando la

liturgia como *gobierno*, en función de la superación del paradigma de *hegemonía*: sección IV).

Se recorrerán, por lo tanto, los caminos de los «nestorianos» en el continente asiático, en sus prácticas organizadas, *lato sensu*, políticas; y, en particular, la producción de conocimiento y normatividad (teología y derecho, a través de la actividad de traducción y escritura); la administración de justicia (territorialmente localizada, mas no estatal ni exclusivamente confesional); y la misma ritualidad.

II. UNA ANTIQUÍSIMA IGLESIA DE ASIA

En el origen de la Iglesia siria oriental se encuentra la diáspora de los herejes nestorianos (considerados como negadores de la divinidad de Cristo) y la fusión de estos con poblaciones cristianas de regiones cercanas al *limes* romano, internas y, sobre todo, externas al Imperio. En el año 410, cristianos del imperio persa habían proclamado una nueva Iglesia de Oriente, independiente de Roma y Antioquía. Los cristianos descendientes de aquellos primeros herejes, junto con los conversos de Mesopotamia y de Persia, fueron identificados como «nestorianos» —sobre la problematicidad de esta denominación, ver *infra*, II.1—. Origen, elección del siriaco como su lengua litúrgica, aspectos de su cultura teológica y jurídica, también expresada en siriaco, desarrollada desde sus sedes históricas de Edesa y Nisibis, permiten identificar el cristianismo sirio como una religión «oriental», divergente respecto a las tradiciones «griega» y «romana».

Entre los siglos VII y XIII la religión de los «nestorianos» se difundió por las Rutas de la Seda, en Asia central y oriental[2]. En China se la conoció como «religión de la Luz» (*Jingjiao*, 景教) al menos desde el siglo VIII. En la India meridional (Malabar, Kerala), por otra parte, la tradición siria oriental se fusionó con la tradición muy antigua de los cristianos «de Santo Tomás».

La denominación de «nestoriana» ha acompañado la tradición cristiana siriaca oriental en la historiografía medieval y moderna, contribuyendo, para bien y para mal, a que sea fuertemente reconocible. Esta denominación trae consigo, en su connotación herética, un fuerte componente antiimperial, de independencia respecto a las estructuras políticas romanas y de reinterpretación de su legado jurídico-religioso; y, en la Edad Moderna, evoca episodios de resistencia contra la «catolicización» y de interlocución paritaria con Roma (ver *infra*, IV). Hechas las debidas aclaraciones sobre los elementos históricos, políticos y culturales que convergieron en el surgimiento de la Iglesia de Oriente (en primer lugar, persecuciones religiosas y migraciones, relacionadas

2 Puede verse una síntesis reciente en Dickens (2018).

con la violencia de la disputa cristológica en el Imperio romano), en el ámbito del presente trabajo se utilizará la denominación de «nestorianos» con carácter puramente convencional, acorde con su empleo en gran parte de las fuentes utilizadas.

A continuación, se proveerán unos elementos de contexto y algunas pautas cronológicas esenciales en relación con el origen y la difusión en Asia de la tradición identificada como «nestoriana», recordando en lo indispensable sus bases doctrinales, las razones de su percepción y caracterización inicial como herética, su nacimiento y difusión como religión «oriental», su institucionalización como Iglesia independiente respecto al magisterio griego antioqueno y constantinopolitano, algunos elementos (lengua, jerarquía, geografía, relación con gobiernos seculares) que la caracterizaron como identidad histórica entre la Antigüedad y la Edad Moderna. Este recorrido tendrá una función principalmente introductoria y de contextualización respecto al objeto central del trabajo: las normatividades y técnicas de gobierno aferentes a tradiciones o sistemas jurídico-religiosos.

II.1. Los herejes de Nestorio, sus ciudades y el siriaco, «revelación divina»: comienzo de una tradición jurídico-religiosa

Desde los albores de la era constantiniana, cuando la religión de Cristo empezó a ser protegida (edicto de Milán, 313; Concilio de Nicea, 325) y terminó impuesta (edicto de Tesalónica, 380) en su versión católica, «universal», por los emperadores romanos, la cristología se convirtió en campo de confrontación teológico-político. De Cartago a Sirmio, de Laodicea a Constantinopla, y desde Roma, iglesias de tres continentes dibujaron el rostro del Cristo según sus propias idiosincrasias filosóficas. Las discusiones y posturas de los teólogos tuvieron imponentes repercusiones sobre la justificación, la estructuración y la transmisión de autoridad, potestad y jurisdicción seculares. Marcionitas, arrianos, apolinaristas, fotinianos, eunomianos, nestorianos y eutiquianos, con sus distintas visiones del Cristo, amenazaron con subvertir las representaciones unitarias y legítimas del *imperium*, comprometido desde el siglo IV con la verdad única de la *fides Nicaena* (Justiniano, *Codex*, título 1,1 *de sanctissima Trinitate et de fide catholica*, *lex* 1), fundada en la Encarnación del Cristo hijo de Dios (C.1,1,8,12; 14; 17), «engendrado, no creado». La herejía, discurso que reta la verdad oficial, se convirtió en crimen político: el crimen de aquel que rompe el pacto con la *politeia*, sancionado con penas aflictivas o privación de la *communio* civil (*Codex Theodosianus*, título 16,5, en particular 40, 1-5).

El cuerpo y el rostro de Cristo proveyeron imágenes y argumentos jurídicos en la batalla sobre el origen y la transmisión del poder que

atravesó la Edad Media, y sentó las bases de las primeras construcciones soberanas de la modernidad. La cristología y la teología sacramental de la eucaristía se consolidaron como marco de pensamiento para la teoría política de la monarquía y la misma definición jurídica de la realeza; la mística del cuerpo del Soberano permitió, más que una *representación-identificación* simbólica, una verdadera encarnación de la unidad de la nación y del propio misterio sagrado del poder; el monarca, imitación del Cristo *pantokrátor*, replicó en la forma de gobierno el monismo del orden natural universal[3].

Nestorio, patriarca de Constantinopla (428-432), había rechazado el apelativo *Theotókos*, «madre de Dios», atribuido a la Virgen, radicalizando, en la visión de sus adversarios, la doctrina de las dos naturalezas de Cristo (Brock, 1996, p. 30); sus enseñanzas fueron incluidas en el catálogo de las herejías declaradas en los concilios ecuménicos del siglo V. Entre Arabia y Persia, seguidores de Nestorio se integraron en comunidades locales preexistentes de cristianos conocidos como *asirios* (entre otras denominaciones), quienes, según la tradición de los *Acta Thomae*, habían recibido el Evangelio en Edesa (antigua capital de la Osroene, hoy Urfa, en Turquía) por mano de *Addai* (Tadeo), discípulo de Santo Tomás. Antes de ello, Abgar, rey de Edesa, «creyó sin haber visto» y le profesó su fe a Cristo en una epístola[4]. Addai, Aggai y Mari son considerados los fundadores de la tradición cristiana siriaca[5].

En Edesa se produjo el encuentro entre los nestorianos y el idioma siriaco, «revelación divina»[6], forma del arameo, considerado como la lengua verdadera y originaria del Evangelio, del diálogo entre el Señor y la humanidad[7]. Cuando los nestorianos llegaron a Edesa ya se estaba utilizando la *Peshitta*, Biblia en siriaco. En la «escuela cristiana» de Edesa, fundada *ab immemorabili* (Assemani, *Bibliotheca Orientalis*, 1728, III, 2, p. LXIX), se tradujeron al siriaco los libros de Nestorio, Diodoro de Tarso y Teodoro de Mopsuestia, impulsando la difusión de sus doctrinas en

3 En el derecho continental y anglosajón, véase Kantorowicz (1957) y Von Gierke (2010 [1881]).

4 Cuyo texto se recoge en la *Historia eclesiástica* de Eusebio (siglo IV, I, 16-17), quien afirma haber consultado documentos originales en Edesa, y también en la *Doctrina de Addai*, documento fundacional para los cristianismos orientales, del siglo IV o V (Emhardt & Lamsa, 1926, pp. 25-28). Se puede acceder al primer documento en: http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text;jsessionid=A76E1B71D343A086F48C67C818BB89BF?doc=Perseus%3Atext%3A2008.01.0640%3Abook%3D1%3Achapter%3D13

5 Véase *Doctrina de Addai*; *Chronicon ad annum Christi 1234 pertinens* (siglo XIII) y *Actas de Mari* (siglos VI-VII), compuestos en el contexto de la contraofensiva contra la difusión del maniqueísmo (Jullien & Jullien, 2001, pp. 57-62); sobre las misiones a Persia, Jullien y Jullien (2002); sobre la llegada del cristianismo y los apóstoles desde Mesopotamia, Taylor (2018); sobre la tardía formación de estas leyendas misionales y sus fuentes (entre ellas, la *Doctrina de Addai* y fuentes griegas y mesopotámicas), ver Harrak (2005, pp. XIV-XVII y XIX-XXVII) y Taylor (2019, p. 73); más fuentes antiguas y modernas en Conte (2013, pp. 1-8).

6 Según los escritores cristianos sirios orientales (Duval, 1892, pp. 123-124).

7 Así los autores de los escolios al Pentateuco en la lección del *Codex Hamadiensis*, y los teólogos y juristas sirios, de Iesubarnum a Bar Hebreo y 'Abhd-īsho' (Khayyath, 1870, pp. 145-147; Emhardt & Lamsa, 1926, p. 13).

toda Asiria y Persia[8]. La obra de Teodoro de Mopsuestia, cuyas doctrinas influyeron en la teología de Nestorio, tiene su propia relevancia en la conformación de la identidad doctrinal de la Iglesia siria de Oriente, habiendo sido traducida al siriaco desde las primeras décadas del siglo V.

El siriaco se convertiría en la lengua de la liturgia de la Iglesia oriental de Persia y de su derecho, unificando ritos y escritura. La apropiación del idioma por parte de la comunidad de estudios en la literatura jurídica, en la traducción de obras pertinentes a otras culturas, técnicas o saberes (originariamente redactadas en griego o en árabe), canalizó una búsqueda de autenticidad e independencia, espiritual y cultural, mas no un sentimiento «nacional»[9]. El mismo carácter progresivamente recesivo del siriaco frente al árabe y entre los idiomas asiáticos lo convertiría con el paso del tiempo en un elemento de resistencia y preservación. Utilizado en los ritos, en la escritura y en la copia de textos religiosos y jurídicos, el siriaco sería un cifrado de unidad y rebelión para comunidades étnica y socialmente diversas, unidas en una comunión espiritual, a pesar de estar localmente aisladas y a menudo amenazadas de extinción cultural, cuando no física (*infra*, IV.1).

La condena oficial de las doctrinas de Nestorio (y Teodoro) en los concilios de Éfeso (431), Calcedonia (451) y Constantinopolitano II (condena de los «Tres capítulos», 553), respectivamente, puso a sus seguidores por fuera de la ortodoxia y de la misma *politeia* romana, empujándolos hacia Oriente del *limes*. Cuando en el año 489 Zenón, el emperador romano de Oriente, clausuró la escuela de Edesa (ciudad «romana» desde mediados del siglo III), los prófugos se dirigieron a Nisibis (hoy Nusaybin, en Turquía), ciudad de frontera de la antigua provincia *Mesopotamia*, parte del Imperio persa desde 363[10]. La «escuela de Nisibis» se convirtió en referente, célebre también en Europa, para la cultura teológico-sacramental y litúrgica, la exégesis bíblica, y el derecho civil y canónico (Vööbus, 1965).

La Iglesia de los cristianos de Persia había hecho visible su individualidad, desde el punto de vista institucional, en el año 410 con su proclamación en Seleucia-Ctesifonte (ubicación de la antigua capital de la *Assyría* helenística): bajo Yezdegerd, «rey de reyes», quien puso fin a décadas de persecuciones en contra de los cristianos de Persia (Jany, 2020, p. 129), *Mar* Isaac, «a quien Dios juzgó como digno de ser puesto a la cabeza

8 Así Teodoro *Answedagnōstes*, «lector» de la Santa Sofía en Constantinopla bajo el imperio de Justino (*Historia ecclesiastica*, siglo VI, II, 5, en *Patrologia Graeca*, vol. 86,1, col. 186).

9 Nallino (1930); sobre este punto, ver *infra*. Sobre la realidad cultural y política de la *Syria* desde la antigüedad, véase Mommsen (1991 [1885], pp. 522-523). Acerca de «apropiación» del Antiguo Testamento mediante el siriaco y su función en la construcción identitaria de la Iglesia de Oriente, consúltese Becker (2008).

10 Acerca de los nuevos avatares geopolíticos que se produjeron en la época de emersión del cristianismo siriaco, véase Debié (2018); sobre el nacimiento de las iglesias siriacas en relación con disputas cristológicas, pronunciamientos conciliares y políticas imperiales, Menze (2018, pp. 109-116).

de todo el Oriente», proclamó la obediencia de todos los obispos al *katholikós* de Seleucia «hasta la llegada de Cristo» (canon XII del sínodo de *Mar* Isaac, según el texto consignado en el *Synodicon orientale*)[11]. El sínodo de Isaac significó la unificación de los cristianos griegos y arameos de Persia (Jany, 2020, p. 130).

La Iglesia gobernada por el *katholikós* fue identificada como «nestoriana». La denominación se encuentra en escritos doctrinales de la Iglesia oriental (tratado de *Mar* Shahdost, siglo VIII, citado en Buck, 1996, pp. 71-72:), en obras de autores miafisitas, en documentos que relatan las disputas teológicas oficiales de la época de Justiniano (Ms BL *Add*.14,535, f.16v; ver Debié, 2016, p. 315); asumida por la misma Iglesia oriental en el momento de su consolidación doctrinal como confesión diofisita en la fase poscalcedonia (en función de contraposición con el credo bizantino, a la vez que con corrientes miafisitas internas)[12], fue posteriormente rechazada por los *katholikói*, desde Timoteo (780-823) (*Carta a los monjes de Mar-Marón*, citada en Bidawid, 1956; Debié, 2016, p. 317).

En efecto, la obra de Nestorio no constituye un referente de la tradición textual y doctrinal de la Iglesia siria de Oriente, y en la actualidad la Iglesia asiria no se identifica con la enseñanza del «griego» Nestorio (Brock, 1996, p. 35)[13]; sin embargo, al menos desde el siglo V, el nombre de Nestorio aparece asociado en los escritos de teólogos siriacos con Teodoro de Mopsuestia y con quien posiblemente fuera su maestro, Diodoro de Tarso, a quienes Narsai, líder de la escuela de Nisibis, defendió contra las condenas de los concilios «occidentales», junto con Nestorio, en la *Mēmrā* 11 «de los Tres Doctores» (segunda mitad del siglo V; texto en siriaco y traducción en Martin, 1899, pp. 446-493; 1900, pp. 469-525; *cf*. con McVey, 1983)[14].

---

11 Chabot (1902, pp. 254-255 y 266). Dos años después de la edición de Braun de 1900, Chabot publicó la traducción de la colección siriaca de actas y cánones de los sínodos orientales «nestorianos» celebrados desde el año 410, establecido según los manuscritos K.VI, 4 del Museo Borgia (copia del Ms. *Alqosh Syr*. 169, arquetipo de la colección) y *Syr*.332 de la Bibliothèque Nationale (Chabot, 1902, pp. 254-255 y 266). Sostiene Chabot que la primera versión de la colección debió ser compuesta hacia finales del siglo VIII. También 'Abhd-īsho' la utilizaría como fuente (Chabot, 1902, pp. 13-15; *cf*. Vosté, 1929, pp. 63-69; *cf.* la noticia del sínodo de Isaac en 'Abhd-īsho' bar Bĕrīkhā, *Ebedjesu*, *Collectio canonum*, tract. IX, c.5, citada en Mai, 1838, *tomus* X, p. 165).

12 Tras la condena de los «Tres capítulos» por parte de Justiniano, entre encendidas disputas y fuertes divisiones internas, hacia finales de la época sasánida, la Iglesia de Oriente adoptó la doctrina de las dos naturalezas de Cristo, y de las dos hipóstasis —*qnōmē*— unidas en una sola *persona* —*pakrṣōpā*—, como fundamento teológico de su identidad, alcanzando una renovada ortodoxia «propia». Ver Reinink (2009) y Brock (1996); *cf*. con Riedel (2012, p. 7).

13 Solamente el *Bazar de Heráclides*, aparentemente, fue traducido al siriaco y ello solamente en el siglo VI, después de que la Iglesia de Oriente ya había recibido la caracterización de «nestoriana» (Brock, 1996, p. 30 y nota al pie 12).

14 Ello a pesar de que la postura de Nestorio sobre las naturalezas de Cristo aparece netamente diferenciada respecto a la de Teodoro y Diodoro, particularmente sobre la cuestión del *qnoma* (correspondiente al griego *hipóstasis*), crucial en la definición del credo en la Iglesia del Este poscalcedonia (Brock, 1996, pp. 27-28). Teodoro y Diodoro, a diferencia de Nestorio, unificaban las dos naturalezas de Cristo en un solo *qnoma*. Para una mirada general al debate cristológico en las iglesias orientales, se remite a Hainthaler (2019).

La denominación de los cristianos de Mesopotamia y de Persia como «sirios orientales» (como confesión distinta a la de los sirios occidentales monofisitas o «jacobitas») aparece en la misma literatura jacobita (Bar Hebreo, siglo XIII); «asiria» y «caldea» son otras denominaciones, aún vigentes, de ramificaciones del antiguo cristianismo sirio, actualmente presente en Medio Oriente, en la India y, por fenómenos de migración y desplazamiento, también en Europa, Australia y América[15].

Históricamente, el adjetivo «siria», identificativo de esta tradición, no tiene connotación «nacional» o étnica, ni tampoco exactamente geográfica, sino que significa aquella experiencia religiosa y jurídica de pueblos diversos, unidos por doctrina e idioma (el siriaco), que comenzó en el espacio comprendido entre las costas sirio-palestinas del Mediterráneo y la Persia occidental (Nallino, 1930, § 1). Los vocablos *Syría* y *Assyría*, usados como sinónimos en las fuentes griegas, son originarios de idiomas más antiguos de la propia región: *Sura/i* y *Asura/i*, en luvita, como variantes del mismo nombre (inscripción bilingüe de *Çineköy*), se encuentran en fuentes del siglo VIII a. C.; lo mismo *Sūr* y *Aššūr*, en fuentes arameas (Rollinger, 2006, p. 285; Frye, 1992). Para esa misma época, se observa el uso del gentilicio *Suryaye* en relación con diferenciación identitaria entre iglesias sirias y griegas, y a la vez con implicaciones étnicas (Andrade, 2018); mientras que, en el siglo XIX, elementos territoriales y religiosos vinculados con el origen y la historia de estos nombres han favorecido la reivindicación de una identidad «nacional», «asiria», entre los cristianos de Iraq y Turquía[16].

La reconciliación entre el alma «herética» nestoriana del cristianismo siriaco oriental y la cristología nicena ha ocurrido oficialmente hacia finales del siglo pasado con la *Declaración cristológica común entre la Iglesia católica y la Iglesia Asiria de Oriente* del 11 de noviembre 1994, firmada por Juan Pablo II y *Mar* Dinkha IV (Arboleda Mora, 2007, p. 296; Mengozzi, 2008, p. 157); y ha sido recientemente reforzada por la introducción en el rito (católico) caldeo de la tradicional *anáfora de Addai y Mari*, distintiva de la liturgia eucarística «nestoriana» (*Orientaciones para la admisión a la Eucaristía entre la Iglesia caldea y la Iglesia Asiria de Oriente*, Pontificio Consejo para la Unidad de los Cristianos, 20 de julio de 2001; Arboleda Mora, 2007).

15 Fuentes históricas en Khayyath (1870, p. 141), y Emhardt y Lamsa (1926, pp. 78-79). Sobre cismas y vicisitudes de la Iglesia siria oriental desde el siglo XVI, ver Mengozzi (2008, pp. 147-170). Sobre historia y actualidad de las denominaciones de la Iglesia siriaca, Winkler (2018).

16 Ver, por ejemplo, Mengozzi (2008, pp. 153-156) para una referencia a las relaciones y conflictos entre misiones (cristianas y protestantes) y Joseph (2000) para discursos y procesos de construcción de identidades nacionales, antiguas y modernas en Medio Oriente. Despierta, sin embargo, dudas la caracterización que propone Joseph de la antigua Iglesia de Persia como iglesia «nacional» (pp. 31-32), pues implica un criterio personalista y positivista de pertenencia, introduciendo un límite inexistente en la proyección ecuménica, tanto misional como normativa, de la Iglesia de Oriente. Sería más acertada su caracterización como iglesia «regional», sin olvidar, por otra parte, las fuentes antiguas y medievales que nos informan sobre el establecimiento temprano de obispos «de Persia» en la India o en China.

II.2. De Persia a China (siglos V-VIII). La unión apostólica entre las iglesias de Santo Tomás

La presencia de la tradición cristiana en Asia es muy anterior al envío de misiones católicas a Medio Oriente, China (siglo XIII) e India (siglo XVI). Hallazgos arqueológicos y documentales (particularmente, de textos litúrgicos) han venido confirmando la información de las crónicas y de los textos historiográficos y doctrinales, antiguos y medievales.

Traducciones al medio-persa de textos litúrgicos de la Iglesia siria, que se remontan al siglo V (como el célebre salterio de Turfán, XinJiang, China noroccidental), implican su uso temprano en Irán (*cf*. Johnson, 2018, p. 208). *Tarsākān* (cuyo origen y significado no han sido establecidos con certeza) es el nombre persa de aquellos cristianos cuya tradición jurídico-litúrgica se desarrolló en Persia desde el siglo V, primero al amparo de la dinastía sasánida y, posteriormente, en los califatos omeya y abasí. En el singular *tarsā*, posiblemente, tuvo origen el signo chino correspondiente a *dasa*, que indica a los cristianos en la estela de Xi'an[17]. Por otro lado, *Yelikewen*, traducible como los «bendecidos», designó a los cristianos de China bajo el poder de los mongoles Yuan desde 1258 (Tang, 2011, p. 54).

Mercantes, diplomáticos, migrantes y monjes que se desplazaron por las Rutas de la Seda cooperaron en llevar el cristianismo sirio con sus textos y sus símbolos, su doctrina y sus rituales, desde Turquía e Iraq, por el *Khorasan* y la Transoxiana (Irán, Turkmenistán, Uzbekistán, Afganistán, Tayikistán, Kazajistán, Kirguistán), hasta China y Mongolia (Borbone, 2013, 2015; Dickens, 2015; Poggi, 2015). Según nos informan cronistas e historiadores medievales, entre el siglo V y el VIII fueron fundadas en Nisibis, Basora, Kirkuk, Merv, Herat y Samarcanda las sedes episcopales históricas de la Iglesia siria de Oriente (ʿAbhd-Īshoʿ bar Bĕrīkhā, *Collectio*, p. 15; Taylor, 2018, pp. 80-82) para el gobierno y la administración de justicia entre los conversos. El hallazgo de copias manuscritas de las primeras versiones de la *Hudrā* —el libro del servicio litúrgico en siriaco— en Asia central (*SyrHT* 41-42-43, proveniente de Turfán, República Popular China)[18] indica su uso en la región en épocas anteriores al siglo XII; mientras que el hallazgo de copias de himnos de la tradición cristiana siria traducidos al chino, encontrados en las grutas de Dun Huang[19], selladas a principios del siglo XI, confirma la difusión del Evangelio en Asia oriental desde la época de los T'ang (*infra*, IV.1).

Por su parte, la existencia de una Iglesia cristiana «de Persia» en la India había sido atestiguada ya en el siglo VI por *Cosmas Indicopleustes*

17 Véase Conte (2013, p. 12). Con la mediación del sogdiano *trsʿq*, se sugiere consultar Ashurov (2013, pp. 172-177). Sobre la estela, *infra*, II.2.
18 Al respecto, *cf*. Johnson (2018, pp. 214-215).
19 Wilmshurst (1990), en particular las páginas 53 y 71-72.

(«Cosma el viajero del Índico») en el libro III de su *Topografía cristiana* (1909, p. 119):

> También en la Taprobana [Ceylon], una isla de la India lejana, en el Mar Índico, hay una iglesia de cristianos, con sacerdotes y una congregación de feligreses; pero yo no sé si haya cristianos en regiones más lejanas. En la tierra llamada Malê, donde crece la pimienta, también hay una iglesia, y en un lugar llamado Calliana [Calicut] hasta hay un obispo, enviado de Persia (III, 169)[20].

Desde la tradición de los *Acta Thomae*, la Iglesia de la India se considera como fundada por el mismo Santo Tomás apóstol (Dognini, 2002, pp. 379-388; Ramelli, 2002, pp. 363-378 y 363, nota al pie 1; Conte, 2013)[21].

La Iglesia de Santo Tomás en la India subsistió en unión apostólica con la de China. Oficios y antífonas en uso entre los cristianos «caldeos» de la India en el siglo XVI, publicados por el jesuita Trigault, recordaban el origen común de la Iglesia de Malabar y la de China en la predicación de Santo Tomás e invocaban la comunión entre «los indios, los chinos, los persas» (*Breviario caldeo de Malabar*, en la traducción latina de Camporio para el jesuita Trigault):

> por Santo Tomás los chinos y los etíopes se convirtieron a la verdad […] Por Santo Tomás el reino de los cielos voló y ascendió hasta la China;
>
> los indios, los chinos, los persas […] los habitantes de *Siria*, *Armenia*, *Grecia* y *Romania* adoran Tu santo Nombre en la conmemoración de Santo Tomás (Trigault, *De Christiana expeditione apud Sinas suscepta a Societate Jesu*, 1615, pp. 124-125)[22].

En el siglo XIV, el *onggut* Rabban Sauma, diácono de la Iglesia siria de Oriente, había profesado ante los cardenales romanos la adhesión de su Iglesia y de los cristianos mongoles, turcos y chinos a las enseñanzas de los «santos» Tomás, Addai y Mari (*Historia de Mar Yabhallaha y Rabban Sauma*, traducción al italiano de Borbone, 2009, p. 73). El mismo Trigault había podido observar que los regidores de la Iglesia de Malabar aún firmaban con el título de «Metropolita de India y China» en el siglo XVI, confirmando la antigua unión apostólica entre las dos Iglesias (Trigault,

20 Traducción propia del griego.

21 Otra versión identifica a Santo Tomás con el «armenio» Tomás de Cana (o de Jerusalén), quien llegaría a India meridional en el año 345, en 745 o en el siglo IX. Esto lo señalan, por ejemplo, Travancore (1929, p. 3), siguiendo al agustino Gouvea (1606, libro I, c.II), y también Moule (1930, pp. 11-26).

22 Traducción propia del latín.

1615, pp. 125-126; *cf.* ʿAbhd-Īshoʿ bar Bĕrīkhā, *Collectio*, tract. IX, 1, p. 154, 1; Rhó, 1815, pp. 161-162)[23].

A la antigua Chang'an (Xi'an), capital del *Reino del Medio* (*Zhongguo*), situada al otro extremo de la Ruta de la Seda, llegó en el año 635 el monje persa llamado *Aluoben* (¿Rubén?), quien, según se relata en la estela de Xi'an[24], mostró al emperador *Taizong* las escrituras de la religión de *Da Qin*[25] y fue autorizado en 638 para ordenar monjes y fundar monasterios.

> el gran y virtuoso Aluoben, del reino de Da Qin, vino desde muy lejos para presentar las escrituras e imágenes de su religión en nuestra suprema capital. Habiendo examinado con atención la naturaleza de su enseñanza, encontramos que es 'no-acción'[26] misteriosa; habiendo evaluado sus elementos esenciales, hemos concluido que estos atienden a las exigencias fundamentales de la vida humana y su perfeccionamiento. Su lenguaje es sencillo y escueto, y sus principios permanecen cuando ya pasó la ocasión para la cual fueron establecidos. Sea concedida por lo tanto su predicación en todos los territorios del Imperio, y que las autoridades competentes construyan un monasterio de Da Qin en el barrio Yining de la capital, y ordenen como monjes a veinte y una personas (fragmento de la estela de Xi'an, siguiendo la traducción de Nicolini Zani, 2006, pp. 198-199)[27].

La estela de Xi'an, con su listado de setenta clérigos y religiosos cristianos (obispos, presbíteros y monjes) de la diócesis de Chang'an y Luoyang, todos identificados con nombres persas, sesenta y dos de ellos también con sus correspondientes nombres chinos (Moule, 1930, pp. 49-52; Nicolini Zani, 2006, pp. 210-214), atestigua que en el año 781 ya había transcurrido más de un siglo de historia del cristianismo en China, desde la primeras conversiones y ordenaciones de monjes entre los nativos.

La autorización imperial para la fundación del primer monasterio de la nueva religión se encuentra confirmada en el *T'ang hui yiao* (*Crónica de los T'ang*, siglo X; Wilmshurst, 1990, p. 56), en otras crónicas chinas y

23 Citando a San Juan Crisóstomo indirectamente por medio del erudito Assemani; ver también ivi (pp. 169-172). Respecto a la historia y actualidad de la tradición siriaca en la India, consúltese Perczel (2018).

24 Monumento en chino y en siriaco erecto en el año 781, descubierto a principios del siglo XVII, culturalmente apropiado por los jesuitas para sus propósitos de misión (Nicolini Zani, 2009a) y dado a conocer al público por Atanasio Kircher en su *China illustrata* en 1667.

25 No hay acuerdo sobre el significado del signo correspondiente a *Da Qin*: podría indicar Siria, el imperio romano o Palestina. La discusión puede seguirse en Wilmshurst (1990, p. 51), Todd Godwin (s.f.), Sundermann (1993), Tommasi (2014, pp. 650-651), Tang (2015, p. 65) y Johnson (2017, pp. 30-31).

26 Concepto taoísta contrapuesto con la artificialidad de la cultura, la agresión y la gratificación material que, por su parte, comprometen los procesos armónicos que regresan naturalmente la humanidad al *dao* (Nicolini Zani, 2006, p. 199; Ben Yosef, 1984, pp. 68-69).

27 Traducción propia del italiano. Traducciones anteriores del mismo fragmento: Eccles y Lieu (2016, 2, § 4), Pauthier (1858, pp. 13 y 15) y Moule (1930, pp. 37 y 39).

en la literatura coreana[28]. En la literatura en siriaco, la ordenación de obispos para las poblaciones túrquicas de Asia central y el *Zhongguo* está confirmada al menos desde principios del siglo VIII[29].

La primera denominación del cristianismo predicado en China por *Aluoben* había sido *Bo-si* (o *Possu*) *jiao*, «religión de Persia» (Tang, 2015, p. 65), modificada por decreto del emperador Xuanzong en *Da Qin jiao* en el año 745 (Saeki, 1951, p. 457; Wilmshurst, 1990, pp. 57-58). No faltaron tensiones entre el *establishment* del reino y el clero cristiano, como se puede colegir de la protesta del censor Liu Tsê en 714 contra las aficiones costosas del obispo nestoriano Chi Lieh, quien habría encargado la realización de artefactos excéntricos que excitaron la curiosidad popular, en contra de las leyes imperiales que castigaban el lujo y la prodigalidad (texto en Saeki, 1951, pp. 460-462).

Relegado entre los cultos no autóctonos, desautorizados en el año 845 por decreto del emperador Wuzong (Saeki, 1951, pp. 471-73), el cristianismo nestoriano volvió a florecer bajo la protección de los Yuan[30]. Hacia finales del siglo XIII, el diácono Rabban Sauma informa a los cardenales romanos sobre las numerosas conversiones entre los mongoles:

> hoy en día son muchos los mongoles cristianos, hasta hijos de reyes y reinas, que han sido bautizados y profesan la religión de Cristo, y hay iglesias de cristianos en el campo. Los mongoles tienen en gran honra a los cristianos, y muchos de ellos son creyentes (Borbone, 2009, p. 73)[31].

Los relatos tardomedievales de viajeros y misioneros europeos confirman la presencia de cristianos nestorianos en el imperio del *khan* (Juan de Pian di Carpine, Guillermo de Rubruck y Marco Polo, citados en Borbone, 2015, p. 287; Tang, 2015, p. 68). El franciscano Juan de Monte Corvino informa en una carta del 8 de enero de 1305 acerca de los nestorianos de Catay y de sus «falsas doctrinas» (*P* 5006, fol. 170d-171c)[32]. Marco Polo

28 Ver Moule (1930, pp. 65-72).

29 En la *Collectio* de 'Abhd-īsho' leemos: «*Heriae* [Herat] *vero, et Samarcandae, et Sinarum metropolitas creavit Saliba-Zacha catholicus*»; es decir, «el *katholikós* Saliba Zacha» (714-718) «ordenó obispos para Herat, Samarcanda y la China» (p. 141). Traducción propia del latín. En la misma línea, véanse las cartas 41 y 47 del *katholikós* Timoteo (texto en Bidawid, 1956, p. 117) y la epístola del mismo Timoteo al arzobispo Sergio de Susiana (texto en Sachau, 1908, p. XVII). Sobre la geografía de la Iglesia siria oriental desde la época romana en Asia, de Persia a la Transoxiana y a China, ver la síntesis reciente, muy completa, de Debié (2019), Trabajos anteriores: Buck (1996), Dickens (2009b), Farina (2013), Borbone (2015, pp. 289-290) y la bibliografía allí citada, Tang (2015, pp. 7476) y Dickens (2015). Sobre el cristianismo siriaco en China, además del clásico repertorio de Moule (1930), se puede consultar Deeg (2006, 2020), Tang (2011, 2015), Tommasi (2014), Takahashi (2018a, 2018b) y Nicolini Zani (2006, 2022).

30 La mayoría de los autores considera que, después del edicto, la Iglesia nestoriana desapareció del imperio chino, al menos hasta la época mongol. Opiniones contrarias en Yuanyuan (2013) y Carlson (2018).

31 Traducción propia del italiano.

32 Disponible en traducción inglesa en Moule (1930, pp. 171-176); ver también Emhardt y Lamsa (1926, p. 66).

documenta la presencia de nestorianos en Oriente, reconocibles por sus iglesias y sus símbolos, y particularmente en provincias del Imperio mongol (*El millón*, 2006 [1503], I, cc. 7, 9, 11, 30, 32, 37 y 39; ver en particular 47, 80, 96 y 100).

Se ha calculado que la Iglesia siria oriental pudo llegar a tener alrededor de sesenta millones de feligreses (Mengozzi, 2008, p. 146). A la fecha, su tradición sobrevive en las Iglesias de rito siriaco de Medio Oriente (particularmente en Iraq) y de la India, en Europa y Estados Unidos, y en otros países de la diáspora.

III. UN DERECHO PARA MUCHOS PUEBLOS: LA TRADICIÓN JURÍDICA DE LOS CRISTIANOS SIRIOS

Desde su independización respecto al cristianismo antioqueno en el año 410 hasta la conquista mongola de Irán en el siglo XIII, en la Iglesia siria de Oriente se compuso un sistema de derecho secular, enriquecido mediante aportes de diversos derechos en uso en territorios y entre grupos diversos, a raíz de la exigencia de satisfacer la demanda de justicia por parte de cristianos de muchos pueblos, de Mesopotamia a India, llegando hasta China.

III.1. Los manuscritos de «leyes seculares», colecciones de normas imperiales romanas

A la tradición siriaca del cristianismo pertenece el manuscrito *Add.* 14,528, descubierto en 1858 en la colección del British Museum y, posteriormente, conocido como *Libro siro romano de derecho*, que contiene «divisiones de capítulos de las Santas escrituras, *nómoi* y preceptos seculares establecidos por Constantino, Teodosio y <León>, reyes fieles victoriosos y amantes de Dios»[33]. Se trata de una colección de normas, atribuidas a emperadores romanos (principalmente en materia de personas, familia, matrimonio y sucesiones; pero también de propiedad, contratos, responsabilidad, derecho penal, procedimiento, urbanística y administración pública: ver tabla 1), cuya existencia se conocía anteriormente por manuscritos en árabe y citaciones en la literatura cristiana en siriaco (Bruns & Sachau, 1880, pp. V-VI).

La colección coincide solo en parte con los textos romanos codificados, puesto que contiene, junto con otros elementos cuya identificación ha sido durante mucho tiempo problemática, normas, anteriores todas al

33 Versión indicada en la literatura como *L*, aquí citada —en traducción propia— de la edición latina de Furlani y Ferrini en los *Fontes Iuris Romani Anteiustiniani* (I^2, 1941-1943, p. 798). Las primeras ediciones y traducciones se encuentran en Land (1862, pp. 128-155), y Bruns y Sachau (1880, *zweiter Theil*, pp. 3-40).

imperio de Zenón[34], que no se han conservado en el Código Teodosiano ni en la compilación de Justiniano. El descubrimiento del manuscrito obligó a historiadores, juristas y orientalistas a admitir la existencia de una tradición jurídica, hasta entonces desconocida, que intersecaba la del derecho romano, estimulando un intenso debate sobre las relaciones entre los derechos antiguos del Mediterráneo y de Asia, lo cual impulsó los estudios de derechos «orientales», e hizo que se fabricaran las más audaces comparaciones e improbables reconstrucciones de familiaridades entre derechos antiguos[35].

La discusión sobre fecha, autor, lugar de origen y propósito de la colección duró casi un siglo, y fue tanto viciada por ingenuidades y prejuicios como atravesada por intereses nacionales y aspiraciones coloniales (pues un derecho «oriental» de origen romano despertó la atención de la política y pareció útil para respaldar pretensiones «imperiales» italianas y europeas en África y Asia)[36]. La hipotética dependencia de la obra respecto a un original compuesto en griego, que parecen indicar las fonetizaciones de grecismos que aparecen en el texto siriaco[37], no atenuaba su excentricidad, debida, en primer lugar, a la misma circunstancia del uso del siriaco, que ponía la colección fuera del alcance del Imperio romano de Oriente, donde la lengua oficial era el griego[38]. Su objetiva independencia respecto al canon jurídico oficial romano (teodosiano y justinianeo) presentaba retos que los críticos trataron de resolver invocando un derecho «provincial» romano o el derecho «vulgar», el derecho griego o el babilonio, los derechos «semíticos» y el talmúdico, derechos locales o consuetudinarios[39].

Se sostuvo que la obra no podría ser posterior al último cuarto del siglo V debido a que contenía normas del emperador León y constituciones abolidas por su sucesor, Zenón. La desactualización del texto siriaco respecto al *Codex Iustinianus* (534) suscitaba mucha perplejidad entre los críticos, y se trató de explicarla como un ejemplo de resistencia de los derechos provinciales en contra del *Corpus iuris*[40], o bien adelantando la fecha de la traducción, que —se afirmó— debió haber sido realizada a poca distancia del original griego, considerado como obra temprana (escrita, supuestamente, para los romanos de Oriente).

34 La norma más reciente, 108 en el manuscrito londinense (*L*), donde se declara la licitud del matrimonio entre cuñados, es una constitución posterior al imperio de León, recordado en el manuscrito como ya difunto; y abrogada, como se nos informa en el *Codex Iustinianus* (5,5,9), por el sucesor de este, Zenón. Se trataría de una constitución del usurpador Basilisco, quien reinó entre noviembre del año 475 y el verano de 477 (Nallino, 1930, p. 212).

35 Elementos del debate en Nallino (1930, §§ 8-13), Volterra (1937) y Vööbus (1982).

36 Sobre el particular, véase Nallino (1921-1923a) en la polémica con Carusi.

37 Discusión en Nallino (1930, pp. 212-219), Ducati (1905-1906) y Volterra (1953).

38 La observación es de Voigt (1893, p. 216).

39 A este respecto, la discusión generada por el *Reichsrecht und Volksrecht* de Mitteis (1981) fue particularmente importante.

40 Esta es la tesis de Bruns, confutada por Mitteis (Nallino, 1930, p. 219).

La proveniencia de la traducción de un ambiente cristiano parece indudable debido al énfasis en la cristiandad de los emperadores Constantino, Teodosio y León, en primer lugar, y a las alabanzas y profesiones de fe que se encuentran en los manuscritos conjuntamente al rechazo de las herejías (por ejemplo, *L*, 107 y 118). Fue Moritz Voigt quien relacionó primero el texto en siriaco con la actividad de los escritores cristianos de Nisibis, en Mesopotamia oriental (territorios externos al Imperio romano desde el año 363), que habrían redactado la obra para uso de comunidades nacidas de la migración de cristianos orientales[41].

Bruns (1880), Sachau (1907), Manigk (1915), Partsch (1909) y Taubenschlag (1952) sostuvieron el propósito práctico de la traducción, que debería servir de *Rechtsnorm* para las comunidades cristianas de Oriente, romanas y no (sujetas inicialmente a la autoridad de la Iglesia ortodoxa de Antioquía y a sus tribunales, según la postura de Sachau y Collinet)[42].

Posteriormente, se descubrieron otras versiones de *leyes seculares* en siriaco[43], coincidentes en todo o en parte con el manuscrito londinense (el cual no parece reproducir la versión más antigua)[44]. Sachau, con base en el manuscrito *siriaco borgiano* 81 (conteniente de tres versiones de leyes de los emperadores, denominadas *R* I, II y III), estableció una relación más precisa entre la tradición de las *leyes seculares* en siriaco y el ambiente de los cristianos sirios «nestorianos», con base en las concordancias que encontró entre algunas particularidades de *R* y la obra del obispo nestoriano ʿAbhd-Īshoʿ bar Bĕrīkhā, compuesta en el siglo XIII (Sachau, 1907, pp. XI-XIII y XVIII; *cf*. tabla 2; *infra*, III.4).

41 Así Voigt (1983, pp. 216, 220-221 y 225; citado en Nallino, 1930, pp. 216 y 218-219), siguiendo la opinión mayoritaria, según la cual se trataba de sirios ortodoxos.

42 Sachau (1880, p. IX), Collinet (1912, pp. 30-31). Referencias en Nallino (1930, pp. 214-215).

43 El manuscrito parisino (*P*) de la Bibliothèque Nationale, *Syr*.112, del siglo XIII (Bruns & Sachau, 1880, *erster Theil*, pp. 39-67; *zweiter Theil*, pp. 44-74); las tres versiones (*R* I, *R* II y *R* III) del siriaco borgiano de Roma (*Vat.Borg.Syr*. 81), dado a conocer por Cersoy (1894, p. 366); textos y traducción al alemán en Sachau (1907, pp. 1-183); fragmentos de la misma versión de *L* (*Add*. 18,295) y manuscritos provenientes de Damasco, Mardin y Šarfeh (Vööbus, 1971).

44 Sobre este punto: Mitteis (1905), Ducati (1906), Partsch (1907) y Vööbus (1982, p. XXIII).

Tabla 1. *Leges saeculares*: contenido

Leges Saeculares (según la edición latina de los *Fontes Iuris Romani Anteiustiniani*, I², 1941-1943, pp. 759-798)	
Sucesión intestada y testamentaria, donaciones	*L* 1-9, 12, 18, 26-31, 33-37, 45-46, 57, 63, 70, 83-84, 89, 94-95, 102-104 y 111 (entre las normas sobre testamento: desheredación de los hijos ingratos: *L* 9; legado para el hijo esclavo: *L* 26; cuarta Falcidia: *L* 27, 28 y 46; sucesión en la *phernē* de la mujer difunta: *L* 29; institución del esclavo como heredero: *L* 33; llamamiento a la sucesión intestada, sucesión masculina y femenina en los distintos grados de parentesco: *L* 37, 102 y 103-104; pluralidad de testamentos: *L* 45; impugnación del testamento: *L* 57; libertad del testador en la institución de heredero: *L* 63; división de la herencia entre hermanos: *L* 70 y 89; heredero deudor del difunto: *L* 83; cesión de la herencia: *L* 84; confección, autenticación, conservación y apertura del testamento: *L* 94-95; créditos hereditarios: *L* 111)
Condición de las personas	Infamia (*L* 16-17); condición servil de la mujer libre que vive en unión con el esclavo (*L* 48); pérdida de la libertad para el que a sabiendas posee el esclavo (*L* 49) o el colono (*L* 50) de otro; esclavización del libre y de la libre mayores de 20 años que acceden a ser vendidos como esclavos (*L* 73-74)
Emancipación, adopción, potestad sobre hijos y esclavos	Emancipación de los hijos (*L* 3, 40 y 42); emancipación del adoptado: (*L* 72); potestad del avo paterno (*L* 44); adopción (*L* 52); bienes adquiridos mediante esclavos (*L* 53) e hijos (*L* 54: legado a favor del hijo); prohibición de revocar la adopción y abandonar al hijo sin causa (*L* 58); delitos cometidos por los hijos (*L* 68); prohibición de la *adoptio in fraternitatem* (*L* 86); los hijos de la hija no están sujetos a la potestad del avo (*L* 87); consenso al matrimonio de la mujer huérfana de padre (*L* 88); liberación de los clérigos de la potestad del padre (*L* 117)
Tutela y curatela	Nombramiento (*L* 5-8); *excusationes* (*L* 11 y 32); poderes del tutor y del curador (*L* 19, 30-31 y 34)
Matrimonio	Arras en la promesa de matrimonio (*L* 91); matrimonio con escritura o sin escritura (*L* 93); efectos (legitimidad y derechos hereditarios de los hijos: *L* 93); disolución del matrimonio y restitución de la dote y los dones (*L* 92; causales de disolución: posesión diabólica de la mujer [114]; enfermedad [115]; muerte del marido [123]); impedimentos (*L* 108-110)
Dote y donaciones nupciales	*L* 13-14; aspectos patrimoniales del matrimonio con y sin *phernē* (*L* 43); restitución de la dote en el matrimonio sin hijos (*L* 123); frutos de los bienes dotales (*L* 105); promesa de dote (*L* 126)
Manumisión	Testamentaria (*L* 4); ante testigos e *in ecclesia* (*L* 21)
Condición y capacidad de la mujer	*Ius liberorum* (*L* 10); capacidad para hacer testamento (*L* 18); poder de disposición sobre los bienes dotales (*L* 20); incapacidad para acusar al marido (*L* 25); capacidad de la mujer libre de otorgar al marido la administración de sus bienes (*L* 31); propiedad (*L* 43); mutuo (*L* 55; con garantía: *L* 56); infamia y pérdida de la capacidad de suceder de la viuda que no respeta el duelo (*L* 61); incapacidad para asumir garantía de obligaciones y para actuar en juicio (*L* 67); capacidad de la mujer para hacer testamento a favor de los hijos y para nombrarles tutor (si el padre ya murió: *L* 90)

Condición y capacidad del esclavo	Manumisiones y peculio (*L* 21); liberación y legado a favor del esclavo, hijo del testador (*L* 26); designación del esclavo como tutor (*L* 30, implica liberación del esclavo: *L* 34); liberación e institución del esclavo como heredero (*L* 33); incapacidad del esclavo de participar en juicios civiles (*L* 41); bienes adquiridos mediante el esclavo (*L* 53)
Revocación y nulidad de negocios y actos jurídicos	Revocación de la donación (*L* 22); revocación de la manumisión (*L* 23); forma de la donación y nulidad (*L* 24)
Compraventa	*Pactum de non petendo* (*L* 38); arras (*L* 51); redhibitoria por los vicios no declarados del esclavo (esclavo fugitivo: *L* 39, 113, 113a y 113b); compra a nombre de otro (*L* 64); limitaciones de la autonomía negocial para administradores públicos (*L* 65)
Sociedad	Disolución (*L* 47); división de bienes sociales (*L* 85)
Mutuo	*L* 55-56 y 100
Responsabilidad	*L* 59 (irresponsabilidad del padre por las deudas del hijo, del hijo por la deuda de la madre, del yerno por la del suegro, del hermano por las deudas de los hermanos)
Crímenes	Adulterio (derecho del marido de acusar a la mujer: *L* 15); prohibición de matar al ladrón (*L* 60); rapto (*L* 62); hurto nocturno y diurno (*L* 77); sodomía, falsificación y fraude (*L* 78); pena para los que reciben cosas hurtadas de los esclavos (*L* 79); hurto de ganado y de esclavos (*L* 80); peculado y violación de sepulcro (*L* 81 [*cf. Leges saeculares*, *FIRA*, I, 779, nota al pie 4]); fraude, homicidio y calumnia (*L* 82)
Prescripción adquisitiva	*L* 66
Usufructo	Constitución (reserva mediante acto escrito) y renuncia (*L* 69)
Juicios	Acusación en juicios criminales (*L* 25: impedimentos e incapacidades; y 71); notificación y plazos para la instauración del juicio (*L* 75-76); testigos (*L* 106)
Garantía real (prenda)	*L* 96-97 y 99 (anticresis), 107, 112 y 124
Garantía personal	Fianza (*L* 100-101)
Propiedad	Responsabilidad del dueño del predio que amenaza ruina (*L* 98)
Exenciones de tributos, cargos públicos y patria potestad	Para médicos y maestros (*L* 116); para clérigos (*L* 117)
Suspensión de procedimientos en días festivos	Prohibición de notificaciones e inicio de procedimientos civiles, penales y administrativos los domingos (*L* 118)

Medición y clasificación de predios urbanos y rústicos, normas en materia de construcciones urbanas	*L* 119-121
Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones	Irrepetibilidad de algunas prestaciones de servicios (*L* 122); inexigibilidad de la prestación antes del término acordado (en el mutuo: *L* 125); pérdida de la cosa dada en depósito (*L* 127)

Fuente: elaboración propia.

Tabla 2. Concordancias entre la *Collectio* de ʿAbhd-Īshoʿ bar Bĕrīkhā y el manuscrito siriaco borgiano de *leyes seculares* (*Vat.Borg.Syr.* 81, R I, II y III, siguiendo Sachau, 1907)

ʿAbhd-Īshoʿ bar Bĕrīkhā, *Colección de cánones sinodales* (*Ebedjesu Sobensis, Collectio canonum synodicorum*)[45]	Materia	*R I*	*R II*	*R III*
47,2	Dote y donaciones *ante nuptias*			93 (Sachau, 1907, pp. XVIII y 169)
48,2	Tiempo del duelo para los viudos	36 (Sachau, 1907, p. 43)	78 (Sachau, 1907, p. 43)	61 (Sachau, 1907, pp. XVIII y 163)
49,2	Causales legítimas de repudio	40 (Sachau, 1907, pp. XVII, nota al pie 2; y 23)	87 (Sachau, 1907, p. 23)	
63,2 (mediante Iesubokht)	Desheredación del hijo ingrato	5 (Sachau, 1907, p. 43)	5 (Sachau, 1907, p. 43)	
67,2	Incapacidad procesal del esclavo	21 (Sachau, 1907, pp. XVII, nota al pie 2; y 13)	29 (Sachau, 1907, p. 13)	
67,2 (mediante Iesubarnum)	Responsabilidad del acusador en los juicios criminales	65 (Sachau, 1907, p. 117)	114 (Sachau, 1907, pp. XVII, nota al pie 2; y 117)	

45 Texto en Mai (*Scriptorum veterum nova collectio*, 1838, *tomus* X, pp. 23-168 y 169-360).

70,1-2	*Pactum de non petendo*	52 (Sachau, 1907, pp. XVII, nota al pie 2; y 29)	145 (Sachau, 1907, p. 29)	126 (Sachau, 1907, p. 181)
72,1-2	Anticresis	51 (Sachau, 1907, pp. XVII, nota al pie 2; y 27)	137 (Sachau, 1907, p. 27)	
74,1	Pérdida de la cosa dada en depósito	68 (Sachau, 1907, p. XVII, nota al pie 2; y p. 37)	146 (Sachau, 1907, p. 37)	
75,1	Arras en la compraventa	22 (Sachau, 1907, pp. XVII, nota al pie 2; y 13)	32 (Sachau, 1907, p. 13)	
76,2 mediante Iesubokht	Reparación de la casa perteneciente a distintos propietarios	50 (Sachau, 1907, p. 123)	136 (Sachau, 1907, pp. XVIII y 123)	
77,1	Construcciones, distancias y medidas		151 (Sachau, 1907, pp. XVIII y 133)	
77,2 mediante Iesubokht	Hallazgo de dinero u objetos por parte de dos o más personas	55c (Sachau, 1907, p. XVII, nota al pie 2)		
77,2	Hallazgo y devolución de dinero ajeno	54 (Sachau, 1907, p. 29)	148 (Sachau, 1907, p. 129, referencia al texto en siriaco)	
79,2	Exención de tributos para médicos, maestros y escritores	67 (Sachau, 1907, p. 127)	142 (Sachau, 1907, p. 127)	
79,2	Exención de tributos, cargas o potestades personales para los clérigos		49 (Sachau, 1907, p. 77)	

79,2-80,1	Suspensión de actividad judicial los domingos		50 (Sachau, 1907, p. 79)	
80,1	Irrepetibilidad de los honorarios pagados al médico y al escriba		143 (Sachau, 1907, p. 127)	

Fuente: elaboración propia.

En 1930, el orientalista italiano Nallino confutó muchas de las opiniones ya formadas por sus ilustres predecesores, empezando por la fecha de composición de la versión siriaca, que —sostuvo— no pudo ser anterior al siglo VIII, basándose en el examen del manuscrito original y argumentando que no se encuentran referencias a la obra en autores nestorianos antes del siglo IX (pp. 233 y 241-242). Esta conclusión implica una apreciación distinta tanto del contexto de la traducción, que vendría siendo la Persia posterior a la conquista islámica (p. 243), como de su propósito, que resultaría simplemente literario o didáctico debido al carácter «foráneo», «obsoleto» e «inaplicable» del derecho traducido (§§ 14-19 y 22-27). Las opiniones de Nallino encontraron acogida por parte de la crítica posterior, particularmente romanista, contribuyendo a la pérdida de interés en las *leyes seculares* (Volterra, 1993 [1964]; Seidl, 1932, col. 1782; Selb, 1964, pp. 242-243)[46].

El juicio de Nallino (1930) sobre el valor de la colección (o, más bien, las colecciones) de *leyes seculares*, que se extiende a la totalidad de la tradición jurídica siria oriental —a la que considera escasamente fértil y poco original, particularmente desde finales del siglo IX (§ 38)—, aparece excesivamente severo. Nallino considera al *Siro romano* una obra burda e irrelevante que contiene un derecho «nacido muerto», y no atribuye gran importancia a la tradición jurídica de los cristianos de Persia. Sin embargo, testimonios de escritores cristianos orientales e islámicos cuentan una historia distinta: de la pervivencia del derecho de las *leyes seculares* en un espacio vasto, que abarca desde el Mediterráneo hasta la India, como un derecho influyente, revitalizado y actualizado mediante nuevas traducciones (al siriaco, al árabe, al armenio[47], para

46 El interés en el *Siro romano* volvió en algunos trabajos más recientes: Falchi (1992), Selb y Kaufhold (2002), y Goria (2007).

47 Se mencionarán aquí el manuscrito en árabe de la Biblioteca Bodleiana de Oxford, *Ar, Thom. Roe* 26 (Bruns & Sachau, 1880, *erster Theil*, pp. 67-94; *zweiter Theil*, pp. 75-114, donde también se indican las concordancias con los manuscritos en siriaco y en armenio); los manuscritos árabes ya conocidos por Sachau, recordados por Volterra (1993 [1964], p. 304, nota al pie 23); el manuscrito en armenio de la Königliche Bibliothek de Berlín, *Arm*, *Mss. Orient. Oct.* 278, del cual dio noticia Petermann, y cuya primera edición, con su respectiva traducción, se encuentra en Bruns & Sachau, 1880, *erster Theil*, pp. 95-141; *zweiter Theil*, pp. 115-150).

cristianos melkitas, jacobitas y armenios) e interpolaciones (un ejemplo se encuentra en el manuscrito parisino *Syr*.112 [Nallino, 1942 [1926], *Appendice* inédita, pp. 489-500]). *Excerpta* de las *leyes seculares* fueron incorporados en tratados jurídicos de autores cristianos e islámicos; por ejemplo, en el *nomocanon* del sirio oriental Gabriel de Basora (*al-Basrah*, de finales del siglo IX), en las obras del copto ibn al-ʻAssal (siglo XIII), del jacobita Bar Hebreo (siglo XIII)[48] y en las del maronita ibn Zindah (siglo XVII)[49]. La presencia de rastros de la colección en la antigua literatura islámica puede explicar la «familiaridad» que los juristas islámicos contemporáneos sienten con respecto a contenido y lenguaje del *Libro siro romano*, por ejemplo, en materia de sucesión intestada[50].

Como «Leyes de los reyes Constantino y León», las *leyes seculares* aparecen entre las fuentes principales del derecho de los cristianos sirios, indicadas por ibn al-Tayyib en su «Derecho de la cristiandad» o *Fiqh an Nasraniyah*, siglo XI (Nallino, 1930, p. 244). ʿAbhd-Īshoʿ bar Bĕrikha (siglos XIII-XIV), compilador del derecho de los sirios orientales hacia finales del siglo XIV, las incluye, con el título de *Juicios o estatutos de los emperadores griegos, que establecieron Constantino, León y Teodosio, invictos*, en el *Catálogo de todos los libros eclesiásticos*; como «cánones de los emperadores griegos cristianos», los pone entre las fuentes de derecho tradicionalmente observadas en la Iglesia oriental, a la par de los cánones y decretos de los apóstoles y de los sínodos (*Ordo iudiciorum ecclesiasticorum*, Vosté, 1940, p. 36); también las presenta, con las adaptaciones y transformaciones que resultaron de su uso y elaboración en la Persia sasánida e islámica, en su *Colección de cánones sinodales*, donde se encuentran citadas bajo las rúbricas «emperadores» (ver *supra*, tabla 2). «Statuta imperatorum» es el nombre con el cual el erudito maronita Assemani se refiere a las *leyes seculares* (*Bibliotheca Orientalis*, 1725, III,1, c. CXC, p. 278).

Las posturas de la crítica respecto a la calidad y relevancia del *Siro romano* no deben impedir la reflexión sobre su significado en la historia del derecho, en particular desde el punto de vista de la circulación de técnicas y saberes entre la Antigüedad y la Edad Moderna. De los textos de *leyes seculares* se puede recabar elementos útiles en materia de interacciones entre sistemas jurídicos, construcción de ordenamientos, reacciones entre prácticas y escritura del derecho, a saber:

1. El *Libro siro romano* (así como otras versiones manuscritas de las *leyes seculares*) consiste en una exposición de reglas, en lenguaje

48 Véase Sachau (1907, p. XVIII).

49 Sobre este punto, consúltese Nallino (1930, pp. 246-259). Acerca de la relación de la obra de ibn al-ʻAssal con las *leyes seculares*, véase Nallino (1926, pp. 453-458).

50 La referencia a la familiaridad es de Mallat (citado en Daher, 2005, p. 97); *cf*. con Mitteis (1891, p. 318). Para una discusión sobre la transmisión de principios y reglas romanas al islam y sus canales, véase Crone (1987, pp. 1-16) y Ahmedov (2009).

simple y en una forma carente de toda preocupación sistemática, analítica o teórica (cualidades que parecen funcionales al uso práctico, por parte de jueces —eclesiásticos y legos— no muy expertos, más que al estudio científico o comparativo).

2. Las normas expuestas abarcan, en gran medida, la materia de las sucesiones y el derecho de personas y de familia, centrales en la administración de justicia por parte de los obispos y sus delegados (particularmente, en la experiencia de la Iglesia siria en el imperio sasánida y, posteriormente, en el *dar al Islam*)[51]. Este elemento, asumiendo que fuera también propio del original de la colección, pudo ser determinante para convencer a los letrados sirios de la utilidad de su traducción (a menos de considerar la posibilidad de que la versión siriaca sea un resumen o una selección del original).

3. El prestigio y la influencia de la *sanctio* romana, reconocidos independientemente de la existencia de cualquier vínculo político de los traductores con el Imperio (situación de los cristianos de Mesopotamia en el siglo V y, posteriormente, de los cristianos de Persia), influyeron en la compilación de los manuscritos de las *leyes seculares*.

4. La que Nallino (1930) llamó «garantía de cristiandad» (p. 244), representada por los emperadores romanos de Oriente, de Constantino en adelante, influyó también a la hora de considerar la oportunidad de la introducción de este texto en el repertorio jurídico a disposición de estudiosos y jueces (que en el medio siriaco pertenecían, principalmente, a las sedes episcopales).

5. No se puede, por otra parte, proclamar con certeza ni de manera absoluta la ascendencia «romana» de los cristianos destinatarios o autores de la traducción[52].

6. El lenguaje de la obra supone un contexto político, cultural e institucional multiétnico que encuentra correspondencia tanto en el oriente romano (de donde provendría el supuesto original griego) como en los territorios externos al Imperio romano donde vivían los cristianos de habla siriaca (en *L* 93 = *R* 52 se alude a un espacio jurisdiccional atravesado por posibles conflictos de leyes, debido a la presencia de «muchos pueblos» que siguen distintas normas).

7. Las distintas versiones de la colección contienen leyes abrogadas por Teodosio y Justiniano, no incluidas en los códigos oficiales romanos (*Codex Theodosianus*, promulgado en el año 438,

51 Sobre este punto, consúltese Simonsohn (2007), en particular la página 361.
52 Sobre este punto, ver Nallino (1930, p. 218).

y *Codex Iustinianus*, de 534)[53], lo cual hace evidente que la tradición siriaca de las *leyes seculares* (cuyos manuscritos, además, se siguieron copiando y traduciendo en los siglos posteriores a la codificación del derecho romano) es independiente respecto a la sanción imperial de Constantinopla, y no pertenece a pueblos sujetos al *ius Romanum*. Las *leyes seculares* parecen ser rastros de una «tercera» tradición escrita del derecho romano, no oficial, geopolíticamente no «occidental» ni tampoco «bizantina».

Los manuscritos de las *leyes seculares* circularon entre pueblos del Mediterráneo y de Medio Oriente, de Asia y de África, como elementos de un saber común, difuso en un espacio negocial, jurisdiccional y político en el cual convergieron cristianos (de distintas confesiones) y seguidores de otras religiones. Son expresión de una Iglesia en construcción, en un cruce de experiencias de «muchos pueblos» (*L* 93, ya mencionada); e indican la aspiración a una justicia universal, cuyos instrumentos se buscan en el Evangelio, pero también en las leyes romanas, sin obliterar, por otra parte, las diversas sensibilidades y prácticas de grupos sociales y religiosos que coexistían en un entorno determinado. La tradición de las *leyes seculares* supera todo exclusivismo étnico e, incluso, confesional.

III.2. Del abandono de la ley mosaica a los *nomocánones*. Construcción de un derecho secular desde el ejercicio de la jurisdicción (siglos VIII-XIV)

> *Hay muchas otras cosas en el libro de Moisés, que evidentemente no son aptas para ser seguidas en todo el mundo y en cada época, cosas que fueron promulgadas en la antigua ley para el pueblo de los judíos, y que eran apropiadas únicamente para la época de Moisés. Esto lo afirma también Pablo, en la carta a los hebreos 9, 10*[54]*, con las palabras:* estos son preceptos de la carne, dados para el tiempo en el que sea válido este derecho. *Por esto nosotros, cuando se hace un juicio, no podremos obtener instrucciones sobre cualquier asunto por parte de la ley de Moisés, ni dictar sentencia siguiendo a la ligera sus disposiciones. En efecto esta ley no trata en absoluto en manera clara de todos los asuntos que se pueden presentar en la praxis de los juicios, sino solamente de unos pocos, sin mencionar que otros muy importantes no se tratan allí. Y también con respecto a las cuestiones que son tratadas en la ley de Moisés, no podemos actuar según sus disposiciones. Si se quisiera exigir de nosotros que juzgáramos y decidiéramos según su ley, deberíamos en principio obedecer al precepto:* El que vendió su casa, se le deberá restituir después de 50 años (Levítico, 25, 13, 31; así en el texto) *tal como Moisés lo ordenó.*
>
> SIMEÓN, *CÁNONES*, *INTRODUCCIÓN* (SIGLO VII/VIII, CAP. II)[55]

53 Por ejemplo, la ya mencionada norma de *L* 108, donde se permite con dispensa imperial el matrimonio entre ex cuñados, que se considera en cambio como *incestae nuptiae* en la legislación acogida en el *Codex Iustinianus* (C.5,5,9; *supra*, nota al pie 29); la normativa en materia de construcciones, con sus respectivos criterios urbanísticos, medidas y distancias, dictada por el emperador León (457-474) y superada por la legislación de Zenón (C.8,10,12,1a).

54 Durante muchos siglos se atribuyó este texto, de origen incierto, a Pablo.

55 Texto y traducción al alemán se encuentran en Sachau (1914, p. 220, líneas 3-22); traducción propia del alemán. Sobre la incierta cronología de Simeón, véase Sachau (1914, p. XX) y Nallino (1930, pp. 237 y 252).

La necesidad de construir un derecho propio y unitario ocupó a los líderes religiosos sirios desde principios de la diáspora debido a la urgencia, pastoral y política, de garantizar autogobierno e identidad frente a los gobiernos seculares. La Escritura ordenaba no recurrir a jueces paganos; por otra parte, el Evangelio había anunciado la superación de la ley mosaica, de lo cual se derivaba la necesidad de elaborar normativas civiles, penales y administrativas[56]. La primera legislación secular para los cristianos sirios fue promulgada en el sínodo de Bet Lāppāt (484), en Persia, bajo la dinastía de los Sasánidas. En el siglo siguiente, el patriarca Mār Abā (540-552) formuló mediante epístolas reglas sobre matrimonio, sucesión y alimentación, interpretando la Escritura y otras fuentes canónicas. Además, hacia finales del siglo VI, el *katholikós* Iesuiabu I (*Ishoyahb*, 582-596) formalizó reglas en materia de herencia (Simonsohn, 2016b, pp. 234-235).

La construcción del derecho desde el ejercicio de la jurisdicción (aquí en el sentido originario de «decir el derecho») define los caracteres de la producción del derecho en la Iglesia siria. Primero desde Seleucia-Ctesifonte, y a partir de comienzos del siglo IX desde Bagdad, los *katholikói* emitieron instrucciones dirigidas a encauzar y formalizar los juicios en todas las diócesis, a menudo con indicaciones concretas sobre el derecho que se debería aplicar. En esa línea, el patriarca Chenanischo (*Hnānīšoʿ*, 686-693 y 695-713) emitió instrucciones y responsos dirigidos a juzgadores o a particulares (Tillier, 2017, cap. 5, cc. 51-81; Sachau, 1908, pp. 3-51).

Los escritores cristianos sirios orientales y occidentales, que solían ser miembros del alto clero, estaban comprometidos con la armonización del derecho de una Iglesia en expansión que estaba ganando prosélitos en Asia central y en China. El peligro, también espiritual, que entraña una justicia desigual y fragmentada en fuentes, prácticas e interpretación discordes, dependiendo del lugar donde se celebrara el juicio, atraviesa las reflexiones de los tratadistas y legisladores, de Iesubokht (Sachau, 1914, p. 9) a ʿAbhd-Īshoʿ (*Collectio*, p. 65,1). La redacción de colecciones de derecho secular, que recopilaran y presentaran de manera unitaria normas sobre procedimiento, personas, familia, herencia y contratos, se

56 I *Corintios*, 6,1: «someterse al juicio de los santos en vez de reclamar justicia a los injustos»; II, *Reyes,* 1,3: «¿Acaso no hay Dios en Israel, para que ustedes vayan a consultar a Baal Zebub, el dios de Ecrón?». Sobre la prohibición y sus razones vuelve 'Abhd-īsho' bar Bĕrikha en el *Ordo iudiciorum* (II,1,4; texto en Vosté, 1940, p. 137) y citando instrucciones del patriarca Tīmoteo (*Collectio*, IV, 1). Recién establecido el califato omeya, en 676, el *katholikós* Jorge (*Giwargis*) había formalizado para los cristianos sirios la prohibición de celebrar juicios fuera de su Iglesia ante jueces paganos e infieles (sínodo de *Darai* —Dirin—, canon VI citado en Chabot, 1902, pp. 219 y 484). La prohibición se podía derogar con autorización del obispo y el consenso de la comunidad (Pahlitzsch, 2016, pp. 39-40).

consideró indispensable para apaciguar la consciencia del juez cristiano, protegiendo al mismo tiempo a las partes contra abusos y futilidades[57].

A la traducción de las *leyes seculares*, llevada a cabo en una época incierta, de ejercicio incipiente de la jurisdicción episcopal en la Iglesia de Persia (siglo V, según los primeros editores y críticos del *Libro siro romano*; y siglo VIII, según Nallino)[58], siguió la consolidación de un *corpus* de derecho secular, cuya elaboración recibió impulso bajo los califatos, entre los siglos VIII y XIII, por las exigencias de cumplimento de la *dhimma* —la cual requería respaldar, mediante un derecho escrito, la reserva de competencia de los tribunales cristianos (Simonsohn, 2016b)—. Obras en siriaco, en *pahlawi*, en árabe (según el origen, el medio y la época de los autores), componen las estratificaciones de este *corpus*, cuyos propósitos eran, por un lado, la unificación de la práctica de la justicia en las diócesis de una Iglesia que abarcaba muchos pueblos y territorios; y, por otra parte, la independencia funcional y espiritual de la justicia eclesiástica respecto a los poderes seculares.

Simeón, Iesubokht (siglo VIII), Timoteo (780-823), Iesubarnum (*Išoʿ bar Nūn*, 824-828), ʿAbhd-Īshoʿ bar Bahrīz (siglo IX), Juan bar Ab'ghāre (patriarca, 900-905), Gabriel de Basora (siglo IX), Elías de Nisibis e ibn al-Ṭayyib (siglo XI) fueron los principales autores de este derecho, cuyos materiales confluyeron, finalmente, en el *nomocanon* en siriaco de ʿAbhd-Īsho (*infra*, III.4)[59].

El compromiso de los jerarcas sirios con la reserva de la jurisdicción eclesiástica y la defensa de derechos propios de los cristianos asentados en reinos gobernados por dinastías extranjeras no cesó con la conquista del califato por parte de los mongoles. El jacobita (cristiano sirio occidental) Bar Hebreo (*Bar ʻEbroyo*), *mafriano*, desde 1264, de la Iglesia siria de Occidente —cuyo derecho comparte fundamentos canónicos y fuentes conciliares, legislativas y doctrinales con el derecho de los sirios orientales (Nallino, 1930, p. 247)—, obtuvo del *khan* Hülegü tres diplomas que confirmaban los antiguos fueros de las Iglesias jacobitas: uno para sí, el otro para el patriarca y el tercero para el obispo de Cesárea en Capadocia (Abbeloos & Lamy, 1872, vol. I, p. X). En la misma época, ʿAbhd-Īshoʿ bar Bĕrīkhā de Nisibis compuso su tratado sobre el *Orden*

57 'Abhd-īsho' indica: «Canones equidem iudiciorum, quae de negotiis saecularibus inter Christifideles contingentibus peraguntur, sparsim, et disseminate, nec in una serie constituerunt patres nostri sancti, pro causis emergentibus; ideo multi e doctis nostri temporis neque sciunt, hos esse in ecclesia. Necesse est igitur, ut laboremus, et colligamus, atque coniungamos eos, et ordine connexioneque convenienti eosdem exhibeamus, ut plana fiat semita, et recta sit via ambulantibus, ut que ipse iudex liberetur a labore, et a propriae conscientiae morsibus; is autem qui iudicium subit, evadat oppressionem, et controversiae futilitatem» (*Collectio*, 65,1).

58 Respecto del tema, ver *supra*, III.1.

59 Acerca del tema, véase Nallino (1930, §§ 34-38), Simonsohn (2016b), Sachau (1907, 1908, 1914); sobre la obra de Mār Abā, el casuismo de Timoteo, la originalidad de la obra de Iesubokht y su papel en la construcción de la independencia y universalidad de la Iglesia siria de Oriente: Jany (2020) y Jamali (2017).

de los juicios eclesiásticos, como respuesta al juicio de jurisperitos gentiles sobre el estado de la ciencia jurídica y la legislación de los cristianos: «vosotros no poseéis libros eruditos, en los cuales estén establecidos y definidos los juicios siguiendo un orden jurídico y las normas apropiadas» (*Ordo iudiciorum ecclesiasticorum*, *praefatio auctoris*, 1940, p. 24)[60].

III.3. Autonomía y permeabilidad de sistemas jurídico-religiosos (Mediterráneo, Medio Oriente y Asia continental, siglos VII-XIV)

No discutáis sino con buenos modales con la gente de la Escritura,
excepto con los que hayan obrado impíamente. Y decid:
«Creemos en lo que se nos ha revelado a nosotros
y en lo que se os ha revelado a vosotros.
Nuestro Dios y vuestro Dios es Uno. Y nos sometemos a Él».

CORÁN, 29:46

La existencia de jurisdicciones religiosas no supuso un rígido aislamiento entre los diversos grupos que convivieron en la Persia sasánida y, posteriormente, en los califatos islámicos.

Desde el sínodo de Isaac, la Iglesia de Oriente admitió que hombres cristianos podían contraer matrimonio con mujeres «de todos los pueblos y de todas las religiones», bajo la condición de instruirlas en la verdadera fe[61]. Los matrimonios mixtos fueron reconocidos, en primer lugar, en la patrística, aunque con ambivalencia (el énfasis en el riesgo de apostasía del cónyuge cristiano, particularmente la mujer, se alterna en los textos con la esperanza de conversión del cónyuge pagano). La realidad de los matrimonios mixtos entre cristianos y zoroastrianos en Persia se observa en las literaturas de ambas religiones, en textos de los siglos V y VI. Reconocido como válido por los autores cristianos de época islámica, admitido y regulado en algunas formas por el mismo derecho islámico, el matrimonio mixto implica posibilidades de integración que contradicen todo concepto de segregación confesional y, en el islam, desmiente la supuesta exclusividad absoluta de los estatutos personales asociados con la religión. Simonsohn (2016a) observa que «personal sentiments and local social arrangements transcended confessional boundaries» (p. 266): los vínculos sociales existentes en el territorio, más amplios que la pertenencia a un grupo religioso, y la eficacia interconfesional de algunas instituciones jurídicas —como lo es, a pesar de las prohibiciones por parte de autoridades religiosas o civiles, el matrimonio, con los vínculos de parentesco y afinidad interfamiliar que derivan de él—,

60 Para una comparación entre 'Abhd-īsho' y Bar Hebreo, autores de referencia del cristianismo sirio medieval, revísese Teule (2013).

61 La norma es recogida en la colección de 'Abhd-īsho a principios de la dominación mongol (*tractatus* II,14, p. 48,1).

trascienden la estricta observancia de los códigos internos al grupo social religiosamente definido.

En un caso notorio, el conflicto de normas generado por la legislación secular confesional en materia matrimonial no se quedó en el ámbito de una disputa entre jurisdicciones, sino que trascendió en ruptura política entre Iglesia de Oriente y gobierno secular; lo cual, sin embargo, no quita —o, más bien, refuerza— la percepción de la apertura extraconfesional y el poder integrador de algunas instituciones comunes entre los pueblos, como el matrimonio. En 541, el *mowbedān mowbed* mazdeísta acusó públicamente a Mār Abā, *katholikós*, quien quiso reprimir el uso, por parte de los cristianos sirios de Persia, de formas jurídicas zoroastrianas como el *stūrīh*[62]. Se debe notar que la instrucción de Mār Abā sobre impedimentos matrimoniales neutralizaba matrimonios temporales o «auxiliares», lo mismo que prácticas endogámicas que formaban parte del sistema patrimonial y sucesorio de la aristocracia sasánida (y que, evidentemente, ya se habían consolidado en el uso de los cristianos también, en contra de las previsiones del Levítico). La nueva legislación matrimonial amenazaba con alterar la convivencia entre grupos religiosos, con destruir lazos familiares (a raíz de eventuales anulaciones) y el orden social y patrimonial por relacionarse directamente con la conservación de patrimonios, parentescos y linajes asegurados mediante formas de sucesión sustitutiva[63].

Instituciones del derecho islámico como el *waqf* (vinculación de un bien y sus rentas a una finalidad piadosa o misional) entraron en la práctica negocial de los cristianos, siendo reconocidas como válidas y vinculantes por el *qadi*, siempre y cuando tuvieran como propósito el *qurba* (acercar el constituyente a Dios)[64].

El acceso a la justicia en el *dar al Islam*, de Siria y Egipto hasta el Indo, del Mar Caspio al Golfo de Adén, era abierto debido, en primer lugar, al especial tratamiento reservado a las «gentes del Libro», *ahl al-Kitâb*. Los responsos de los *gaones* judíos y de los jueces cristianos eran tenidos por válidos y susceptibles de ejecución por parte de los tribunales del islam, puesto que se los consideraba como provenientes de personas dignas de respeto (Simonsohn, 2007, 2009; Tillier, 2017, pp. 455-533). La tratadística siria oriental contiene cuestiones inherentes al procedimiento y las pruebas, ocasionadas por juicios celebrados ante autoridades judiciales cristianas que involucraran a musulmanes —así en Timoteo (Tillier, 2017, c. 94)— o comparando las reglas de procedimiento

62 El término refiere al matrimonio entre parientes políticos con fines de procreación para asegurar la sucesión de un hombre muerto sin herederos (Jamali, 2017, pp. 37-38; Macuch, 2014).

63 Para imbricaciones políticas y sociales entre lealtad confesional y funcionamiento de sistemas propietarios y sucesorios, consúltese Simonsohn (2016a).

64 Para una casuística, véase Pahlitzsch (2016).

aplicadas en tribunales «externos» con las propias —así en Iesubokht (Tillier, 2017, cc. 134-135)—.

Las fuentes contradicen la tesis de una estricta aplicación del principio de personalidad del derecho en la actividad negocial y judicial en el *dar al Islam*[65]; asimismo, se aprecia que algunas normativas rigen para musulmanes y *dhimmī*[66]. Solamente las posiciones que implicaran autoridad personal, familiar u oficial sobre musulmanes estaban precluidas para los no musulmanes. En principio, las normas restrictivas hacia los no musulmanes no aparecen fundadas en preceptos del Corán ni en la Sunna (Oulddali, 2017, pp. 146 y 148).

En la actividad negocial y judicial (cristiana e islámica), el islam buscaba la comunión de derecho y justicia, particularmente entre las «gentes del Libro», por encima de las diferencias entre los respectivos ordenamientos.

Desde la perspectiva de las fuentes cristianas orientales, se observa cómo los preceptos que prohíben la cercanía o el trato con los paganos suelen estar relacionados con la ritualidad y la liturgia, o están dirigidos a preservar la pureza del cuerpo bautizado[67].

No se puede negar que el poder de atracción de las formas del saber jurídico y de la institucionalidad prevalentes hizo que formas y requisitos de los negocios jurídicos celebrados por cristianos se volvieran cada vez más apegados a las reglas del islam (en particular, por la exigencia de la confirmación por parte del *qadi*). Finalmente, amplias partes del derecho islámico (sistema de sucesiones y de contratos) terminaron absorbidas, junto con elementos de otros derechos y sistemas religiosos anteriores (el derecho persa de la época sasánida, o bien preceptos y conceptos del zoroastrismo), en los cuerpos jurídicos creados para los cristianos residentes en el islam[68]. Sin embargo, este fenómeno parece obedecer, más que a una dinámica unilateral de dominación, a una intención pragmática que apuntaba a una mejor administración de la justicia.

Es bien conocida la adopción entre coptos, jacobitas y nestorianos del sistema hereditario en uso entre los musulmanes, reconocible en textos cristianos desde finales del siglo IX (Freidenreich, 2012, pp. 49-50).

65 Simonsohn (2007) describe el califato como «a highly integrated society in which one would maintain his communal affiliation, but at the same time possess membership within a wider social circle» (p. 360), y concluye que las instituciones extraconfesionales se deben interpretar como representaciones de *agrupaciones sociales* extraconfesionales (2011, p. 214). Oulddali (2017), a su vez, resalta un sentimiento de pertenencia de los *dhimmīs* a la colectividad y colige de la tratadística islámica la idea de una solidaridad entre los *dhimmīs* y los musulmanes (p. 143).

66 Particularmente relevante resulta el tema del acceso a la propiedad. Un ejemplo en materia de hallazgo de tesoro se puede encontrar en Oulddali (2017, pp. 144-145).

67 Ejemplos en Freidenreich (2012).

68 Ver, en general, Nallino (1930, §§ 34-38); sobre la recepción preislámica del juramento probatorio, previsto en el derecho sasánida, en el derecho de los cristianos sirios orientales, consúltese Perikhanian (1997, pp. 53, 55 y 187) y Tillier (2018).

El derecho islámico forma parte del derecho patrimonial y del procesal expuestos en la obra del nestoriano Iesubokht, del siglo VIII (Nallino, 1930, p. 253); se encuentra en la obra sobre sucesiones del patriarca nestoriano Juan V bar Ab'ghāre (siglo X), compuesta en siriaco y posteriormente traducida al árabe por ibn al-Ṭayyib (§ 37); y, junto con cánones conciliares, derecho bizantino (*Procheiron* y *Écloga*) y *leyes seculares* romanas, en el *nomocanon* del copto ibn al-ʿAssal, del siglo XIII (249-250;1925). También está presente en el *Kitāb an nāmus* («Libro de la ley», siglo XIII) y en el *Mukhtaṣar ash-sharīʿah* («Compendio de la ley musulmana», que conocemos mediante un manuscrito de 1734), ambos compuestos por autores cristianos maronitas (Nallino, 1930, p. 251). De igual manera, en el *nomocanon* de Bar Hebreo (siglo XIII) se reconocen normas del derecho islámico de escuela shafeita, según Nallino (1921-1923b, 1923-1925), en materia de matrimonio, donación nupcial, alimentos, sucesión testamentaria, décimas, *zakah*, testimonios y venganza privada, penas corporales, derechos y deberes del juez, motivos de anulación de las sentencias, votos y juramentos.

El concepto de *trasplante* no expresa a plenitud las razones y los efectos de la incorporación de distintos derechos (romano, persa e islámico) en la tradición jurídica cristiana siriaca. La yuxtaposición entre derecho patrístico y canónico, romano e islámico, es el resultado de una cercanía en la experiencia, de un entendimiento o consenso basado en la proximidad de los valores, y refleja la «permeabilidad» de sistemas jurídico-religiosos más que de las «razas» (así, en cambio, se expresa la doctrina jurídica colonialista de principios del siglo XX)[69].

La selección e inclusión de elementos externos al sistema de las fuentes jurídicas cristianas no devalúa la identidad de los cristianos sirios ni su tradición jurídica; al contrario, la enriquece.

III.4. El *nomocanon* de ʿAbhd-Īshoʿ bar Bĕrīkhā, fuente de derecho para todos los cristianos sirios orientales (siglo XIV)

El derecho compuesto por los nomocanonistas sirios orientales, de Timoteo a Juan bar Ab'ghāre, de Iesubokht a Gabriel de Basora, que incluye las *leyes seculares* de los emperadores romanos, las normas de los concilios y los sínodos de los Padres de la Iglesia, y elementos del derecho islámico, confluye en la colección de ʿAbhd-Īshoʿ, metropolita de Nisibis (*Ebedjesu Sobensis* en las ediciones latinas, difunto en 1317). Compuesta en la época del dominio mongol en Persia y China, la obra de ʿAbhd-Īshoʿ (que incluye su tratado sobre los juicios) se convierte

69 Por ejemplo, el romanista y orientalista Carusi (1917-1918), a propósito de los materiales del *nomocanon* de ibn al-ʿAssal, citado en Nallino (1921-1923a, p. 132); sobre el carácter no «nacional» ni «racial» del derecho cristiano siriaco, se remite a las observaciones formuladas *supra*, II.1.

en norma general que sacerdotes y rectores de iglesias deberían aplicar en los juicios y la administración de Turquía a China:

> Sínodo de Mar Timoteo de 1318, canon I: Lo que los cánones de los Apóstoles y de los antiguos Padres establecieron en los sínodos occidentales y orientales […] se custodie como la pupila del ojo; que a ninguno sea lícito transgredirlos, que todos los sacerdotes y rectores de iglesias los mediten con diligencia y escrúpulo, se ejerciten en su lección, y los aprendan y observen; especialmente los dos volúmenes, el primero, de la breve colección de cánones sinodales, y el segundo, sobre el orden de los juicios eclesiásticos, obra de ʿAbhd-Īshoʿ metropolita de Nisibis: para que sepan cómo pronunciar sentencias justas en los juicios, con acierto permitan noviazgos y matrimonios, dividan con equidad las herencias, confieran los rangos sacerdotales según las normas canónicas, y gobiernen las iglesias (*Scriptorum veterum nova collectio*; en Mai, 1838, X, p. 98,1)[70].

No se afrontarán aquí cuestiones filológicas y de crítica textual, bastará con mencionar que, a pesar de la supuesta *fosilización* (Nallino, 1930, p. 257) que afectaría la producción jurídica de los cristianos sirios orientales posterior al tratado de Gabriel de Basora, la colección de ʿAbhd-Īshoʿ sigue siendo un documento muy importante para el estudio de las tradiciones de los cristianismos orientales y sus relaciones con los sistemas de derecho secular. Nallino consideró la colección una mera recopilación de obras de autores anteriores (p. 258); sin embargo, la obra es valiosa porque nos muestra cómo el compilador del derecho secular supo diferenciarse de sus modelos. Con más evidencia que en los textos de *leyes seculares*, las leyes imperiales expuestas en la colección de ʿAbhd-Īshoʿ aparecen transformadas respecto al original romano[71].

Las instrucciones del canon I del sínodo de 1318 concluyen seis siglos de construcción del derecho secular de los cristianos de Asia con la mirada puesta en la administración de la justicia y el gobierno de los pueblos: «para que sepan cómo pronunciar sentencias justas en los juicios, con acierto permitan noviazgos y matrimonios, dividan con equidad las

70 Traducción propia de la edición latina del manuscrito *Syr.Vat.* XIV, del erudito maronita Aloysius Assemani. El texto en latín reza: «Quod Apostolorum, et antiquorum Patrum canones in synodis occidentalibus atque orientalibus […] statuti sicut pupilla oculi custodiantur, neque ulli eos transgredi fas sit, omnesque religiosi patres, et ecclesiarum rectores diligenter ac sedulo eosdem meditentur, et exerceantur in lectione eorum, et discant et observent eosdem; duos praesertim tomos brevioris collectionis canonum synodicorum, et alterum de ordine iudiciorum ecclesiasticorum, opus Ebediesu metropolitae Sobensis: et (ut sciant) qualiter iustas sententias ferant in iudicio, et cum convenientia (aequitate) permittant sponsalia et coniugia; et iuste dividant hereditates, et ad normam canonum sacerdotii gradus conferant, atque gubernent ecclesias».

71 Por ejemplo, en la sustitución del mecanismo dotal romano con el de los dones nupciales por parte del novio: *mōhar* en siriaco, *mahrā* en el derecho judaico y *mahr* en el derecho árabe (Nallino, 1927, pp. 485, 487 y 489-491; *Ebediesu Collectio*; en Mai, 1838, p. 47,2). Para una comparación con *L* 92 y *R* III 93, revísese Sachau (1907, p. 169).

herencias, confieran los rangos sacerdotales según las normas canónicas, y gobiernen las iglesias».

En las sedes de la Iglesia siro-malabar de Kerala, heredera de la tradición de los antiguos cristianos de Santo Tomás y del cristianismo sirio (custodiada e interpretada de manera original, con fuerte autoconsciencia y autodeterminación), se conservan copias de manuscritos de la colección de ʿAbhd-Īshoʿ que testimonian su uso en el siglo XVI, tiempo de las misiones jesuitas portuguesas y de los intentos de «catolicización» forzada de los cristianos de la región:

1. Manuscrito *Trichur* 64, originariamente perteneciente a la biblioteca de *Mar* Abraham, metropolita de la Iglesia malabarita en la segunda mitad del siglo XVI. Copiado en 1302, una década después del original, con anotaciones realizadas posiblemente en Mosul, Medio Oriente, la última de las cuales es del año 1525 (Van der Ploeg, 1983, p. 139).
2. *Ernakulam 4*, antes *Ernakulam L 22,* copiado en 1563 para *Mar* Abraham, «obispo del Indo» (Van der Ploeg, 1983, pp. 126-128; Perczel, 2006, pp. 89-91).

Del Occidente de la India proviene *Vat.Syr.*128, manuscrito vaticano de la obra de ʿAbhd-Īshoʿ ya conocido entre los editores en el siglo XVIII, copiado en Bassein en el siglo XVI por el metropolita *Mar* Joseph, en ese entonces detenido en el monasterio de San Francisco[72].

El orientalista Chabot (1902), eminente editor de textos jurídicos y religiosos en siriaco, sostuvo que la colección estaba aún vigente a principios del siglo XX (p. 15). Los jerarcas de la Iglesia caldea contemporánea (de rito siriaco y confesión católica) reconocen la importancia de la obra de ʿAbhd-Īshoʿ (*Mar* Aprem, 1991, 1994).

Solamente documentos de la práctica negocial y judicial, desarrollada en el amplio espacio de difusión del cristianismo sirio oriental, podrán esclarecer el nivel de influencia y aplicación del derecho de los nomocánones. Observando la obra de ʿAbhd-Īshoʿ como producto intelectual, en el contexto de la cultura jurídica cristiana, encontramos coherencia con una tradición de apertura del derecho e inclusión de extranjeros y paganos en la práctica de la justicia, características que han sido propias (según indican las fuentes cristianas e islámicas) de la Iglesia siria oriental desde su establecimiento al margen del Imperio romano, en constante relación con otras experiencias de normatividad en los espacios políticos del Asia premoderna. El entendimiento de la cooperación en la construcción de orden y significado entre diversos

72 Sobre este tópico, véase Van der Ploeg (1983, p. 200), remitiendo a Assemani (*Bibliotheca Orientalis*, III,1, pp. 332-351).

sistemas de creencias, lenguaje y derecho es indispensable para restituir a la historia del cristianismo en Asia sus matices y autenticidad, que deberán hacer parte integrante de la interpretación de procesos sociales y culturales para la correcta identificación de grupos, identidades y derechos en la contemporaneidad.

IV. LAS CONVERSIONES AL CRISTIANISMO SIRIACO COMO FUERZA PROPICIADORA DE PROCESOS DE INTEGRACIÓN (SIGLOS VII-XXI). PUEBLOS, TERRITORIO, INSTITUCIONES

Una parte de la historiografía ha considerado el cristianismo nestoriano en la China premoderna como una religión escasamente influyente, principalmente profesada por «extranjeros» (Wilmshurst, 1990, pp. 47 y 49; Al Bikaadi, 2019; Todd Godwin, s.f.; Tang, 2015). Esta experiencia se suele considerar agotada con la llegada de las misiones franciscanas hacia finales del siglo XIII y con las victorias de las armadas musulmanas de Timur. Estos juicios no tienen en cuenta los *entanglements* (sociales, políticos, demográficos, culturales, jurídicos) generados por las conversiones.

IV.1. Transformaciones del espacio, el tiempo, las sociedades

Lejos de todo diseño o intención hegemónica de potencias «occidentales», el cristianismo siriaco inervó el tejido social y político de Asia, siendo percibido desde su origen como símbolo de disrupción del *establishment* romano y de desafío a la potencia bizantina, lo cual de primero determinó su aceptación inicial y radicación en la Persia de los sasánidas, antagonistas históricos de Roma (Emhardt & Lamsa, 1926, p. 41).

El cristianismo siriaco en Asia central, meridional y oriental produjo una resignificación del territorio; la redefinición de poderes y funciones; actividad de escritura y traducción; circulación de ideas, signos y saberes entre diversos idiomas; nueva escansión del tiempo (dictado ahora por el calendario litúrgico); y la creación de nuevos sujetos sociales y políticos (mediante la fusión entre clases y etnias). Estos son algunos de sus principales impactos:

a. El territorio fue resignificado como espacio simbólico a través de la consagración de iglesias y cementerios, y la fundación de monasterios que fueron centros de enseñanza, documentación y preservación de la memoria. En sitios arqueológicos de Turkmenistán, Uzbekistán y Kirguistán se conservan iglesias nestorianas que estuvieron en funciones del siglo VI al XIII —Kharoba-Koshuk, en Turkmenistán; Urgut, en Uzbekistán

(Ashurov, 2015); ak Beshim, en Kirguistán (Abe, 2014)[73]—. En los cementerios de las localidades de la Semireč'e, región de los «siete ríos» (entre Kazajistán y Kirguistán), en Turkestán, Mongolia interna, China (región de Quanzhou), bajo el signo de la cruz perlada nestoriana, descansaron clérigos y obispos, «maestros» y «maestras» de la doctrina, funcionarios y comandantes de ejércitos enterrados entre los siglos IX y XIV (Chwolson, 1886; Delacour, 2005; Dickens, 2009b, pp. 28-40; Tang, 2011, cap. 3; Halbertsma, 2015)[74]. Son sogdianos y túrquicos de diversas etnias, árabes y persas, chinos y uigures, mongoles. Sus epígrafes relatan, en diversos idiomas y alfabetos, transiciones religiosas —del budismo al cristianismo, del cristianismo al islam—; lingüísticas —del antiguo al medio túrquico (en los epígrafes de la Semireč'e descritos por Dickens [2009b, p. 19])—; sociales —matrimonios interreligiosos e interétnicos, conformación de nuevos linajes y segmentos poblacionales en las ciudades de Asia central y oriental (Morrow, 2019; Nicolini Zani, 2009)—. Monasterios como el de Bulayïq, en el oasis de Turfán, fueron centros de práctica religiosa, así como de producción y conservación de documentos religiosos y jurídicos, también en función de guarda de la fe pública[75].

b. La rearticulación de las jurisdicciones locales, con el establecimiento de diócesis, determinó modificaciones en la percepción del espacio geográfico en sentido jurídico-religioso. La unión apostólica entre cristianos de la China y la India en el nombre de Santo Tomás y su discípulo Tadeo (*Addai*), al menos desde el siglo VIII, reordenó idealmente el espacio asiático bajo nuevas premisas (litúrgicas, pastorales, sacramentales y administrativas), comprometiendo comunidades eclesiales locales a la búsqueda y preservación de una unidad superior mediante la defensa de una particular herencia espiritual de gracia, en una constante evocación del espacio común y del vínculo apostólico (*supra*, II.2, en las antífonas e invocaciones del *Breviario caldeo de Malabar*). El nombramiento de obispos para las distintas diócesis asiáticas creó nuevas instancias de justicia, superponiendo las jurisdicciones eclesiásticas a las redes administrativas, militares y civiles de reinos y pueblos.

73 *Cf*. Borbone (2013). Otros hallazgos se encuentran documentados en Luque Romero (2021, pp. 102-105); Khoury (2018) ha analizado ubicación, patrones territoriales y lenguaje de la arquitectura sagrada de las Iglesias de Oriente, con muchos ejemplos, en relación con modelos romanos y griegos.

74 Para la simbología e iconografía nestoriana en China y Asia central, revísese Dickens (2009b, pp. 14-16) y Moule (1930, pp. 82-93).

75 Para la relación entre monaquismo, conversiones y traducciones, véase Tang (2019), en particular las páginas 194-195.

Sobre todos estos territorios se proyectó, desde las ciudades santas de Persia, la autoridad del *katholikós*. La siriaca «nestoriana» fue la más extensa jurisdicción del cristianismo en épocas premodernas (Mengozzi, 2008).

c. Poderes y funciones se redefinieron, a raíz de conversiones que establecieron nuevos lazos políticos, familiares, militares, comerciales y diplomáticos. Las conversiones en Asia central modificaron lealtades, produjeron estrategias geopolíticas y dinásticas. Entre ellas, la integración de nestorianos de origen túrquico en los cuadros administrativos y militares de los imperios T'ang y Yuan, como en el caso del obispo de Bactria y comandante Yadzebozid, nombrado en la estela de Xi'an; o en las alianzas entre los *khan* y las dinastías túrquicas cristianas mediante matrimonio[76].

d. Establecimientos, rutas y prácticas comerciales fueron influidos por el espíritu misional y la voluntad de encuentro y reconocimiento[77]. Los roles se desdibujaron; nombres y apelativos nos transmiten ideas de movilidad social e identidades en transformación, formas de identificación y reconocimiento que oscilan entre etnia, religiosidad y oficio (clerical, militar, mercantil)[78]. Las lealtades se volvieron menos étnicamente connotadas; identidades políticas y afiliaciones religiosas coincidieron, con la superación de incompatibilidades institucionales o culturales. Así, el *onggut* Rabban Sauma, diácono de la Iglesia del Este, en misión diplomática en Bizancio y en Roma hacia finales del siglo XIII, pudo representar intereses políticos y militares del *khan* Argun sin entrar en conflicto con su obediencia al *katholikós*. Luego, su discípulo, el *onggut Marqos*, fue consagrado *katholikós* en 1281 con el nombre de *Yabhallāhā*, en la iglesia de *Mar Kôka*, en la antigua Seleucia de los persas (Borbone, 2009).

e. La tradición de la Iglesia siria oriental se nutrió de las actividades de escritura y traducción en una constante

76 Por ejemplo, Sorqaqtani, princesa cristiana Kereit, fue esposa de Tolui, hijo de Gengis Khan, y madre de los *khan* Kublai y Hülegü, dominadores de China y Persia; ver respectivamente: Houston (1980, p. 66) y Dickens (2015, p. 24). La práctica frecuente de matrimonios mixtos, habituales en la corte mongola, se transmitió al pueblo llano y a los particulares, como parece indicar el hallazgo en Turfán, centro multiétnico de la Ruta de la Seda, de un formulario litúrgico en siriaco propio de los ritos matrimoniales, utilizado en la corte mongola. Sobre este último punto, encontramos indicaciones en Muravëv (citado en Tang, 2015, p. 81, nota al pie 61).

77 Ejemplos en Forte (1999-2000).

78 En idioma jotanés, *sūli* indica el «sogdiano» y, a la vez, el «mercante» (Piras, 2016). El signo chino correspondiente a *mohe sabao*, por su parte, indica oficiales zoroastrianos, pero podría ser una transcripción del sánscrito *mahā sārthavāha*, «gran mercante» (Forte, 1999-2000, pp. 288-289).

disposición al encuentro con otras culturas[79]; la emersión de la literatura y, en particular, de la historiografía en siriaco amarró memoria, persuasión y organización del pensamiento en un entramado caracterizado por una identidad reconocible a la vez por una constante aspiración a la comunicación eficaz, hacia la comunidad, y en relación con grupos externos (Possekel, 2018; Wood, 2018). Los manuscritos de Dun Huang (siglos VII-XI, Gansu, República Popular China), de Turfán (siglos IX-XIII, Turquestán oriental, provincia de Xinjiang, República Popular China, antiguo reino uigur de Qočo), de Qara Qoto, ciudad de los Tangut (siglos XXIII), de contenido religioso y profano, redactados en múltiples idiomas y alfabetos (iranios, túrquicos, sino-tibetanos), siguen revelando conexiones entre culturas y religiones (zoroastrismo, maniqueísmo, cristianismo oriental, budismo) de Asia Oriental y central, Persia y Mesopotamia, que coexistieron a lo largo de la Ruta de la Seda[80]. El progreso de los estudios sobre textos jurídicos provenientes de Dun Huang, Turfán (un enclave multiétnico y multirreligioso, refugio de perseguidos, con un estatuto particular) y Qara Qoto contribuirá a esclarecer las relaciones entre grupos y religiones de Asia en la praxis negocial y contractual, y en los juicios[81].

f. La circulación de ideas, signos y saberes entre diversos idiomas y lenguajes se manifiesta en la adaptación y apropiación de símbolos (el loto y las perlas, asociadas a la cruz, iconografía de la presencia nestoriana en Asia) y signos gráficos[82]. Para la exposición de la cosmología bíblica en la China de los T'ang, el lenguaje debió deslizarse sutilmente de la idea de *creación*

79 Sobre la tradición del siriaco en manuscritos e inscripciones, de Edesa a India y China, véase Briquel-Chatonnet (2012, 2013, 2018).

80 Moule (1930, pp. 52-64), Sims-Williams (1992), Sims Williams *et al*. (2014), Piras (2016), Galambos (2020), Tang (2004), *Turfan Studies* (2007, p. 9), Dickens (2009a, 2013), Hunter (2013), Zieme (1974, 2015), Smelova (2015), *International Dun Huang Project* (https://www.bbaw.de/en/research/turfanforschung-turfan-studies). Sobre la literatura nestoriana como fuente para la reconstrucción del derecho judaico, Gafni (2019).

81 Sobre contratos y concepciones del derecho a la luz de los documentos de Turfán y Dun Huang, ver Hansen (1995a, 1995b) y Trombert (1995), respectivamente; sobre la actividad contractual de las mujeres en Turfán en los siglos VI-VIII, Xiaonan (1999); sobre un documento de Qara Qoto en materia de mutuo, Cleaves (1955); sobre el régimen de tierras, en relación con censo y tributación, consúltese Pulleyblank (1961) y Xiong (1999); sobre garantía, compraventa, arrendamiento y responsabilidad en los manuscritos de Turfán, Hitch (2009), en particular las páginas 30-32; sobre un manuscrito de Dun Huang en materia de división de la herencia entre hermanos que contiene datos sobre las condiciones jurídicas de las personas involucradas y el derecho de familia, se puede consultar Popova (2015); sobre un pleito en materia de derecho de personas, entre adopción y servidumbre, Wang (1983, p. 48); sobre las asociaciones en los documentos de Dun Huang, Galambos (2015, pp. 853-877; 2020, pp. 198-215); sobre divorcio y género en Dun Huang, véase Hong (2016).

82 En la estela de Xi'an, el uso de una particular variante del carácter *Jing* expresa de manera original la idea de *luz*, que tenía fuerza tanto en el maniqueísmo y el zoroastrismo como en el budismo (Wilmshurst, 1990, p. 52; Nicolini Zani, 2006, p. 191).

a la de *transformación*[83]. Del Evangelio se resaltaron, más que el misticismo y los milagros, el contenido filosófico y moral[84].

g. El tiempo se unificó en la nueva escansión dictada por el calendario litúrgico, la actividad sacramental y la oración: breviarios, salterios, himnos, calendarios traducidos a las lenguas de Asia, así como listas de correspondencias entre números en distintos idiomas, implican una reorganización del tiempo (del trabajo, de la familia y de la comunidad) alrededor de las prácticas, las festividades y los ritos de la nueva religión, donde la meditación individual sobre las vidas de los santos y los misterios sagrados, la liturgia y la oración, colectiva e individual, debieron integrarse a la vida cotidiana (Hunter, 2013; *Turfan Studies*, 2009; Dickens & Sims-Williams, 2012)[85].

h. Nuevas identidades nacieron de la fusión entre clases y etnias, favorecida por las conversiones entre los pueblos de Asia central y oriental durante los siglos VIII a XIII[86]. Sobre la composición y las actividades de las comunidades de cristianos sirios en el sureste de Asia en la época mongol, hay datos importantes —a partir de la onomástica y la prosopografía— respecto de matrimonios entre mujeres sogdianas y funcionarios *han*, composición de la sociedad, y las conexiones entre confucianismo, budismo y cristianismo en los epitafios de las tumbas de Luoyang en el siglo IX en Morrow (2019, pp. 108-146 y 160-169), Nicolini Zani (2009b) y Tang (2009). En las inscripciones fúnebres del sureste de China se pueden observar procesos sociales relacionados con

83 Así en la estela de Xi'an, con antecedentes, aparentemente, en la literatura platónica, conocida en la Iglesia del Este a través de los Padres de la Iglesia (Tommasi, 2014, p. 664).

84 En la estela de Xi'an encontramos la descripción de Dios como *causa*; la representación de Cristo como «sabio», maestro y fundador de una «nueva doctrina», cuya justicia universal se expresa en la terminología del taoísmo; el énfasis en la vida de los religiosos cristianos, intentos a la frugalidad y a la pureza; la comunicación de dogmas y preceptos mediante la fábula y el ejemplo antes que el mandamiento o la instrucción; el uso metafórico de imágenes del *Dao* para transmitir el significado y los efectos salvíficos de la crucifixión y la noción de la Ascensión; el signo 分身, «cuerpo dividido», que se relaciona con conceptos del budismo, para expresar la *persona* de la Trinidad; el recurso a las antítesis *vida-muerte*, *sol-oscuridad* (Tommasi, 2014, pp. 660 y 665-666; Eccles & Lieu, 2016, §§ 2-5). Sobre la estela como modelo de autorreflexión en el panorama de las fuentes del cristianismo en Asia, véase Johnson (2017, p. 38). Para cuestiones filológicas inherentes a las traducciones al chino de himnos en siriaco, halladas en Dun Huang y atribuidas a *Jingjing*-Adán, autor de la inscripción de Xi'an, revísese Wilmshurst (1990, pp. 64-65 y 68-73). Respecto de las mediaciones del sogdiano y del uigur en la transferencia de signos y significados, hay información de importancia en Bo y Sims-Williams (2012), Hunter (2013), Sims Williams (2014), Piras (2016) y Johnson (2018, pp. 206-214). Cabe indicar que Johnson no es contundente al sostener el carácter «esencialmente mesopotámico y mediterráneo» de las formas de pensamiento y escritura en el cristianismo siriaco, aunque reconoce su fluidez institucional y lingüística en la interacción con otras culturas (p. 216).

85 Un ejemplo en el lenguaje y las instrucciones no estandarizados, sino acordes con prácticas culturales locales, contenidos en *U 338*, libro de plegarias en siriaco y uigur proveniente de Turfán, se encuentra estudiado en Dickens (2013).

86 Dickens (2009b, pp. 28-32; 2015, pp. 27-29; 2019) y Tang (2015, p. 84; 2011, pp. 58-81 y 113-119).

las conversiones en la época T'ang (618-907): fusiones entre pueblos cristianizados de Asia y otras etnias, itinerarios de migraciones y desplazamiento (ocasionados por exigencias comerciales o requerimientos militares), transformaciones de la misma demografía de las ciudades (Tang, 2015, pp. 78-80). En las inscripciones fúnebres del sureste de China se pueden observar procesos sociales relacionados con las conversiones en la época T'ang (618-907): fusiones entre pueblos cristianizados de Asia y otras etnias, itinerarios de migraciones y desplazamiento (ocasionados por exigencias comerciales o requerimientos militares), transformaciones de la misma demografía de las ciudades (Tang, 2015, pp. 7880).

IV.2. Una tradición viva. Resistencia y pervivencia del cristianismo siriaco en la Edad Moderna y Contemporánea. Iglesias de la India

Ritus est patrimonium liturgicum, theologicum, spirituale et disciplinare cultura ac rerum adiunctis historiae populorum distinctum, quod modo fidei vivendae uniuscuiusque Ecclesiae sui iuris proprio exprimitur

Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium (can. 28, § 1)[87]

La religión siria oriental no desaparece de Asia en la Edad Moderna[88]. En el volumen III,2 de su *Bibliotheca Orientalis* (1728), el erudito maronita Assemani expuso una historia del nestorianismo que llega hasta 1726. A principios del siglo XX, orientalistas, geógrafos e historiadores descubrieron a los herederos de los nestorianos en los *surayi* o *suryay* de Turquía oriental y Persia (Shedd, 1903; *cf*. Sachau, 1907, p. IX; McDowell, 1911). Asimismo, en el espíritu de la continuidad de la tradición cristiana siriaca, ha sido recientemente publicado un listado de sus patriarcas, desde los obispos de Seleucia-Ctesifonte (siglo III) hasta las Iglesias contemporáneas (siglo XXI) (Wilmshurst, 2018).

Históricamente la liturgia, con su poder ordenador (de comunidad) y transformador (de la realidad mundana, en el plano de la teología sacramental), ha ejercido un papel de construcción de subjetividad —también jurídica— y ha alimentado la cohesión social y producido autorreconocimiento, en sentido psicológico y político[89]. *Officia*

87 En castellano: «El rito es el patrimonio litúrgico, teológico, espiritual y disciplinar, distinto por la cultura y circunstancias históricas de los pueblos, que se expresa en un modo de vivir la fe que es propio de cada una de las Iglesias autónomas» (Kiroulos, 2010).

88 Afirman lo contrario Houston (1980, p. 67), Deeg (2015) y Tang (2015) —ver, sin embargo, las páginas 66 y 71—; sobre la historia olvidada de la tradición siriaca entre el ilkhanato mongol y la época otomana (siglos XIII-XVI), Carlson (2018); desde el siglo XVI hasta la contemporaneidad, Murre-van den Berg (2018).

89 Sobre la historia de la liturgia en las Iglesias siriacas y el riesgo de pérdida de este legado, véase Varghese (2018).

sacramentales y procedimientos relacionados con la liturgia han definido saberes e instituciones (Foucault, 1979-1980); formas particulares de institucionalidad y normatividad se han desarrollado desde la experiencia del ministerio sacerdotal y la tradición del monasterio, con repercusiones sobre concepciones jurídicas seculares (Agamben, 2012, 2011)[90]. También se ha observado cómo la recitación coordinada y colectiva de mensajes de pertenencia durante la liturgia funciona a manera de *auto-situación* del individuo al interior de una comunidad de valores y orden, y de inclusión en un sistema de derecho y poder (*laudes regiae*) (Kantorowicz, 1946).

Las Iglesias cristianas de la India, herederas de la tradición cristiana siriaca, han vivido su tiempo histórico, en la construcción social e institucional, en la resistencia desde la dimensión del rito. El *ritus* como «patrimonio litúrgico» (*Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, can. 28, § 1) hace de la Iglesia «caldea», originariamente «nestoriana» —ahora en comunión con Roma (Mengozzi, 2008, p. 150), presente desde 1874 también en la India, como efecto de un cisma de la antigua Iglesia siria de Kerala—, una de las personificaciones distintivas del cristianismo en la ecúmene (*Ritus, de quibus in Codice agitur, sunt, nisi aliud constat, illi, qui oriuntur ex traditionibus Alexandrina, Antiochena, Armena, Chaldaea et Constantinopolitana*, can. 28, § 2).

Por su parte, la Iglesia de Malabar, originariamente perteneciente al cristianismo de Santo Tomás, católica desde el siglo XVII sin haber dejado de seguir la tradición siriaca oriental, tuvo un desarrollo histórico propio y distintivo al incorporar en la liturgia la administración y las prácticas eclesiales, elementos sociales, jurídicos y simbólicos autóctonos o propios del hinduismo[91]. La Iglesia de Malabar defendió el rito siriaco contra la latinización impuesta por el sínodo de Diamper en 1599, haciendo de la escritura y la memoria actos de resistencia al ocultar, transcribir y conservar manuscritos jurídicos y litúrgicos (Perczel, 2006, 2013)—. Firme en la misma frontera identitaria de resistencia, durante los últimos cuatro siglos se ha opuesto a las conversiones forzadas y a la estandarización de sus doctrinas y prácticas litúrgicas, apegándose al rito tradicional. Por estas razones es actualmente *sui iuris*, con personalidad independiente respecto a Roma (Pallath, 2019, pp. 14-21 y 212-213).

Sobre los fundamentos identitarios proporcionados por el rito, la Iglesia *sirio-malabar* de Kerala, heredera del cristianismo nestoriano y tomasino de la India, goza desde 2017 de una particular construcción jurisdiccional:

90 En materia de poder sacramental del lenguaje, en relación con juramento-*sacramentum*, en la senda de Paolo Prodi, hay que hacer referencia a la obra de Agamben (2010, pp. 48-51).

91 Para un ejemplo en el rito matrimonial, Bisi (2017); sobre fenómenos de inculturación en el cristianismo siriaco en la India, en la liturgia y la administración, hasta el siglo XVI, Pallath (2019, pp. 20-31); acerca de la percepción de los cristianos de Santo Tomás en el sistema de castas, en la misma obra (pp. 44-45).

su espacio pastoral y jurisdiccional, virtualmente superpuesto al de las demás Iglesias de la India, por voluntad del papa Francisco, se impone por encima de la grilla jurisdiccional preexistente, sin desempeñar una función de «poder y dominio», sino actuando como un dispositivo de «comunión más profunda». Este diseño institucional supone el reconocimiento de la fuerza de la particular trayectoria histórica de la Iglesia malabarita respecto a las otras Iglesias de la India en comunión con Roma, y de la particular situación de sus miembros en la actualidad (puesto que la «variedad» y los «derechos» propios de las diversas Iglesias, producto de la historia, desaconsejan la uniformidad)[92].

En el caso de las Iglesias de tradición siriaca de la India, liturgia y jurisdicción se reafirman como fuerzas de organización y fuentes de subjetividad.

V. CONCLUSIONES

Le preguntaron: «¿cuál es tu fe, y a cuál doctrina te ciñes, la que el Papa acepta u otra?». Él contestó: «a nosotros los orientales, nadie vino de parte del Papa; nos evangelizaron los santos apóstoles que he nombrado antes [Tomás, Addai, Mari] y todavía nos atenemos a sus enseñanzas».

Storia di Mar Yahballaha e di Rabban Sauma. Cronaca siriaca del XIV Secolo (Borbone, 2009, p. 73)[93]

El análisis de la trayectoria de la Iglesia siria oriental «nestoriana» se escapa de los postulados del análisis en términos de colonialidad en múltiples sentidos. En su historia, la dicotomía «Oriente-Occidente» cede el paso a una articulación entre distintos «orientes», en relación el uno con el otro y, remotamente, con un Occidente «relativo» (implícitos en las diversas acepciones de *Da Qin* en la estela de Xi'an). En este Oriente, o en estos «orientes», judaísmo y cristianismo no conforman el bloque «occidental» de una contraposición con tradiciones y culturas «orientales».

En los documentos y monumentos históricos, litúrgicos y jurídicos de las comunidades cristianas sirias orientales, «nestorianas», es posible identificar unos derroteros de migración, de Irán a la India, y por Asia central hasta China, que desde el siglo V llevaron casi hasta el Pacífico una particular versión, herética y antioficialista, del cristianismo, surgida de las controversias cristológicas que dividieron el Imperio romano y la cristiandad desde el siglo IV. Los cristianos «nestorianos» dejaron huella con el signo y la palabra, con los cuerpos y la escritura, en Medio Oriente y Asia central, meridional y oriental, en el paisaje, en la descendencia

92 Sobre la *communicatio in sacris*, problemas y particularidades teológicas, pastorales y administrativas de su aplicación entre las Iglesias de la India, se consultó Coutinho (2015).
93 Traducción propia del italiano.

de los conversos, en la historiografía y la doctrina. Secuaces de un obispo disidente y de su maestro, desde el margen geográfico y político del imperio romano, junto con los más antiguos cristianos de Asia, iniciaron procesos culturales, sociales, demográficos y políticos en el transcurso de los cuales se cruzaron experiencias, se modificaron lenguajes, se transformaron sociedades, se hicieron y escribieron historias.

La defensa del siriaco como lengua de la liturgia y del derecho propios de esta tradición ayudó a crear y conservar raíces; por otra parte, las traducciones de textos religiosos y jurídicos de la tradición siriaca a múltiples idiomas aseguraron la difusión y adaptación, la integración de los cristianos sirios en sociedades diversas y, últimamente, la transformación de ideas y concepciones del sacro, de la justicia y del gobierno humano, y su circulación en distintos contextos culturales.

El cristianismo sirio oriental fue independiente de todo proyecto político imperial o misión papal, de la alianza con Bizancio, así como de la autoridad de Roma; fue una identidad en viaje y en transformación, cuya ritualidad y doctrinas se expresaron en distintos idiomas y alfabetos. Su *corpus* jurídico fue traducido y utilizado entre cristianos de distintas confesiones, judíos y musulmanes, en un espacio amplísimo, desde el Mediterráneo hasta Asia meridional y oriental, siglos antes de que las misiones «occidentales» de evangelización, las interferencias internacionales y los impulsos de modernización de los gobiernos, ante las nuevas reglas del juego económico, llevaran a Asia el *corpus* romano-canónico, el *common law* y los códigos civiles.

En los siglos de ascenso y expansión del cristianismo sirio oriental, una compleja red de actores no oficiales e instituciones permitió la integración del *Zhongguo* en un espacio jurídico-religioso comprendido entre el Mediterráneo, en un extremo, y las capitales imperiales de los T'ang y de los Yuan, en el otro. Mientras se dinamizaban los procesos de integración bajo nuevas premisas, y también se generaban nuevos conflictos y contraposiciones, la organización de las diócesis y el nombramiento de obispos creó una nueva grilla jurisdiccional. En el proceso, surgieron nuevas redes de cooperación y construcción de memoria, nudos de paso y resistencia que facilitaron caminos o amarraron experiencias; arquitecturas estratégicas diseñadas para transición y conservación (de textos, cuerpos, dones espirituales, mercancías) resignificaron la Ruta de la Seda. A la par, una nueva ruta de la episteme y la experiencia se observa en marcas visibles: en los símbolos, los textos, los signos lingüísticos, en el relato histórico.

Estos fenómenos no pueden ser comprendidos entre términos antagónicos de dominación y sujeción, o como resultados de apropiación o violencia unilaterales. La tradición cristiana siria oriental se proyecta hacia India y China en los destinos de viajeros, mercantes y migrantes, por

efecto de guerras y comercio, de movimientos espontáneos o forzados de pueblos e individuos, de escritura y predicación, por iniciativa de actores institucionales y no institucionales, de diversas etnias y afiliaciones políticas, utilizando una variedad de mediaciones e instrumentos, idiomas y escrituras; su formalización jurídica nace como respuesta ante la demanda de justicia proveniente de comunidades concretas, formadas por desarraigados y conversos, ubicadas en geografías muy diferentes, en entornos multiculturales. El derecho de los cristianos sirios utiliza materiales romanos, pero permanece políticamente independiente respecto a la tradición romana (teodosiana tanto como justinianea), incorporando elementos de derecho islámico. La adopción de formas comunes en el tráfico jurídico en sociedades complejas, caracterizadas por la presencia de los cristianos «nestorianos», que se observa en los documentos y las crónicas, no es el resultado de imposición o legalismo, sino de convergencia y apertura de los sistemas jurídico-religiosos. La vigencia de un derecho secular común entre pueblos, no reconducible a dinámicas legales de Estado, así como la pervivencia hasta el presente de un particular componente litúrgico con su poder *performador*, identitario y asociativo, como elementos propios de la normatividad de los más antiguos cristianos de Asia, son realidades incomprensibles desde el preconcepto legalista, nacional o eurocéntrico que afecta la percepción del fenómeno o técnica que denominamos «derecho» en los continentes atravesados por la colonialidad.

Los procesos mencionados tuvieron comienzo y se asentaron muchos siglos antes de la colonización de Asia. Fue el despertar de la ortodoxia romana a finales del siglo XIII, al resucitar la idea de unas comunidades de cristianos «orientales» víctimas del error, a las que había que rescatar mediante la conversión, lo que sostuvo las reclamaciones del oficialismo papal sobre pueblos de Asia, dando inicio a las misiones desde Roma hasta China en el siglo XIII y, en plena Contrarreforma, a India meridional. Sin embargo, las iglesias sirias orientales y su tradición escrita han sobrevivido a la «catolicización» y latinización, y la determinación de los cristianos de Asia en conservar su propia identidad espiritual y jurídica se ha convertido en otro capítulo —o ejemplo— de la resistencia y emancipación de un continente sometido por los poderes y los modelos de la «modernidad» occidental. Desde la década de los años setenta del siglo pasado, *Mar* Aprem (1977, 1983), metropolita de la Iglesia sirio-caldea de Oriente en Trichur, difunde el conocimiento de la historia, los documentos y la actualidad de los cristianos siriacos de la India.

Siguiendo el rastro de procesos de formación del derecho y de otros saberes y técnicas de gobierno (entre ellos, la liturgia) en la perspectiva de historias globales o regionales, y discerniendo los *legal entanglements* creados por dinámicas sociales y culturales concretas de convivencia y relación en el largo plazo respecto a la pasividad epifenoménica

de la *recepción* del derecho o a la artificialidad voluntarista del *legal transplant*, se rescatan componentes y momentos de una historia común que permiten combatir eficazmente contraposiciones divisivas que afectan la percepción de la contemporaneidad. Desde hace más de mil cuatrocientos años el cristianismo, en la versión de los «nestorianos», hace parte de la historia de Asia, de la historia de la India, de la historia de China.

Los avances de los estudios sobre prácticas del derecho y de la jurisdicción entre Antigüedad y Edad Moderna, desde los márgenes del Imperio romano, a lo largo de la Ruta de la Seda hasta China, posiblemente contribuyan a la reapropiación de una idea virtuosa de *Eurasia* como unidad histórica, constructo cultural, jurídico y religioso pluriverso, no hegemónico ni unilateralista, que sirva para superar la dicotomía epistemológica y políticamente antagónica entre «Oriente» y «Occidente». *Eurasia*, como espacio significado por experiencias comunes y construcción de conocimiento, de solidaridad, cooperación y responsabilidad por el futuro común, en vez de campo anómico de medición de fuerzas, proyección de voluntades de potencia, escenario de reclamación violenta de espacios vitales, cruce de intereses estatales y corporativos, de reivindicaciones nacionalistas o integralistas[94].

Una reflexión desde la historia común permitiría repensar las culturas y el derecho, y planear estrategias que salven los continentes de los estragos de la agresión económica, política y militar, así como de los fracasos del derecho internacional.

REFERENCIAS

Abe, M. (2014). Results of the Archaeological Project at Ak Beshim (Suyab), Kyrgyz Republic from 2011 to 2013 and a Note on the Site`s Abandonment. *Intercultural Understanding*, *4*, 11-16.

ʿAbhd-Īshoʿ bar Bĕrīkhā (*Ebedjesu Sobensis*). *Carmen Ebed-Jesu, metropolitae Sobae et Armeniae, continens catalogum librorum omnium ecclesiasticorum.* En J. S. Assemani (ed.), *Bibliotheca Orientalis Clementino-Vaticana* (*tomus* III, 1, pp. 3-362). Romae Typis Sacrae Congregationis de Propaganda Fide, MDCCXXV.

ʿAbhd-Īshoʿ bar Bĕrīkhā (*Ebedjesu Sobensis*). *Collectio Canonum Synodicorum.* En A. Mai (ed.), *Scriptorum Veterum Nova Collectio* (*tomus* X, pp. 1-360). Romae Typis Collegii Urbani, MDCCCXXXVIII.

94 Sobre la revitalización de teorías imperiales eurasiáticas, detrás de acontecimientos de la historia reciente, véase Burbank (2022); sobre enfoques recientes de política exterior en Asia, entre aislacionismo, interés nacional y tensiones entre elecciones de política exterior y cultura «democrática» en Europa y América, Friedman (2022); una visión solidaria de *Eurasia* desde la perspectiva jurídico-religiosa, antigua, es defendida por Catalano (2016, 2019), promotor de las iniciativas romanísticas; *Eurasia e diritto romano nella prospettiva indoeuropea di Dushanbe*. *I Seminario eurasiatico di diritto romano* (Dushanbe, 2011), y '*Chang'an e Roma: l'incontro delle due culture* (Liqian-Xian, 2013), reseñas en Catalano y Porcelli (2015, pp. 151-156).

ʿAbhd-Īshoʿ bar Bĕrīkhā (*Ebedjesu Sobensis*). *Ordo iudiciorum ecclesiasticorum*. En M. O. P. Vosté (ed.), *Caldei - Diritto antico, II. Ordo iudiciorum ecclesiasticorum*. Romae Typis Polyglottis Vaticanis, MCMXL.

Agamben, G. (2010). *El sacramento del lenguaje. Arqueología del juramento* (M. Ruvituso, trad.). Buenos Aires: Adriana Hidalgo.

Agamben, G. (2011). *Altissima povertà. Regole monastiche e forma di vita*. Vicenza: Neri Pozza Editore.

Agamben, G. (2012). *Archeologia dell'ufficio*. Torino: Bollati Boringhieri.

Ahmedov, A. S. (2009). On question of influence of Roman law on Islamic law. *Diritto@Storia*, (8). https://www.dirittoestoria.it/8/Contributi/Ahmedov-Influence-%20Roman%20law-on-Islamic-law.htm

Al Bikaadi, R. (2019). *Evaluate the success of the Nestorian Mission to the East*. https://www.academia.edu/39632898/Evaluate_the_success_of_the_Nestorian_Mission_to_the_East_While_the_Papacy_of_Rome_Imperial_Byzantium_and_relations_with_Orthodox_and

Andrade, N. (2018). Syriac and Syrians in the later Roman Empire: questions of identity. En D. King (ed.), *The Syriac World* (pp. 157-174). Abingdon y Nueva York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315708195-11

Arboleda Mora, C. (2007). Metodología ecuménica: el caso de la anáfora de Addai y Mari. *Cuestiones Teológicas*, *34*(82), 291-307.

Ashurov, B. (2013). *Tarsākyā: an analysis of Sogdian Christianity based on Archaeological, Numismatic, Epigraphic and Textual Sources* [tesis para obtener el grado de PhD en Study of Religions, University of London]. Londres, Department of the Study of Religions SOAS.

Ashurov, B. (2015). Inculturation matérielle de l'Église d'Oriente en Asie centrale: témoignages archéologiques. En P. G. Borbone y P. Marsone (eds.), *Le christianisme syriaque en Asie centrale et en Chine* (pp. 161-183). París: Geuthner.

Assemani, J. S. (1725). *Bibliotheca Orientalis Clementino-Vaticana* (III, 1). Romae Typis Sacrae Congregationis de Propaganda Fide.

Assemani, J. S. (1728). *Bibliotheca Orientalis Clementino-Vaticana* (III, 2). Romae Typis Sacrae Congregationis de Propaganda Fide.

Bar Hebraeus, G., *Chronicon ecclesiasticum*. En J. B. Abbeloos y T. J. Lamy (1872). *Gregorii Barhebraei Chronicon ecclesiasticum* (vol. I). Lovaina: Car. Peeter.

BBC News. (2020, 17 de septiembre). *Xinjiang: China defends 'education' camps*. https://www.bbc.com/news/world-asia-china-54195325

BBC News. (2022, 24 de mayo). *Who are the Uyghurs and why is China being accused of genocide?* https://www.bbc.com/news/world-asia-china-22278037

Becker, A. (2008). The Ancient near East in the Late Antique near East. Syriac Christian Appropriation of the Biblical Past. En G. Gardner y K. L. Osterloh

(eds.), *Antiquity in Antiquity: Jewish and Christian Pasts in the Greco-Roman World* (pp. 394-415). Tubinga: Mohr Siebeck.

Ben Yosef, I. A. (1984). Action and non-action in Judaism and Taoism. *Religion in Southern Africa*, *5*(1), 63-74.

Berkowitz, D., Pistor, K., & Richard, J.-F. (2003). The transplant effect. *The American Journal of Comparative Law*, *51*(1), 163-203.

Berlin-Brandenburg Academy of Sciences and Humanities. (2007). *Turfan Studies*. http://turfan.bbaw.de/bilder-en/turfan-engl-07.pdf

Bidawid, R. (1956). *Les lettres du patriarche Nestorien Timothée I. Étude Critique Avec en Appendice la Lettre de Timothée I Aux Moines Du Couvent de Mār Marōn*. Roma: Biblioteca Apostolica Vaticana.

Bo, B., & Sims-Williams, N. (2015). Sogdian Documents from Khotan, II: Letters and Miscellaneous Fragments. *Journal of the American Oriental Society*, *135*(2), 261-282. https://doi.org/10.7817/jameroriesoci.135.2.261

Bönnemann, M., & Riegner, M. (2021). Estudio preliminar. El derecho comparado y el Sur global. En *Derecho comparado crítico* (pp. 11-75). Bogotá: Siglo del Hombre. https://doi.org/10.2307/j.ctv269fvw8.3

Borbone, P. G. (2009). *Storia di Mar Yahballaha e di Rabban Sauma. Cronaca siriaca del XIV Secolo*. Moncalieri: LuluPress.

Borbone, P. G. (2013). Les églises d'Asie centrale et de Chine: état de la question à partir des textes et des découvertes archéologiques: essai de synthèse. En F. Briquel-Chatonnet (ed.), *Les églises en monde syriaque* (pp. 441-465). París: Geuthner.

Borbone, P. G. (2015). I siri orientali e la loro espansione missionaria dall'Asia centrale al Mar della Cina. En L. Vaccaro (ed.), *Dal Mediterraneo al Mar della Cina. L'irradiazione della tradizione cristiana di Antiochia nel continente asiatico e nel suo universo religioso* (pp. 279-304). Ciudad del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana.

Braun, O. (1900). *Das Buch der Synhados oder Synodicon Orientale: Die Sammlung der Nestorianischen Konzilien, zusammengestellt im neunten Jahrhundert nach der syrischen Handschrift, Museo Borgiano 82, der Vatikanischen Bibliothek*. Stuttgart y Viena: Rothsche Verlagshandlung.

Briquel Chatonnet, F. (2012). Syriac manuscripts in India, Syriac manuscripts from India. *Hugoye: Journal of Syriac Studies*, *15*(2), 289-299. https://doi.org/10.31826/hug-2012-150111

Briquel-Chatonnet, F. (2013). Les églises dans les textes. En F. Briquel-Chatonnet (ed.), *Les églises en monde syriaque* (pp. 11-40). París: Geuthner.

Briquel-Chatonnet, F. (2018). Writing Syriac: manuscripts and inscriptions. En D. King (ed.), *The Syriac World* (pp. 243-265). Abingdon y Nueva York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315708195-16

Brock, S. P. (1996). The Nestorian Church: a lamentable misnomer. *Bulletin of the John Rylands Library*, *78*(3), 23-35. https://doi.org/10.7227/bjrl.78.3.3

Bruns, K. G., & Sachau, E. (1880). *Syrisch-Römisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert*. Leipzig: Brockhaus.

Buck, C. (1996). The Universality of the Church of the East: How Persian was Persian Christianity? *Journal of the Assyrian Academic Society*, *10*(1), 54-95.

Burbank, J. (2022, 22 de marzo). The Grand Theory Driving Putin to War. *The New York Times*. https://www.nytimes.com/2022/03/22/opinion/russia-ukraine-putin-eurasianism.html

Cardilli, R. (2019). 驪靬 (Lijian/Liqian). Una città romana in Cina. Il problema giuridico del rapporto tra Impero e città. En R. Cardilli, L. Formichella, S. Porcelli e Y. O. Stoeva (eds.), *Chang'an e Roma. Eurasia e Via della Seta. Diritto, società, economia* (pp. 45-59). Roma: CSEA Università di Roma Tor Vergata.

Carlson, T. A. (2018). Syriac in a diverse Middle East: from the Mongol Ilkhanate to Ottoman dominance, 1286-1517. En D. King (ed.), *The Syriac World* (pp. 718-730). Abingdon y Nueva York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315708195-36

Carusi, E. (1917-1918). Il problema scientifico del diritto musulmano. *Rivista italiana per le Scienze Giuridiche*, *LX*(1917), 7-88; *LXI*(1918), 25-107, 145-228.

Catalano, P. (2015). Chang'an e Roma: l'incontro delle due culture. Liqian-Xi'an 2013. Risultati operativi 2013 (con Stefano Porcelli). *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina*, *36*, 151-156.

Cersoy, P. (1894). Les manuscrits orientaux de Mgr. David au Musée Borgia de Rome. *Zeitschrift fur Assyrologie*, *IX*, 361-384. https://doi.org/10.1515/zava.1894.9.1.361

Chabot, J. B. (ed.). (1902). *Synodicon Orientale ou Recueil de Synodes Nestoriens*. París: Imprimérie Nationale.

Chwolson, D. A. (1886). Syrische Grabinschriften aus Semirjetschie. *Mémoires de l'Académie Imperiale des Sciences de St.-Pétersbourg*, *34*(4), 1-30.

Cleaves, F. W. (1955). An early Mongolian loan contract from Qara Qoto. *Harvard Journal of Asiatic Studies*, *18* (1-2), 1-53. https://doi.org/10.2307/2718410

Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium (1990).

Codex Iustinianus. En Krüger, P. (ed.). (1877). *Corpus iuris Civilis. Volumen secundum. Codex.* Berolini: apud Weidmannos.

Codex Theodosianus. En Mommsen, Th., & Meyer, P. M. (eds.). (1905). *Codex Theodosianus: Theodosiani libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis et leges novellae ad Theodosianum pertinentes. Voluminis I pars posterior*. Berolini: apud Weidmannos.

Collinet, P. (1912). *Études historiques sur le Droit de Justinien*, *tome I: Le caractère oriental de l'œuvre législative de Justinien*. París: Larose et Ténin.

Conte, R. (2013). La questione dei cristianesimi cinesi. *Rivista di Studi Indo-Mediterranei*, *III*, 1-19.

Cosmas Indicopleustes, *Χριστιανική τοπογραφία*. En E. O. Winstedt (ed.). (1909). *The Christian topography of Cosmas Indicopleustes*. Cambridge: Cambridge University Press.

Coutinho, R. (2015). *A study on communication in sacris and its application with a special reference to the Churches and ecclesial communities in India* [tesis de licenciatura en Oriental Canon Law, Institute of Oriental Canon Law]. Bangalore.

Crone, P. (1987). *Roman, provincial and Islamic law. The origins of the Islamic patronate*. Cambridge: Cambridge University Press.

Daher, A. (2005). The *shari'a*: Roman law wearing an Islamic veil? *Hirundo: The McGill Journal of Classical Studies*, *III*, 91-108.

Danish immigration Service, Norwegian LANDINFO, & Danish Refugee Council. (2013, febrero). *On Conversion to Christianity, Issues concerning Kurds and Post-2009 Election Protestors as well as Legal Issues and Exit Procedures. Joint report from the Danish Immigration Service, the Norwegian LANDINFO and Danish Refugee Council's fact-finding mission to Tehran, Iran, Ankara, Turkey and London, United Kingdom*. Copenhague. https://www.nyidanmark.dk/-/media/Files/US/Landerapporter/Iranendeligudgave.pdf

Debié, M. (2016). Désigner l'adversaire: la guerre des noms dans les controverses. En F. Ruani (ed.), *Les controverses religieuses en syriaque. Etudes syriaques* (vol. 13, pp. 307-348). París: Geuthner.

Debié, M. (2018). The Eastern provinces of the Roman Empire in late antiquity. En D. King (ed.), *The Syriac World* (pp. 11-32). Abingdon y Nueva York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315708195-2

Deeg, M. (2006). The 'Brilliant Teaching': The Rise and Fall of 'Nestorianism' (JingJiao) in Tang China. *Japanese Religions*, (31), 91-110.

Deeg, M. (2020). The "Brilliant Teaching": Iranian Christians in Tang China and Their Identity. *Entangled Religions*, *11*(6). https://doi.org/10.46586/er.11.2020.8674

Delacour, C. (2005). Un ensemble funéraire Oïngüt du début de l'époque Yuan provenant de Mongolie intérieure. *Arts asiatiques*, *60*, 85-102; https://doi.org/10.3406/arasi.2005.1532

Dickens, M. (2009a). Multilingual Christian manuscripts from Turfan. *Journal of the Canadian Society for Syriac Studies*, *9*, 22-42. https://doi.org/10.31826/9781463222727-003

Dickens, M. (2009b). Syriac gravestones in the Tashkent history Museum. En D. W. Winkler y L. Tang (eds.), *Hidden Treasures and Intercultural Encounters:*

Studies on East Syriac Christianity in China and Central Asia (pp. 13-49). Berlín: LIT.

Dickens, M. (2013). Syro-uigurica II: Syriac passages in *u* 338 from Turfan. *Hugoye: Journal of Syriac Studies*, *16*(2), 301-324. https://doi.org/10.31826/9781463236076-010

Dickens, M. (2015). Le christianisme syriaque en Asie centrale. En P. G. Borbone y P. Marsone (eds.), *Le christianisme syriaque en Asie centrale et en Chine* (pp. 5-39). París: Geuthner.

Dickens, M. (2018). Syriac Christianity in Central Asia. En D. King (ed.), *The Syriac World* (pp. 583-624). Abingdon y Nueva York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315708195-32

Dickens, M., & Sims-Williams, N. (2012). Christian Calendrical Fragments from Turfan. En J. Ben-Dov, W. Horowitz y J. M. Steele (eds.), *Living the Lunar Calendar* (pp. 269-295). Oxford: Oxbow. https://doi.org/10.2307/j.ctvh1dj98.17

Dognini, C. (2002). Motivi indiani negli "Acta Thomae". *Studi Classici e Orientali*, *47*(2), 379-388.

Ducati, B. (1905-1906). Notizia di nuovi manoscritti e studi sul libro siriaco-romano. *Bullettino dell' Istituto di diritto romano*, *XVII*, 191-207.

Ducati, B. (1906). Data e origine del libro siriaco. *Rivista di storia* antica, X, 467-469.

Duve, Th. (2014). Entanglements in Legal History. Introductory Remarks. En T. Duve (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches, Global Perspectives on Legal History* (pp. 3-25). Fráncfort del Meno: Max Planck Institute for European Legal History. http://dx.doi.org/10.12946/gplh1

Eccles, L., & Lieu, S. (2016). *Stele on the diffusion of the Luminous Religion of Da Qin (Rome) in the Middle Kingdom*. https://www.mq.edu.au/__data/assets/pdf_file/0007/55987/Xian-Nestorian-Monument-27-07-2016.pdf

Ellis Petersen, H. (2021a, 4 de octubre). India's Christians living in fear as claims of 'forced conversions' swirl. *The Guardian*. https://www.theguardian.com/world/2021/oct/04/india-christians-living-in-fear-claims-forced-conversions

Ellis Petersen, H. (2021b, 27 de diciembre). Jesus statue smashed in spate of attacks on India's Christian community. *The Guardian*. https://www.theguardian.com/world/2021/dec/27/jesus-statue-smashed-in-spate-of-attacks-on-indias-christian-community

Emhardt, W. C., & Lamsa, G. (1926). *The Oldest Christian People*. Nueva York: The MacMillan Company.

Eusebio de Cesarea, *Historia eclesiástica*.

Eusebio de Cesarea, *Ἐκκλησιαστικὴ ἱστορία*. http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=urn:cts:greekLit:tlg2018.tlg002.perseus-grc1:1.1

Falchi, G. L. (1992). Sull'origine delle due classi di manoscritti del Libro Siro-Romano di Diritto. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, *58*, 143-169.

Farina, M. (2013). A database of the Syriac and Syro-Turkic inscriptions from Central Asia and China. En L. Tang y D. W. Winkler (eds.), *From the Oxus River to the Chinese Shores: Studies on East Syriac Christianity in China and Central Asia* (pp. 67-81). Zúrich y Münster: LIT.

Fitzpatrick, M. P. (2011). Provincializing Rome: The Indian Ocean Trade Network and Roman Imperialism. *Journal of World History*, *22*(1), 27-54. https://doi.org/10.1353/jwh.2011.0016

Forte, A. (1999-2000). Iranians in China: Buddhism, Zoroastrianism, and Bureaus of Commerce. *Cahiers d'Extrême-Asie*, *11*, 277-290.

Foucault, M. (2012 [1979-1980]). *Du gouvernement des vivants. Cours au Collège de France, 1979-1980*. París: Seuil, Gallimard.

Freidenreich, D. M. (2012). Muslims in Eastern canon law, 1000-1500. En D. Thomas y A. Mallett (eds.), *Christian-Muslim relations. A bibliographical history, 1200-1350* (vol. 4, pp. 45-57). Leiden y Boston: Brill. https://doi.org/10.1163/9789004228559_005

Friedman, T. L. (2022, 22 de marzo). Xi, Putin and Trump: The Strongmen Follies. *The New York Times*. https://www.nytimes.com/2022/03/22/opinion/xi-putin-trump.html

Frye, R. N. (1992). Assyria and Syria: synonyms. *Journal of Near Eastern Studies*, *51*(4), 281-85. https://doi.org/10.1086/373570

Gafni, I. M. (2019). Nestorian Literature as a Source for the History of the Babylonian Yeshivot. En *Jews and Judaism in the Rabbinic Era: Image and Reality-History and Historiography* (pp. 269-280). Texts and Studies in Ancient Judaism, 173. Tubinga: Mohr Siebeck.

Galambos, I. (2015). *She* Association Circulars from Dunhuang. En A. Richter (ed.), *A History of Chinese Letters and Epistolary Culture* (pp. 853877). Leiden y Boston: Brill.

Galambos, I. (2020). *Dunhuang Manuscript Culture. End of the first millennium*. Berlín y Boston: Walter de Gruyter GmbH. https://doi.org/10.1515/9783110726572

Gavlak, D. (2021, 7 de marzo). *Pope Francis Encourages Iraq's Christians to Forgive and Rebuild*. Voa. https://www.voanews.com/a/europe_pope-francis-encourages-iraqs-christians-forgive-and-rebuild/6202990.html

Gettleman, J., & Raj, S. (2021, 22 de diciembre). Arrests, Beatings and Secret Prayers: Inside the Persecution of India's Christians. *The New York Times*. https://www.nytimes.com/2021/12/22/world/asia/india-christians-attacked.html

Goria, F. (2007). Un'ipotesi sulla destinazione didattica del Libro Siro-Romano di Diritto. En *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana: XVI convegno internazionale in onore di Manuel J. García Garrido* (pp. 153-166). Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.

Gouvea, A. de (1606). *Jornada do arcebispo de Goa, Dom Frey Aleixo de Menezes, Primaz da India Oriental, religioso da Ordem de S. Agostinho*. Coimbra: Na Officina de Diogo Gomez Loureyro Impressor da Universidade.

Gunter, J. (2021, 13 de mayo). *Uyghur imams targeted in China's Xinjiang crackdown*. BBC. https://www.bbc.com/news/world-asia-china-56986057

Hainthaler, T. (2018). Theological doctrines and debates within Syriac Christianity. En D. King (ed.), *The Syriac World* (pp. 377-390). Abingdon y Nueva York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315708195-23

Halbertsma, T. H. F. (2015). *Early Christian remains of Inner Mongolia. Discovery, reconstruction and appropriation*. Leiden: Brill. https://doi.org/10.1163/9789004288867

Hansen, V. (1995a). *Negotiating Daily Life in Traditional China: How Ordinary People Used Contracts*. New Haven: Yale University Press. https://doi.org/10.12987/9780300161533

Hansen, V. (1995b). Why Bury Contracts in Tombs. *Cahiers d'Extrême-Asie*, *8*, 59-66. https://doi.org/10.3406/asie.1995.1087

Harrak, A. (ed.). (2005). *The acts of Mār Mārī the apostle. Translated from Syriac with an introduction and notes*. Atlanta: Society of Biblical Literature.

Hitch, D. (2009). The Special Status of Turfan. *Sino-Platonic Papers*, *186*, 1-61.

Hong, Y. (2016). Divorce Practice in Late Medieval Dunhuang: Reading 'Documents on Setting the Wife Free'. *Tang Studies*, *34*, 12-39. https://doi.org/10.1353/tan.2016.0001

Houston, G. W. (1980). An overview of Nestorians in Inner Asia. *Central Asiatic Journal*, *24*(1-2), 60-68.

Hunter, E. C. D. (2013). Syriac, Sogdian and Old Uyghur Manuscripts from Bulayïq. En Academia Turfanica (ed.), *The History behind the Languages. Essays of Turfan Forum on Old Languages of the Silk Road* (pp. 79-93). Shanghái: Shanghai guji chubanshe 上海古籍出版社. https://eprints.soas.ac.uk/16830/1/论坛论文集%20Erica%20C.%20D.%20Hunter.pdf.

Hunter, E. C. D. (2018). Changing demography: Christians in Iraq since 1991. En D. King (ed.), *The Syriac World* (pp. 783-796). Abingdon y Nueva York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315708195-40

Iesubokht, *Corpus iuris*. En E. Sachau (1914). *Syrische Rechtsbücher*, dritter Band (pp. 1-201). Berlín: Verlag von Georg Reimer.

Jamali, N. (2017). The Book VI of Īšō '-bokht's Corpus Juris and the Emergence of Procedural Laws in the Church of the East. *Journal of the Canadian Society for Syriac Studies*, *17*(1), 37-48. https://doi.org/10.31826/9781463238940-004

Jany, J. (2020). The Law of the Church of the East. En J. Janos (ed.), *Legal Traditions in Asia: History, Concepts and Laws* (pp. 117-146). Cham: Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-030-43728-2_5

Johnson, S. (2021, 10 de junio). China's Uyghurs living in a 'dystopian hellscape', says Amnesty report. *The Guardian*. https://www.theguardian.com/global-development/2021/jun/10/china-uyghur-xinjiang-dystopian-hellscape-says-amnesty-international-report

Johnson, S. F. (2017). Silk Road Christians and the Translation of Culture in Tang China. *Studies in Church History*, *53*, 15-38. https://doi.org/10.1017/stc.2016.3

Johnson, S. F. (2018). The languages of Christianity on the Silk roads and the transmission of Mediterranean culture into Central Asia. En N. Di Cosmo y M. Maas (eds.), *Empires and Exchanges in Eurasian Late Antiquity. Rome, China, Iran, and the Steppe, ca. 250–750* (pp. 206-219). Cambridge: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/9781316146040.017

Joseph, J. (2000). *The Modern Assyrians of the Middle East: A History of Their Encounter with Western Christian Missions, Archaeologists, and Colonial Powers*. Leiden: Brill. https://doi.org/10.1163/9789004320055

Jullien, C., & Jullien, F. (2001). *Les Actes de Mar-Mari. L'apôtre de la Mésopotamie*. Turnhout: Brepols. https://doi.org/10.1484/M.APOCR-EB.5.105638

Jullien, C., & Jullien F. (2002). Apôtres des confins. Processus missionnaires chrétiens dans l'empire iranien. *Annuaires de l'École pratique des hautes études*, *108*, 476-470. https://doi.org/10.3406/ephe.1999.13095

Kantorowicz, E. H. (1946). *Laudes Regiae. A Study in Liturgical Acclamations and Mediaeval Ruler Worship*. Berkeley y Los Ángeles: University of California Press.

Kantorowicz, E. H. (1957). *The King's Two Bodies. A Study in Medieval Political Theology*. Princeton: Princeton University Press.

Karadsheh, J., & Tuysuz, G. (2021, 8 de junio). *Uyghurs are being deported from Muslim countries, raising concerns about China's growing reach*. CNN. https://edition.cnn.com/2021/06/08/middleeast/uyghur-arab-muslim-china-disappearances-cmd-intl/index.html

Khayyath, G. E. (1870). *Siri Orientales, seu Chaldaei Nestoriani et Romanorum pontificum primatus*. Roma: Sacrae Congregationis de Propaganda Fide. https://doi.org/10.31826/9781463226503

Khoury, W. (2018). Churches in Syriac space: architectural and liturgical context and development. En D. King (ed.), *The Syriac World* (pp. 476-553). Abingdon y Nueva York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315708195-29

Kiroulos, H. B. (2010, 5 de octubre). *¿Qué es un rito?* Ius canonicum. Información de derecho canónico. https://www.iuscanonicum.org/index.php/organizacion-eclesiastica/las-iglesias-catolicas-orientales/390-que-es-un-rito.html

Kristof, N. (2019, 22 de mayo). China's Orwellian War on Religion. *The New York Times*. https://www.nytimes.com/2019/05/22/opinion/china-religion-human-rights.html

Kuo, L. (2019, 13 de enero). In China, they're closing churches, jailing pastors – and even rewriting Scripture. *The Guardian*. https://www.theguardian.com/world/2019/jan/13/china-christians-religious-persecution-translation-bible

Land, J. P. N. (1862). *Anecdota syriaca, I.* Lugduni Batavorum: E.J. Brill.

Leges saeculares. En Riccobono, S., Baviera, G., Ferrini, C., Furlani, G., & Arangio-Ruiz, V. (eds.). (1941-1943). *Fontes iuris Romani anteiustiniani*, I². *Leges* (pp. 759-798). Florentiae: Apud S. a. G. Barbèra.

Legrand, P. (1997). The impossibility of 'legal transplants'. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, *4*(2), 111-124. https://doi.org/10.1177/1023263x9700400202

Legrand, P. (2021). La imposibilidad de los "trasplantes jurídicos". En *Derecho comparado crítico* (C. Morales de Setién Ravina, trad.; pp. 177-210). Bogotá: Siglo del Hombre. https://doi.org/10.2307/j.ctv269fvw8.5

Luque Romero, E. (2021). Los nestorianos en la ruta de la seda. *Asiadémica*, *16*, 80-109.

Macuch, M. (2014). The Case against Mār Abā, the Catholicos, in the Light of Sasanian Law. *Aram*, *26*, 47-58.

Mai, A. (ed.). (1838). *Scriptorum veterum nova collectio e codicibus Vaticanis edita* (X). Roma: Collegii Urbani.

Manigk, J. (1915). *Syrisch-römisches Rechtsbuch. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, XVII [copia de mimeógrafo].

Mar Aprem. (1977). *The Chaldean Syrian Church in India*. Trichur: Mar Narsai Press.

Mar Aprem. (1983). Syriac Manuscripts in Trichur. En R. Lavenant (ed.), *IIIe Symposium Syriacum 1980: Les contacts du monde syriaque avec les autres cultures (Goslar 7-11 Septiembre 1980)* (pp. 355-374). Roma: Pontificium Institutum Studiorum Orientalium.

Mar Aprem. (1991). Canon Law of Mar Abdisho. *The Harp*, *4*, 85-102. https://doi.org/10.31826/9781463232955-009

Mar Aprem. (1994). Codification of the Canon Law by Mar Abdisho in 1290 A.D. En R. Lavenant (ed.), *VI Symposium Syriacum, 1992: University of Cambridge, Faculty of Divinity, 30 August-2 September 1992* (pp. 371-380). Roma: Pontificio Istituto Orientale.

Martin, F. (1899). Homélie de Narsès sur les trois docteurs nestoriens. *Journal Asiatique*, *9e Série*(14), 446-492.

Martin, F. (1900). Homélie de Narsès sur les trois docteurs nestoriens. *Journal Asiatique*, *9e Série*(15), 469-525.

Mauk, B. (2021, 26 de febrero). Inside Xinjiang prison's state, The New Yorker documentary. *The New Yorker*. https://www.newyorker.com/news/a-reporter-at-large/china-xinjiang-prison-state-uighur-detention-camps-prisoner-testimony y https://www.youtube.com/watch?v=FGUyo5dxke8

McDowell, E. W. (1911). The Ancient Nestorian Church and Its Present Influence in Kurdistan. *The Journal of Race Development*, *2* (1), 67-88. https://doi.org/10.2307/29737896

McVey, K. (1983). The Memra of Narsai on the Three Nestorian Doctors as an Example of Forensic Rhetoric. En R. Lavenant (ed.), *III Symposium Syriacum 1980* (pp. 87-96). Orientalia christiana analecta, 221. Roma: Pontificium Institutum Orientalium Studiorum.

Mengozzi, A. (2008). I cristiani di tradizione siriaca del Vicino e Medio Oriente. En A. Ferrari (ed.), *Popoli e Chiese dell'Oriente cristiano* (pp. 135-176). Roma: Edizioni Lavoro.

Menze, V. (2018). The establishment of the Syriac Churches. En D. King (ed.), *The Syriac World* (pp. 105-118). Abingdon y Nueva York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315708195-7

Mingana, A. (1925). *The Early Spread of Christianity in Central Asia and the Far East: A New Document. Reprinted with additions, from "The Bulletin of the John Rylands Library", Vol. 9, No. 2, July, 1925*. Mánchester: The University Press.

Mitteis, L. (1891). *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*. Leipzig: B.G. Teubner.

Mitteis, L. (1905). Über drei neue Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuchs. En *Abhandlungen der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Abh. II, 1-59.

Mommsen, T. (1885). *Römische Geschichte. Fünfter Band. Die Provinzen von Caesar bis Diocletian*. Berlín: Weidmann

Mommsen, T. (1991 [1885]). *Le provincie romane da Cesare a Diocleziano* (E. de Ruggiero, trad.). Florencia: Sansoni.

Morrow, K. T. (2019). *Negotiating belonging. The Church of the East's contested identity in Tang China* [tesis de doctorado en Philosophy in History of Ideas, University of Dallas]. Texas. https://utd-ir.tdl.org/bitstream/handle/10735.1/6946/ETD-5608-017-MORROW-260204.19.pdf

Moule, A. C. (1930). *Christians in China Before the Year 1550*. Londres, Nueva York y Toronto: Society for Promoting Christian Knowledge, MacMillan.

Murre-van den Berg, H. (2018). Syriac identity in the modern era. En D. King (ed.), *The Syriac World* (pp. 770-782). Abingdon y Nueva York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315708195-39

Nallino, C. A. (1921-1923a). A proposito di alcuni studi sui diritti orientali. *Rivista degli studi orientali*, *IX*, 55-182.

Nallino, C. A. (1921-1923b). Il diritto musulmano nel Nomocanone siriaco cristiano di Bar Hebreo. *Rivista degli studi orientali*, *IX*, 512-580.

Nallino, C. A. (1923-1925). Ancora il Libro siro-romano di diritto e Bar Hebreo. *Rivista degli studi orientali*, *X*, 78-86.

Nallino, C. A. (1925). Libri giuridici bizantini in versioni arabe cristiane dei sec. XII-XIII. *Rendiconti dell'Accademia dei Lincei*, serie VI, *1*(3-4), 101-165.

Nallino, C. A. (1926). D'alcuni passi del «Libro Siro romano» concernenti le successioni. *Rendiconti dell'Accademia dei Lincei*, serie VI, *1*(11-12), 775-846 [con «Appendice» inédito en Nallino, C. A. (1942), *Scritti editi e inediti* (vol. IV, pp. 421-500). Roma: Istituto per l'Oriente].

Nallino, C. A. (1927). *Pherne* nel senso di *donatio propter nuptias* in scritti siriaci e giudaici. *Rendiconti dell'Accademia dei Lincei*, serie VI, *1*(11-12), 479-491.

Nallino, C. A. (1930). Sul libro Siro-Romano e sul presunto diritto Siriaco. En *Studi in onore di Pietro Bonfante* (vol. I, pp. 203-261). Milán: Fratelli Treves.

Nicolini-Zani, M. (2006). *La via radiosa per l'Oriente.* Magnano: Qiqajon.

Nicolini Zani, M. (2009a). The "Appropriation" of Tang Christianity by *Jesuit* Missionaries in the Seventeenth Century. En D. W. Winkler y L. Tang (eds.), *Hidden Treasures and Intercultural Encounters: Studies on East Syriac Christianity in China and Central Asia* (pp. 225-240). Berlín: LIT.

Nicolini Zani, M. (2009b). The Tang Christian pillar from Luoyang and its *Jingjiao* inscription. A preliminary study. *Monumenta Serica*, *57*(1), 99-140. https://doi.org/10.1179/mon.2009.57.1.003

Nicolini Zani, M. (2022). *The Luminous Way to the East.* Nueva York: Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/oso/9780197609644.001.0001

Ochab, E. U. (2021, 5 de mayo). *Are Christians In China Next In Line For 'Re-Education'?* Forbes. https://www.forbes.com/sites/ewelinaochab/2021/05/05/are-christians-in-china-next-in-line-for-re-education/?sh=2dec4d34fb27

Ochab, E. U. (2022, 20 de enero). *One In Seven Christian Minorities Under Threat In 2022*. Forbes. https://www.forbes.com/sites/ewelinaochab/2022/01/20/one-in-seven-christian-minorities-under-threat-in-2022/?sh=476e7c7c7d2d

Oulddali, A. (2017). Les conditions de la résidence du *dimmī*: entre règles absolues et relatives. En N. Berend, Y. Masset, C. Nemo-Pekelman y J. Tolan (eds.), *Religious minorities in Christian, Jewish an Muslim law* (*5th-15th centuries*) (pp. 127-148). Turnhout: Brepols. https://library.oapen.org/bitstream/handle/20.500.12657/29989/650538.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Pahlitzsch, J. (2016). Christian *Waqf* in the Early and Classical Islamic Period (Seventh to Twelfth Centuries). En S. Mohasseb Saliba (ed.), *Les fondations pieuses Waqfs chez les Chrétiens et les Juifs du Moyen Âge à nos jours* (pp. 33-56). París: Geuthner.

Pallath, P. (2019). *The liturgical heritage of the Syro-Malabar Church: shadows and realities*. Changanacherry: HIRS Publications.

Parthasarathy, S. (2022, 3 de enero). India's Anti-Conversion Laws: The Death of Secularism. *The India Forum*. https://www.theindiaforum.in/article/india-s-anti-conversion-laws-death-secularism

Partsch, J. (1909). Neue Rechtsquellen der nestorianischen Kirche. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, *30*(1), 355-398. https://doi.org/10.7767/zrgra.1909.30.1.355

Paton, E., & Ramzy, A. (2021, 2 de julio). Coalition Brings Pressure to End Forced Uighur Labor. *The New York Times*. https://www.nytimes.com/2020/07/23/fashion/uighur-forced-labor-cotton-fashion.html

Pauthier, G. (1858), *L'inscription syro-chinoise de Si-ngan-fou : monument nestorien élevé en Chine l'an 781 de notre ère, et découvert en 1625*. París: Librairie de Firmin Didot frères, fils et Cᵉ et chez Benjamin Duprat-Librairie de l'Institut des Sociétés Asiatiques de Paris, de Londres et de Calcutta, etc., rue du Cloître-Saint-Benoît.

Perczel, I. (2005). *The Nomocanon of Abdisho of Nisibis: A Facsimile Edition of MS 64 from the Collection of the Church of the East in Thrissur*. Piscataway: Gorgias Press.

Perczel, I. (2006). Have the flames of Diamper destroyed all the old manuscripts of the Saint Thomas Christians? *The Harp*, *XX*(parte 1), 87-104. https://doi.org/10.31826/9781463233082-010

Perczel, I. (2018). Syriac Christianity in India. En D. King (ed.), *The Syriac World* (pp. 653-697). Abingdon y Nueva York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315708195-34

Perikhanian, A. (ed.). (1997). *The Book of a Thousand Judgements (a Sasanian Law book)*. Nueva York: Mazda Publishers.

Piras, A. (2016). Turfan e Dunhuang. Povos, culturas e religiões no curso da Rota de Seda. *ÂYINÉ*, *1*, 183-202.

Poggi, V. (2015). La chiesa di Persia, testimonianza, martirio ed espansione missionaria della chiesa siro-orientale. En L. Vaccaro (ed.), *Dal Mediterraneo al Mar della Cina* (pp. 113-127). Ciudad del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana.

Polo, M. (2006 [1503]). El millón. *Libro de Marco Polo. Estudio y edición crítica de la traducción castellana de San Millán de la Cogolla*. Salamanca: Instituto Biblioteca Hispánica, CiLengua.

Pontificio Consejo para la Unidad de los Cristianos (2001). *Orientaciones para la admisión a la Eucaristía entre la Iglesia caldea y la Iglesia Asiria de Oriente.*

Popova, I. F. (2015). A Dunhuang Document on the Division of Property from the Serindia Fund of the Institute of Oriental Manuscripts, RAS. *Written Monuments of the Orient*, *1*(1), 4-13. https://doi.org/10.17816/wmo25762-

Porcelli, S. (2016). Diritto cinese e tradizione romanistica. Terminologia e sistema. *Bullettino dell'istituto di Diritto romano*, quarta serie, *VI*(XC), 253-292.

Possekel, U. (2018). The emergence of Syriac literature to AD 400. En D. King (ed.), *The Syriac World* (pp. 309-326). Abingdon y Nueva York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315708195-19

Pullella, P. (2021, 20 de abril). *China, Myanmar and others criticised in report on rising religious persecution*. Reuters. https://www.reuters.com/world/china/china-myanmar-others-criticised-report-rising-religious-persecution-2021-04-20/

Pulleyblank, E. G. (1961). Registration of Population in China in the Sui and T'ang Periods. *Journal of the Economic and Social History of the* Orient, *4*(3), 289-301. https://doi.org/10.1163/156852061x00088

Ramelli, I. (2002). Note sulle origini del cristianesimo in India. La tradizione su Bartolomeo e Tommaso. *Studi Classici e Orientali*, *47*(2), 363-378.

Reinink, G. J. (2009). Tradition and the Formation of the 'Nestorian' Identity in Sixth- to Seventh-Century Iraq. *Church History and Religious Culture*, *89*, 217-250. https://doi.org/10.1163/ej.9789004173750.i-366.55

Reuters. (2019, 12 de marzo). Western powers using Christianity to 'subvert' China, says religious official. *The Guardian*. https://www.theguardian.com/world/2019/mar/12/western-powers-using-christianity-to-subvert-china-says-religious-official

Rhó, F. G. (1815). *Intorno a' viaggi e alla predicazione di S. Tommaso Apostolo. Brescia: dalla Tipografia Vescovi.*

Rollinger, R. (2006). The terms "Assyria" and "Syria" again. *Journal of Near Eastern Studies*, *65*(4), 283-287. https://doi.org/10.1086/511103

Rose, R. B. (1982). Islam and the development of personal status laws among Christian dhimmis: motives, sources, consequences. *The Muslim World*, *LXXII*(3-4), 159-179.

Ruskola, T. (2002). Legal Orientalism. *Michigan Law Review*, *101*(1), 179-234. https://doi.org/10.2139/ssrn.361982

Sachau, E. (1907). *Syrische Rechtsbücher*, erster Band. Berlín: Verlag von Georg Reimer.

Sachau, E. (1908). *Syrische Rechtsbücher*, zweiter Band. Berlín: Verlag von Georg Reimer.

Sachau, E. (1914). *Syrische Rechtsbücher*, dritter Band. Berlín: Verlag von Georg Reimer.

Saeki, P. Y. (1951). *The Nestorian Documents and Relics in China* (2.ª ed.). Tokio: Toho bunkwa gakuin, The Academy of Oriental culture, Tokyo Institute.

Schipani, S. (2009). Diritto romano in Cina. En *Treccani XXI secolo*. Roma. https://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina_%28XXI-Secolo%29/

Seidl, E. (1932). Syrisch-römisches Rechtsbuch. En A. F. Pauly y G. Wissowa (eds.), *Real-Enzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft* (vol. II, parte VIII, coll. 1779-1785). Stuttgart: J.B. Metzlersche Verlagsbuchhandlung.

Selb, W. (1964). *Zur Bedeutung des syrisch-römischen Rechtsbuches*. *Münchener Beitrage zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte* (XLIX). Múnich: C. H. Beck Verlag.

Selb, W. (1981). *Orientalisches Kirchenrecht. Die Geschichte des Kirchenrechts der Nestorianer (von den Anfängen bis zur Mongolenzeit)* (vol. 1). Viena: Österreichische Akademie der Wissenschaften, phil.-hist. Klasse, Sitzungsberichte (388).

Selb, W., & Kaufhold, H. (2002). *Das Syrisch-Römische Rechtsbuch* (vols. I-III). Viena: Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften.

Shedd, W. A. (1903). The Syrians of Persia and Eastern Turkey. *Bulletin of the American Geographical Society*, *35*(1), 1-7. https://doi.org/10.2307/197537

Simeón, *Canones*. En E. Sachau (1914). *Syrische Rechtsbücher*, dritter Band, (pp. 203-253). Berlín: Verlag von Georg Reimer.

Simonsohn, U. (2007). Communal Boundaries Reconsidered: Jews and Christians Appealing to Muslim Authorities in the Medieval Near East. *Jewish Studies Quarterly*, *14*(4), 328-363. https://doi.org/10.1628/094457007783244600

Simonsohn, U. (2009). Seeking justice among the "outsiders". Christian recourse to non-ecclesiastical judicial systems under early Islam. *Church History and Religious Culture*, *89*(1), 191-216. https://doi.org/10.1163/187124109x407907

Simonsohn, U. (2011). *A Common Justice. The Legal Allegiances of Christians and Jews Under Early Islam*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press. https://doi.org/10.9783/9780812205060

Simonsohn, U. (2016a). Communal membership despite religious exogamy: a critical examination of east and west Syrian legal sources of the late Sasanian and early Islamic periods. *Journal of Near Eastern Studies*, *75*(2), 249-266. https://doi.org/10.1086/687579

Simonsohn, U. (2016b). The Introduction and Formalization of Civil Law in the East Syrian Church in the Late Sasanian–Early Islamic Periods. *History Compass*, *14*(5), 231-243. https://doi.org/10.1111/hic3.12311

Simonsohn, U. (2017). Muslim involvement in non-Muslim political affairs in the early Islamic period. En N. Berend, Y. Masset, C. Nemo-Pekelman y J. Tolan (eds.), *Religious Minorities* (pp. 341-352). Turnhout: Brepols. https://doi.org/10.1484/m.relmin-eb.5.111609

Sims Williams, N., Schwartz, M., & Pittard, W. J. (eds.). (2014). *Biblical and Other Christian Sogdian Texts from the Turfan Collection (Berliner Turfantexte)*. Turnhout: Brepols.

Sims-Williams, N. (1992). Sogdian and Turkish Christians in the Turfan and Tun-huang Manuscripts. En A. Cadonna (ed.), *Turfan Tun-huang, the Texts: Civilizations on the Silk Route* (pp. 43-61). Orientalia Venetiana IV. Florencia: Leo Olschki.

Smelova, N. (2015). Manuscrits chrétiens de Qara Qoto: Nouvelles perspectives de recherche. En P. G. Borbone y P. Marsone (eds.), *Le christianisme syriaque en Asie centrale et en Chine* (pp. 215-236). París: Geuthner.

Sundermann, W. (1993). An Early Attestation of the Name of the Tajiks. En W. Skalmowski y A. van Tongerloo (eds.), *Medioiranica: Proceedings of the International Colloquium organized by the Katholieke Universiteit Leuven from 21st*

to 23rd May, 1990 (pp. 163-171). Leuven: Uitgeverij Peeters en Departement Oriëntalistiek.

Takahashi, H. (2018a). Syriac Christianity in China. En S. P. Brock, A. M. Butts, G. A. Kiraz y L. Van Rompay (eds.), *Gorgias Encyclopedic Dictionary of the Syriac Heritage: Electronic Edition*. https://gedsh.bethmardutho.org/entry/China-Syriac-Christianity-in

Takahashi, H. (2018b). Syriac Christianity in China. En D. King (ed.), *The Syriac World* (pp. 625-652). Abingdon y Nueva York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315708195-33

Tamcke, M. (2013). The emigration of Syriac Christians from the Middle East: motives and impact. En D. W. Winkler (ed.), *Syriac Christians in the Middle East and India: Contributions and challenges* (pp. 127-140). Piscataway: Gorgias Press. https://doi.org/10.31826/9781463235864-012

Tang, L. (2004). *A Study of the History of Nestorian Christianity in China and its Literature in Chinese: Together with a New English Translation of the Dunhuang Nestorian Documents*. Fráncfort del Meno: Peter Lang AG.

Tang, L. (2005). A History of Uighur Religious Conversions (15th-16th Centuries). *Asia Research Institute Working papers*, *44*, 5-81.

Tang, L. (2009). A Preliminary Study on the Jingjiao Inscription of Luoyang: Text Analysis, Commentary and English Translation. En D. W. Winkler y L. Tang (eds.), *Hidden Treasures and Intercultural Encounters: Studies on East Syriac Christianity in China and Central Asia* (pp. 109-132). Berlín: LIT.

Tang, L. (2011). *East Syriac Christianity in Mongol-Yuan China*. Wiesbaden: Harrassowitz Verlag. https://doi.org/10.2307/j.ctvc16hhv

Tang L. (2015). Le christianisme Syriaque dans la Chine des Mongols Yuan: diffusion, statut des chrétiens et déclin. En P. G. Borbone y P. Marsone (eds.), *Le christianisme syriaque en Asie centrale et en Chine* (pp. 63-88). París: Geuthner.

Tang, L. (2019). Monastic Movements as a Driving Force in Syriac Christian Missions along the Ancient Silk Road. En L. T. Stuckenbruck, B. Langstaff y M. Tilly (eds.), "*Make Disciples of All Nations". The Appeal and Authority of Christian Faith in Hellenistic-Roman Times* (pp. 189-198). Tubinga: Mohr Siebeck.

Taubenschlag, R. (1952). Il diritto provinciale nel Libro Siro-romano. *Journal of Juristic Papirology, VI*, 103-119.

Taylor, D. K. G. (2018). The coming of Christianity to Mesopotamia. En D. King (ed.), *The Syriac World* (pp. 68-87). Abingdon y Nueva York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315708195-5

Teodoro *Anagnōstes*, *Ἐκκλησιαστικὴ ἱστορία*. En Migne, J.-P. (ed.). (1835). *Patrologiae Cursus Completus: series Graeca* (*tomus* LXXXVI, pars prior). Lutetiae.

Teule, H. G. B. (2013). Gregory Bar Ebrōyō and Abdisho Bar Brikhā: Similar but Different. En P. Bruns y H. O. Luthe (eds.), *Orientalia Christiana: Festschrift*

für Hubert Kaufhold zum 70. Geburtstag (pp. 543-551). Wiesbaden: Harrassowitz Verlag.

Tillier, M. (2017). *L'invention du cadi. La justice des musulmans, des juifs et des chrétiens aux premiers siècles de l'Islam*. París: Éditions de la Sorbonne. https://books.openedition.org/psorbonne/36105?lang=it

Tillier, M. (2018). The Evolution of Judicial Procedures in East-Syrian Canon Law after the Islamic Conquests: The Judicial Oath. *Journal of Eastern Christian Studies*, *70*, 227-240. https://shs.hal.science/halshs-02308237/file/Tillier-Evolution%20procedure%20canon%20law-DEF.pdf

Todd Godwin, R. (s.f.). *Da-Qin*, Tajiks, and Their Doctors. East Syrian Scientists across the Courts of Early Medieval Persia, China, and Tibet, and the Possibility That '*Da-Qin*' Christians Were 'Tajik' Christians. *Studies on Syriac Christianity in Medieval Central Asia and China. Salzburg International Conference Proceedings*, *5*. https://www.academia.edu/30857962/Da-Qin_Tajiks_and_Their_Doctors_East_Syrian_Scientists_across_the_Courts_of_Early_Medieval_Persia_China_and_Tibet_and_the_Possibility_That_Da-Qin_Christians_Were_Tajik_Christians

Tommasi, C. O. (2014). 'Nestorians' on the Silk Road: some notes on the Stele of Xī-ān. En *La teologia del V all'VIII secolo fra sviluppo e crisi. XLI Incontro di Studiosi dell'Antichità Cristiana. Roma, 9-11 maggio 2013* (pp. 645-669). Roma: Institutum Patristicum Augustinianum.

Travancore, T. K. J. (1929). *Malabar Christians and their ancient documents*. Trivandrum.

Trigault, N. (1615). *De Christiana expeditione apud Sinas suscepta a Societate Jesu*. Augustae Vindobonensis: apud Christoph Mangium.

Trombert, É. (1995). *Le crédit à Dunhuang: vie matérielle et société en Chine médiévale*. París: Collège de France, Institut des Hautes Études Chinoises.

Van der Ploeg, J. (1983). *The Christians of St. Thomas in South India and their Syriac manuscripts*. Roma y Bangalore: Center for Indian and Inter-Religious Studies, Dharmaram Publications.

Varghese, F. B. (2018). The liturgies of the Syriac Churches. En D. King (ed.), *The Syriac World* (pp. 391-404). Abingdon y Nueva York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315708195-24

Voigt, M. (1893). *Das sogenannte syrisch-römische Rechtsbuch*. Separatabdruck aus den Berichten der *Königlich Sächsische* Gesellschaft der Wissenschaften.

Voltaire. (1726). *Lettres Chinoises, indiennes et tartares à Monsieur Paw, par un bénédictin, avec plusieurs autres pièces intéressantes*. Londres.

Volterra, E. (1937). *Diritto romano e diritti orientali*. Bolonia: Nicola Zanichelli.

Volterra, E. (1953). Un'ipotesi intorno all'originale greco del Libro Siro-Romano di diritto. *Rendiconti dell'Accademia Nazionale dei Lincei*, serie VIII, *VIII*(1-2), 21-37.

Volterra, E. (1993 [1964]). Il libro siro-romano nelle recenti ricerche. *Quaderni dell'Accademia Nazionale dei Lincei*, *62*, 297-328 [ahora en E. Volterra, *Scritti giuridici* (vol. V, pp. 43-74). Nápoles: Jovene].

Von Gierke, O. (2010). *Teorías políticas de la Edad Media* (P. García-Escudero, trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Vööbus, A. (1965). *History of the School of Nisibis*. Lovaina: Secrétariat du Corpus Scriptorum Christianorum Orientalium.

Vööbus, A. (1971). *Discovery of very important manuscript sources for the Syro-Roman lawbook*. Estocolmo: ETSE.

Vööbus, A. (1982). *The Syro-Roman Lawbook. The Syriac text of the recently discovered manuscripts accompanied by a facsimile edition and furnished with an introduction and translation*. Estocolmo: ETSE.

Vosté, J. M. (1929). *Catalogue de la Bibliothèque syro-chaldéenne du Couvent de Notre-Dame des Semences près d'Alqosh (Iraq)*. Roma y París: Bureaux of the «angelicum», P. Geuthner.

Wang, Y. (1983). *Dunhuang Turfan Wenxian Xuan*. Chengdú: Sichuan Minzu Publishing House.

Wilmshurst, D. (2018). The Patriarchs of the Church of the East. En D. King (ed.), *The Syriac World* (pp. 799-805). Abingdon y Nueva York: Routledge.

Wilmshurst, D. (1990). The 'Syrian brilliant teaching'. *Journal of the Hong Kong Branch of the Royal Asiatic Society*, *30*, 44-74.

Winkler, D. W. (2009). East Syriac Christianity in Iraq: A Glance at History from the First World War until Today. En D. W. Winkler y L. Tang (eds.), *Hidden Treasures and Intercultural Encounters: Studies on East Syriac Christianity in China and Central Asia* (pp. 321-334). Berlín: LIT.

Winkler, D. W. (2018). The Syriac Church denominations: an overview. En D. King (ed.), *The Syriac World* (pp. 119-133). Abingdon y Nueva York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315708195-8

Wood, P. (2018). Historiography in the Syriac-speaking world, 300-1000. En D. King (ed.), *The Syriac World* (pp. 405-421). Abingdon y Nueva York: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315708195-25

Wu, X. (2020, 8 de agosto). *Croci rimosse dalle chiese nella provincia dello Shandong*. Bitter Winter. https://it.bitterwinter.org/croci-rimosse-dalle-chiese-nella-provincia-dello-shandong/

Xiaonan, D. (1999). Women in Turfan during the Sixth to Eighth Centuries: A Look at Their Activities Outside the Home. *The Journal of Asian Studies*, *58*(1), 85-103. https://doi.org/10.2307/2658390

Xiong, V. C. (1999). The Land-Tenure System of Tang China: A Study of the Equal-Field System and the Turfan Documents. *T'oung Pao*, Second Series, *85*(4-5), 328-390. https://doi.org/10.1163/1568532992642468

Yuanyuan, W. (2013). Doubt on the viewpoint of the extinction of Jingjiao in China after the Tang dynasty. En L. Tang y D. W. Winkler (eds.), *From the Oxus River to the Chinese Shore: Studies on East Syriac Christianity in China and Central Asia* (pp. 279-296). Zúrich y Münster: LIT.

Zhang, F. (2020, 11 de agosto). *Per ottenere i sussidi, i cristiani devono venerare Xi Jinping*. Bitter Winter. https://it.bitterwinter.org/per-ottenere-i-sussidi-i-cristiani-devono-venerare-xi-jinping/

Zieme, P. (1974). Zu den nestorianisch-türkischen Turfantexten. En G. Hazai y P. Zieme (eds.), *Sprache, Geschichte und Kultur der altaischen Völker* (pp. 661-668). Berlín: Akademie-Verlag. https://doi.org/10.1515/9783112320778-090

Zieme, P. (2015). Notes sur les textes chrétiens en vieux ouïghour. En P. G. Borbone y P. Marsone (eds.), *Le christianisme syriaque en Asie centrale et en Chine* (pp. 185-198). París: Geuthner.

Recibido: 23/12/2022
Aprobado: 21/03/2023

MISCELÁNEA

DERECHO PUCP
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.009

DERECHO PUCP
N° 90, 2023
junio-noviembre
pp. 317-357
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Sistematización de los defectos en la forma del acto administrativo: revisión de literatura integrativa*

Systematization of the Defects in the Form of the Administrative Act: Integrative Literature Review

SERGIO RODRIGO ROJAS BARRIENTOS**
Universidad Simón I. Patiño (Bolivia)

Resumen: El propósito de esta investigación es identificar todos los defectos del acto administrativo asociados al elemento de validez forma. Para cumplir este objetivo, se ejecutó una revisión de literatura sistemática, exhaustiva y replicable, cuyo propósito fue seleccionar todos los documentos académicos fidedignos que aborden la forma como elemento de validez. Durante la lectura de los documentos seleccionados, se recogieron y cotejaron todas las posiciones doctrinales relevantes que aludían a alguno de los siguientes tópicos: naturaleza de la forma como elemento de validez del acto administrativo, conceptualización de forma como elemento de validez del acto administrativo, clasificación de las manifestaciones externas del acto administrativo y defectos bajo el dominio del elemento de validez forma. Todas las posturas identificadas se integraron en un esquema internamente coherente que es capaz de discriminar los defectos formales de otros tipos de defectos. Como resultado de la revisión integrativa de los documentos seleccionados, se elaboró un catálogo comprehensivo de defectos asociados al elemento de validez forma que permite determinar objetivamente si un defecto es formal o de otra naturaleza.

Palabras clave: Acto administrativo, elementos del acto administrativo, forma del acto administrativo, defectos del acto administrativo, vicios del acto administrativo

Abstract: The purpose of this research is to identify all the defects of the administrative act associated with the element of validity form. To meet this objective, a systematic, exhaustive and replicable literature review was carried out, whose purpose was to select all reliable academic documents that address the form as an element of validity. During the reading of the selected documents, all the relevant doctrinal positions that alluded to any of the following topics

---

* Revisión de literatura integrativa que forma parte de una línea de investigación del Instituto de Investigaciones Jurimétricas «Metron Ariston» de la Universidad Simón I. Patiño, cuyo propósito es la confección de un instrumento de recojo de datos que registre cuantitativamente los defectos en los actos administrativos reglados de modo válido, confiable y con ítems mutuamente excluyentes. Se agradecen las pertinentes observaciones formuladas por los pares evaluadores, el eficiente proceso gestionado por el equipo editorial de la revista y los atinados arreglos efectuados por los correctores de estilo.

** Director del Instituto de Investigaciones Jurimétricas «Metron Ariston» de la Universidad Simón I. Patiño (Bolivia). Abogado titulado por la misma casa de estudios y ex becario de la Fundación Simón I. Patiño. Magíster por la Universidad de Salamanca (España) y doctorando en Derecho Administrativo Iberoamericano en la Universidad La Coruña (España).
Código ORCID: 0000-0002-3735-6217. Correo electrónico: sergiorojas@usip.edu.bo

were collected and collated: nature of the form as an element of validity of the administrative act, definition of form as an element of validity of the administrative act, classification of the external manifestations of the administrative act and defects under the domain of element of validity form. All the positions identified were integrated in an internally coherent scheme that is capable of discriminating formal defects from other types of defects. As a result of the integrative review of the selected documents, a comprehensive catalog of defects associated with the element of validity form was developed, which allows to objectively determine whether a defect is formal or of another nature.

Keywords: Administrative act, administrative act elements, administrative act form, administrative act defects, administrative act vices

CONTENIDO: 1. INTRODUCCIÓN.- II. METODOLOGÍA.- III. DELIMITACIÓN TEMÁTICA.- III.1. DEFINICIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO.- III.2. VICIOS EN EL ACTO ADMINISTRATIVO Y SUS CONSECUENCIAS.- III.3. LA IMPORTANCIA DE EVALUAR LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.- III.4. FORMA COMO ELEMENTO DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.- III.5. DEFINICIÓN DE FORMA COMO ELEMENTO DE LEGALIDAD.- IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.- IV.1. DEFECTOS EN EL SOPORTE DEL ACTO ADMINISTRATIVO.- IV.1.1. CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVO SEGÚN SU MANIFESTACIÓN EXTERNA.- IV.1.2. DEFECTOS EN EL SOPORTE DE ACTOS ADMINISTRATIVOS NO EXPRESADOS.- IV.1.3. DEFECTOS EN EL SOPORTE DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPRESADOS.- IV.1.3.1. DEFECTOS EN EL SOPORTE DE ACTOS COMUNICADOS MEDIANTE SIGNOS O SEÑAS.- IV.1.3.2. DEFECTOS EN EL SOPORTE DE ACTOS COMUNICADOS VERBALMENTE.- IV.1.3.3. DEFECTOS EN EL SOPORTE DE ACTOS ADMINISTRATIVOS ESCRITOS.- IV.1.3.4. LA MOTIVACIÓN COMO REQUISITO DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO REGLADO.- IV.1.3.5. REQUISITOS QUE CONDICIONAN LA PERFECCIÓN DE LA MOTIVACIÓN.- IV.1.3.6. UTILIDAD DE LA «MOTIVACIÓN» COMO CATEGORÍA DE DATOS CONSIGNADOS EN EL ACTO ADMINISTRATIVO.- IV.2. DEFECTOS EN LA PUBLICACIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO.- IV.2.1. NATURALEZA DE LA PUBLICIDAD COMO ELEMENTO DE LEGALIDAD.- IV.2.2. DEFECTOS EN LA NOTIFICACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.- IV.2.2.1. DEFECTOS EN LA NOTIFICACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DOCUMENTADOS EN PAPEL.- IV.2.2.2. DEFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DOCUMENTADOS ELECTRÓNICAMENTE.- V. PROPUESTA.- VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La validez de un acto administrativo está condicionada por el cumplimiento de una serie de requisitos que se denominan «elementos de validez». La mayoría de los autores consultados considera que la forma es uno de estos elementos; sin embargo, existen controversias sobre qué debe entenderse por forma y cuáles son los defectos que están bajo su dominio.

Como consecuencia de la dispersión doctrinal, es común que un defecto sea catalogado bajo el dominio del elemento forma por un operador de justicia y que ese mismo defecto sea adscrito a otro elemento de validez por otro operador de justicia.

La clasificación de un defecto bajo el dominio del elemento de validez forma o bajo el dominio de algún otro elemento de validez no es una elección intrascendente, pues un defecto en el elemento de validez forma suele ser considerado como «una irregularidad no invalidante salvo que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, en cuyo caso será anulable» (Picón-Arranz, 2022, § 5); mientras que la sanción más severa, la nulidad absoluta, se reserva para defectos asociados a otros elementos de validez[1].

Quienes controlan la legalidad de los actos administrativos tienen un incentivo para clasificar como formales a los defectos invalidantes, pues describir y justificar un defecto formal normalmente requiere un esfuerzo menor que el necesario para describir y justificar un defecto asociado a otro elemento de validez. Considerando el volumen de impugnaciones administrativas que deben ser procesadas a diario, no resulta extraño encontrar grandes cantidades de anulaciones causadas por defectos formales en los expedientes de las entidades jurisdiccionales (Rocha, 2021, § 6).

Como consecuencia de lo expuesto, esta investigación se propone formular un catálogo comprehensivo de los defectos asociados al elemento de validez forma que permita a los observadores determinar objetivamente si un defecto corresponde en esta categoría o si debe adscribirse a otro elemento de validez.

Para alcanzar este objetivo, se ejecutó una revisión de literatura sistemática, exhaustiva y replicable, cuya finalidad fue identificar todas las posiciones fidedignas sobre la forma como elemento de validez del acto administrativo. Luego de identificar y clasificar las posiciones divergentes, se procuró integrarlas en un esquema internamente coherente, capaz de disipar las controversias doctrinales y de brindar al lector una guía que le permita discriminar objetivamente entre defectos formales y defectos de otros tipos.

El trabajo está compuesto por cuatro bloques de contenido: en la siguiente sección se describe la metodología empleada; a continuación, se definen los límites temáticos de la investigación; en la tercera parte, se revelan las posturas divergentes identificadas, procurando integrarlas en

1 Aunque la mayoría de los autores consultados coinciden con lo expuesto anteriormente, conviene aclarar que la graduación en la severidad de la invalidación de cada tipo de defecto varía según el Estado cuyo ordenamiento jurídico se esté observando.

un esquema internamente coherente; y, finalmente, en la cuarta sección, se propone un catálogo comprehensivo de los defectos asociados al elemento de validez forma.

II. METODOLOGÍA

En este apartado se describe el procedimiento empleado para ejecutar una revisión de literatura sistemática, exhaustiva y replicable.

El propósito de la revisión de literatura fue identificar todos los documentos académicos fidedignos que cumplan con alguno de los siguientes criterios de selección:

- Describe la naturaleza de la forma como elemento de validez del acto administrativo.
- Conceptualiza forma como elemento de validez del acto administrativo.
- Clasifica las manifestaciones externas del acto administrativo.
- Identifica los defectos que pertenecen al dominio de la forma como elemento de validez del acto administrativo.

Se excluyeron de la selección aquellos documentos cuya fiabilidad no podía acreditarse porque no fueron sometidos a un proceso editorial. Igualmente, se excluyeron de la selección aquellos documentos que ya fueron encontrados en otras bases de datos (redundantes) y aquellos a los que no se pudo acceder por restricciones o defectos en las bases de datos que los alojan. La búsqueda arrojó los siguientes resultados:

Tabla 1. Resultados de la búsqueda de literatura académica

Base de datos	Sintaxis o palabra clave	Resultados arrojados	Cumplen criterios
Google académico	intitle:"acto administrativo" AND (vicio OR defecto OR vicio OR forma OR motivación)	513	101
Scopus	acto administrativo	5	0
EBSCO	acto administrativo	42	2
Scielo	acto administrativo	30	0
DOAJ	acto administrativo	32	2
Total		**627**	**105**

Fuente: elaboración propia.

Para identificar documentación académica relevante, se introdujo la sintaxis o palabra clave expuesta en la segunda columna en cada una de las bases de datos consultadas. De las decenas de resultados arrojados por los buscadores, se seleccionó solo aquellos documentos que cumplieron con criterios descritos anteriormente. Como resultado, se consultaron ciento cinco documentos académicos fidedignos y relevantes.

Posteriormente, los documentos más referenciados fueron añadidos manualmente.

III. DELIMITACIÓN TEMÁTICA

III.1. Definición de acto administrativo

Dos tensiones opuestas dominan el debate sobre el alcance del acto administrativo como categoría jurídica: una pretende ampliar su dominio para que abarque todas las manifestaciones de la Administración pública y la otra pretende restringir su alcance a una categoría muy específica de manifestaciones de voluntad.

Ambas facciones compiten en diferentes frentes: si debe restringirse el alcance del acto administrativo a manifestaciones que produzcan efectos jurídicos (manifestaciones de voluntad) o si puede extenderse a otras manifestaciones de la Administración pública, como los informes técnicos o los certificados; si corresponde aplicar el término a los actos de alcance general o si debe limitarse únicamente a los actos de alcance particular; si puede incluirse a los contratos administrativos o si solo corresponden en esa categoría los actos unilaterales; y, finalmente, si los actos administrativos siempre son externos o si también pueden denominarse así los actos internos, como las circulares.

Como puede evidenciarse, todas las controversias antes mencionadas ofrecen una alternativa extensiva y otra restrictiva. Para fines de esta investigación, se ha elegido siempre la opción restrictiva, pues de ese modo la definición operativa será suficientemente estrecha como para caber con holgura en la concepción de acto administrativo de la mayor cantidad posible de sistemas normativos. De este modo, se amplía el área de impacto de la investigación.

En consecuencia, para fines de este trabajo, se adapta levemente la postura de Bocanegra (2012, pp. 30-31) y se define acto administrativo como toda manifestación de voluntad unilateral del poder público emitida en ejercicio de la función administrativa, que produzca efectos jurídicos directos o ponga fin al procedimiento con respecto a algún interesado, que afecte a uno o varios sujetos determinados o determinables, que tenga efectos frente a terceros y que esté regulada por el derecho administrativo.

III.2. Vicios en el acto administrativo y sus consecuencias

La legalidad de un acto administrativo depende del cumplimiento de un conjunto de requisitos establecidos por el ordenamiento normativo. La mayoría de los autores denomina a estos requisitos «elementos de validez».

Hay un vicio (o defecto) en un acto administrativo cuando «existe una discordancia entre éste y el ordenamiento jurídico» (Picón-Arranz, 2022, § § 2); es decir, cuando el acto administrativo incumple con alguno de estos elementos de validez. Por ejemplo, existe un vicio si un acto administrativo es notificado fuera del plazo establecido por la norma o si es emitido por una autoridad incompetente.

Pero la presencia de un vicio en un acto administrativo no implica necesariamente su invalidez. Para que un acto administrativo sea considerado inválido, una autoridad competente debe determinar que la discordancia entre este y la norma es de tal gravedad que amerita su expulsión del ordenamiento jurídico. Deben converger tres características para que un acto administrativo sea considerado inválido: que exista un vicio, que este sea grave y que tales hechos sean declarados por una autoridad competente.

En el ejemplo anterior, aquel en el que se notificó un acto administrativo a destiempo, existe un vicio; sin embargo, este vicio no suele ser considerado como de una trascendencia tal que amerite la invalidación, sino como una irregularidad no invalidante o, si se prefiere la denominación empleada por Bermúdez (2010), un defecto «tolerable» (p. 107).

Para evitar confundir la presencia de un vicio con la invalidación del acto, Picón-Arranz (2022) distingue la ilegalidad de la invalidez (§ 1). Un acto administrativo es ilegal cuando presenta un vicio, sin importar su nivel de gravedad; en cambio, para que un acto administrativo sea considerado inválido, el vicio debe tener una gravedad suficientemente importante como para ameritar su expulsión del ordenamiento jurídico.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos la invalidación se presenta en dos variedades: nulidad absoluta y nulidad relativa (o anulabilidad). La nulidad absoluta del acto es la sanción más severa y se reserva a los vicios de mayor gravedad; en cambio, la nulidad relativa es menos severa y suele aplicarse a los vicios que, siendo de una gravedad suficientemente importante como para ameritar su expulsión del ordenamiento jurídico, no son de tal magnitud como para merecer la nulidad absoluta. Los defectos formales suficientemente importantes suelen ser castigados con la nulidad relativa.

Esta investigación tiene el propósito de identificar todos los defectos que estén bajo el dominio del «elemento de validez» forma, independientemente de su nivel de gravedad; es decir, el estudio se limita a analizar la ilegalidad en la forma del acto administrativo y no pretende abordar el tipo de invalidez que podría derivar de un defecto de forma. Se deja a otros estudios la tarea de calcular el nivel de gravedad causado por los diferentes tipos de defectos formales o la sanción que estos merezcan.

Considerando lo expuesto en este subtítulo, resulta inapropiado emplear el término «elementos de validez» para aludir al conjunto de requisitos legales que debe cumplir un acto administrativo, pues, como se vio anteriormente, el incumplimiento de alguno de estos requisitos no implica forzosamente la invalidación del acto administrativo afectado. En consecuencia, se propone reemplazar tal denominación con «elementos de legalidad», término que será empleado en adelante.

III.3. La importancia de evaluar la legalidad de los actos administrativos

Habiendo restringido el alcance temático de esta investigación a la ilegalidad en la forma de los actos administrativos, es posible disipar otra confusión.

Una corriente de la doctrina cuestiona la vocación restrictiva del derecho administrativo tradicional, aquella que se limita a evaluar la actuación administrativa al «reducido código binario (legalidad-ilegalidad)» (Schmindt-Assman, 2003, pp. XIX-XX), pues tal concepción constriñe la discrecionalidad de los agentes administrativos, restándoles eficacia frente a los retos contemporáneos como, por ejemplo, la necesidad de «contrarrestar la acción de los grandes grupos de poder» (p. 25).

Esta corriente propone reemplazar la naturaleza constrictiva del derecho administrativo tradicional por otra que amplíe el ámbito de acción de los agentes administrativos; es decir, afirma que el procedimiento administrativo tiene una «finalidad de dirección, y no es ya un mecanismo de aplicación del Derecho, sino de creación e innovación jurídicas, de búsqueda de soluciones» (Barnes, 2011, p. 93).

Siendo que esta investigación se propone identificar cada una de las condiciones cuyo acaecimiento supone un defecto en la forma del acto administrativo, podría interpretarse que parte de la perspectiva tradicional del derecho administrativo, pues valorar la presencia o ausencia de un defecto de forma en un acto administrativo equivale a hacer un juicio binario de legalidad o ilegalidad; no obstante, esta interpretación sería incorrecta.

Como se manifestó en los párrafos anteriores, la ilegalidad de un acto administrativo no implica forzosamente su invalidez o su ineficacia. Es posible que un acto formalmente ilegal sea válido cuando se considera que tal resultado es más compatible con las directrices constitucionales. Autores como Schmidt-Assman (2003, p. 3) o Barnes (2011, p. 93) proponen que la eficacia de los actos administrativos no sea determinada únicamente por su legalidad formal, sino que se considere también su pertinencia y oportunidad a la luz de las directrices constitucionales. La evaluación de la pertinencia constitucional de un acto administrativo no es un juicio de legalidad, sino un juicio de validez o un juicio de eficacia.

Aunque el resultado final haga válido o eficaz a un acto administrativo formalmente ilegal, el juicio de legalidad no es irrelevante, pues permitir que un acto administrativo exceda los límites estrictamente legales debería ser un suceso extraordinario y, como tal, su ilegalidad formal debería anunciarse al público, así como los argumentos que justifican su permanencia en el ordenamiento jurídico.

III.4. Forma como elemento de legalidad del acto administrativo

Aunque existe un intenso debate doctrinal sobre la composición del conjunto de elementos que determinan la legalidad de un acto administrativo, pocos objetan que la forma es uno de ellos. En otras palabras, la mayoría de los autores consultados atribuyen a los defectos en la forma el potencial de hacer ilegales los actos administrativos y, además, no consideran que estos defectos puedan subsumirse bajo el dominio de otro elemento (Alessi, 1970a, p. 271; Cassagne, 2002b, p. 106; Gamero & Fernández, 2016, p. 525; Ibáñez & Rincón, 2004, p. 31; Marienhoff, 1982b, p. 129; Sarría, 1933, p. 73). En ese sentido, la forma supera las dos condiciones definitorias de un elemento de legalidad del acto administrativo: que su menoscabo tenga el potencial de invalidar el acto administrativo y que los defectos bajo su dominio no puedan atribuirse a otro elemento (Rojas-Barrientos, 2022, p. 80). A pesar de que la forma ha sido aclamada como un elemento de legalidad, los autores todavía debaten cuál debe ser su definición.

Mucha de la confusión puede atribuirse al uso inconsistente del término «forma» en la literatura académica. Las inconsistencias no solo se aprecian en los significados que le atribuyen diferentes autores, sino que, con frecuencia, ese término se emplea para representar dos conceptos diferentes en un solo documento. Por ejemplo, aunque muchos autores afirman que la «forma» se refiere únicamente a la manifestación externa del acto administrativo, no tienen problemas catalogando al procedimiento como uno de sus elementos «formales»

(Gamero & Fernández, 2016, p. 525; Garrido, 1955, p. 61; Marienhoff, 1982b, p. 141). Algo similar ocurre con el término «formalidad», que, a pesar de estar semánticamente ligado al término «forma», suele usarse para aludir cualquiera de los trámites conducentes a la emisión del acto administrativo (Correa, 2011, p. 277; Marienhoff, 1982b, pp. 117-118; Santofimio, 2017, p. 328).

Se ha pretendido zanjar esta controversia dividiendo el dominio del término «forma» en dos acepciones: la forma en sentido estricto, que se refiere únicamente a la manifestación externa del acto administrativo —es decir, su soporte o canal de comunicación—; y la forma en sentido amplio, que extiende su dominio a otros elementos de legalidad del acto administrativo.

No hay un consenso sobre el dominio adicional de la forma en sentido amplio. Algunos autores añaden el elemento procedimiento (Alessi, 1970a, p. 271; Álvarez & Arias, 2020, p. 32; Carretero, 1969, p. 128; Cassagne, 2002b, p. 107; Gamero & Fernández, 2016, p. 525; Garrido, 1955, p. 61; Maqueda, 2010, p. 485; Paucar, 1984, p. 163; Romero-Pérez, 1981, p. 100; Tafur, 1984, pp. 188-189); otros, la motivación (Alessi, 1970a, p. 271; G. Fraga, 2000, p. 272; Gamero & Fernández, 2016, p. 525; Güechá, 2017, pp. 34-35; Maqueda, 2010, p. 485; Mejía, 1984, p. 104; Robalino-Orellana, 2009, p. 360; Rodríguez-Arana & Sendín, 2009a, p. 26; Tafur, 1984, pp. 188-189); y, finalmente, otros, la publicidad (Cassagne, 2002b, p. 107; Garrido, 1955; Gordillo, 2012, pp. 28 y 72; Tafur, 1984, pp. 188-189).

La proliferación de significados atribuidos al término «forma» tiene el efecto pernicioso de confundir a los lectores y encubrir la imprecisión conceptual de algunos operadores de justicia. La terminología jurídica debería reflejar con fidelidad las sutilezas conceptuales del derecho; por lo tanto, para efectos de esta investigación, se reserva el término «forma» para el significado que se describe a continuación.

III.5. Definición de forma como elemento de legalidad

Entre las opiniones consultadas en esta revisión de literatura destaca, por esclarecida, la de Filgueiras (2011), para quien la forma actúa como un medio de transporte que «permitirá la cognición de algún contenido por medio de uno o varios sentidos humanos» (p. 50). Esta postura está alineada con el propósito que muchos autores atribuyen a la forma del acto administrativo: el permitir que se conozca su contenido (Filgueiras, 2011, p. 53; Medina, 2012, p. 696; Rizo, 1992, p. 100; Rodríguez-Arana & Sendín, 2009b, p. 416; Romero-Pérez, 1981, p. 101).

Considerando que la forma tiene como uno de sus propósitos el permitir a los afectados conocer el mensaje del acto administrativo, parece

pertinente condicionar su eficacia a su capacidad de transmitir este mensaje eficazmente. Esto supone que la forma no solo involucra el soporte que contiene el mensaje, como opinan quienes prefieren la acepción estricta, pues la existencia de un soporte no implica necesariamente que este entre en contacto con los sentidos del destinatario. Para que tal cosa ocurra, es necesario que el soporte que contiene el mensaje sea expuesto a los sentidos del receptor. En consecuencia, debe incluirse a la publicidad como uno de los requisitos de forma del acto administrativo.

Pero, incluso si los sentidos del destinatario entran en contacto con el soporte, la cognición del mensaje solo será posible si el código que lo representa es comprensible. Por ejemplo, si el emisor de un acto administrativo elige una tipografía ilegible, el destinatario no será capaz de comprenderlo a pesar de poder verlo.

Existen dos cuestiones que determinan si un código será comprendido por el receptor: la claridad de la codificación y la capacidad del intérprete. No es posible condicionar la perfección de la forma a la capacidad de interpretación del receptor, pues la forma es un atributo del acto administrativo y la capacidad de interpretación no es atribuible al acto en sí, sino a su destinatario. Por ejemplo, sin importar el nivel de claridad en la codificación de un mensaje, un destinatario que no entienda el idioma en el que está escrito no será capaz de comprenderlo. Al juzgar la inteligibilidad de un acto administrativo, solo puede evaluarse si la codificación es comprensible y no si fue efectivamente comprendido. Entonces, un acto administrativo será inteligible (claro) si un destinatario razonablemente competente es capaz de comprenderlo luego de entrar en contacto con su manifestación externa o soporte físico.

Luego de haber establecido que la forma procura hacer comprensible el mensaje del acto administrativo para el destinatario, debe averiguarse cuál es la composición de este mensaje; es decir, cuáles son los datos que deben representarse en la manifestación externa del acto administrativo. Para resolver esta cuestión, resulta útil recordar que otro de los propósitos de la forma es permitir al administrado evaluar la legalidad del acto administrativo (Cassagne, 2002b, p. 108; Marienhoff, 1982b, p. 119; Mejía, 1984, p. 247; Rizo, 1992; Rodríguez-Arana & Sendín, 2009a, p. 25).

Como se ha mencionado anteriormente, la legalidad de un acto administrativo depende del cumplimiento de un conjunto de requisitos denominados elementos de legalidad. Entonces, si se pretende que el administrado sea capaz de evaluar la legalidad del acto, debe comunicársele cómo este cumple con cada uno de los requisitos que podrían hacerlo ilegal. Es decir, la forma del acto administrativo no solo debe comunicar su efecto comprensiblemente, sino, además, su grado de adhesión a los requisitos que podrían hacerlo ilegal. Por lo tanto, el

criterio apropiado para determinar qué datos deben ser manifestados en un acto administrativo es que estos sean suficientes para revelar el grado de adhesión del acto a los requisitos que podrían hacerlo ilegal; es decir, a los elementos de legalidad.

En síntesis, se define forma como los medios empleados para lograr que el administrado entre en contacto con la manifestación externa del acto administrativo y que comprenda el grado de adhesión de este a los requisitos de legalidad[2].

En consecuencia, existen dos tipos de defectos asociados a la forma del acto administrativo: a) defectos en la representación de los datos que permiten evaluar el nivel de adhesión del acto administrativo a sus elementos de legalidad (defectos en el soporte); y b) defectos en la exposición del soporte que aloja el acto administrativo a los sentidos del destinatario (defectos en la publicación).

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

IV.1. Defectos en el soporte del acto administrativo

En este apartado se identifican y describen los datos cuya omisión o representación incomprensible supone un defecto en el soporte del acto administrativo.

Como los datos que deben representarse de forma obligatoria varían dependiendo del tipo de manifestación externa que adopte el acto administrativo, antes de que sea posible asociar un conjunto de datos de consignación obligatoria a cada tipo de manifestación externa, es necesario determinar qué tipos de manifestación externa existen y cómo pueden distinguirse entre sí.

IV.1.1. Clasificación de los actos administrativo según su manifestación externa

Marienhoff (1982b) clasifica los actos administrativos en función de cómo se manifiestan externamente en dos tipos: declaraciones expresas y declaraciones tácitas. Las declaraciones expresas son aquellas en las que se manifiesta de forma «directa y concretamente, el objeto del acto» (p. 121). Las declaraciones expresas pueden manifestarse por escrito,

2 La definición propuesta excluye del dominio de la forma a los vicios en el procedimiento conducente al acto administrativo. Aunque muchos autores etiquetan a los vicios en el procedimiento como «defectos formales», es inadecuado ubicarlos en la misma categoría que los defectos en el soporte del acto administrativo, pues las naturalezas y propósitos de ambos géneros divergen de manera irreconciliable. El procedimiento formativo es anterior al acto administrativo y tiene como propósito garantizar que los administrados participen de forma efectiva en la formación de la resolución; en cambio, el soporte externo es concurrente al acto administrativo y tiene como propósito comunicar a los afectados el objeto y legalidad de la resolución. Siendo ambos tipos de defectos tan heterogéneos, catalogarlos bajo la misma etiqueta tendría como consecuencia una categoría abultada y de un provecho conceptual muy escaso.

verbalmente o, incluso, por señas o sonidos, como los ejecutados por un policía para controlar el flujo del tráfico. En cambio, las declaraciones tácitas son aquellas en las que es posible «deducir inequívocamente, por vía de interpretación, el sentido o alcance de la voluntad de la Administración Pública» (p. 121). Según este autor, la declaración tácita puede deducirse por hechos materiales de la Administración pública, como la emisión de un acto administrativo que revoca implícitamente un acto anterior porque sus objetos son mutuamente excluyentes; o por el silencio de la Administración pública con respecto a una solicitud, en cuyo caso se aplicará el efecto dispuesto por la norma supletoria (fenómeno comúnmente denominado «silencio administrativo»).

Algunos autores encuentran inapropiado ubicar bajo la misma categoría a los actos que revocan implícitamente un acto anterior y al silencio administrativo (Alessi, 1970a, p. 258; Alvarado & Pérez, 2021, p. 161; Mejía, 1984, p. 248; Rizo, 1992, p. 94). Para ellos, es conveniente separar estos actos en categorías independientes porque los primeros implican una acción por parte de la Administración pública (la emisión del acto que revoca implícitamente un acto anterior), mientras que el silencio siempre implica una omisión.

Otra cuestión arrojada por la revisión de literatura fue la propuesta de Gamero y Fernández (2016). Ellos pretenden la inclusión de una nueva categoría de manifestación externa: los actos automáticos. Estos actos son aquellos que «se expresen mediante soportes que actúan maquinalmente, como los semáforos y demás señales de tráfico» (p. 526). Tal distinción no hace alusión a la manifestación externa del acto administrativo, sino a su fuente. Un semáforo rojo y un policía deteniendo el tráfico comparten el mismo canal de comunicación: el visual; es decir, no se distinguen en cuanto a su categoría de manifestación externa. La diferencia entre ambos es que el policía es una entidad racional capaz de adaptar sus decisiones a las circunstancias que observa; en cambio, el semáforo es una entidad inanimada programada para emitir señales en intervalos de tiempo consistentes[3]. Que la fuente sea racional o inanimada no es una distinción que tenga que ver con la forma del acto administrativo, sino con su fuente; por lo tanto, este tipo no se incluye en la categorización de formas que se propone más adelante.

Continuando con los hallazgos encontrados, la revisión de literatura reveló un tipo de manifestación externa que, por ser una posibilidad tecnológica relativamente reciente, no fue considerada por los autores clásicos: los actos soportados electrónicamente. Estos actos

3 La distinción entre ambos se hace todavía más difusa cuando se consideran los denominados «semáforos inteligentes», dispositivos capaces de adaptarse a las circunstancias del tráfico mejor que sus contrapartes humanas. La inclusión de algoritmos de inteligencia artificial en los actos automáticos es una cuestión que amerita la atención de los investigadores; sin embargo, excede los límites temáticos del presente trabajo.

administrativos presentan una serie de peculiaridades que justifican se les separe de otras formas de manifestación.

En vista de estos hallazgos, se propone la siguiente clasificación de actos administrativos en función de cómo se manifiestan externamente:

Tabla 2. Clasificación de las manifestaciones externas

Tipo	Código	Soporte o canal	Documentación
Expresados	Idioma	Escrito	Papel
			Electrónico
		Verbal	
	Signos o señas	Acústico	
		Visual	
No expresados	Tácitos		
	Silencio administrativo		

Fuente: elaboración propia.

IV.1.2. Defectos en el soporte de actos administrativos no expresados

La primera clasificación divide a los actos administrativos entre aquellos que expresan «directa y concretamente, el objeto del acto» (Marienhoff, 1982b, p. 121) y aquellos que no son expresados.

Un acto administrativo tácito es la revocación no expresada que acontece con la emisión de un acto administrativo cuyo objeto es incompatible con el contenido de un acto administrativo anterior (Alessi, 1970a, p. 171).

La otra categoría de actos no expresados se refiere al silencio administrativo y «consiste en una abstención de la autoridad administrativa para dictar un acto previsto por ley» (G. Fraga, 2000, p. 272). La mayoría de las legislaciones establece que esta abstención debe presumirse como una resolución negativa (Cassagne, 2002a, p. 110; Martín-Retortillo, 1957, pp. 133-134; Monti, 2003, p. 254; Ortega, 2018, p. 26; Rizo, 1992, p. 93); sin embargo, Ecuador ha dispuesto que esta abstención debe presumirse como una resolución positiva (Alvarado & Pérez, 2021, p. 14; Pérez, 2002, p. 78). En ambos casos, la conducta omisiva de la Administración pública produce un efecto jurídico de alcance particular que, para efectos de esta clasificación, es catalogada como un acto administrativo.

La característica que distingue a los actos no expresados es su carencia de forma. La existencia y validez de estos actos prueba que la forma no es un requisito indispensable en todos los actos administrativos.

La cuestión que está en debate es qué actos administrativos requieren una forma específica para ser válidos y cuáles pueden existir carentes de forma. Al respecto, la revisión de literatura ha identificado dos posturas: los autores que consideran que existe una regla general que exige que todos los actos administrativos sean manifestados por escrito y que solo se exime a algunas excepciones de tal exigencia (Cassagne, 2002b, p. 109; Garrido, 1955, p. 14; Mejía, 1984, p. 249; Monacelli, 1961, p. 40; Rizo, 1992, p. 101; Rodríguez-Arana & Sendín, 2009a, p. 24; Romero-Pérez, 1981, p. 101); y aquellos que consideran que, como en derecho privado, no existe una regla general que exija a los actos administrativos manifestarse de cierta forma y que solo una norma específica puede imponer tal exigencia (Alessi, 1970b, pp. 272-273; Álvarez & Arias, 2020, p. 33; Ortega, 2018, p. 23; Santofimio, 2017, p. 329).

Independientemente de la postura que se elija, como los actos no expresados carecen de forma, su legalidad no depende de representar comprensiblemente un set de datos; sino que estos simplemente no se expresan. El único defecto formal que podría hacer ilegal a un acto no expresado ocurre cuando, por mandato de una norma general o específica, correspondía emitirlo adoptando una de las formas de manifestación expresa. En tal circunstancia, el defecto es la adopción de una forma inadecuada.

IV.1.3. Defectos en el soporte de actos administrativos expresados

IV.1.3.1. Defectos en el soporte de actos comunicados mediante signos o señas

Los actos administrativos expresados se han clasificado según el código que emplean para representar su contenido. Los actos codificados mediante signos o señas son aquellos que lo representan con imágenes, gestos o ruidos cuyo significado es «comprensible por todos» (Marienhoff, 1982b, p. 122). Es posible comunicar estos mensajes mediante el canal visual como, por ejemplo, la luz roja de un semáforo; o mediante el canal sonoro como, por ejemplo, el pitido de un policía de tránsito. Además, normalmente, los actos codificados mediante signos o señas no quedan documentados en un soporte permanente que pueda servir como prueba de su legalidad.

Aunque es teóricamente posible cuestionar la legalidad formal de un acto comunicado mediante signos o señas, dos factores hacen que tal escenario sea altamente improbable: primero, los actos comunicados mediante signos o señas no suelen implicar un menoscabo importante en los derechos o en el patrimonio de los afectados, por lo tanto, impugnar aquellos que sean defectuosos es más costoso que soportar sus efectos; y, en segundo lugar, la ausencia de un registro documental dificulta enormemente la prueba de su corrección formal. Por ejemplo, es posible que un policía adopte una postura inusual para comunicar su intención

de detener un vehículo y, como consecuencia de ello, no consiga que el conductor le obedezca. Si el conductor es acusado de haber desobedecido una instrucción policial, solo podrá probar la imperfección formal del acto con el improbable testimonio de un transeúnte colaborativo o con la —incluso— menos probable confesión del policía.

Vale la pena comentar lo que ocurriría si el acto descrito anteriormente hubiese sido capturado por una cámara. En tal escenario, el acto se habría documentado en un soporte permanente capaz de probar su imperfección formal. En ese caso, cabe preguntarse: ¿cómo se distingue este acto de aquellos que son comunicados por escrito? La diferencia está en que los actos que deben comunicarse por escrito serían ilegales si carecen de un registro documental permanente; en cambio, los actos que pueden comunicarse mediante signos o señas son legales incluso si no son registrados documentalmente.

Aunque estos actos tienen una manifestación externa que no queda documentada, no carecen de forma; en consecuencia, la definición de forma que se formuló anteriormente es extensible a ellos.

En una sección precedente de este trabajo se dedujo que la manifestación externa del acto administrativo debe estar compuesta por datos que comuniquen comprensiblemente el efecto del acto administrativo y su grado de adhesión a los requisitos que podrían hacerlo ilegal. En esa línea, los actos administrativos comunicados por signos o señas solo manifiestan expresamente su efecto jurídico y no expresan ningún dato que revele su grado de adhesión a los requisitos de legalidad. Por ejemplo, el gesto de un policía que detiene el tráfico con su palma apenas alcanza para comunicar una instrucción y no revela cómo es que el acto emana de una autoridad competente, la causa que justificó su emisión, cómo se ajusta a la finalidad perseguida por la norma, etc.

Siendo este el caso, es posible concluir que los actos comunicados mediante signos o señas siempre tienen formas defectuosas porque nunca comunican su grado de adhesión a los requisitos de legalidad. Sin embargo, existe una explicación alternativa: que estos datos sean manifestados tácitamente. Por ejemplo, aunque el gesto del policía no revela cómo es que el acto emana de una autoridad competente, tal circunstancia puede deducirse observando el uniforme que el emisor trae puesto. Igualmente, aunque el acto no revela la causa que justifica su emisión, la alta densidad del tráfico resulta evidente para el conductor afectado.

Quizá convenga reservar la comunicación mediante signos y señas a aquellos actos administrativos cuyo grado de adhesión a los elementos de legalidad resulte evidente para los administrados afectados. Adicionalmente, por estar representados en un código incapaz de

transmitir conceptos complejos, parece imposible que estos actos puedan suponer un menoscabo importante para los derechos o el patrimonio de los afectados.

Como solo se les exige representar expresamente el objeto o contenido del acto administrativo, únicamente existen dos defectos formales que podrían revelar la ilegalidad de los actos comunicados mediante signos o señas: a) que el acto haya sido comunicado mediante signos o señas cuando, por mandato de la norma, correspondía una forma más rigurosa (forma inadecuada); y b) que se haya omitido representar datos que revelen el objeto o contenido del acto administrativo, o que estos datos se hayan representado de forma incomprensible.

IV.1.3.2. Defectos en el soporte de actos comunicados verbalmente

A diferencia de los actos comunicados mediante signos o señas, los actos comunicados verbalmente están codificados en un lenguaje capaz de representar conceptos complejos.

A pesar de que es posible representar verbalmente el grado de adhesión de un acto a los elementos de legalidad, los actos verbales no suelen expresarlo. Por ejemplo, un militar puede vociferar una instrucción vinculante sin necesidad de expresar por qué es competente o qué la justifica.

Al igual que los actos comunicados mediante signos o señas, la mayoría de los actos comunicados verbalmente no suponen un menoscabo importante en los derechos o el patrimonio de los afectados. Siendo este el caso, convendría extender sobre ellos el criterio que se propuso para los actos comunicados mediante signos o señas; es decir, que se les exima de la expresión de datos que revelen el grado de adhesión a los elementos de legalidad, siempre y cuando estos sean evidentes.

Existe un subconjunto de actos comunicados verbalmente que son eficaces a pesar de que su grado de adhesión a los elementos de legalidad no resulta evidente y que, además, implican un menoscabo importante en los derechos o en el patrimonio de los afectados. Se trata de actos cuya ejecución inmediata resulta indispensable para «evitar o remediar perturbaciones al orden público, a la seguridad, tranquilidad y salubridad, a la defensa nacional, a la circulación de personas o cosas» (Santofimio, 2017, p. 201).

Al no comunicar de forma comprensible su grado de adhesión a los requisitos de legalidad, estos actos siempre presentan una forma defectuosa; pero su juridicidad no radica en el cumplimiento estricto de todos los requisitos legales, sino en la ponderación de bienes jurídicos en colisión. Ciertamente, no comunicar el grado de adhesión a los elementos de legalidad supone la indefensión del afectado, es decir, un menoscabo

a la seguridad jurídica; no obstante, cuando se sopesa esta lesión con el daño irreparable que acarrearía no ejecutar inmediatamente el acto, trasluce la juridicidad que brilla detrás de la apariencia defectuosa.

Al igual que los actos comunicados mediante signos o señas, los actos verbales solo deben representar expresamente su objeto o contenido; en consecuencia, solo existen dos defectos formales que podrían revelar su ilegalidad: a) que el acto haya sido comunicado verbalmente cuando, por mandato de la norma, correspondía una forma más rigurosa (forma inadecuada); y b) que se haya omitido representar datos que revelen el objeto o contenido del acto administrativo, o que estos datos se hayan representado de forma incomprensible.

IV.1.3.3. Defectos en el soporte de actos administrativos escritos

Normalmente, se exige que los actos administrativos que produzcan un menoscabo importante en los derechos o en el patrimonio de los afectados sean comunicados por escrito. Esto explica el mayor grado de rigurosidad formal que se impone a esta categoría de actos.

La revisión de literatura reveló que la perfección formal de un acto administrativo escrito está condicionada a la consignación de una serie de datos. Por ejemplo, se exige que un acto escrito contenga la firma de la autoridad emisora, la fecha y el lugar de emisión, los recursos de impugnación procedentes, etc.

Aunque cada uno de los autores consultados señala un conjunto de datos que, en su criterio, debería consignarse en los actos administrativos escritos, no se alcanzó un consenso sobre la composición de ese conjunto de datos. Por ejemplo, solo Garrido (1955) condiciona la perfección formal del acto administrativo escrito a que se consigne una «constancia de intervención del funcionario fedatario» (p. 72). Entre los conjuntos también se encontraron intersecciones muy amplias. Por ejemplo, la mayoría de los autores consultados encuentra razonable exigir la consignación de la fecha de emisión, el lugar de emisión y la firma del emisor.

Considerando esta dispersión de posturas, parece razonable preguntarse: ¿qué criterio debería emplearse para determinar la composición del conjunto de datos que debe consignarse en un acto administrativo escrito? Asimismo, cabe señalar que ninguno de los autores consultados manifiesta explícitamente el criterio que empleó para seleccionar los datos que componen su conjunto de datos de consignación obligatoria; sin embargo, es posible deducirlo.

Como se manifestó anteriormente, uno de los propósitos principales de la forma es permitir al administrado evaluar la legalidad del acto administrativo. También conviene recordar que la legalidad de estos acto

depende del cumplimiento de un conjunto de requisitos denominados «elementos de legalidad». Entonces, si se pretende que el administrado sea capaz de evaluar la legalidad del acto, debe comunicársele cómo este cumple con cada uno de los requisitos que podrían afectar su legalidad. Por lo tanto, el criterio que debe emplearse para determinar qué datos deben estar consignados en un acto administrativo escrito es que estos sean suficientes para revelar el grado de adhesión del acto a los requisitos dispuestos por la ley; es decir, su grado de adhesión a los «elementos de legalidad».

Siendo que cada uno de los datos de consignación obligatoria revela la adhesión del acto a alguno de los elementos de legalidad, es posible clasificarlos en función del elemento de legalidad cuyo cumplimiento revelan. Por ejemplo, datos como la firma, la aclaración de la firma y el lugar de emisión permiten evaluar la competencia del agente emisor; la exposición de los trámites que se han seguido revela si se cumplió con el procedimiento; la exposición de la decisión adoptada permite evaluar la legalidad del objeto del acto; etc.

Los datos destinados a revelar si el acto cumplió los requisitos de causa, finalidad, proporcionalidad, razonabilidad y mérito suelen estar agrupados bajo la etiqueta «motivación». El altísimo nivel de atención que ha recibido este conjunto de datos por parte de la doctrina justifica que sea desarrollado de forma apartada.

IV.1.3.4. La motivación como requisito de legalidad del acto administrativo reglado

La motivación es un tema tan contencioso que los autores no consiguen acordar, siquiera, el término más apropiado para nombrarlo. Algunos autores prefieren usar el término «fundamentación» porque, según ellos, «motivación» solo implica la exposición de la causa del acto administrativo, dejando de lado la exposición de su finalidad (Real, 1980, p. 116; Santofimio, 2017, p. 327); otros prefieren «motivación», aunque consideran que «fundamentación» es un término equivalente (Cassagne, 2002b, pp. 113-114; Guerra & Mendoza, 2018, pp. 106-107); y, finalmente, aunque prefieren el término «motivación», Cassagne (2002b, pp. 113-114), lo mismo que Guerra y Mendoza (2018, pp. 106-107), indican que en Italia se prefiere el término «justificación».

Este es un debate semántico de escaso provecho, pues, a diferencia del término «forma», cuyo problema radica en la atribución de múltiples conceptos a un mismo vocablo, el problema de la motivación radica en una multitud de términos atribuidos a un mismo concepto. Por lo tanto, la elección de cualquiera de los términos no provocará una confusión conceptual. Siendo este el caso, parece apropiado elegir el término «motivación» por ser el más difundido.

Otro asunto contencioso es la categoría a la que pertenece la motivación como requisito de legalidad. Algunos autores la clasifican como un requisito de forma (Alessi, 1970a, p. 275; Álvarez & Arias, 2020, p. 33; Carretero, 1969, p. 140; Cassagne, 2002a, p. 114; Coviello, 2016, p. 140; G. Fraga, 2000, p. 272; L. Fraga, 1995, p. 31; Gamero & Fernández, 2016, p. 526; Garrido, 1955, pp. 73-74; Guerra & Mendoza, 2018, p. 106; Ibáñez & Rincón, 2004, p. 31; Maqueda, 2010, p. 474; Marienhoff, 1982b, p. 126; R. Martínez, 2004, p. 243; Martín-Retortillo, 1957, p. 129; Pérez Benech, 2009, p. 40; Picón-Arranz, 2020, p. 111; Robalino-Orellana, 2009, p. 360; Tafur, 1984, pp. 188-189); y otros, como un requisito de fondo (Correa, 2011, pp. 280-281; Gordillo, 2012, pp. 73-74; A. D. Martínez, 2013, p. 23; Mejía, 1984, p. 239; Real, 1980, p. 129; Rodriguez-Arana, 2011, p. 218; Rodríguez-Arana & Sendín, 2009a, p. 29).

Un criterio que ha sido utilizado para distinguir a los requisitos de forma de los requisitos de fondo es el efecto provocado por su menoscabo. Según Rodríguez-Arana y Sendín (2009a), un defecto en un requisito formal puede merecer las sanciones de «anulabilidad, nulidad relativo [*sic*] o, en todo caso, irregularidad no invalidante» (p. 29); en cambio, un defecto en un requisito de fondo podría ser merecedor de un castigo más severo: la nulidad absoluta. Es decir, según este criterio, el efecto de un vicio depende de si se menoscabó un elemento de forma o de fondo[4].

Por otro lado, un grupo de doctrinarios estima que la gravedad de la sanción debe estar asociada a la gravedad del vicio en sí mismo, con independencia del elemento que menoscaba (Enemark, 2017, p. 754; Gordillo 2012, p. 28). Según este segundo grupo de autores, un vicio típicamente asociado al elemento forma podría tener como consecuencia el más severo de los castigos: la nulidad absoluta. Aparentemente, esta es la corriente que ha merecido mejor recepción por parte de la jurisprudencia. Si se adopta esta segunda postura, la distinción entre elementos de forma y de fondo pierde cualquier utilidad práctica; sin embargo, la dicotomía revela una confusión que conviene disipar.

Algunos de los autores que catalogan la motivación como un requisito de fondo la confunden con el elemento causa (Correa, 2011, pp. 280-281; Mejía, 1984, p. 239). El cumplimiento del elemento causa supone el acaecimiento del supuesto fáctico que condiciona el efecto del acto administrativo. Por ejemplo, si la obtención de un cargo público está condicionada a conseguir el mejor puntaje en un proceso de oposiciones, el hecho de que la persona investida con el cargo haya ganado el proceso de oposiciones implica el cumplimiento del elemento causa.

4 Conviene recordar que el nivel de severidad de los diferentes tipos de defectos varía dependiendo del sistema normativo que se consulte. En el caso descrito, Rodriguez-Arana y Sendín (2009a) se refieren al sistema normativo español (p. 29).

Continuando con el ejemplo de las oposiciones, es posible que el segundo postulante mejor puntuado observe que la Administración no valoró un título que, de haber sido considerado, le habría hecho ganar la competencia. Este defecto fue detectado gracias a que el acto administrativo reveló los méritos que fueron sopesados para cada uno de los candidatos y el título en cuestión no figuraba entre ellos; es decir, la manifestación externa del acto administrativo consignaba datos que revelaban su grado de adhesión al elemento de legalidad causa. Cabe entonces preguntarse: si la motivación revela que el acto administrativo no se adhirió al elemento causa, ¿existe un defecto en la motivación o un defecto en la causa del acto administrativo?

Anteriormente, se manifestó que la forma son los medios empleados para lograr que el administrado comprenda el contenido del acto administrativo y el grado de adhesión de este a los requisitos que podrían hacerlo ilegal. Los datos cuyo propósito es revelar el nivel de adhesión del acto administrativo al requisito de validez causa forman parte del conjunto de datos usualmente denominado «motivación».

En el ejemplo, la motivación consiguió revelar que el acto administrativo no se adhería al elemento de legalidad causa; es decir, logró su propósito, pues permitió al afectado descubrir que un título relevante no fue considerado. El defecto está en la causa, no en la motivación.

Como uno de los componentes del elemento de legalidad forma, el soporte del acto administrativo será legal si consigue revelar el razonamiento de la Administración, incluso si ese razonamiento es inadecuado. Naturalmente, si la forma revela un distanciamiento entre el acto administrativo y algún otro elemento de legalidad, el acto podrá ser declarado ilegal, pero no por un defecto en su forma, sino por un defecto en el elemento de legalidad al que no se adhiere.

IV.1.3.5. Requisitos que condicionan la perfección de la motivación

En este apartado se expondrán y evaluarán los requisitos que una motivación correcta debe superar según los autores consultados.

Los requisitos se clasificaron en función del resultado de su evaluación en descartados y rescatados.

- Requisitos descartados
    1. *Exactitud:* la confusión entre motivación y causa llevó a algunos autores a condicionar la perfección de la motivación a que exista concordancia entre los hechos expresados y los que realmente ocurrieron. Este requisito ha sido denominado «exactitud» en su versión positiva y «falsa motivación» en su versión negativa (Asencios, 2016, p. 42; Coviello, 2016,

p. 136; Martín-Retortillo, 1957, p. 129; Mejía, 1984, p. 243; Real, 1980, p. 130).

Anteriormente, se usó como ejemplo un acto administrativo impugnado por no ponderar un título que, de haber sido considerado, le habría dado la victoria al segundo mejor puntuado en un proceso de oposiciones. Al no valorar el título en cuestión, los hechos expresados por este acto administrativo no concuerdan con aquellos que realmente ocurrieron. Siendo este el caso, es posible afirmar que la motivación del ejemplo fue inexacta.

Como se expuso antes, la discrepancia entre los hechos expresados y los que realmente ocurrieron revela un defecto en la causa del acto administrativo que se puede percibir, justamente, porque la motivación cumplió su propósito de mostrar el grado de adhesión del acto administrativo al elemento de legalidad causa. En otras palabras, la perfección de la forma permitió al afectado identificar un defecto en la causa del acto administrativo.

Por lo tanto, no debe condicionarse la legalidad de la motivación a que se expresen los hechos tal cual ocurrieron, sino a que exprese de forma comprensible la representación mental de los hechos que condujo al funcionario a emitir el acto administrativo, incluso si tal representación mental es inexacta por un error en la valoración de la prueba o la interpretación de la norma.

2. *Congruencia:* otro criterio que suele emplearse para evaluar la perfección de la motivación es su congruencia (Coviello, 2016, p. 136; Kloss, 2018, p. 232; A. D. Martínez, 2013, pp. 22-23; Mejía, 1984, p. 243; Real, 1980, p. 130; Rodriguez-Arana, 2011, p. 228; Rodríguez-Arana & Sendín, 2009a, p. 37). Una motivación es congruente cuando «existe coherencia entre la parte expositiva y la parte dispositiva» (A. D. Martínez, 2013, pp. 22-23).

   Supóngase, por ejemplo, que una norma exime de una obligación tributaria a las personas mayores a 65 años; sin embargo, la solicitud de exención de un contribuyente octogenario es rechazada, a pesar de que la Administración reconoce, en su motivación, el cumplimiento de la condición establecida en la norma. Para los autores citados anteriormente, esta motivación es defectuosa por incongruente.

Uno de los requisitos cuyo menoscabo podría revelar la ilegalidad del acto administrativo es su objeto (también llamado «contenido»). El objeto de un acto administrativo «es lo que éste preceptúa; es el efecto práctico que el sujeto emisor se propone lograr a través de su acción voluntaria; es, en fin, lo que por dicho acto se dispone» (Marienhoff, 1982b, p. 94).

En el ejemplo anterior, la Administración consiguió comunicar de forma comprensible el efecto que pretende imponer, es decir, el contribuyente comprendió que su solicitud fue rechazada; sin embargo, tal disposición es defectuosa por no adherirse al efecto establecido en la norma. En este ejemplo, la motivación consigue su propósito revelando que el acto administrativo no cumple con el requisito objeto; es decir, el defecto no está en la motivación, sino en el objeto del acto administrativo.

Una motivación incongruente siempre revela un defecto en el objeto del acto administrativo y no necesariamente en su forma; por lo tanto, no debe condicionarse la perfección de una motivación a que exista coherencia entre las partes expositiva y dispositiva.

3. *Explicitud:* algunos autores consideran que la motivación siempre debe manifestarse de forma explícita; es decir, que su omisión o comunicación tácita suponen un vicio que hace ilegal al acto administrativo (Carretero, 1969; Coviello, 2016, p. 137; Gutarra, 2019, p. 236; A. D. Martínez, 2013, p. 22).

   Como se vio anteriormente, los actos administrativos comunicados mediante signos o señas no están codificados en un lenguaje capaz de transmitir conceptos complejos y, en consecuencia, no pueden comunicar explícitamente los datos asociados a la motivación. Por lo tanto, no es posible admitir la legalidad de los actos comunicados mediante signos o señas y, al mismo tiempo, exigir que la motivación de todos los actos administrativos sea explícita. Quizá la cuestión que convenga preguntarse es si se veda la comunicación tácita de la motivación en los actos codificados en lenguajes capaces de representar conceptos complejos.

   Ya se explicó por qué se consideran legales los actos verbales, a pesar de que la enorme mayoría de ellos omite revelar explícitamente su grado de adhesión a los elementos de validez; es decir, la comunicación tácita de la motivación parece ser admisible en los actos verbales. Solo queda preguntarse, entonces, si la explicitud de la motivación es

exigible en todos los actos escritos o si estos pueden omitir los datos que resulten evidentes para el destinatario.

Como se mencionó anteriormente, muchos autores consideran que los datos destinados a revelar el nivel de adhesión al elemento de legalidad finalidad pertenecen al conjunto de datos denominado «motivación». Entonces, si se acepta que la explicitud es un requisito indispensable para una motivación correcta, los soportes de todos los actos administrativos escritos deberían manifestar explícitamente datos destinados a revelar el cumplimiento de la finalidad; sin embargo, en la práctica, casi ningún acto administrativo reglado hace explícito su nivel de adhesión al elemento de legalidad finalidad. Por ejemplo, cuando se emite una resolución determinativa imponiendo una deuda tributaria, la motivación se limita a describir los hechos que suponen el cumplimiento del hecho generador y omite manifestar cualquier dato destinado a revelar cómo esa deuda tributaria está alineada con la finalidad de la norma. La finalidad del sistema tributario es procurar los recursos económicos necesarios para el cumplimiento de los fines del Estado. Evidentemente, exigir que un contribuyente evasor pague lo que le corresponde está alineado con la finalidad del sistema tributario y, siendo esto tan evidente, no hace falta manifestarlo explícitamente en la motivación del acto administrativo. Carretero (1969) comparte esta opinión, pues afirma que «tampoco es necesaria una motivación textual, pues puede resultar de actos externos y del contexto del acto de que se trate» (p. 139).

Siendo este el caso, parece que la práctica ha eximido a los actos escritos de la manifestación explícita de los datos que resulten evidentes para el administrado; sin embargo, para evitar que esta exención degenere en abuso, se sugiere una interpretación que restrinja este permiso a los datos con un grado muy elevado de notoriedad.

4. *Ubicación:* existe un debate doctrinal entre los autores que encuentran admisible que se remita la motivación al expediente que precede al acto administrativo, siempre y cuando este sea accesible para el administrado (Alessi, 1970a, p. 275; Coviello, 2016, p. 136; Gamero & Fernández, 2016, p. 529; Garrido, 1955, p. 174; Guerra & Mendoza, 2018, p. 106; Pérez Benech, 2009, p. 40; Rodriguez-Arana, 2011, pp. 66-67; Rodríguez-Arana & Sendín, 2009a, pp. 29-30); y los autores que consideran que la motivación siempre debe figurar en el acto administrativo, independientemente de

si este fue comunicado al administrado en algún trámite conducente al mismo (Cabrera & Salazar, 2005, p. 40; Cassagne, 2002b, p. 114; A. D. Martínez, 2013, p. 22).

Al desarrollar el requisito explicitud se concluyó que es admisible la comunicación tácita de los datos asociados a la motivación que resulten obvios para el afectado; es decir, que no es necesario comunicar explícitamente todos los datos asociados con la motivación y que los datos omitidos pueden ser deducidos de fenómenos externos al acto administrativo. En congruencia con tales afirmaciones, parece adecuado permitir la omisión de aquellos datos asociados a la motivación que hayan sido explicitados claramente en el expediente, siempre y cuando el emisor indique el trámite que los explicita y tal trámite sea fácilmente accesible para el afectado.

En consecuencia, no parece apropiado condicionar la perfección de la motivación a que sea representada en su totalidad en el soporte que canaliza el acto administrativo.

- Requisitos rescatados

1. *Oportunidad (motivación* a posteriori*):* otra cuestión controvertida es cuándo debe comunicarse la motivación al afectado. Una postura encuentra admisible que la motivación sea comunicada después del acto administrativo, en un comunicado complementario que subsane el acto notificado originalmente (Guerra & Mendoza, 2018, p. 106); mientras que otra considera inadmisible tal derivación y condiciona la validez del acto administrativo a que este represente íntegramente la motivación al momento de ser emitido (A. D. Martínez, 2013, p. 22; Pérez Benech, 2009, p. 42).

   Considerando que uno de los propósitos de la forma es permitir al afectado evaluar la legalidad del acto administrativo, es inadecuado considerar legal un acto administrativo que omita representar íntegramente su motivación, incluso si tal omisión es subsanada en un comunicado posterior.

   Es perfectamente posible que el comunicado complementario revele un distanciamiento severo entre el acto administrativo y los elementos que condicionan su legalidad. En tal escenario, ¿cómo se resarce al administrado por los efectos ilegales sufridos durante el tiempo comprendido entre la notificación del acto administrativo y la notificación del comunicado complementario?

   Evidentemente, permitir la motivación *a posteriori* implica exponer a los administrados a un riesgo muy alto de indefensión.

Por lo tanto, es adecuado condicionar la perfección de la motivación a que sea comunicada oportunamente.

Sin embargo, los datos asociados a la motivación no son los únicos que deben ser comunicados oportunamente. Así como sería incorrecto derivar a un comunicado complementario la expresión de los hechos que justifican la emisión del acto administrativo, sería incorrecto derivar la expresión del nombre del agente emisor a un comunicado complementario, pues, en tal escenario, el afectado no podría evaluar si el acto fue emitido por una autoridad competente.

La propuesta que se planteará más adelante extiende el requisito oportunidad a todos los datos de consignación obligatoria y no solo a aquellos asociados a la motivación.

2. *Claridad:* la claridad es otro factor que los autores evalúan en la motivación de los actos administrativos (Cabrera & Salazar, 2005, p. 40; Coviello, 2016, p. 137; Rodriguez-Arana, 2011, p. 224). Aunque ninguno de los autores consultados ofrece una definición de claridad, se entiende que una motivación es clara cuando resulta comprensible.

   Parece apropiado condicionar la perfección de la motivación a que sea expresada de modo comprensible, pero los datos típicamente asociados a la motivación del acto administrativo no son los únicos que deben ser comunicados de forma comprensible. Como se dijo anteriormente, para que se considere que un acto es inteligible (claro), todos sus datos —y no solo aquellos asociados a la motivación— deben codificarse de tal modo que un destinatario razonablemente competente sea capaz de comprenderlos. Por ejemplo, un acto administrativo en el cual la aclaración de firma del emisor es ilegible por un problema en la impresión también adolece de un defecto en su claridad, a pesar de que este dato no pertenece al conjunto de datos típicamente asociados a la motivación.

   La propuesta que se planteará más adelante extiende el requisito claridad a todos los datos de consignación obligatoria y no solo a aquellos asociados a la motivación. Igualmente, la propuesta contempla la posibilidad de que la oscuridad alcance a todos los datos porque fueron codificados en un lenguaje cuya comprensión requiere conocimientos o recursos que no sean razonablemente accesibles para el destinatario.

   Por cómo están codificados, los actos administrativos documentados electrónicamente merecen una mención

especial. Cuando se emiten, quedan almacenados en una base de datos como larguísimas cadenas de ceros y unos; es decir, en un lenguaje que resulta incomprensible sin la asistencia del *hardware* y *software* apropiados.

Además, con cada vez más frecuencia, lo que se almacena en la base de datos de la Administración es una versión cifrada del soporte digital del acto administrativo. El cifrado tiene como propósito evitar que ajenos visualicen el documento electrónico y enriquecer el archivo con datos que permiten verificar su inalterabilidad, autenticidad y no repudio.

Para que el destinatario pueda conocer un acto administrativo documentado electrónicamente deben converger dos circunstancias: a) que tenga acceso a una computadora capaz de representar el mensaje de modo comprensible; y b) que cuente con una llave digital que le permita decodificar el mensaje cifrado.

Como la claridad de un acto administrativo depende de la codificación comprensible de sus datos, tendrá que considerarse oscuro o ininteligible aquel acto administrativo electrónico cuya decodificación exija medios (*hardware*, *software* o llave digital) que no sean razonablemente accesibles para el destinatario.

3. *Suficiencia:* todos los autores consultados condicionan la perfección de la motivación a que esta sea suficiente. Aparentemente, la suficiencia de la motivación depende de la expresión de un conjunto de datos de consignación obligatoria; en otras palabras, se considera insuficiente al acto que no consigna alguno de estos datos.

   En lo que los autores difieren es en la composición del conjunto de datos de consignación obligatoria. Por ejemplo, existe un largo debate entre quienes consideran que una motivación no debe expresar la adhesión del acto administrativo con el elemento finalidad y quienes consideran que estos datos deben expresarse (Cassagne, 2002b, p. 113; Coviello, 2016, p. 132; Guerra & Mendoza, 2018, p. 106; Kloss, 2018, p. 229; A. D. Martínez, 2013, p. 21; Real, 1980, p. 113; Rodríguez-Arana & Sendín, 2009a, p. 31; Romero-Verdún, 2020, p. 37; Santofimio, 2017, p. 328).

   La revisión de literatura reveló dos criterios que pretenden determinar qué datos deben expresarse obligatoriamente en los actos administrativos: por un lado, algunos autores consideran que la motivación es suficiente cuando revela

el razonamiento de la autoridad emisora (A. D. Martínez, 2013, p. 22; Murgas *et al.*, 2020, p. 109; Rodríguez-Arana & Sendín, 2009a, p. 28); por otro lado, Pérez Benech (2009) establece que una motivación será suficiente cuando no cause indefensión a los afectados (p. 41).

La primera posición parece confundir la suficiencia con la claridad, pues revelar el razonamiento de la autoridad emisora equivale a representar los datos del acto administrativo de forma comprensible; por lo tanto, esta posición no establece un buen criterio para determinar si la motivación fue suficiente, sino si fue clara.

La segunda posición condiciona la suficiencia de la motivación a que esta no cause indefensión; es decir, que permita al afectado evaluar la legalidad del acto administrativo. Ello implica que una motivación suficiente expresa todos los datos necesarios para revelar el nivel de adhesión del acto administrativo a cada uno de los elementos asociados con la motivación (causa, finalidad, proporcionalidad, razonabilidad y mérito). Este es el criterio más adecuado para determinar los datos que deben ser expresados en una motivación suficiente.

Como en el resto de los requisitos que fueron adoptados, el requisito de suficiencia puede extenderse a otros elementos, además de aquellos típicamente asociados con la motivación. Parece adecuado calificar como insuficiente a una forma que omita expresar el nombre de la autoridad emisora, a pesar de que este dato no revela el nivel de adhesión del acto administrativo a uno de los elementos típicamente asociados con la motivación, sino que revela su nivel de adhesión al elemento competencia.

La propuesta que se planteará más adelante extiende el requisito suficiencia a la consignación de datos que permitan revelar el nivel de adhesión del acto administrativo a todos los elementos que podrían hacerlo ilegal y no solamente a aquellos típicamente asociados a la motivación.

Es importante recalcar que la omisión de algunos de estos datos no supone insuficiencia cuando: a) los datos omitidos resultan obvios para el destinatario (se sugiere reservar este permiso solo a datos con un grado elevado de notoriedad); o b) el emisor ha derivado el desarrollo del dato omitido a una sección específica del expediente que lo manifiesta de forma explícita y comprensible, y que es accesible para el destinatario.

IV.1.3.6. Utilidad de la «motivación» como categoría de datos consignados en el acto administrativo

Anteriormente, se estableció que el soporte será suficiente cuando manifieste todos los datos necesarios para revelar el nivel de adhesión del acto administrativo a cada uno de los elementos que podrían revelar su ilegalidad. Asimismo, se sugirió clasificar los datos consignados en el acto administrativo en función del elemento cuyo grado de adhesión revelan; por ejemplo, la consignación de la autoridad emisora puede clasificarse bajo el dominio del elemento competencia y la consignación de los hechos que justifican la emisión del acto puede clasificarse bajo el dominio del elemento causa. También se afirmó que el término «motivación» se emplea para aludir a los datos que revelan el grado de adhesión del acto administrativo a un subconjunto de elementos de legalidad (causa, objeto, finalidad, proporcionalidad, razonabilidad y mérito).

Si se adopta la clasificación sugerida por este trabajo, los datos que usualmente se clasificarían bajo la etiqueta «motivación» podrían alojarse en una categoría más específica: aquella que corresponde al elemento cuyo grado de adhesión revelan. Por ejemplo, la expresión de los hechos que justificaron la emisión del acto, que típicamente se asociaría a la motivación, puede clasificarse bajo la categoría correspondiente al elemento causa.

Igualmente, los requisitos para una motivación correcta que fueron rescatados por este trabajo (suficiencia, claridad y oportunidad) fueron adaptados para que alcancen a todos los datos de consignación obligatoria, independientemente del elemento de legalidad cuyo grado de adhesión revelan. Por ejemplo, se exige claridad tanto en la representación de los datos que revelan el nivel de adhesión al elemento causa como aquellos respecto del nivel de adhesión al elemento competencia.

Siendo que los datos usualmente asociados a la motivación pueden alojarse en categorías más específicas y, además, no deben cumplir requerimientos especiales, parece apropiado afirmar que, de adoptarse las sugerencias propuestas por este trabajo, la motivación como etiqueta pierde cualquier utilidad práctica.

En síntesis, un acto administrativo escrito tendrá un defecto en su soporte cuando omita manifestar o represente de forma incomprensible los datos que revelen su grado de adhesión a cada uno de los requisitos que podrían hacerlo ilegal, a menos que esos datos: a) resulten obvios para un destinatario razonablemente competente; o b) hayan sido representados de forma comprensible en una sección del expediente expresamente señalada en el acto administrativo y que sea accesible para el destinatario.

IV.2. Defectos en la publicación de un acto administrativo

IV.2.1. Naturaleza de la publicidad como elemento de legalidad

Para efectos del presente trabajo, se define publicidad como los medios empleados por la Administración para exponer los sentidos del destinatario al soporte físico que contiene el acto administrativo.

La revisión de literatura reveló una controversia sobre la naturaleza de la publicidad como elemento de legalidad del acto administrativo. Un grupo de autores afirma que un defecto severo en la publicidad podría hacer ilegal al acto administrativo; sin embargo, no considera que la publicidad sea un elemento de legalidad independiente, pues subordina sus defectos al dominio del elemento procedimiento (Mejía, 1984, p. 251; Rincón-Suescún, 2016, p. 32; Tafur, 1984, pp. 188-190). Un segundo grupo no considera a la publicidad como un elemento de legalidad, pues, para ellos, un menoscabo severo en la publicidad no implica la ilegalidad del acto administrativo, sino su ineficacia (Cassagne, 2002b, p. 117; Durán, 2017, p. 148; Maqueda, 2010, p. 472; Marienhoff, 1982a, p. 120; Muñoz-Chacón, 2008, pp. 299-300; Ortega, 2018, pp. 30-31; Paucar, 1984, p. 164; Rodríguez-Arana & Sendín, 2009a, p. 24; Sánchez, 2015, pp. 130-131). Finalmente, un tercer grupo, subordina los defectos asociados a la publicidad al elemento de legalidad forma (Garrido, 1955, pp. 79-80; Gordillo, 2012, p. 30; Rincón-Suescún, 2016, p. 32; Robalino-Orellana, 2009, p. 360).

Con respecto a la primera posición, considerando que el procedimiento es el conjunto de trámites legales conducentes a la emisión del acto administrativo (Alessi, 1970a, p. 276; Álvarez & Arias, 2020, p. 32; Cabrera & Salazar, 2005, p. 29; Ezcurra, 1978, p. 336; Gamero & Fernández, 2016, p. 525; Garrido, 1955, p. 62; Gutarra, 2019, p. 238; Muñoz-Chacón, 2008, pp. 296-297; Sánchez *et al.*, 2019, p. 74; Sánchez, 2015, p. 15; Santofimio, 2017, p. 329), estos tendrán que acontecer necesariamente antes de la emisión del acto administrativo. En consecuencia, la publicidad, que acontece necesariamente después, no puede estar subordinada al elemento de legalidad procedimiento.

Los autores que defienden la segunda posición alegan que es posible que un acto administrativo legal sea ineficaz por un defecto severo en la publicidad; es decir, que la legalidad se agota con la representación comprensible de todos los datos que deben manifestarse obligatoriamente en el soporte del acto administrativo, independientemente de si el soporte es expuesto a los sentidos del destinatario. Para comprender mejor esta posibilidad, conviene imaginar un acto administrativo perfectamente compuesto escondido en la gaveta de la autoridad emisora. El acto cumple con todos los requisitos conducentes a que se produzcan los efectos jurídicos, excepto la publicidad.

Si el acto descrito anteriormente es, en efecto, legal, tendría que cumplir todos los requisitos de legalidad del acto administrativo. En el acápite III.5 se condicionó la perfección de la forma a que se expresen de modo comprensible los datos que revelen el grado de adhesión del acto administrativo a los elementos que podrían hacerlo ilegal. Siendo este el caso, conviene preguntarse, ¿es posible la comprensión de un acto administrativo sin exponer los sentidos al soporte físico que lo aloja?, ¿podrá el afectado por el acto administrativo escondido en la gaveta comprenderlo? Evidentemente, tal cosa no es posible. Siendo imposible la comprensión de algo que no ha sido percibido con los sentidos, los defectos en la publicidad siempre implican un menoscabo en la forma. De este modo, queda desacreditada la segunda posición y acreditada aquella que subordina los defectos en la publicidad al elemento forma. Asimismo, como los defectos en la publicidad están subordinados al elemento de legalidad forma, su estudio es pertinente dentro los límites temáticos de este trabajo.

En lo que sigue, se usará el término «notificación» para aludir a la publicidad de los actos administrativos, pues es el nombre que corresponde por tratarse de actos de alcance particular (Gordillo, 2012, p. 31; Mejía, 1984, p. 248; Muñoz-Chacón, 2008, p. 300; Ortega, 2018, p. 32).

IV.2.2. Defectos en la notificación de actos administrativos

Como se describió anteriormente, los actos administrativos no expresados carecen de forma y, en consecuencia, no podrían ser invalidados por un defecto en su notificación.

En los actos expresados mediante signos, señas o verbalmente, la emisión y la notificación del acto administrativo acontece de forma simultánea y, en consecuencia, no se establecen formalidades especiales para acreditar que la notificación fue eficaz.

Por otro lado, se exige que la notificación eficaz de los actos administrativos expresados por escrito se acredite con el cumplimiento de una serie de formalidades, cuya omisión podría conllevar ilegalidad.

IV.2.2.1. Defectos en la notificación de actos administrativos documentados en papel

La emisión de un acto administrativo documentado en papel implica la producción de un documento original que, usualmente, se adhiere al expediente del proceso administrativo. Pero el documento que se expone a los sentidos del destinatario no es el original, sino una copia fiel del mismo. Bajo esa lógica, es posible que la copia notificada al destinatario no refleje con fidelidad los datos representados en el documento original. Esto ocurriría, por ejemplo, si la copia notificada omite incluir

la parte resolutiva del acto administrativo, a pesar de que esta figura en el documento original.

Anteriormente, se estableció que la forma de un acto administrativo es insuficiente cuando omite revelar su grado de adhesión a alguno de los elementos que podría hacerlo ilegal. Como la copia notificada en el ejemplo carece de la parte resolutiva y, en consecuencia, no revela el grado de adhesión del acto administrativo al elemento de legalidad objeto, podría interpretarse que existe un vicio formal de insuficiencia; no obstante, tal interpretación sería incorrecta.

Los requisitos formales de claridad, oportunidad y suficiencia son aplicables únicamente a los datos representados en el soporte físico original y no a sus copias, pues estas solo emulan el soporte físico y no son el soporte físico en sí mismas. En consecuencia, los defectos ocasionados por diferencias de contenido entre el documento original y sus copias deben ser catalogados como defectos en la notificación y no como defectos en el soporte (Garrido, 1955, p. 80; Gordillo, 2012, p. 31).

Pero las formalidades de la notificación no se agotan con la copia fiel del documento original, pues la copia debe ser trasladada a un espacio expuesto a los sentidos del destinatario. La norma regula diferentes espacios a los que puede trasladarse una copia del acto administrativo para que la notificación quede consumada.

En los actos documentados en papel, la traslación consiste en llevar la copia a un espacio físico. Normalmente, se prefiere que la copia sea trasladada al domicilio del destinatario; pero, si tal domicilio es desconocido o se ignora la identidad del destinatario, se permite el traslado a tablones, edictos, anuncios y otros espacios similares (Garrido, 1955, p. 133; Sánchez, 2015, p. 80). Es posible deducir, entonces, que una notificación está viciada cuando se traslada la copia del acto administrativo a un espacio inapropiado.

El traslado de la copia debe acreditarse con una diligencia denominada «constancia de recepción» (Sánchez, 2015, p. 133), cuyo propósito es demostrar que el traslado aconteció en cumplimiento de los requisitos legales. Normalmente, se exige que en la constancia de recepción figuren datos como el nombre del destinatario, su domicilio, la hora y el lugar de entrega, el número de fojas y el título que identifica al acto notificado. Otros datos que deben consignarse dependen de las circunstancias en las que aconteció el traslado. Idealmente, el traslado lleva la copia del acto administrativo al espacio ocupado por el destinatario; en tal circunstancia, habrá operado una notificación personal que tendrá que acreditarse añadiendo la firma del receptor a los datos anteriormente mencionados. Sin embargo, es posible que el destinatario no desee estampar su firma en la diligencia de notificación; en tal circunstancia,

la notificación personal puede acreditarse añadiendo los nombres y firmas de algunas personas que hayan atestiguado la recepción. También es posible que el destinatario no sea encontrado; en tal circunstancia, se permite la fijación de una cédula en el domicilio del destinatario con la copia del acto administrativo adherida detrás (Garrido, 1955, p. 80; Gordillo, 2012, p. 31). La fijación de la cédula también exige la consignación de una serie de datos adicionales. En consecuencia, es posible clasificar como un defecto en la notificación el que en la constancia de recepción no figuren datos suficientes para revelar el cumplimiento de las condiciones legales para un traslado eficaz o que tales datos no sean representados de forma inteligible.

Aunque el término «constancia de recepción» es el más difundido entre los autores, resulta inapropiado por sugerir que el traslado siempre implica recepción. En la notificación por cédula, por ejemplo, el traslado de la copia a un espacio apropiado es suficiente para que la notificación quede consumada, sin que haga falta acreditar la recepción del destinatario. Algo similar ocurre en la notificación por edictos, tablón o anuncios. Por lo tanto, se propone modificar el nombre de esta diligencia a «constancia de traslado» en lugar de «constancia de recepción».

IV.2.2.2. Defectos de los actos administrativos documentados electrónicamente

Como se mencionó anteriormente, la emisión del acto administrativo electrónico implica la traducción de su contenido a lenguaje binario y su almacenaje en una base de datos controlada por la Administración.

Muchas veces, el mensaje almacenado se cifra para imposibilitar su visualización a ajenos y para enriquecerlo con datos que permitan comprobar su inalterabilidad, autenticidad y no repudio.

Notificar este documento electrónico implica duplicarlo y trasladar la copia a un espacio digital que la norma considere apropiado; por ejemplo, la dirección de correo electrónico que proporcionó el destinatario. Entonces, es posible deducir que un defecto en la notificación de un acto administrativo electrónico es que su copia no haya sido trasladada a un espacio digital considerado apropiado por la norma. Otra dificultad consiste en que el destinatario sea capaz de decodificar el mensaje electrónico que soporta al acto administrativo y representar sus datos en un lenguaje comprensible. Ya se habló sobre esta dificultad al abordar la claridad como requisito formal aplicable a todos los soportes. Finalmente, incluso si el destinatario puede representar el acto administrativo en un lenguaje comprensible, debe poder comprobar su inalterabilidad, no repudio y autenticidad.

La inalterabilidad se refiere a la exigencia de representar los datos de tal modo que permitan al receptor comprobar que el documento

notificado no sufrió cambios con respecto al original (Ibáñez & Rincón, 2004, p. 32; Ortega, 2018, p. 23; Sánchez, 2015, p. 129). Cuando se describió la notificación de los actos administrativos documentados en papel, se clasificó como defectos en la notificación a las diferencias entre el documento original y la copia notificada. Demostrar que tales diferencias existen resulta sumamente difícil si el acto administrativo fue documentado en papel, pero la tecnología digital permite incrustar, en los datos que componen el soporte digital del acto administrativo, información capaz de acreditar que el documento notificado coincide en contenido con el original. Por lo tanto, como estos datos están destinados a comprobar la semejanza de la copia con el original, su omisión o representación ininteligible tiene que clasificarse como defectos en la notificación.

La autenticidad se refiere a la exigencia de representar los datos de tal modo que permitan al receptor comprobar que el emisor «es quien dice ser y no un tercero que intenta suplantarlo» (Sánchez, 2015, p. 129). Los datos que acreditan la autenticidad del documento electrónico reemplazan a la firma del documento soportado en papel; es decir, si estos son omitidos o representados de forma incomprensible, el destinatario no podrá evaluar el nivel de adhesión del acto administrativo al elemento de legalidad competencia. En consecuencia, omitir o representar de forma incomprensible los datos que acreditan la autenticidad son defectos en el soporte digital del acto administrativo electrónico y no en su notificación.

Finalmente, el no repudio se refiere a la exigencia de representar los datos de tal modo que permitan comprobar que el mensaje fue enviado por el emisor y recibido por el destinatario (Ibáñez & Rincón, 2004, p. 32). El no repudio del emisor coincide conceptualmente con la autenticidad y, en consecuencia, su desarrollo en una categoría independiente resultaría redundante. Por otro lado, el no repudio del receptor es semejante a la constancia de traslado de los actos administrativos documentados en papel, pues ambos tienen como propósito acreditar que el documento notificado fue trasladado a un sitio apropiado cumpliendo con todos los requerimientos legales. Siendo este el caso, los defectos en la representación comprensible de los datos que permitan acreditar el no repudio del destinatario se clasifican bajo el dominio de la notificación.

V. PROPUESTA

En este apartado se propone un catálogo de defectos bajo el dominio del elemento de legalidad forma que surge como el resultado integrador de la revisión de literatura practicada.

Tabla 3. Catálogo de defectos formales del acto administrativo

Categoría	Manifestación externa	Requisito vulnerado	Defecto
Defectos en la publicidad	Actos escritos	Forma de notificación adecuada	Se adoptó una forma de notificación diferente a la dispuesta por la norma
		Traslado	La copia fue trasladada a un espacio físico o digital inapropiado para la notificación
		Plazo	La notificación se realizó fuera del plazo previsto por la norma
	Actos documentados en papel	Constancia de traslado	En la constancia de traslado no se consignan todos los datos requeridos por la norma o estos no son representados de forma comprensible
		Copia fiel	La copia notificada al destinatario no refleja con fidelidad los datos representados en el documento original
Defectos en la publicidad	Actos documentados electrónicamente	No repudio	Los datos no están representados de tal modo que sea posible comprobar que el traslado cumplió todos los requisitos dispuestos por la norma
		Inalterabilidad	Los datos no están representados de tal modo que sea posible comprobar que el documento notificado no sufrió cambios con respecto al original
Defectos en el soporte	Todas	Forma adecuada	Se adoptó una manifestación externa diferente a la impuesta por la norma
	Actos expresados	Codificación comprensible	Los datos fueron codificados en un lenguaje cuya comprensión requiere conocimientos o recursos que no son razonablemente accesibles para el destinatario
		Expresión del objeto	Los datos necesarios para evaluar el nivel de adhesión del acto administrativo al elemento de legalidad objeto no se expresaron o se consignaron de tal modo que resultan incomprensibles para un destinatario razonablemente competente
	Actos escritos	Expresión del procedimiento	Los datos necesarios para evaluar el nivel de adhesión del acto administrativo al elemento de legalidad procedimiento no se manifestaron o se consignaron de tal modo que resultan incomprensibles para un destinatario razonablemente competente

	Actos escritos	Expresión de la causa	Los datos necesarios para evaluar el nivel de adhesión del acto administrativo al elemento de legalidad causa no se manifestaron o se consignaron de tal modo que resultan incomprensibles para un destinatario razonablemente competente
		Expresión de la competencia	Los datos necesarios para evaluar el nivel de adhesión del acto administrativo al elemento de legalidad competencia no se manifestaron o se consignaron de tal modo que resultan incomprensibles para un destinatario razonablemente competente
		Expresión de la finalidad	Los datos necesarios para evaluar el nivel de adhesión del acto administrativo al elemento de legalidad finalidad no se manifestaron o se consignaron de tal modo que resultan incomprensibles para un destinatario razonablemente competente
		Expresión de otros elementos de legalidad	Los datos necesarios para evaluar el nivel de adhesión del acto administrativo a algún otro elemento de legalidad no se manifestaron o se consignaron de tal modo que resultan incomprensibles para un destinatario razonablemente competente
		Expresión de otros datos de consignación obligatoria	Un dato que debe ser consignado en el acto administrativo por mandato expreso de la norma, a pesar de que no revela el grado de adhesión del acto administrativo a algún elemento de legalidad, ha sido omitido o no se consignó de tal modo que un destinatario razonablemente competente pueda comprenderlo

Fuente: elaboración propia.

VI. CONCLUSIÓN

Al despejar las controversias sobre la definición de forma como elemento de legalidad del acto administrativo, fue posible identificar los defectos que están bajo su dominio en un catálogo comprehensivo que podría ayudar a los operadores de justicia a identificar defectos formales con mayor objetividad.

La definición sobre la que se construyó el catálogo de defectos se formuló combinando los dos propósitos que los autores suelen atribuir a la forma como elemento de legalidad: el permitir al destinatario comprender el contenido del acto administrativo, además de evaluar su adhesión a los demás elementos de legalidad.

Como consecuencia de ello, se ha definido forma como los medios empleados para lograr que el administrado entre en contacto con la

manifestación externa del acto administrativo y que comprenda el grado de adhesión de este a los requisitos que podrían hacerlo ilegal.

La definición permitió identificar los dos tipos de defectos asociados al elemento forma: a) defectos en la representación de los datos que permiten evaluar el nivel de adhesión del acto administrativo a sus elementos de legalidad (defectos en el soporte); y b) defectos en la exposición del soporte que aloja el acto administrativo a los sentidos del destinatario (defectos en la publicación).

El propósito del soporte físico o digital del acto administrativo es revelar de forma comprensible el objeto del acto administrativo y su grado de adhesión a cada uno de los requisitos que podrían hacerlo ilegal. El soporte es formalmente adecuado si revela el razonamiento del emisor del acto administrativo de forma comprensible, incluso si el razonamiento revelado es incorrecto.

El propósito de la publicidad es trasladar una copia fiel del acto administrativo a un espacio físico o digital que esté expuesto a los sentidos del destinatario. La notificación que opera de esta forma no necesariamente implica la recepción del mensaje, pues muchas formas de notificación practicadas correctamente no exigen que se acredite la recepción, sino solamente el traslado del documento a un espacio apto para una notificación eficaz.

Restringir el dominio de la forma a los límites establecidos por esta propuesta evitará que defectos que corresponden a otras categorías sean catalogados como defectos formales y, como consecuencia de ello, las entidades jurisdiccionales encargadas de controlar la legalidad de actos administrativos no podrán recurrir con tanta facilidad a la anulación por defectos formales como una estrategia para aliviar sus cargas de trabajo.

REFERENCIAS

Alessi, R. (1970a). *Instituciones de Derecho Administrativo* (3.a ed., vol. I). Barcelona: Bosch.

Alessi, R. (1970b). *Instituciones de Derecho Administrativo* (3.a ed., vol. II). Barcelona: Bosch.

Alvarado, J., & Pérez, M. (2021). Ejecución del acto presunto por silencio administrativo según la legislación y la jurisprudencia ecuatoriana. *Sociedad & Tecnología*, *4*(S1), 13-28. https://doi.org/10.51247/st.v4is1.111

Álvarez, V., & Arias, F. (2020). *Lecciones sobre el Acto Administrativo*. Extremadura: Universidad de Extremadura. https://dehesa.unex.es/handle/10662/11130

Asencios, P. (2016). *Curso Validez y Nulidad del Acto Administrativo*. Lima: Academia de la Magistratura. http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/686

Barnés, J. (2011). Tres generaciones del procedimiento administrativo. *Derecho PUCP*, (67), 77-108. https://doi.org/10.18800/derechopucp.201102.003

Bermudez, J. (2010). Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos ¿Qué queda de la nulidad de derecho público? *Revista de Derecho*, *23*(1), 103-123. https://doi.org/10.4067/s0718-09502010000100005

Bocanegra, R. (2012). *Lecciones sobre el acto administrativo*. Madrid: Civitas.

Cabrera, M. A., & Salazar, O. (2005). El Acto Administrativo- Evolución Histórica y Vigencia Actual. *Docentia et Investigatio*, *2*(7), 25-48. https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/view/10393

Carretero, A. (1969). Causa, motivo y fin del acto administrativo. *Revista de Administración Pública*, (58), 127-148.

Cassagne, J. (2002a). *Derecho Administrativo* (6.a ed., vol. I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Cassagne, J. (2002b). *Derecho Administrativo* (6.a ed., vol. II). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Correa, R. (2011). El acto administrativo en el Derecho Positivo uruguayo. *Revista de Derecho Público*, 6(40), 11-26. http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/1414

Coviello, P. J. (2016). La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales. En E. Alonso (ed.), *El control de la actividad estatal* (pp. 129-167). Buenos Aires: Asociación de Docentes.

Durán, A. (2017). Revocación de oficio de un acto administrativo nulo creador de derechos cuyo vicio era conocido por el beneficiario. *Revista de Derecho Público*, (52), 139-157. http://www.revistaderechopublico.com.uy/ojs/index.php/Rdp/article/view/72

Enemark, C. A. N. (2017). El conocimiento del vicio y su incidencia sobre la estabilidad del acto administrativo irregular. *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, *2017*, 746-783.

Ezcurra, J. L. V. (1978). Los actos administrativos de trámite: el acto reiterativo y la indefensión del particular. *Revista de Administración Pública*, (86), 335-386. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1098035

Filgueiras, M. V. (2011). La insuficiencia del archivo electrónico para garantizar la existencia del acto administrativo informático. En C. D. Aguirre (ed.), *Simposio Argentino de Informática y Derecho* (pp. 48-60). Córdoba: Universidad Tecnológica Nacional. http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/65170

Fraga, G. (2000). *Derecho Administrativo* (40.ª ed.). México, D. F.: Editorial Porrúa.

Fraga, L. (1995). La Causa del Acto Administrativo y el Vicio de Falso Supuesto. *Revista de Derecho Público*, (61-62), 25-49.

Gamero, E., & Fernández, S. (2016). *Manual básico de derecho administrativo* (13.ª ed.). Madrid: Tecnos.

Garrido, F. (1955). Los motivos de impugnación del acto administrativo. *Revista de Administración Pública*, (17), 11-87.

Gordillo, A. (2012). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Buenos Aires: FDA.

Güechá, C. N. (2017). La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad en la actuación de la Administración. *Opinión Jurídica*, *16*(31), 25-48. https://doi.org/10.22395/OJUM.V16N31A1

Guerra, L. I. C., & Mendoza, L. L. (2018). Motivos de impugnación del acto administrativo, una mirada desde el ordenamiento jurídico cubano. *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, *11*(14), 93-109. https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/mjuridica/article/view/890

Gutarra, N. (2019). La nulidad de acto administrativo y su errado enfoque como recurso impugnatorio en la práctica. Aspectos importantes de esta institución jurídica a raíz de la modificatoria de la Ley de Procedimiento Administrativo General mediante el Decreto Legislativo. *Lex-Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, *16*(22), 225-252. https://doi.org/10.21503/lex.v16i22.1656

Ibáñez, O., & Rincón, E. (2004). El acto administrativo electrónico y las nuevas tecnologías de la información. *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, *4*(7), 1-36. http://hdl.handle.net/11232/257

Kloss, E. S. (2018). La fundamentación del acto administrativo en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, (13), 225-236. https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/406

Maqueda, S. (2010). El sentido de los elementos del acto administrativo. *Díkaion*, *19*(2), 467-487. https://doi.org/10.5294/DIKA.2010.19.2.9

Marienhoff, M. S. (1982a). *Tratado de Derecho Administrativo* (vol. I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Marienhoff, M. S. (1982b). *Tratado de Derecho Administrativo* (vol. II). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Martínez, A. D. (2013). Motivación del acto administrativo y buena administración. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, *13*(13), 18-32. https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/409

Martínez, R. (2004). *Derecho Administrativo 1er curso* (5.ª ed.). Oxford: Oxford University Press.

Martín-Retortillo, S. (1957). Exceso de poder como vicio del acto administrativo. *Revista de Administración Pública*, (23), 83-178. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112138

Medina, A. M. L. (2012). Los actos administrativos en el CIC. Características y clasificación ante un nuevo concepto de acto administrativo. En J. Wrocenski-M.

Stoklosa y U. Card. S. Wyszynskiego (eds.), *La funzione amministrativa nell'ordinamento canonico* (pp. 689-698). Varsovia: Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego.

Mejía, J. V. (1984). El acto administrativo. *Estudios de Derecho*, 43(105-106), 220-262. https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/332606?articlesBySimilarityPage=20

Monacelli, G. (1961). *Elementos de Derecho Administrativo y Legislación Fiscal y Aduanera* (9.ª ed.). Buenos Aires: El Ateneo.

Monti, L. (2003). La teoría jurídica del acto administrativo. *Documentación Administrativa*, (267-268), 249-259. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1069850

Muñoz-Chacón, F. (2008). Los estados procedimentales del acto administrativo. *Acta Académica*, (42), 295-302. http://revista.uaca.ac.cr/index.php/actas/article/view/488

Murgas, Z. R. T., Maldonado, D., & Galán, J. C. B. (2020). Estudio de la motivación de los actos administrativos discrecionales. *Advocatus*, (34), 107-122. https://doi.org/10.18041/0124-0102/A.34.6592

Ortega, L. (2018). *El acto administrativo en los procesos y procedimientos*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Paucar, J. A. (1984). El acto administrativo en el nuevo código: Conferencia dictada en el Colegio de Abogados de Medellín en abril de 1984. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (66), 151-166. https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5251

Pérez Benech, V. (2009). Motivación del acto administrativo: análisis de criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión alegando la reserva de las actuaciones. *Revista de Derecho – Universidad de Montevideo*, *8*(15), 37-54. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3022072

Pérez, E. (2002). La noción de acto administrativo en el Derecho Público ecuatoriano. *Iuris Dictio*, *3*(5), 76-86. https://doi.org/10.18272/iu.v3i5.569

Picón- Arranz, A. (2020). El acto administrativo comunitario. Algunos aspectos sobre su invalidez. *Revista de Estudios Europeos*, (75), 100-113. http://uvadoc.uva.es/handle/10324/40766

Picón-Arranz, A. (2022). *Las causas de nulidad de pleno derecho del acto administrativo: configuración legal y aplicación práctica*. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi.

Real, A. R. (1980). La fundamentación del acto administrativo. *Revista de Derecho Público*, (27), 111-132. https://doi.org/10.5354/0719-5249.1980.43879

Rincón-Suescún, G. S. (2016). Teoría sobre la acción de inexistencia del acto administrativo que ha nacido a la vida jurídica por error de la administración y que causa un grave perjuicio. *Derecho y Realidad*, *14*(27), 23-42. https://doi.org/10.19053/16923936.v14.n27.2016.7823

Rizo, A. (1992). *Manual Elemental de Derecho Administrativo*. León: Editorial Universitaria de la UNAN.

Robalino-Orellana, J. (2009). El acto administrativo. Una visión ecuatoriana. En J. Rodríguez-Arana Muñoz, V. L. Benavides Pinilla, J. E. Sheffer Tuñón y M. Á. Sendín García (eds.), *VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo* (pp. 347-367). Florida: Digital Publishing of Florida. http://up-rid2.up.ac.pa:8080/xmlui/handle/123456789/1277

Rocha, A. (2021, 14 de junio). *La justicia fiscal en Bolivia*. El Deber. https://eldeber.com.bo/opinion/la-justicia-fiscal-en-bolivia_235238

Rodriguez-Arana, J. (2011). Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo. *Derecho PUCP*, (67), 207-229. https://doi.org/10.18800/derechopucp.201102.010

Rodríguez-Arana, J., & Sendín, M. Á. (2009a). *Derecho Administrativo Español.* (vol. II). La Coruña: Netbiblo. https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/11911

Rodríguez-Arana, J., & Sendín, M. Á. (2009b). ¿Es el acto administrativo fuente del Derecho en el ordenamiento jurídico español? En J. Rodríguez-Arana Muñoz, V. L. Benavides Pinilla, J. E. Sheffer Tuñón y M. Á. Sendín García (eds.), *VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo* (pp. 403-426). Florida: Digital Publishing of Florida. http://up-rid2.up.ac.pa:8080/xmlui/handle/123456789/1277

Rojas-Barrientos, S. (2022). Vicios de la voluntad en el acto administrativo reglado. *Misión Jurídica*, *15*(23), 75-94. https://doi.org/10.25058/1794600X.2133

Romero-Pérez, J. E. (1981). El acto administrativo: apreciaciones generales. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (45), 89-103. https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/15333

Romero-Verdún, I. F. (2020). Conflicto de intereses e invalidez del acto administrativo en la Administración. *Revista Pensar En Derecho*, 9(17), 143-181. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/17/conflicto-de-intereses-e-invalidez-del-acto-administrativo-en-la-administracion-publica-nacional.pdf

Sánchez, M., Chamba, D., Moncayo, R., & Sarmiento, J. (2019). El Acto Administrativo en el Código Administrativo Ecuatoriano. *Sur Academia: Revista Académica-Investigativa de la Facultad Jurídica, Social y Administrativa*, 6(11), 66-75. https://revistas.unl.edu.ec/index.php/suracademia/article/view/533

Sánchez, M. E. (2015). *Eficacia y validez del acto administrativo electrónico: Una perspectiva en el derecho comparado de Colombia y España*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia. https://books.google.es/books?id=NAT2DwAAQBAJ

Santofimio, J. (2017). *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia. https://doi.org/10.2307/j.ctv18mspcq

Sarría, F. (1933). Teoría del Acto Administrativo. *Revista de La Universidad de Córdoba*, (1-2), 195-206. https://revistas.unc.edu.ar/index.php/REUNC/article/view/6516

Schmidt-Assman, E. (2003). *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Madrid: Marial Pons.

Tafur, A. (1984). El concepto de acto administrativo en el nuevo código. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (65), 179-196. https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5290

Recibido: 29/07/2022
Aprobado: 13/01/2023

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.010

DERECHO PUCP
N° 90, 2023
junio-octubre
pp. 359-389
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

De nuevo sobre la prisión permanente revisable española: el contexto de su nacimiento, la sentencia del Tribunal Constitucional que la avala y el pretendido proyecto de reforma

Revisiting Spanish Revisable Permanent Prison: Its Context Surroundings, the Constitutional Court Judgment Endorsing It, and Its Intended Reform Project

MARÍA DEL MAR MARTÍN ARAGÓN*
Universidad de Cádiz (España)

Resumen: El presente artículo aborda la nueva problemática surgida tras la reciente sentencia del Tribunal Constitucional en la que se avala la constitucionalidad de la prisión permanente revisable. Recordemos que fue la Ley Orgánica 1/2015 del 30 de marzo de 2015 la que introdujo por primera vez la prisión permanente revisable en el sistema penológico español. Una pena que enfrentaba serios problemas de inconstitucionalidad, que fueron puestos de manifiesto en un dictamen al respecto elaborado por un grupo de personas expertas en derecho penal y que serviría de base para el recurso de inconstitucionalidad que se presentó el 30 de junio de 2015. No fue hasta el pasado año 2021 que el Tribunal Constitucional español resolvió dicho recurso para en parte, como era tristemente previsible, avalar esta pena, si bien se emitieron tres votos particulares que apuntaron en el sentido opuesto. Este pronunciamiento ha dejado una puerta abierta que determinados partidos políticos han decidido aprovechar para, haciendo uso del populismo punitivo, proponer la ampliación de los supuestos de aplicación de esta cadena perpetua encubierta. Este trabajo pretende analizar el pronunciamiento judicial al contrastar sus principales argumentos con las opiniones doctrinales más relevantes, contribuyendo así a la reflexión sobre la escalada de la prisión permanente revisable y los problemas que ello plantea.

Palabras clave: Prisión, prisión permanente revisable, penología, Código Penal, pena de duración indeterminada

Abstract: This paper addresses the new problems arisen after the recent judgement from the Spanish Constitutional Court ratifying revisable permanent prison. We need to bear in mind that Constitutional Law 1/2015 introduces permanent revisable prison for the very first time in the Spanish sentencing system. This sentence faced serious problems of constitutionality that were highlighted by a report made by a group of experts that would serve as a basis for the action of unconstitutionality presented in June the 30th 2015. It has taken six years for the Constitutional Court to solve this action in the sadly

* Profesora de Derecho Penal y Criminología en la Universidad de Cádiz (España). Doctora en Ciencias Sociales y Jurídicas por la misma casa de estudios.
Código ORCID: 0000-0002-3873-3889. Correo electrónico: mariadelmar.martin@uca.es

predictable sense to consider this penalty as constitutional; nevertheless, three dissenting votes pointed in the opposite direction. This decision has left an open door that certain political parties have decided to take and advantage of, in a punitive turn to extend this revisable permanent prison to new criminal situations. So, this work seeks to analyze the ramifications of this judgement, contributing to the reflection on permanent revisable prison and its escalation, so as the problems that it raises.

Keywords: Prison, revisable permanent prison, sentencing, Criminal Code, indeterminate sentence

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CONTEXTO DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE: LA POLÍTICA CRIMINAL VICTIMAL.- III. EL PRONUNCIAMIENTO DEL CONSTITUCIONAL.- IV. LA REFORMA EN CIERNES DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/2015 del 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre, sobre el Código Penal, introdujo la pena de prisión permanente revisable (en adelante, PPR) en el ordenamiento jurídico español para aquellos «delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido», según el apartado I del propio Preámbulo de la Ley Orgánica (en adelante, LO). En esta afirmación encontramos la máxima que viene guiando el proceso de endurecimiento del Código Penal (en adelante, CP) español desde el año 2003: la demanda social de respuestas «justas». Jalonado por sucesos especialmente trágicos y mediáticos en el panorama criminal español como los asesinatos de la niña Mari Luz, la joven Marta del Castillo o los niños Ruth y José Bretón, el legislador justificaba la PPR en la necesidad de satisfacer así una demanda social de endurecimiento del sistema punitivo español. Sin embargo, no se hacía alusión a ningún estudio sobre actitudes punitivas de la sociedad española, ya que precisamente este tipo de trabajos sobre justicia penal y opinión pública son muy escasos en España (Varona Gómez, 2009). Por el contrario, sí que son numerosos los estudios científicos que ponen de manifiesto la ineficacia de la pena de prisión más allá de los quince años (Gracia Martín, 2006; Grupo de Estudios de Política Criminal, 2005, p. 8; Mapelli Caffarena & Terradillos Basoco, 1996, p. 70), como también fueron numerosas las manifestaciones por parte de la doctrina en contra de esta pena desde que fuera concebida en el anteproyecto de reforma del CP del año 2012 (Álvarez García, 2013; Arroyo Zapatero *et al.*, 2016). Se trata, pues, de criterios científicos que el legislador ha decidido no tener en cuenta.

En este contexto no es de extrañar que, poco tiempo después de que la LO 1/2015 se publicara en el *Boletín Oficial del Estado*, se presentara un recurso de inconstitucionalidad que tenía como base precisamente un dictamen elaborado, a instancias del Grupo Parlamentario Socialista, por un grupo de expertas y expertos[1] del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha donde se concluía que la pena era anticonstitucional. Y, sin embargo, a pesar de todos los legítimos obstáculos que ha encontrado en su camino, la PPR ha sido capaz de ir salvándolos uno a uno, logrando no solo que el pasado año 2021 el Tribunal Constitucional español (en adelante, TC) la declarara como constitucional, sino que pocos meses después, en marzo de 2022, el Pleno del Congreso haya aprobado una iniciativa que propone ampliar los supuestos de aplicación.

Ante este panorama es fácil que nos cuestionemos cómo es posible que a pesar de lo controvertida que ha resultado la PPR desde sus inicios, no solo se haya declarado constitucional, sino que además se prevea su ampliación aplicativa. La respuesta podríamos encontrarla en un triple mecanismo utilizado por parte del legislador: generar un estado de alarma social, dibujando un escenario criminal peligroso para la ciudadanía; utilizar el sufrimiento de las víctimas, sirviéndose de sus reclamaciones personales; y despersonalizar a la persona victimaria, mostrándola como un «monstruo irrecuperable»[2]. Esta nueva política criminal victimal (Machado Rodríguez, 2016) que utiliza a las víctimas como peones de una estrategia electoral y que se sirve del endurecimiento del CP como único recurso, ha encontrado en la resolución del TC una puerta abierta por la que introducir más supuestos castigados con esta figura penológica. Este es el punto del que parte el presente estudio para analizar la declaración de la PPR como constitucional.

Así, este trabajo pretende, en primer lugar, ofrecer una visión general del nuevo paradigma de la política criminal española de los últimos años para contextualizar el posterior análisis de los principales argumentos que han llevado al TC a declarar conforme a la Constitución española (en adelante, CE) a esta suerte de cadena perpetua camuflada, así como los principales puntos sobre los que se han sustentado los votos particulares emitidos en dicha sentencia y las principales posturas doctrinales al respecto. Finalmente, resulta pertinente realizar unas reflexiones sobre la resolución y la deriva de la política criminal en España.

1 Juan Antonio Lascuraín Sánchez, Rafael Alcácer Guirao, Lucía Martínez Garay, Javier de León Villalba y Luis Arroyo Zapatero.

2 De hecho, palabras muy similares —«esos depredadores, esos monstruos que no son reinsertables»— fueron utilizadas por Macarena Olona, diputada del Grupo Parlamentario VOX (en cuyo programa electoral figura como medida N.° 90 «restaurar todo el rigor penal para el terrorismo y los delitos más graves, incluyendo la cadena perpetua»), en su comparecencia en el Congreso de los Diputados el 30 de noviembre de 2022.

II. EL CONTEXTO DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE: LA POLÍTICA CRIMINAL VICTIMAL

El año 2003 estuvo marcado por varias reformas al CP que definían la senda por la que iba a discurrir la nueva política criminal: endurecer las penas de prisión y sus condiciones de cumplimiento. De esta forma, nuestro sistema se acercaba peligrosamente a la implementación *de facto* de penas de muy larga duración mediante mecanismos que dificultaban el acceso a instituciones penitenciarias que posibilitan el modelo de individualización científica (libertad condicional o tercer grado, por ejemplo). Se pretendía con ello incrementar el contenido punitivo de la pena de prisión para aquellas personas infractoras consideradas «irrecuperables», en un claro ejemplo de «Derecho penal del enemigo» del que hacía gala la propia exposición de motivos de la LO 7/2003 del 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, reconociendo que mientras ciertas personas infractoras «merecían» todas las garantías legales, las consideradas como «irrecuperables» soportarían unas medidas más duras (López Peregrín, 2003). De esta forma, el derecho penal pasa a ejercer una función simbólica (Terradillos Basoco, 2016) y la pena de prisión se convierte en la respuesta frente a la inseguridad cuya finalidad, más que disminuir las cifras de criminalidad, es «influir sobre las mentes o las conciencias» (Maqueda Abreu, 2003, p. 8), aspirando a una estabilización social que confirma la permanencia del sistema.

Desde esta concepción, la prisión recupera un contenido retributivo que busca la inocuización de la persona que delinque, su segregación social bajo las etiquetas de «monstruo», «enemigo del sistema» e «irrecuperable». Se pretende así arrojar a la prisión durante el máximo tiempo posible a estos sujetos, llegándose incluso «a decir que el sistema penitenciario se asemeja a una institución de gestión de residuos, deshechos humanos procedentes de los sectores más desfavorecidos, pobres o extranjeros irregulares en su mayoría» (Díez Ripollés, 2017, p. 16). La finalidad resocializadora prevista en el artículo 25.2 de la Constitución brilla por su ausencia. Es más, podríamos afirmar que no se persigue otro fin más allá del mero encierro, desvirtuándose así cualquier posibilidad de eficacia. En este sentido, Terradillos Basoco (1981) señala que «cualquier concepto de pena que no contenga alusión a sus funciones, se limita a la idea de aflicción que tiene su base en el delito cometido», y que esta configuración de la prisión «no se halla al servicio de nada, [pues] reducido su concepto tanto, que llega casi a perder toda operatividad, se agota en el castigo» (p. 13).

El argumento común de todas las reformas del CP de 2003 apelaba a una demanda por parte de la sociedad de eficacia ante delitos especialmente graves, eficacia que el legislador entendió como incremento de las penas y endurecimiento del sistema de cumplimiento para determinados delitos.

Este recurso a una supuesta demanda ciudadana no es algo nuevo en política criminal. Ya a finales de los años ochenta se empezaba a manejar el término del «mito del populismo punitivo» (Cullen *et al.*, 1988) para referirse a la presunción de que la sociedad requiere endurecer e incrementar la pena de prisión como medida sistemática para reducir los índices de delincuencia. Sin embargo, como ya se mencionara anteriormente, en España, durante aquel momento (y actualmente), los estudios sobre actitudes punitivas de la ciudadanía eran escasos y los más destacados presentaban unos resultados similares que apuntaban más bien a una sociedad con poca información sobre el sistema penal y penitenciario, y que ante preguntas de caso-escenario no aplicaban penas muy duras —en ocasiones, incluso menores que las previstas por el CP vigente— (Cano Paños & Calvo Alba, 2019; Fuentes Ossorio, 2005; Varona Gómez, 2008).

En los últimos años, el movimiento asociativo de las víctimas de delitos ha resultado en un giro fundamental en la política criminal, que ha pasado de centrarse únicamente en el castigo para incorporar las pretensiones de la víctima desde una perspectiva errónea y victimagógica. Las asociaciones de víctimas se han convertido en auténticos grupos de presión capaces de trasladar el sufrimiento de las víctimas del ámbito privado al colectivo, lo que ha supuesto una «transformación social de considerable importancia» (Tamarit Sumalla, 2006, p. 47). Todo esto, unido a la influencia de los medios de comunicación, que en ocasiones distorsionan y sobredimensionan el fenómeno criminal (Fuentes Ossorio, 2005, *passim*), conduce a la explicación del protagonismo que han ido adquiriendo las víctimas en la elaboración de la ley penal (Cerezo Domínguez, 2010, pp. 25-26). La falta de legitimidad científica por parte de estos grupos se suple por la experiencia vivida en primera persona, que les otorga una gran respetabilidad por parte de la sociedad. De esta forma, gracias a su gran capacidad de convocatoria, su alta presencia en los medios, sus fuentes de financiación y su organización, consiguen alcanzar el poder decisorio. Así, lo que anteriormente solo implicaba una participación posterior a la elaboración de la ley penal, en la actualidad implica una actuación anterior y paralela al proceso parlamentario (Cerezo Domínguez, 2010, p. 38). En este mismo sentido, Vives Antón (2016) señala que esto es un «error ético» por cuanto que supone colocar a las víctimas en la indeseable situación de «exigirles una imparcialidad y objetividad imposible para ellas o es plegarse a una idea de la justicia distinta de la que debería imperar en una sociedad racional» (p. 180).

Entre los casos más paradigmáticos de «víctimas legisladoras» encontramos a Juan José Cortés, padre de Mari Luz, una niña asesinada en 2008. Este padre consiguió recabar 2,3 millones de firmas bajo una campaña llamada Por una Justicia Justa (El País, 2008), que buscaba

aumentar la pena contra los pederastas, implantar la cadena perpetua para los delitos contra la libertad sexual y la creación de un registro de pederastas. Cabe mencionar aquí que el penado por el asesinato y abuso sexual de la niña Mari Luz había sido condenado anteriormente por delitos de carácter sexual. Con el tiempo algunas de estas pretensiones se verían colmadas, como la creación de un registro o el incremento de las penas de prisión para estos delitos. Con respecto a la introducción de la cadena perpetua, Cortés hizo referencia a varios de esos mitos que sobrevuelan el imaginario colectivo sobre el sistema de justicia penal. Así, mencionó la falta de dureza de la ley penal: «todo el mundo sabe que los delitos no están penados lo suficiente y se trata de que las penas intimiden a los criminales» (Diario de Sevilla, 2012); la irrecuperabilidad de ciertas personas que delinquen: «en esta vida, hay personas que no deben tener una segunda oportunidad porque ello supone robarle la oportunidad de vivir a otra persona» (Cortés, 2016); y la consideración de que las penas no se cumplen: «cualquier delincuente sabe que tras unos años podrá salir de la cárcel, como pasará con el asesino de mi hija»(Diario de Sevilla, 2012).

Hasta aquí, la iniciativa de Cortés no difería de la emprendida por otros padres de víctimas, como los de Sandra Palo o Klara García[3], quienes solicitaron la reforma de la LO 5/2002 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, ya que quienes asesinaros a sus hijas eran menores al tiempo de cometer el delito. Sin embargo, en 2010 se produciría el punto de inflexión que permitiría a las víctimas participar del procedimiento de elaboración de la ley penal: el Partido Popular incorporó a Juan José Cortés como asesor para la reforma del CP, llegando a comparecer ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados para «exponer sus ideas sobre el proyecto de ley de reforma del Código penal» (Velasco, 2014). Desde ese momento, la presencia de las víctimas de una forma u otra en el proceso legislativo penal ha ido cobrando cada vez mayor peso. Así, el 4 de noviembre del pasado año 2021, la madre de la joven asesinada Marta Calvo (cuyo cadáver sigue sin aparecer), acompañada por otros padres de víctimas, presentaba en el Congreso la iniciativa legislativa del grupo parlamentario del Partido Popular consistente en tipificar la ocultación de cadáver «cuando el autor de los hechos se niega a colaborar o comunicar la ubicación y pueda probarse su autoría» (Marrahí, 2021). De esta propuesta presentada por una víctima nace la iniciativa legislativa registrada por el Partido Popular y Ciudadanos para ampliar la prisión permanente revisable a los supuestos de asesinato con ocultación de cadáver. El Congreso aprobaba la toma en consideración de dicha iniciativa ante una tribuna de invitados ocupada por familiares

3 Los padres de Klara llegaron incluso a registrar una fundación con el nombre de su hija: Fundación Klara García Casado para la Educación en Valores de los Jóvenes y Apoyo a las Víctimas de Violencia.

de víctimas de asesinatos especialmente mediáticos como el Diana Quer, Marta del Castillo y Marta Calvo (La Voz de Galicia, 2022).

Esta conversión de las víctimas en una suerte de operadores jurídicos es lo que Machado Rodríguez (2016) denomina «política criminal victimal», en la que las pretensiones de la víctima pasan a formar parte de las «estrategias e instrumentos destinados por los poderes públicos para combatir la delincuencia, pero que lastimosamente sirve a propósitos electorales, lo cual carece de un estudio serio de las medidas, criterios y argumentos para prevenir y reaccionar frente al delito» (p. 800). Bajo el pretexto de proporcionar mejores soluciones a víctimas reales y potenciales, se diseñan penas cada vez más elevadas para un mayor número de conductas delictivas. Y es que, como señala Garland (2005), «la necesidad de reducir el sufrimiento actual o futuro de las víctimas funciona hoy en día como una justificación de cualquier tipo de medida de represión penal» (pp. 239-240). Utilizar el sufrimiento de las víctimas para justificar el debate sobre el merecimiento del *status* de ciudadanía y, por ende, del reconocimiento de derechos a las personas victimarias, resulta cuanto menos problemático. Por una parte, se silencia el debate en torno a los derechos humanos y, por otra, se evita un estudio adecuado sobre la reforma de la legislación penal. A esto debe añadirse que centrar la atención en el castigo, sobre todo si este se expone como «justo», desvía la cuestión del tratamiento que el sistema penal proporciona a las víctimas del delito.

El endurecimiento del CP, sustentado en el argumento de «justicia para las víctimas», supone un activo político de primer orden. Apelar a la conciencia ciudadana de empatizar con el sufrimiento de las víctimas de hechos delictivos execrables es una herramienta útil y eficaz, pero sobre todo sencilla para el legislador, ya que resulta mucho más sencillo abordar una reforma legislativa que articular una política criminal, «y más cuando, por su sentido agravatorio y expansivo, la reforma pueda comportar éxitos electorales» (Terradillos Basoco, 2003, p. 366). La víctima se cosifica y se utiliza con un objetivo muy claro: ganar votos, y esto implica ofrecerles una «solución» rápida y ajustada a sus reclamaciones personales, independientemente de si ello resulta más o menos compatible con el ordenamiento jurídico vigente. En esta misma línea, Fernández García (2019) sostiene que el legislador utiliza el impacto que causan en la sociedad delitos especialmente graves y violentos «como legitimación para una pena cuyo sentido, meramente simbólico, radica en el contentamiento de la heterogénea masa popular que clama tan furiosa como fugazmente por la reincorporación de la Ley del Talión como eje político-criminal» (p. 189).

No se trata, en absoluto, de desoír las reclamaciones de las víctimas, sino de promover su participación informada y ordenada, de manera que sus

peticiones no tengan como referencia la información proporcionada por los medios, sino que se asiente sobre una base de conocimiento sólida. Y en este punto la victimología juega un papel fundamental, debiendo plantearse entre sus objetivos, como sugiere Cerezo Domínguez (2010), proporcionar al movimiento asociativo de víctimas esa base científica de conocimiento en materia de procesos de victimización sobre la que operar para que los poderes públicos y los agentes sociales puedan abordar estrategias de prevención adecuadas. Pero, además, la victimología debe centrar sus esfuerzos en preservar el principio de igualdad entre las víctimas para impedir que se «instauren clubs selectos de víctimas con capacidad para ejercer como lobbys» (Tamarit Sumalla, 2005, p. 30) en detrimento de otras de las que nunca se llega a tener noticia.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE AVALA LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

El 6 de octubre del pasado año 2021 el Pleno del TC[4] pronunciaba la Sentencia 169/2021, que resolvía el Recurso de Inconstitucionalidad 3866-2015 presentado el 30 de junio de 2015 por los Grupos Parlamentarios Socialista; Catalán de Convergencia i de Unió; IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural; Unión Progreso y Democracia; Vasco (EAJ-PNV) y Mixto contra la prisión permanente revisable. El análisis de esta resolución se realizará conforme a la siguiente sistemática: en primer lugar, se expondrá el principio constitucional afectado alegado por la parte recurrente y, a continuación, las consideraciones que sustentan tanto el fallo como los votos particulares, incluyéndose en ambos casos referencias a literatura especializada que permita un análisis más profundo. Finalmente, se hará una reflexión general sobre el sentido de este fallo y sus posibles implicaciones a futuro. Se pretende así analizar la resolución de una forma que permita contrastar las pretensiones de la parte recurrente con los fundamentos jurídicos que han llevado al fallo desestimatorio del recurso, destacando —como no podía ser de otro modo— las ideas sustentadas por los votos particulares que apuntan en sentido contrario al fallo. La referencia a bibliografía en la materia resulta fundamental no solo para comprender las reclamaciones de quienes recurrieron esta pena, sino también para poner de manifiesto las reacciones que ha suscitado el pronunciamiento entre la academia.

1. *Principio de humanidad de las penas:* la prohibición constitucional de las penas inhumanas o degradantes del artículo 15 CE entra

4 Compuesto por el magistrado presidente don Juan José González Rivas; los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Cándido Conde-Pumpido Tourón; y las magistradas doña Encarnación Roca Trías y doña María Luisa Balaguer Callejón.

en colisión con la PPR desde un doble punto de vista: por su duración y por la especial intensidad de los sufrimientos que puede causar a quienes la cumplan.

Con respecto al primer aspecto, hemos de tener en cuenta que la PPR puede fácilmente acabar convirtiéndose en una condena a perpetuidad *de facto* por sucesivas denegaciones de suspensión en las revisiones de condena. Esta posibilidad no es descabellada si se tienen en cuenta los criterios de revisión configurados como obstáculos que en ocasiones resultarán insalvables, ya que precisamente lo que se persigue es «dificultar la salida de prisión de determinados delincuentes enemigos de la opinión pública, de los medios de comunicación y del legislador» (Benítez Sánchez, 2018, p. 37). Y, precisamente, esta consideración de irrecuperable supone, tal y como señala el juez Pinto Albuquerque, «negar la humanidad de estas personas» (*Khamtokhu y Aksnchik c. Rusia*, 2017). Dichos criterios incluyen un pronóstico favorable de reinserción social fundado en la falta de peligrosidad criminal, que debido a la baja incidencia de estos delitos con frecuencia se sobreestiman de forma sistemática, dando lugar a falsos positivo (Pinto Palacios, 2019, pp. 245-248), lo que puede acarrear un «elevadísimo riesgo de incurrir en la arbitrariedad y el decisionismo» (Martínez Garay, 2014, p. 63). Esta falta de seguridad con respecto a dichos pronósticos y la gravedad de los delitos que se castigan con la PPR pueden llevar, como señala Martínez Garay, a que no se quiera correr ningún tipo de riesgo por parte de instituciones penitenciarias y tribunales, de forma que «las estimaciones de probabilidades de reincidencia bajas en los informes periciales serán utilizadas como coartada para no conceder la revisión» (p. 64). De esta forma, la condena es en realidad para siempre, ya que como, añade Casals Fernández (2019), la PPR tendrá pocas posibilidades de ser revisada y «si se hace será tras periodos prolongadísimos de privación de libertad, cuando se pueda estar seguro de que el reo, por ser ya prácticamente un anciano, no tendrá posibilidad material de llevar a cabo ninguna conducta delictiva» (p. 263).

El TC argumenta que la reductibilidad (tanto *de iure* como *de facto*) no se ve comprometida puesto que existe un mecanismo de revisión periódico basado en un factor criminológico como es la peligrosidad criminal, susceptible de legitimar la prolongación de la detención por la obligación positiva que tiene el Estado de proteger a la sociedad mientras estas personas continúen representando un peligro para aquella. Sin embargo, el voto

particular[5] considera la instauración de la PPR como un retroceso negativo en el progreso humanizador de las penas, teniendo en cuenta que la pena de prisión a perpetuidad desapareció de nuestro CP en 1928 y las penas indeterminadas en 1932. Por ello, esta involución se entiende contraria a los principios de no regresión y de no progresión, que apuntan a la prohibición de retrocesos peyorativos y a no avanzar en el progreso humanizador de las penas. Y es que no existen motivos extraordinarios, continua el voto, que justifiquen que el legislador pueda «superar los límites constitucionales de su amplia libertad de configuración de política criminal». Para apoyar esta falta de justificación, los magistrados y la magistrada del voto particular hacen referencia al informe del Consejo General del Poder Judicial de 2013, en el que se concluía que no existía en España en dicho momento ninguna circunstancia que requiriera de esta medida penológica.

Se apoya también el pleno en doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), que considera que una pena no es irredimible por el solo hecho de que pueda ser cumplida en su integridad, aunque ello suponga toda la vida de la persona condenada. Sin embargo, se obvia aquí lo señalado en el recurso y es que, a pesar de que para algunas personas no acabe siendo perpetua, para otras (muchas) sí, y además «la aplicación constitucional a unos reos no puede contrarrestar la aplicación inconstitucional a otros». El apoyo en la jurisprudencia del TEDH se rechaza por el voto particular de acuerdo con el principio de no limitación, que requiere comprobar si el estándar constitucional de protección es superior al proporcionado por el derecho internacional, en cuyo caso la protección nacional no podría verse limitada por la señalada en la internacional. Y precisamente ese es el caso de nuestra Constitución, que al incluir de manera expresa el reconocimiento de la dignidad humana en su artículo 10.1 como fundamento del orden político y la orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2) está ofreciendo un nivel superior de protección que no puede ser obviado. También la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) 716/2018, del 16 de enero de 2019 (a la que hace referencia el voto particular), en su FJ 4, apunta en este sentido y añade que:

> el legislador, no invoca precedentes históricos, sino Derecho comparado, a pesar de la singularidad de la dilatada extensión de las penas de prisión, normas dosimétricas concursales, ámbito

5 Formulado por los magistrados don Juan Antonio Xiol Ríos, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón.

> de la individualización judicial y límites máximos de cumplimiento de nuestro ordenamiento, sobre los que tal pena debería sistemáticamente incorporarse, tan dispares del Derecho comparado invocado.

En lo que se refiere a la especial aflictividad que implica esta pena, el recurso lo enfoca desde una doble perspectiva: por un lado, desde el grave deterioro personal por la excesiva duración y, por otro, por la incertidumbre que genera el desconocimiento del momento de alcanzar la libertad. Se entiende, por lo tanto, que añadir a la pena de prisión la indeterminación en sentencia y, como consecuencia, el desconocimiento del fin de la misma, el alargamiento *sine die* de la pérdida de libertad, la posibilidad de conversión en cadena perpetua y todas las consecuencias derivadas del encarcelamiento indeterminado y posiblemente perpetuo, agravan el sufrimiento de la persona. En este sentido apuntan Pérez Manzano y Cancio Meliá (2015) al sostener que, a partir de los quince años, el componente aflictivo de la pena es doble, integrando no solo la pérdida de libertad, sino también un daño permanente «en el núcleo esencial de la persona», por lo que la privación de libertad de más de quince años debe considerarse inhumana (p. 145). También la jurisprudencia española se ha pronunciado en este sentido y el propio TC, en su Sentencia 5/2002 del 14 de enero, mantiene en el FJ 4 que

> no cabe descartar que el especial sufrimiento físico o moral que para una persona pueda tener […] el ingreso o mantenimiento en prisión, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes, tanto respecto de ella misma como de su entorno, determine que […] pueda constituir una pena o un trato inhumano o degradante.

Más recientemente, y por parte del Tribunal Supremo (en adelante, TS), encontramos la ya mencionada Sentencia 716/2018 del 16 de enero, que ha señalado que la PPR «no solo compromete a perpetuidad la libertad del penado, sino también su propia dignidad». El propio Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (2001) insiste en que la prisión de larga duración puede provocar no solo desocialización, sino también graves problemas psicológicos; y son numerosos los estudios que indican las nefastas consecuencias que acarrea para una persona el paso por una institución penitenciaria, máxime cuando ha sido durante un periodo prolongado de tiempo. El estudio de Díez González *et al.* (2009) examinó a personas que habían cumplido pena de prisión de más de diez años de forma ininterrumpida y las comparó con personas con condenas cortas. Los resultados arrojaron para el primer

grupo un alto índice de psicopatología general, que conforme van pasando los años se agudiza, llegando a presentar similitudes con pacientes psiquiátricos. Las personas con condenas de larga duración presentaron mayor grado de severidad en cuanto a: culpabilidad, sensación de encierro, desconfianza, soledad, tristeza, temor al castigo, pensamientos no deseados recurrentes, debilidad corporal, falta de energías y decaimiento. También se destacó el gran número de personas de este grupo que presentaba depresión y paranoidismo. Con respecto al ámbito cognitivo, este colectivo manifestó un importante deterioro en el ámbito de la atención, el cálculo numérico y la memoria de fijación. En relación con estos hallazgos, Carrasco Andrino (2009) acusa la presencia del síndrome de Ganser, que se relaciona con respuestas poco precisas ante preguntas simples, «un cierto enturbiamiento de la conciencia, somatización y amnesia posterior a la manifestación de estos síntomas» (p. 117). Y si nos referimos específicamente a mujeres condenadas a cadena perpetua, entre los escasos estudios al respecto destaca el de Crewe *et al.* (2017), quienes resaltaron que, además del tiempo de condena y el delito, los posibles acontecimientos traumáticos vividos por las mujeres antes de entrar en prisión suponían un elemento fundamental en la dinámica adaptativa a la vida en prisión. De esta forma, la larga duración de la condena actúa agravando los posibles traumas que la gran parte de las mujeres de la muestra del estudio habían sufrido de forma previa a su entrada en prisión (p. 1375).

La PPR conlleva la pérdida del horizonte de libertad, del llamado «derecho a la esperanza», ya que como señala Presno Linera (2019) es «posible, e incluso probable que haya reos que, por las circunstancias del delito o delitos cometidos y por las propias del penado (desvinculación de su entorno familiar y afectivo), carezcan, en la práctica, de dicho horizonte» (p. 266). Esta situación de incertidumbre por no saber cuándo y si es que se va a retornar a la situación de libertad provoca un especial padecimiento que «aboca al condenado a una situación de incertidumbre, angustia y desasosiego» (Pinto Palacios, 2019, p. 293) que excede el ordinario de una pena de prisión determinada y que es así propia de las penas inhumanas o degradantes. Autores como Cuerda Riezu (2011) hablan incluso de la posibilidad de que aparezca el «síndrome del corredor de la muerte» ante la angustia de no saber qué va a suceder después del periodo mínimo de cumplimiento, lo que excedería el «límite de sufrimiento consustancial a la privación de libertad» (p. 101).

Ante esto el TC, a pesar de reconocer todo lo que anteriormente se ha mencionado, sostiene que el sistema de individualización científica previsto en la normativa penitenciaria española representa «garantía suficiente», por cuanto que el sistema penitenciario articula una serie de medidas que no solo «favorecen y posibilitan la reeducación y reinserción social», sino que «constituyen en definitiva paliativos de eficacia reconocida para precaver el riesgo de que se produzca una disociación manifiesta entre el contenido aflictivo inherente a toda pena privativa de libertad y la intensidad de los sufrimientos» (STC 169/2021, 6 de octubre). Sin embargo, olvida aquí el Tribunal que para acceder a determinadas instituciones básicas para el correcto desarrollo del proceso de reinserción social, como son el tercer grado o los permisos penitenciarios, debe cumplirse —entre otros— un requisito temporal muy exigente: en el caso del tercer grado, el régimen general es de quince años —que puede llegar a dieciocho, veinte o veintidós si la condena es por dos o más delitos graves— y de veinte años en los casos de delitos de terrorismo —ampliable a veinticuatro o treinta y dos años en caso de concurso de delitos—, mientras que para los permisos penitenciarios es de ocho años en el régimen general y doce en los casos de delitos de terrorismo. Cervelló Donderis (2021) apunta que esto supone un «continuo ataque al sistema penitenciario basado en la reeducación y reinserción social», además de una ruptura con el sistema de individualización científica (p. 243). Esta previsión se aleja de un sistema de individualización, como ya manifestara el Consejo General del Poder Judicial (2003) al señalar que, al limitarse el sistema por motivos de prevención general positiva, se está apostando por un sistema de carácter mixto. En este sentido apunta el voto particular adicional[6], que no solo destaca la dureza de los periodos de seguridad para el acceso al tercer grado, sino también —y en lo que en este apartado interesa— la falta de modificación de la regulación penitenciaria para prever la forma de ejecución de esta nueva pena, a la que por lo tanto deberán aplicársele los mecanismos de cumplimiento de las penas determinadas. Es decir, mientras el pleno del TC apela al sistema penitenciario como garantía de la humanidad de la PPR, lo cierto es que el legislador no ha acompañado la reforma penal de aquella necesaria en el ámbito penitenciario, pudiendo esta última integrar dicha garantía.

2. *Principio de reeducación y reinserción social:* de acuerdo con el artículo 25.2 CE, la prisión, como pena privativa de libertad que es, tiene que estar orientada hacia la reeducación y la reinserción

6 Formulado por el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón.

social. Este postulado, a pesar de su ubicación sistemática en la sección primera del capítulo segundo, dedicada a la regulación de los derechos fundamentales, ha sido interpretado por la jurisprudencia como un mandato de política criminal dirigido al legislador, sin que pueda ser concebido como un derecho fundamental. Del mismo modo es consolidada la jurisprudencia que entiende que estos no deben ser los únicos fines de la pena (STC 2/1987, 21 de enero; STC 150/1991, 4 de julio; STC 2/1997, 13 de enero, entre otras). Sin embargo, tal y como señala Acale Sánchez (2010), a pesar de que la reeducación y la reinserción social no sean fines únicos, sí que suponen un límite para otras finalidades de la pena de prisión, sin que esta pueda instrumentalizarse. Y precisamente esto último es lo que parece pretender la inclusión de la PPR, una instrumentalización del fin primordial de reeducación y reinserción social que queda así supeditado a una política criminal retribucionista. En palabras del recurso, la infracción a este artículo 25.2 CE viene determinada por «conllevar una reducción desproporcionada de las posibilidades de reinserción social hasta el punto de anular completamente toda expectativa de resocialización».

Los amplios periodos mínimos de cumplimiento previstos suponen, como ya se mencionara anteriormente, la pérdida de ese horizonte de libertad, lo que presumiblemente provocará falta de motivación en las personas condenadas para participar de actividades y programas de tratamiento, influyendo negativamente en su futuro pronóstico de reinserción y generando un bucle perverso. A todo ello hay que añadir que, con el pasar de los años, el nivel de prisionización se incrementa notablemente y una persona que se enfrente por primera vez a revisión de condena tras veinticinco o treinta y cinco años de cumplimiento presentará un importante nivel de desconexión con la sociedad y la realidad. Tampoco debemos pasar por alto la dificultad para mantener los lazos sociales y familiares con el exterior durante tan largo tiempo. Esta falta de vinculación conlleva a que la persona condenada «desarrolle un sentimiento de culpa, que revierte hacia la propia institución que le ha encerrado» (Galán Casado & Moraleda Ruano, 2018, p. 232). En este sentido, Cervelló Donderis (2021) destaca la importancia de crear programas de tratamiento específicamente centrados en las problemáticas de las personas condenadas a PPR, incluyendo «motivación y estimulación para afrontar el cumplimiento de una pena de larga duración e indeterminada […], preparación para la progresión a tercer grado, atención especial a la salud en general y a la salud mental en particular» (pp. 235-236).

A esto responde el Pleno del TC argumentando que, precisamente, la revisabilidad en fase ejecutiva permite entender que la PPR se mantiene dentro de lo dispuesto por el mandato del artículo 25.2 CE por cuanto no elimina dichas expectativas de resocialización. Se entiende así que la reeducación y reinserción social no son inalcanzables para quien es condenado a esta pena, por cuanto que dispone de ciertos mecanismos del sistema penitenciario de individualización científica que no quedan afectados, como serían las salidas programadas, los permisos de salida o la participación en actividades formativas, laborales o terapéuticas. Además, se señala que la clasificación en tercer grado y la libertad condicional suponen un «factor de moderación y humanización de la pena», y que dificultar su acceso hasta hacerlo imposible o restringirlo más de lo razonable sí sería constitucionalmente cuestionable.

Ante esto, el voto particular aduce que la prisión permanente revisable sí contraviene el artículo 25.2 CE, en cuanto pena que se construye como potencialmente perpetua. Así, se interpreta este artículo conforme al principio de progresividad, que aboga por avanzar en la efectividad de los derechos fundamentales, que en este ámbito se circunscribe a que el fin de la pena de prisión «sea instrumental para la reinserción social del condenado y, por tanto, prohibitiva de penas potencialmente perpetuas». Este mismo principio permite interpretar que la mera inclusión del principio de reeducación y reinserción social impide contemplar la PPR como constitucional, aunque la CE no haya hecho una prohibición expresa de las penas potencialmente perpetuas. A este respecto, Lascuraín Sánchez (2022) entiende que el principio de progresividad supone un argumento «muy sugerente para desentrañar el concepto constitucional de pena inhumana», aunque carezca de «eficacia autónoma en la fundamentación de la inconstitucionalidad» (p. 10) de la PPR.

También el voto particular adicional señala que esta pena desatiende el mandato resocializador por numerosos motivos: «su duración, su larga duración en régimen de cumplimiento efectivo, su indeterminación, su forma de cumplimiento que veda durante muchos años […] el acceso al tercer grado […] con una intensa restricción de los beneficios penitenciarios», y recuerda que, incluso en el mejor escenario planteado por la aplicación de la PPR, el fin retributivo traspasa la legislación para integrar la ejecución de la pena de manera que el fin primordial de reeducación y reinserción social queda desplazado. En este mismo sentido, la STS del 30 de mayo de 1992 considera que una pena que excede los treinta años de cumplimiento efectivo

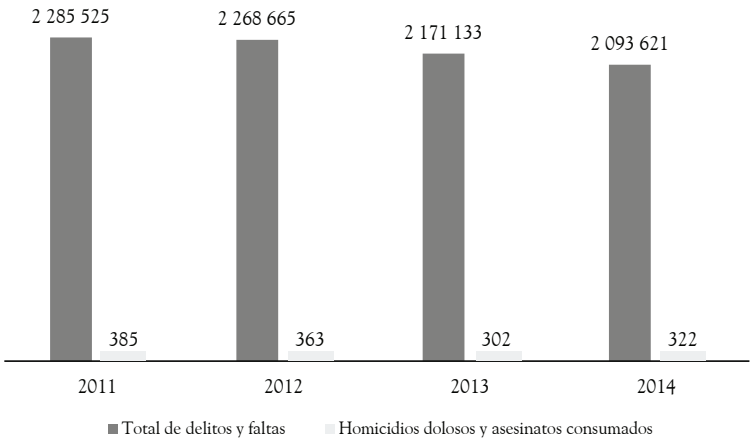
no logrará cumplir o, al menos, le va a resultar especialmente complicado alcanzar el fin de reeducación y reinserción social.

3. P*rincipio de proporcionalidad:* el respeto de la PPR al principio de proporcionalidad, indefectiblemente unido al derecho a la libertad personal (CE, art. 17.1) y al derecho a la legalidad penal (art. 25.1), también es cuestionable. Pero, además, no se puede perder de vista que estos principios se encuentran también en estrecha relación con el ya mencionado de proscripción de las penas inhumanas y degradantes. Esta es, precisamente, la línea sostenida por la STS 150/1991 del 4 de julio al señalar que el legislador debe realizar el juicio de proporcionalidad desde los objetivos marcados por la política criminal, respetando los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad de forma que «no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad derivada de ella».

   El recurso plantea este aspecto desde cuatro elementos: la falta de relevancia criminológica, la lesión al principio de proporcionalidad estrictamente considerado, la rigidez de la figura y la indeterminación de la pena (que en este trabajo será analizada en el apartado relativo al principio de seguridad jurídica).

   En lo que se refiere a la incidencia de las tipologías delictivas para las que se prevé esta pena, el recurso incide en la escasa «frecuencia estadística» que tuvieron los delitos de homicidio y asesinato en España en el periodo temporal anterior a la promulgación de la LO 1/2015. Y es que efectivamente, de acuerdo con los datos oficiales del Ministerio del Interior, del total de delitos y faltas del territorio nacional, los homicidios dolosos y asesinatos consumados suponían una cifra muy baja con respecto a las demás infracciones y, lo más importante, no se habían incrementado, salvando un pequeño repunte del año 2013 al 2014 (ver figura 1).

Figura 1. Homicidios dolosos y asesinatos consumados en la totalidad de delitos cometidos en España



Fuente: elaboración propia con base en datos del Ministerio del Interior (2012, 2014).

Ante esto, el Pleno del TC sostiene en su Sentencia 169/2021, que la extrema gravedad de estos hechos justifica una «respuesta penal más intensa», sin que ello suponga una conculcación de los principios constitucionales, dado el «extraordinario contenido del injusto y de la culpabilidad que representa la vulneración de bienes jurídicos del más alto rango». Todo ello, además, con la intención de mantener en la ciudadanía «la conciencia del Derecho y el sentimiento de justicia». Precisamente esta pretendida búsqueda de la justicia fue uno de los argumentos del anteproyecto de reforma del CP de 2012 para introducir la prisión permanente revisable, aduciendo el prelegislador la necesidad de que se pusiera a disposición de la ciudadanía un «sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas». El Consejo General del Poder Judicial (2015) «refuta categóricamente» dicho argumento por entender que, como cualquier acto de decisión basado en la interpretación de las normas por parte de varias personas, el resultado puede coincidir o no con las expectativas de las demás, y que esto no es evitable. A esto añaden que, si por decisiones esperadas y justas debe entenderse lo que esperan los «juicios paralelos», la justicia estaría efectivamente dando la espalda a los postulados constitucionales. En este mismo sentido, Terradillos Basoco (2012) señala que se busca satisfacer los deseos de las víctimas, «justamente indignadas pero no necesariamente expertas en política criminal» (pp. 14-15), por encima de una pena proporcional que colme las necesidades preventivas.

El voto particular adicional da un paso más allá y señala cómo muchos de los casos en que se aplica esta pena son supuestos de concursos de delitos «en los que la reacción penal se exacerba» de forma insostenible jurídicamente, tal como señaló la STS 418/2020 del 21 de julio, que trata de las condenas impuestas por PPR. Dicho pronunciamiento, en su FJ 6.2 —que es el que cita el magistrado Conde-Pumpido Tourón en su voto particular—, apunta que este incremento desproporcionado se debe más a un reproche moral que a la existencia de un mayor contenido de injusto y que, además, la técnica legislativa es «defectuosa» por plantear problemas con respecto a la prohibición del *bis in ídem* «con una errónea delimitación de los tipos penales».

Sobre la lesión al principio de proporcionalidad en sentido estricto, el recurso plantea que una pena que es susceptible de convertirse en perpetua y que, además, propone unos periodos de cumplimiento mínimo previos a la revisión especialmente largos «representa una restricción desmesurada en el derecho a la libertad del penado» (Recurso de Inconstitucionalidad 3866-2015). Además, al configurarse la PPR como pena de obligatoria imposición, no se permite al tribunal sentenciador tener en cuenta las circunstancias del delito y de la persona que lo comete, por lo que no se ajustaría al canon de proporcionalidad estricta exigido por la doctrina constitucional. Esta imposibilidad de individualización judicial limita la adaptación de la respuesta por parte del sistema penal ante el ilícito cometido (Solar Calvo, 2019). Y es que este régimen de lo que se ha dado en llamar «tarifa plana de culpabilidad» ata las manos del tribunal sentenciador que, con la excepción de la pena inferior en grado concretada en prisión de veinte a treinta años, no puede delimitar los casos en los que se debería aplicar PPR o pena de prisión de duración determinada (Pinto Palacios, 2019). También la jurisprudencia del propio TC ha entendido que el principio de proporcionalidad se vulnera en los casos en que no es posible «atemperar la sanción penal» (STC 136/1999, 20 de julio) y que, precisamente, esta individualización por parte de quien juzga es «imprescindible» (STC 60/2010, 7 de octubre).

Ante esto, el pleno del TC reconoce que los periodos mínimos de cumplimiento para el acceso a ciertas instituciones penitenciarias (tercer grado y suspensión condicional) son «severos», pero dado que no exceden el límite máximo de la pena de prisión, no aprecian un «desequilibrio manifiesto de la ley en la configuración de la reacción penal». En este sentido, aparta el juicio de proporcionalidad de este ámbito para sustentar que el riesgo de desproporción se daría en caso de que la persona condenada

estuviera en prisión más allá de lo exigido por un motivo legítimo de política criminal y puesto que, tras el periodo de seguridad, se produce una revisión, con lo que este riesgo queda disipado. De este punto de vista discrepa el voto particular adicional que entiende que, teniendo en cuenta los requisitos, la suspensión resultará «prácticamente inalcanzable». Y precisamente el peor, pero más probable escenario, es el que no debe perderse de vista. Aun así, continúa el magistrado Conde-Pumpido Tourón, «en el mejor de los casos, cuando la pena llega a ser suspendida, condicional o definitivamente, transcurridos más de veinticinco años desde que se inicia su cumplimiento, la reacción penal resulta en ocasiones objetivamente desproporcionada».

En directa relación con este aspecto encontramos la falta de flexibilidad de la PPR que también integra este juicio de proporcionalidad, ya que —como señalan los recurrentes—, al carecer la pena de límite máximo, no se es posible hacer una graduación que permita valorar adecuadamente las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. La ausencia de la horquilla penológica que permite al tribunal sentenciador ajustar la pena, teniendo en cuenta las particularidades de cada sujeto y situación, configura una pena totalmente rígida que, precisamente por ello, deviene desproporcionada. En esta línea, la STS 658/2014, de 16 de octubre, entiende que no hay proporcionalidad cuando no se puede tener en cuenta el juicio de culpabilidad para modular la pena.

El Pleno del TC argumenta que, aunque es evidente que incluir esta pena como facultativa permitiría una mayor flexibilidad en su aplicación judicial, no puede entenderse que esto sea un obstáculo insalvable de inconstitucionalidad y, para ello, se basa en la doctrina del TEDH, que lo admite en casos de extrema gravedad del delito cometido. En este sentido, sostiene el Pleno, que los tipos penales para los que se prevé la PPR, al ser casos

> extremadamente graves —y afortunadamente infrecuentes— de ataque a la vida humana independiente y a la libertad sexual […] queda descartado de antemano todo riesgo de que en su descripción típica puedan cobijarse conductas de gravedad menor susceptibles de quebrar la correlación debida entre gravedad de la pena y gravedad del ilícito (STC 169/2021, 6 de octubre).

El voto particular adicional señala a este respecto que la jurisprudencia del TEDH fija un marco mínimo común que puede ser ampliado por la Constitución de cada país, por lo que no es correcto trasladar miméticamente sus pronunciamientos sin tener en cuenta esta posibilidad. Coincide Lascuraín Sánchez

(2022) al apuntar que, como estamos ante un «juicio de mínimos […] la no convencionalidad comporta inconstitucionalidad, pero la convencionalidad no comporta constitucionalidad» (p. 12). Y, además, añade que los exigentes requisitos para obtener la suspensión de la pena «nos alejan cuantitativamente de los modelos europeos de referencia».

Asimismo, hay que mencionar que ese riesgo imposible que menciona el pleno se materializa en la reforma que se proyecta sobre la PPR por la Proposición de Ley Orgánica presentada por los grupos parlamentarios Popular, Ciudadanos y Mixto, que pretende ampliar los supuestos de aplicación de la PPR para aquellos casos en que el autor hubiere sido condenado con anterioridad como reo de un delito de asesinato, pero también para los casos en que el reo haya hecho desaparecer el cadáver o se niega a revelar dónde se encuentra. Este segundo supuesto, efectivamente, implica castigar con PPR conductas de menor gravedad, como esconder el cadáver o no dar razón de su paradero. ¿No quiebra el principio de proporcionalidad que se castigue con la misma pena —esto es, PPR— a quien agrede sexualmente y luego asesina, y a quien asesina y no dice dónde ha escondido el cadáver?

4. P*rincipio de seguridad jurídica:* el carácter indeterminado de esta pena constituye una de las principales alegaciones de este recurso. Se arguye por parte de los recurrentes que, en efecto, la PPR carece de un límite máximo de cumplimiento establecido y que, además, su duración va a depender de un criterio: «el de reinsertabilidad del reo, impreciso e inseguro» (Recurso de Inconstitucionalidad 3866-2015). Esta falta de determinación del límite máximo de cumplimiento de la PPR ataca directamente al principio de seguridad jurídica derivado del artículo 25.1 CE y, por tanto, al de legalidad recogido en el 9.3 CE. Precisamente, el TS tuvo ocasión de manifestarse al respecto en su Sentencia 298/2017 del 27 de abril, reconociendo el carácter indeterminado de esta pena y, aunque pueda tener una duración menor en privación efectiva de libertad, esa posibilidad depende de la decisión del Tribunal, que habrá de valorar las circunstancias del penado, las cuales, en la medida en que dependen de cada caso concreto, no pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de la determinación de la disposición más favorable.

   Pero también el propio TC, ya en 1989, en su Sentencia 29/1989 del 6 de febrero, consideró que la indeterminación de la pena no colma las exigencias de *lex certa*, por lo que incumple el principio de legalidad. Y, más recientemente, en su Sentencia 129/2006

del 24 de abril, señala que si a esto se añade la imposibilidad de gradar la pena en función de las circunstancias del sujeto y del hecho, la consecuencia de la conducta criminal es imprevisible, lo que vulnera el mandato de taxatividad. De esta forma, el único límite máximo cierto y previsible es la muerte de la persona condenada. No se puede obviar tampoco las graves consecuencias psicológicas que acarrea la total inseguridad e incertidumbre respecto al tiempo de condena que queda por cumplir. La persona pierde el control sobre su vida, convirtiéndose esto en una de las principales causas de estrés psicológico (De León Villalba, 2016). Ello nos guía de nuevo hacia el especial componente aflictivo de esta pena que rebasa los límites de la mera privación de libertad, acercándola a la consideración como inhumana y degradante en tanto esta destrucción de la persona podría considerarse como una forma de tortura (Fuentes Ossorio, 2014).

El Pleno del TC, por su parte, argumenta en su Sentencia 169/2021 de 6 de octubre que la PPR no es indeterminada, sino «determinable», porque los criterios establecidos para su revisión permiten la individualización judicial, pero en fase de ejecución. Además, entiende que estos parámetros «son claros y accesibles […], y cuya finalidad no es asegurar su encierro perpetuo, sino supeditarlo, tras la realización de un contenido mínimo retributivo, a su evolución personal». Y aunque no deja de reconocer la posibilidad de que se cometan errores en el pronóstico de reinserción (lo que implicaría que una persona reciba un rechazo en la suspensión y siga cumpliendo condena, incluso para siempre), entiende que son «fracasos relativos» que no permiten poner en tela de juicio la constitucionalidad de esta PPR. Sin embargo, admite que el régimen de la revocación de la libertad condicional «resulta constitucionalmente insatisfactorio por incompleto», aunque no lo considera criterio suficiente para declarar la inconstitucionalidad de la pena, por cuanto que entiende suficiente una interpretación del artículo 92.3 CP, párrafo tercero, que permita que la suspensión solo tenga efectos revocatorios en caso de que se dé algunos de los incumplimientos recogidos en el artículo 86.1 CP.

A este respecto, el voto particular menciona reiterada jurisprudencia constitucional que señala que la indeterminación del límite máximo de las penas atenta contra los principios de legalidad, de seguridad jurídica y va en contra de la protección del derecho a la libertad. A esto añade que, aunque el límite mínimo de cumplimiento para acceder a la suspensión de la pena sí se establece, el límite máximo no se determina, de forma que puede acabar convirtiéndose en una condena a perpetuidad.

> En esta misma línea, el voto particular adicional sostiene que la PPR carece de duración determinada o límite máximo de cumplimiento, a diferencia del resto de las penas de prisión, y que este carácter indefinido «solo muta cuando así lo aprecia el tribunal sentenciador acordando la suspensión». En este punto, Lascuraín Sánchez (2022) va más allá y sostiene que «este daño tan intenso al valor de la seguridad jurídica (CE, art. 9.3) debería haber determinado su inconstitucionalidad» (p. 27).

IV. LA REFORMA EN CIERNES DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

Esta controvertida declaración de constitucionalidad ha supuesto un punto de apoyo para quienes pretenden seguir ampliando los supuestos de aplicación de esta pena. En palabras de la ex diputada del Grupo Parlamentario VOX, Macarena Olona, la senda que pretendían seguir era la de

> promover las reformas legislativas necesarias para que se endurezcan los supuestos actuales de la prisión permanente revisable cuya constitucionalidad ya ha sido avalada por nuestro alto tribunal y para que se introduzca en nuestro ordenamiento jurídico la cadena perpetua para los crímenes más execrables (Congreso de los Diputados, 30 de noviembre de 2021).

Efectivamente, en diciembre de 2021 el Pleno del Congreso aprobaba la toma en consideración de la Proposición de Ley Orgánica de modificación del Código Penal presentada por los grupos parlamentarios Popular, Ciudadanos y Mixto en la que se solicita la ampliación de la aplicación de la PPR a quienes hagan desaparecer el cadáver o no den razón de su paradero, y a quienes hubieran sido condenados anteriormente por asesinato. Entre los argumentos de la proposición se hace referencia al amplio apoyo que esta pena tiene en la sociedad española, «como han mostrado sucesivos estudios demoscópicos que señalan que en torno al ochenta por ciento de los españoles respalda esta medida» (Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, 17 de diciembre de 2021, p. 2). Sin embargo, no se cita ninguno de ellos. También se esgrime que estos dos nuevos supuestos son fenómenos de «honda preocupación», de lo que tampoco se aporta estudio alguno. Cabe apuntar al respecto que en los casos más mediáticos de asesinatos en los últimos años en España se ha dado la circunstancia de ocultación de cadáver o de no dar rastro de su paradero (como, por ejemplo, en el de Marta del Castillo o el de Diana Quer). Y precisamente se utilizan estos casos conocidos como justificación para el incremento punitivo, ya que se considera que la aplicación de una pena de prisión por asesinato de quince a veinticinco años en vez de la PPR supone que el

«comportamiento resulta inocuo para el delincuente desde el punto de vista del derecho penal» (p. 2).

No obstante, las intenciones de la propuesta en lo que se refiere a este supuesto quedaron frustradas el pasado mes de diciembre de 2022, cuando fue aprobada mediante la Ley Orgánica 14/2022 del 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, que entró en vigor el 12 de enero de 2023 y que modificaba el artículo 173 CP para incluir el no dar razón del paradero del cadáver a la familia o a los allegados de la misma como un delito contra la integridad moral castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años. En este sentido, se castiga a cualquier persona que tenga conocimiento de la localización del cadáver, no solo al responsable de la muerte, exigiéndose además reiteración en la conducta de ocultación de la información. Si bien es cierto que nada se dice de la ocultación del cadáver y, por tanto, no recoge exactamente el mismo supuesto de la propuesta de ley de ampliación de la prisión permanente revisable, sí que es cierto que al menos incluye una parte que, por lo tanto, no podrá ser utilizada ya para ampliar los casos de PPR.

Pero la exposición de motivos de la propuesta va más allá y reconoce expresamente que ampliar los supuestos de aplicación de la PPR lograría cumplir «con el efecto retributivo de la pena» y vaticina que, incluso, esto pueda suponer un estímulo a la persona condenada «por poder beneficiarle esa información en la posible suspensión de la pena, cumplidos ya veinticinco años de prisión efectiva, por apreciación de esa circunstancia a los efectos de los previsto por el artículo 92.1.c) del Código Penal». Con respecto al caso en que la persona haya sido condenada con anterioridad por delito de asesinato, los firmantes de la proposición sostienen que esto supone la revelación «de una tendencia criminal», sin entrar a considerar las diferentes circunstancias que han podido concurrir en el hecho delictivo. En línea con el argumento anterior de recuperar el componente meramente retributivo de la pena, sostienen para castigar este supuesto con PPR que la pena prevista actualmente para el asesinato permite que por medio de los «distintos beneficios de suspensión de la pena y permisos penitenciarios el delincuente pueda encontrar de nuevo la libertad». Sin embargo, cabe recordar en este punto que la suspensión de la pena tiene un requisito temporal que limita su aplicación a las penas privativas de libertad no superiores a dos años, ampliables a cinco en caso de personas que hubieran cometido el delito a causa de su drogodependencia, y que solo se obvia el criterio temporal en el caso de personas con enfermedades muy graves con padecimientos incurables. Por lo tanto, salvo en la última circunstancia mencionada, una persona condenada por asesinato, incluso en el caso

del mínimo, que son quince años de prisión, no va a poder beneficiarse de la suspensión. Por otro lado, el disfrute de permisos penitenciarios no supone —aunque es una creencia bastante extendida— que se ha alcanzado la libertad. Parece necesario recordar que la persona sigue cumpliendo condena, aunque tenga acceso temporalmente al mundo exterior, porque además el artículo 4.2.e) del Reglamento Penitenciario reconoce el derecho a «las relaciones con el exterior» y los permisos penitenciarios forman parte de ese derecho. Además, tal y como ha reconocido el TC en reiterada doctrina,

> todos los permisos de salida cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pueden fortalecer los vínculos familiares, reducen las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno, y con ello al desarrollo de su personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que ha de integrarse e indican cuál es la evolución del penado (SSTC 112/1996, 2/1997, 81/1997, 88/1988).

De acuerdo con el TC, parece que lo que fomenta la buena conducta son los permisos penitenciarios y no la imposición de una pena de prisión indeterminada de la que, en el mejor de los casos, se cumplirán veinticinco años, pero con la nada desdeñable posibilidad de que pueda tornarse en perpetua.

V. CONCLUSIONES

España es uno de los países con el índice de criminalidad más bajo de Europa y, sin embargo, desde el año 2003 se ha asistido a un notable incremento punitivo en la política criminal que ha tenido como resultado la implantación de la PPR, pena que desde un principio suscitó serios problemas de constitucionalidad y de ejecución. No en vano, desde su promulgación, pendía sobre ella un recurso de inconstitucionalidad que fue resuelto por el TC el pasado 2021 con un resultado decepcionante, aunque en parte esperado. El mito del populismo punitivo, debido en parte a la imagen que transmiten los medios de comunicación sobre la situación criminal en España, ha servido de base al legislador desde 2003 para ir endureciendo progresivamente la pena de prisión hasta llegar a la PPR.

La implantación de esta PPR ha abierto aún más la brecha entre víctima y persona victimaria y acentuado ese histórico antagonismo, trasladando a la sociedad la idea de que el reconocimiento de derechos y garantías al victimario supone un recorte de los mismos en la víctima. Tal y como señalan Drake y Henley (2014), la estructuración de la

sociedad en dos categorías «ciudadanos respetuosos con la ley» y «habitantes quebrantadores de la ley» tiene repercusiones negativas para ambas categorías, ya que por un lado dificulta la reinserción social de los victimarios y, por otro, evita que se puedan desarrollar estrategias y mecanismos eficientes de apoyo a las víctimas. Pero, además, se ha dado voz a los grupos de víctimas con mayor poder mediático y se ha permitido su participación en la elaboración de la ley penal. No cabe duda de que la víctima es una de las partes protagonistas del hecho delictivo, la que ha visto violados sus derechos y, por ello, sus reclamaciones deben ser tenidas en cuenta; pero estas no pueden guiar la política criminal ni mucho menos participar en la elaboración de las leyes. Así, Varona Martínez (2022) señala la importancia de poner en valor las narrativas de las víctimas, que pueden venir a «iluminar zonas oscuras de la realidad que formas de conocimiento académico no puede lograr», pero también advierte que esto no puede implicar «idealizar o demonizar a las víctimas», a la par que reconoce la posibilidad de que se abuse de su utilización (pp. 26-27).

Entender que las víctimas demandan un incremento punitivo para sentirse respaldadas por el Estado supone una lectura simplista de reclamaciones. El reconocimiento a sus derechos debe efectuarse por medio de otras vías que no impliquen un detrimento de los derechos de quien comete el hecho delictivo. Dirigir todos los esfuerzos legislativos a incrementar el componente aflictivo de la pena y no a reducir los efectos de la victimización no parece el método más adecuado. Es evidente que encontrar medidas que satisfagan a ambas partes del conflicto es una labor dificultosa y, precisamente por ello, se requiere de una solución meditada y que tenga como base estudios científicos sólidos. No se puede pretender legislar «a golpe de telediario» y satisfacer en todo momento las solicitudes de una parte (la víctima) simplemente porque resulta más beneficioso a efectos de reputación política que de política criminal.

La declaración de la PPR como constitucional por parte del TC no ha convencido a la doctrina y ha suscitado un fuerte rechazo. También el voto particular de la propia resolución fue contundente al respecto:

> esta pena es inconstitucional por resultar contraria a un conjunto de derechos fundamentales, principios y valores constitucionales que afectan con carácter general a su naturaleza, por un lado, de pena indeterminada en su extensión y, por otro, de pena que sea potencialmente a perpetuidad: el principio de la dignidad humana como fundamento de orden político (art. 10 CE), la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), el mandato de que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE) y los derechos a la libertad personal (art. 17.1 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), en relación

con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) (STC 169/2021, 6 de octubre).

A la luz de la proyectada reforma, parece que desgraciadamente la PPR no solo ha venido para quedarse, sino que además presenta una vocación expansionista basada en el retribucionismo. Resulta acertada Casals Fernández (2021) cuando afirma que «al sacrificar la esperanza de los condenados, también resentimos y sacrificamos nuestra calidad como sociedad democrática avanzada e inspirada en el principio de humanidad» (p. 17). Teniendo en cuenta todos los argumentos que se han esgrimido contra esta cadena perpetua encubierta, se coincide aquí con López Peregrín (2022) al entender que estamos ante un «alargamiento indeterminado de la prisión» (p. 59) más que ante una pena autónoma. En suma, una pena cuya única finalidad es encerrar de por vida a quienes cometen determinados delitos sin perspectiva de tratamiento, sin previsión del sistema de ejecución, sin horizonte de liberación, y cuyo único límite máximo cierto es la muerte.

REFERENCIAS

Acale Sánchez, M. (2010). *Medición de la Respuesta Puntiva y Estado de Derecho: Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*. Navarra: Aranzadi.

Álvarez García, F. (ed.). (2013). *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Arroyo Zapatero, L., Lascuraín Sánchez, J. A., & Pérez Manzano, M. (eds.). (2016). *Contra la cadena perpetua*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.

Benítez Sánchez, C. (2018). Sobre el fenómeno intensivo de la exclusión jurídica de los enemigos. Especial referecia a la prisión permanente revisable española. *Revista Crítica Penal y Poder*, *15*, 23-42.

Cámara Arroyo, S. (2019). Cadena perpetua en España: La falacia de su justificación en el Derecho comparado y estado actual de la cuestión (proposiciones no de Ley). *Derecho y cambio social*, *57*, 335-367.

Cano Paños, M. Á., & Calvo Alba, M. Á. (2019). Percepción de la delincuencia, miedo al delito y actitudes punitivas en España. Resultados de una encuesta realizada a estudiantes de Grado en Derecho entre los años 2015 y 2018. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, *4*, 1-43.

Carrasco Andrino, M. del M. (2009). Salud mental y prisión de larga duración: una panorámica del mundo anglosajón. *Derecho y Proceso Penal*, *21*, 109-122.

Casals Fernández, A. (2019). La ejecución penitenciaria de la pena de prisión permanente revisable. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, *LXXII*, 669-699. https://doi.org/10.53054/adpcp.v72i1.1262

Casals Fernández, Á. (2021). La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable. *La Ley Penal*, *153*, 1-20.

Cerezo Domínguez, A. I. (2010). *El protagonismo de la víctima en la elaboración de la ley penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Cervelló Donderis, V. (2021). El silencio normativo sobre el cumplimiento de la prisión permanente revisable. En *Temas clave de derecho penal: Presente y futuro de la política criminal en España* (pp. 209-246). Barcelona: J.M. Bosch. https://doi.org/10.2307/j.ctv1tqcww9.10

Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes. (2001). *Undécimo Informe general de actividades*. https://rm.coe.int/16806dbaa4

Consejo General del Poder Judicial. (2003). *Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*. https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Medidas-de-Reforma-para-el-Cumplimiento-Integro-y-Efectivo-de-las-Penas

Consejo General del Poder Judicial. (2015). *Informe sobre el anteproyecto de ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*. https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/Informe_del_Consejo_General_del_Poder_Judicial_al_Anteproyecto_de_Reforma_del_Codigo_Penal

Cortés, J. J. (2016, 26 de enero). *Ocho años sin Mari Luz* [Hoy por hoy Huelva]. https://cadenaser.com/emisora/2016/01/26/radio_huelva/1453817176_592845.html

Crewe, B., Hulley, S., & Wright, S. (2017). The gendered pains of life imprisonment. *British Journal of Criminology*, *57*, 1359-1378. https://doi.org/10.1093/bjc/azw088

Cuerda Riezu, A. (2011). *Cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: Por qué son inconstitucionales en España*. Barcelona: Atelier.

Cullen, F. T., Cullen, J. B., & Wozniak, J. F. (1988). Is rehabilitation dead? The myth of the punitive public. *Journal of Criminal Justice*, *16*, 303-317. https://doi.org/10.1016/0047-2352(88)90018-9

De León Villalba, F. J. (2016). Prisión permanente revisable y Derechos Humanos. En *Contra la Cadena Perpetua*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Diario de Sevilla. (2012, 27 de agosto). *Juan José Cortés: «La cadena perpetua debe ser una realidad en España»*. https://www.diariodesevilla.es/andalucia/Juan-Jose-Cortes-realidad-Espana_0_619438243.html

Díez González, P. R., Álvarez Díaz, J. A., & Álvarez García, F. J. (2009). *Los efectos psicosociales de la pena de prisión*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Díez Ripollés, J. L. (2017). El abuso del sistema penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, *19*, 1-24.

Drake, D. H., & Henley, A. J. (2014). Victims Versus Offenders in British Political Discourse: The Construction of a False Dichotomy. *The Howard Journal*, *53*(2), 141-157. https://doi.org/10.1111/hojo.12057

El País. (2008, 30 de septiembre). *Los padres de Mari Luz entregan a Zapatero más de dos millones de firmas*. https://elpais.com/elpais/2008/09/30/actualidad/1222762635_850215.html

Fernández García, G. (2019). Régimen de hipercualificación del delito de asesinato en el Derecho español contemporáneo. *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, *16*, 163-195. https://doi.org/10.25058/1794600x.987

Fuentes Ossorio, J. L. (2005). Los medios de comunicación y el Derecho Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, *7*, 1-51.

Fuentes Ossorio, J. L. (2014). ¿La botella medio llena o medio vacía? La prisión permanente revisable: El modelo vigente y la propuesta de reforma. *ReDCE*, *21*, 309-345.

Galán Casado, D., & Moraleda Ruano, Á. (2018). Reflexiones sobre el impacto de la privación de libertad en la dimensión emocional de los internos recluidos en los centros penitenciarios españoles. La educación emocional como complemento a la reinserción y reeducación. *Edetania. Estudios y propuestas socioeducativos*, *53*, 225-240.

Garland, D. (2005). *La cultura del control*. Gedisa.

Gracia Martín, L. (2006). El sistema de penas en el Código penal español. En *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito* (pp. 57-88). Valencia: Tirant lo Blanch.

Grupo de Estudios de Política Criminal. (2005). *Una perspectiva alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*. Málaga.

La Voz de Galicia. (2022, 29 de marzo). *El Congreso abre la puerta a endurecer las penas a los asesinos que oculten el cadáver*. https://www.lavozdegalicia.es/noticia/espana/2022/03/29/familias-marta-calvo-diana-quersuplican-partidos-apoyen-prision-permanente-oculte-cadaver/00031648552963181662546.htm

Lascuraín Sánchez, J. A. (2022). La insoportable levedad de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable. *Revista General de Derecho Constitucional*, *36*, 1-45.

López Peregrín, C. (2003). ¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas? *Revista Española de Investigación Criminológica*, *1*, 1-20. https://doi.org/10.46381/reic.v1i0.6

López Peregrín, C. (2022). Algunos problemas que plantea la determinación y ejecución de la pena de prisión permanente revisable. *Revista Penal México*, *21*, 49-62.

Machado Rodríguez, C. I. (2016). Política Criminal Victimal ¿Un cambio de paradigma? En *Serta: In Memoriam Louk Hulsman*. Salamanca: Universidad de Salamanca. https://doi.org/10.2307/j.ctt1hrdn35.52

Mapelli Caffarena, B., & Terradillos Basoco, J. M. (1996). *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Civitas.

Maqueda Abreu, M. L. (2003). Crítica a la reforma penal anunciada. *Jueces para la Democracia*, *47*, 6-11.

Marrahí, J. A. (2021, 5 de noviembre). La madre de Marta Calvo: «Hago esto por mi hija y por todas». *Las Provincias*. https://www.lasprovincias.es/sucesos/marta-calvo-cadaver-congreso-20211105175029-nt.html

Martínez Garay, L. (2014). La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: Consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, *2*, 1-77.

Ministerio del Interior. (2012). *Balance de Criminalidad. Cuarto trimestre 2012*. Secretaría de Estado de Seguridad, Gabinete de Coordinación y Estudios. https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/prensa/balances-e-informes/2012/Balance-de-Criminalidad.-Cuarto-Trimestre-2012-PDF.pdf

Ministerio del Interior. (2014). *Balance de Criminalidad. Cuarto Trimestre 2014*. Secretaría de Estado de Seguridad, Gabinete de Coordinación y Estudios. https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/prensa/balances-e-informes/2014/informe-balance-anual-2014.pdf

Pérez Manzano, M., & Cancio Meliá, M. (2015). Principios del Derecho Penal. En *Introducción al Derecho Penal*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.

Pinto Palacios, F. (2019). *La prisión permanente revisable. Los límites del castigo en un Estado de Derecho*. Madrid: Wolters Kluwer.

Presno Linera, M. Á. (2019). ¿Es constitucional la pena de prisión permanente revisable? En *Un sistema de sanciones penales para el S.XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Solar Calvo, P. (2019). STS 713/2018, de 16 de enero de 2019, sobre prisión permanente revisable: Primer varapalo judicial a una pena cuestionada. *Diario La Ley*, (9372), 1-5.

Tamarit Sumalla, J. M. (2005). ¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal? *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología* (pp. 27-46). Tirant lo Blanch.

Tamarit Sumalla, J. M. (2006). La Victimología: Cuestiones conceptuales y metodológicas. En *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch.

Terradillos Basoco, J. M. (1981). *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. Madrid Akal.

Terradillos Basoco, J. M. (2003). La Constitución penal. Los derechos de la libertad. En *Las sombras del sistema constitucional español* (pp. 355-382). Madrid Trotta.

Terradillos Basoco, J. M. (2012). La reforma española de 2012. Líneas maestras. *Revista Nuevo Foro Penal*, *78*, 13-31. https://doi.org/10.17230/nfp.8.78.1

Terradillos Basoco, J. M. (2016). Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI. *Revista Nuevo Foro Penal*, *87*, 18-59. https://doi.org//doi.org/10.17230/nfp.12.87.1

Varona Gómez, D. (2008). Ciudadanos y actitudes punitivas: Un estudio piloto de población universitaria española. *Revista Española de Investigación Criminológica*, *6*, 1-38. https://doi.org/10.46381/reic.v6i0.40

Varona Gómez, D. (2009). ¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivistas y reforma penal en España. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, *1*, 1-31.

Varona Martínez, G. (2022). Alrededor de las narrativas victimales. Algunos paralelismos entre las víctimas del terrorismo y otros delitos graves en términos de justicia epistémica y resiliencia. *Araucaria*, *50*, 11-35. https://doi.org/10.12795/araucaria.2022.i50.01

Velasco, F. (2014, 18 de febrero). El padre de Marta avalará la reforma del Código Penal en el Congreso. *La Razón*. https://www.larazon.es/espana/el-padre-de-marta-avalara-la-reforma-del-codigo-penal-en-el-congreso-KA5561927/

Vives Antón, T. S. (2016). La dignidad de todas las personas. En *Contra la cadena perpetua*. Cuenca Universidad de Castilla-La Mancha.

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Acta de la sesión N.° 136 del Pleno del Congreso de los Diputados (30 de noviembre de 2021).

Constitución Española (1978).

Informe al anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal (Consejo General del Poder Judicial [España], 23 de noviembre de 2013).

Khamtokhu y Aksnchik c. Rusia (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2017).

Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal (23 de noviembre de 1995).

Ley Orgánica 7/2003, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (de 30 de junio de 2003).

Ley Orgánica 1/2015, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal (30 de marzo de 2015).

Ley Orgánica 14/2022, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso (22 de noviembre de 2022).

Real Decreto 190/1996, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (9 de febrero de 1996).

Recurso de Inconstitucionalidad N.° 3866-2015, contra diversos apartados del artículo único de la Ley Orgánica 1/2015, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (30 de marzo de 2015).

Sentencia 716/2018 (Tribunal Supremo [España], 16 de enero de 2019).

Sentencia 5/2002 (Tribunal Constitucional [España], 14 de enero de 2002).

Sentencia 169/2021 (Tribunal Constitucional [España], 6 de octubre de 2021).

Sentencia 2/1987 (Tribunal Constitucional [España], 21 de enero de 1987).

Sentencia 150/1991 (Tribunal Constitucional [España], 4 de julio de 1991).

Sentencia 2/1997 (Tribunal Constitucional [España], 13 de enero de 1997).

Sentencia 4323/1992 (Tribunal Supremo [España], 30 de mayo de 1992).

Sentencia 150/1991 (Tribunal Supremo [España], 4 de julio de 1991).

Sentencia 418/2020 (Tribunal Supremo [España], 21 de julio de 2020).

Sentencia 136/1999 (Tribunal Constitucional [España], 20 de julio de 1999).

Sentencia 60/2010 (Tribunal Constitucional [España], 7 de octubre de 2010).

Sentencia 658/2014 (Tribunal Supremo [España], 16 de octubre de 2014).

Sentencia 298/2017 (Tribunal Supremo [España], 27 de abril de 2017).

Sentencia 29/1989 (Tribunal Constitucional [España], 6 de febrero de 1989).

Recibido: 24/10/2022
Aprobado: 19/01/2023

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.011

DERECHO PUCP
N° 90, 2023
junio-noviembre
pp. 391-413
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

La conformidad en el proceso penal español: análisis y juicio crítico*

«Conformidad» in the Spanish Criminal Process: Analysis and Critical Judgment

GUILLERMO OLIVER CALDERÓN**
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

Resumen: La conformidad es una institución muy antigua en el sistema procesal penal español, pues proviene del siglo XIX. En las últimas décadas ha experimentado un notable incremento en su aplicación como mecanismo de justicia penal negociada a raíz de varias modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se han realizado con la finalidad de introducir en dicha figura más espacio para la negociación e incentivar su utilización. Sin embargo, como efecto no deseado, tales modificaciones han complejizado la ya enrevesada regulación de dicho instituto, lo que dificulta la comprensión de su fisonomía. En este trabajo se examina el estado actual de la conformidad en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Se revisa su ámbito de aplicación, sus requisitos, su contenido, su tramitación y sus efectos en el procedimiento ordinario, en el procedimiento abreviado y en el enjuiciamiento rápido. Se realiza también un análisis crítico de la conformidad con base en consideraciones efectuadas por la doctrina española a partir de la compleja realidad normativa y de la no siempre consistente práctica del sistema, poniendo de relieve el hecho de que dicha institución genera ciertos riesgos para el imputado, para la víctima y para la sociedad. El trabajo finaliza con unas breves conclusiones.

Palabras clave: Acuerdos en el proceso penal, renuncia al juicio, proceso penal español, justicia penal negociada, justicia penal consensuada

Abstract: «Conformidad» is a very old institution in the Spanish criminal procedure system, since it dates back to the 19th century. In recent decades it has experienced a notable increase in its application as a negotiated criminal justice mechanism, as a result of several modifications in the Law of Criminal Procedure that have sought to introduce more space for negotiation

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Comparative analysis of some negotiated criminal justice models of the Continental European System: Bases for the formulation of a negotiated criminal justice model for Chile», el cual fue ejecutado por el autor en el Instituto de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad de Friburgo y en el Instituto Max-Planck para la Investigación de la Criminalidad, la Seguridad y el Derecho entre noviembre de 2021 y junio de 2022, y financiado por el Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD) y por la Max-Planck Gesellschaft. El autor agradece a ambas instituciones por el apoyo brindado y también al Dr. Juan Luis Gómez Colomer, catedrático de la Universidad Jaume I de Castellón, por sus comentarios a una versión preliminar de este trabajo. Finalmente, el autor desea agradecer a Joaquín Torres Oyaneder, ayudante del Departamento de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, por sus observaciones al trabajo y por adecuarlo a las normas editoriales de la revista que lo publica.

** Profesor titular de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona (España), y magister en Derecho Penal y Ciencias Penales por las universidades de Barcelona y Pompeu Fabra (España).
Código ORCID: 0000-0003-4485-1870. Correo electrónico: guillermo.oliver@pucv.cl

in said figure and encourage its use. However, as an unwanted effect, such modifications have made the already convoluted regulation of said institute more complex, which makes it difficult to understand its physiognomy. This paper examines the current state of «conformidad» in the Spanish Criminal Procedure Law. Its scope of application, its requirements, its content, its processing and its effects are reviewed in the ordinary procedure, in the abbreviated procedure and in the fast procedure. A critical analysis of «conformidad» is also carried out from considerations made by the Spanish doctrine based on the complex normative reality and the not always consistent practice of the system, highlighting the fact that said institution generates certain risks for the accused, for the victim and for society. The work ends with some brief conclusions.

Keywords: Plea bargaining, trial waiver, Spanish criminal proceedings, negotiated criminal justice, consensual criminal justice

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EXAMEN DE LA INSTITUCIÓN.- II.1. EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO.- II.1.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN.- II.1.2. REQUISITOS.- II.1.3. CONTENIDO.- II.1.4. TRAMITACIÓN.- II.1.5. EFECTOS.- II.2. EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.- II.2.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN.- II.2.2. REQUISITOS.- II.2.3. CONTENIDO.- II.2.4. TRAMITACIÓN.- II.2.5. EFECTOS.- II.3. EN EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO.- II.3.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN.- II.3.2. REQUISITOS.- II.3.3. CONTENIDO.- II.3.4. TRAMITACIÓN.- II.3.5. EFECTOS.- II.4. ASPECTOS COMUNES.- III.- JUICIO CRÍTICO.- III.1. CONSIDERACIONES DE EFICIENCIA.- III.2. RIESGOS PARA EL IMPUTADO.- III.3. RIESGOS PARA LA VÍCTIMA.- III.4. RIESGOS PARA LA SOCIEDAD.- IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En un sentido amplio, la expresión «justicia penal negociada» se utiliza para aludir a cualquier acuerdo que, en el proceso penal, el imputado puede celebrar con el fiscal o con la víctima; en un sentido estricto, en cambio, es usada para hacer referencia únicamente a acuerdos que el imputado puede celebrar con el fiscal y que, si son aprobados judicialmente, conducen a una sentencia definitiva inmediata (Herrera, 2014, pp. 57-69). En este trabajo, tal expresión es utilizada en un sentido estricto.

En el sistema procesal penal español existe un mecanismo de justicia penal negociada llamado «conformidad», cuyos antecedentes históricos son muy antiguos, anteriores incluso a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) de dicho país, que data de 1882[1] (Cabañas, 1991,

1 Véase Alcalá-Zamora y Castillo (1962, pp. 38-39), quien afirma que este mecanismo surgió en España en 1850 mediante la «Ley provisional reformada prescribiendo reglas para la aplicación de las disposiciones del Código Penal», que en aquel entonces era el de 1848. Otros sostienen que el origen se halla en el Real Decreto y Reglamento Provisional para la Administración de Justicia del 26 de septiembre de 1835, tal como señala Molina (2012, p. 231).

pp. 234-235; Barona, 1994, pp. 239-244; De Diego, 1997, pp. 22-35; Butrón, 1998, pp. 1-11; Gaddi, 2020, p. 994, nota al pie 5), aunque se ha afirmado que tales antecedentes no son enteramente coincidentes, en su naturaleza y función procesal, con las actuales características de la figura regulada en la LECrim (Rodríguez, 1997, p. 78). Pese a que ha estado siempre presente en esta ley, no siempre ha constituido un auténtico mecanismo de justicia penal negociada y, en las últimas décadas, ha experimentado un considerable aumento en su tasa de utilización como consecuencia de la ampliación de su ámbito de aplicación y de la velada incorporación de elementos característicos de una negociación y de incentivos penológicos para su uso.

Atendido el estado actual de la regulación legal de la conformidad española, se puede sostener que, en general, se trata de un instituto destinado al enjuiciamiento de la criminalidad ínfima y mediana (Gómez, 2021, p. 406).

En todo caso, no existe en la LECrim una regulación ordenada y sistemática de la conformidad porque no se trata de un procedimiento, sino de un mecanismo que puede ser utilizado en distintos procedimientos, tanto ordinarios como especiales. Es en la regulación de esos procedimientos donde pueden hallarse normas alusivas a dicho mecanismo. Tras varias modificaciones legales que no han contribuido mucho a aclarar el complejo panorama normativo de la conformidad en la LECrim, su redacción se muestra defectuosa y ambigua (Rodríguez, 2016, p. 138; Gómez, 2012, pp. 24-25; 2021, p. 406)[2 y 3].

En este trabajo, se realiza un examen de la configuración actual de la conformidad en la LECrim, analizando en distintos procedimientos su ámbito de aplicación, sus requisitos de procedencia, su contenido, su tramitación y sus efectos (sección II). Enseguida, se formula un juicio crítico de dicha institución, revisando algunos aspectos relativos a la eficiencia de su uso y ciertos riesgos que su utilización puede entrañar para el imputado, para la víctima y para la sociedad (sección III). El trabajo finaliza con unas breves conclusiones (sección IV).

2 Véase también Roca (2019), quien por esta razón califica la conformidad como «una institución de sinuosos perfiles y compleja configuración legal» (p. 403). Asimismo De Urbano (1999, p. 1843), quien ya antes del último cambio de siglo calificaba la regulación de este instituto como parca y desperdigada.

3 Fuera de la LECrim también se reconoce la conformidad. En la Ley del Tribunal del Jurado (Ley Orgánica 5/1995) se prevé la disolución del jurado si las partes se interesan en que se dicte sentencia de conformidad con el escrito de calificación que solicita pena de mayor gravedad o con el que presentan en el acto, suscrito por todas, siempre que la pena conformada no exceda los seis años de privación de la libertad, sola o conjuntamente con las de multa y privación de derechos (art. 50). Asimismo, en la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores (Ley Orgánica 5/2000) se contempla la conformidad (arts. 32 y 36).

II. EXAMEN DE LA INSTITUCIÓN

La LECrim no alude expresamente a la posibilidad de que la acusación y la defensa celebren acuerdos que sean luego aprobados por el juez, únicamente hace referencia a algunos escritos que ambas partes deben presentar y firmar en forma conjunta, lo que permite intuir la existencia de una negociación entre ellas sobre la cual la ley guarda silencio[4]. En cierto modo, ello obedece a la evolución que la conformidad ha experimentado. Inicialmente, este instituto consistió solo en la aceptación unilateral por parte de la defensa, en el proceso común de la pena pedida por la acusación (o la pena más grave, en caso de que fueran varios los acusadores); pero sucesivas modificaciones legales fueron incorporando en su estructura espacios de negociación y ampliando su ámbito de aplicación (Doig, 2011, pp. 408-409).

Dado que actualmente la conformidad puede tener lugar en diferentes procedimientos, para una mejor comprensión de sus contornos conviene examinarla separadamente, según cuál sea el procedimiento en el que opere.

II.1. En el procedimiento ordinario

II.1.1. Ámbito de aplicación

Según la ley, en el procedimiento ordinario la conformidad procede respecto de delitos por los cuales se ha pedido una pena «correccional» (LECrim, art. 655), término que se estima obsoleto. Por extensión de lo dispuesto en el artículo 787.1 de la LECrim, se considera que la conformidad puede tener lugar respecto de delitos para los cuales se ha pedido una pena privativa de libertad no superior a seis años (Zarzalejos, 2015, p. 317; Rifá *et al*., 2006, p. 569; Nieva, 2019, p. 332). En todo caso, en la práctica, esta conformidad carece de relevancia porque, como se verá más abajo, los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a seis años integran el campo de aplicación del procedimiento abreviado (Barja, 2019, p. 2338)[5].

II.1.2. Requisitos

No se necesita el consentimiento del acusador para que la conformidad tenga lugar, bastan el del imputado[6] y su defensor. El tribunal ejerce un control de los requisitos de procedencia, del que se da cuenta *infra*.

4 Sobre el punto, Rodríguez (1997) señala que «nuestro legislador ha querido estimular e incentivar la consecución de estas soluciones consensuadas por medio de negociaciones encubiertas» (p. 93).

5 Véase también Ramos (2014), quien señala que «[a] la vista de estas disposiciones está claro que la regulación de la conformidad en el *juicio ordinario* por delito ha quedado obsoleta» (p. 344).

6 En este trabajo, la voz «imputado» se utiliza para hacer referencia a la persona en contra de quien se dirige el procedimiento penal, cualquiera sea la etapa en que dicho procedimiento se halle. La doctrina española suele usar distintas denominaciones para aludir al sujeto pasivo del proceso penal: *investigado* (persona sospechosa de haber cometido un delito y en contra de quien han operado ciertas actuaciones procesales), *procesado* (persona en contra de quien se ha dictado un auto de procesamiento), *encausado* (persona en contra de quien se ha ordenado abrir un procedimiento abreviado) y *acusado* (persona en contra de quien se ha presentado un escrito de

La inexigibilidad de consentimiento del acusador permite afirmar que esta modalidad de conformidad no constituye un auténtico mecanismo de justicia penal negociada, pues se aleja del modelo de una verdadera negociación (Armenta, 2019, p. 283)[7].

Asimismo, cuando existen coimputados, todos ellos deben estar de acuerdo para que pueda tener lugar la conformidad (LECrim, art. 655, § IV). Es esto lo que un sector de la doctrina denomina conformidad «total» o «propia» (López, 2020, p. 393).

II.1.3. Contenido

No se exige la confesión del imputado, lo único que este debe hacer es manifestar su conformidad con la calificación jurídica invocada y con la pena pedida en la acusación, expresando el defensor que no estima necesaria la continuación del proceso (LECrim, art. 655, § I).

II.1.4. Tramitación

La iniciativa corresponde a la defensa del imputado, la que en su escrito de calificación (LECrim, art. 655) o al inicio del juicio oral (arts. 688-700) puede manifestar su conformidad en los términos antes indicados. En tal evento, previa ratificación del imputado, el tribunal dictará sentencia sin más trámite (LECrim, art. 655, § II). Pero, si el tribunal considera incorrecta la calificación aceptada o improcedente la pena solicitada, deberá requerir a la parte acusadora para que manifieste si se ratifica o no en su calificación. Si la parte requerida modifica su acusación en términos que hagan correcta la calificación y procedente la pena, y el imputado otorga de nuevo su consentimiento, el tribunal dictará sentencia de conformidad; en caso contrario, dispondrá la continuación del juicio (arts. 655, § III y 787, § 3).

Es posible una conformidad que comprenda la responsabilidad penal y no la civil, en cuyo caso el juicio seguirá adelante solo respecto de esta última (LECrim, art. 655, § V). Esto es lo que un sector de la doctrina llama conformidad «limitada», en oposición a una conformidad «plena» (López, 2020, p. 393). Sin embargo, otro sector doctrinal denomina «conformidad limitada» a aquella que atañe a la pena pedida y «plena» a aquella que incluye, además, un reconocimiento del hecho punible (Gimeno, 2019, p. 806)[8].

calificación provisional en el procedimiento ordinario, o un escrito de acusación en el procedimiento abreviado o en un juicio rápido), conforme a los artículos 650, 781 y 800.2 de la LECrim. Por todos, véase Asencio (2020, p. 73).

7 Véase Puente (1994, p. 47), quien destaca que en el procedimiento ordinario la conformidad constituye un acto esencialmente unilateral (de la parte acusada).

8 Véase, sin embargo, Gimeno (2019, p. 808), donde el mismo autor usa la expresión «conformidad limitada» en el sentido en que la utiliza el primer sector doctrinal.

II.1.5. Efectos

En su sentencia, el tribunal no puede imponer una pena superior a la solicitada (LECrim, art. 655.II); pero, en general, se admite que pueda aplicar una pena inferior a la conformada o incluso absolver (Rodríguez, 1997, p. 190).

Según la jurisprudencia, la sentencia de conformidad no es susceptible de impugnación mediante un recurso de casación (Armenta, 2019, p. 284).

II.2. En el procedimiento abreviado

II.2.1. Ámbito de aplicación

En el procedimiento abreviado (el cual, según el artículo 757 de la LECrim, se aplica al enjuiciamiento de «delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración») existe una discusión acerca del radio de alcance de la conformidad: mientras para unos, considerando lo dispuesto en el artículo 787.1 de la LECrim, se circunscribe a delitos para los cuales es procedente una pena no superior a seis años de prisión (Tomé, 2019, p. 503; Moreno & Cortés, 2019, p. 408), para otros el límite de la conformidad coincide con el límite de la competencia objetiva; es decir, nueve años de prisión (Gómez, 2021, p. 415). Lo que sí es claro es que, si se trata de una pena no privativa de libertad, no rige este límite.

II.2.2. Requisitos

No solo es necesario el consentimiento del imputado, sino también el del defensor. Esta es una exigencia general de la conformidad, cualquiera sea el procedimiento en el que tenga lugar, que la doctrina española suele denominar «doble garantía» (Fraga, 2018, p. 83; De Diego, 1997, p. 186). El consentimiento del fiscal es necesario únicamente si la conformidad opera como verdadero mecanismo de negociación, como se explicará más adelante.

Si existen coimputados, es necesario que todos ellos estén de acuerdo para que tenga lugar la conformidad (LECrim, art. 697)[9]. Ello es así, salvo que sea posible dividir el objeto del proceso por perseguirse distintos delitos contra varios imputados, en cuyo caso la conformidad puede tener lugar solo para alguno(s) de ellos (Gómez, 2021, p. 417)[10].

En todo caso, la jurisprudencia admite «sucedáneos» de la conformidad parcial subjetiva, pues si en el juicio contra todos los coimputados aquel

9 Para una crítica de la regulación sobre este punto, puede verse De Diego (1997, pp. 344-350).

10 Lo admite también, para casos de delitos conexos y de ausencia de algún coimputado, Lozano (2012, pp. 352-361). Asimismo, véase Fraga (2018, p. 94).

que se interesó en la conformidad —frustrada por la voluntad contraria de los demás— ratifica su participación en el hecho, así como la de sus compinches, es habitual que los tribunales aprecien la concurrencia de la atenuante analógica del artículo 21, numeral 7 («Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores») en relación con el artículo 21, numeral 4 del Código Penal español («La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades») (Gisbert, 2021, p. 207).

No obstante, cuando el imputado que quiere prestar conformidad es una persona jurídica —en cuyo caso la conformidad debe ser prestada por su representante especialmente designado, quien debe contar con un poder especial—, no se necesita contar con el consentimiento de los demás imputados (LECrim, art. 787, § 8). De este modo, la LECrim establece lo que se ha llamado un «sistema de disociación entre la conformidad de la persona jurídica y la de la persona física» (Armenta, 2019, p. 289). Según un sector de la doctrina, la justificación de la posibilidad de esta conformidad parcial se encuentra en la independencia que existe entre el ilícito de la persona jurídica y el que comete la persona física (Villegas & Encinar, 2021, p. 488).

II.2.3. Contenido

La ley no exige al imputado que confiese para que tenga lugar la conformidad. Pero, si en presencia judicial reconoce los hechos que se le atribuyen, puede conseguir un importante beneficio penológico, como se explicará más adelante.

II.2.4. Tramitación

La iniciativa la tiene la defensa. Ante el juez instructor, en su escrito de defensa —firmado también por el imputado—, el defensor puede manifestar su conformidad con la acusación ya presentada. También puede prestar conformidad con un nuevo escrito de calificación que, conjuntamente, firmen el acusador, el acusado y el defensor en cualquier momento anterior a la celebración del juicio oral (LECrim, art. 784, § 3).

Otra posibilidad es que en la audiencia de juicio sea ante el juez o ante el tribunal sentenciador, con el acuerdo del imputado (quien debe estar presente en ella) y antes de iniciarse la rendición de la prueba, el defensor pida que se dicte sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga la pena de mayor gravedad o con el que se presente en ese acto, el cual no puede referirse a un hecho distinto ni contener una calificación más grave que la del escrito de acusación anterior (LECrim, art. 787, § 1). En la práctica, la mayoría de las conformidades se produce en este momento, lo que aparentemente se debe, por un lado, a que muchas veces el fiscal que interviene durante la instrucción no es el mismo que lo hace durante el juicio, lo que puede dificultar a las partes

pactar antes de la realización de este; y, por otro, a que esperar hasta el momento previo al inicio del juicio permite evaluar de mejor manera las posibilidades de éxito de la prueba de cargo o de descargo que se vaya a presentar (Rifá *et al*., 2006, p. 458)[11].

En ambos casos, es la conformidad con el nuevo escrito de calificación o acusación que se presente la que corresponde genuinamente a una negociación entre la defensa y el Ministerio Fiscal, ya que este, en el segundo escrito, rebaja la penalidad de la calificación provisional de la acusación (Gómez, 2021, p. 414; Cobo del Rosal, 2008, p. 672).

En ambos supuestos, es necesario que el imputado corrobore ante el juez la conformidad manifestada por el defensor, pues si el juez tiene dudas acerca del libre consentimiento del imputado, el juicio deberá seguir adelante. Además, es exigible que el defensor no considere necesario continuar el juicio (LECrim, art. 787, § 4).

En cualquier evento, la conformidad podría limitarse a lo penal, dejando fuera lo relativo a la acción civil, en cuyo caso el juicio seguirá adelante solo respecto de esta última (LECrim, art. 695).

Si el juez considera correcta la calificación aceptada y procedente la pena pedida, dictará sentencia de conformidad, habiendo oído al imputado acerca de si su conformidad fue prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias (LECrim, art. 787, § 2). Si no las considera así, deberá requerir a la parte acusadora (o, en su caso, a la que presentó el escrito de acusación más grave) para que manifieste si ratifica o no la calificación y la pena referidas. Solo si se modifica la acusación en el sentido que el tribunal estima correcto y el imputado presta nuevamente su conformidad, el juez dictará sentencia de conformidad; en caso contrario, ordenará la continuación del juicio (§ 3).

La sentencia de conformidad se dicta oralmente y se documenta en el acta que se levanta, con expresión del fallo y una sucinta motivación, sin perjuicio de su posterior redacción (LECrim, arts. 787, § 6 y 789, § 2).

II.2.5. Efectos

Según la ley, el juez no está vinculado por «las conformidades sobre la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal» (LECrim, art. 787, § 5). Eso quiere decir que el juez no está obligado a imponer medidas de seguridad que hayan sido

11 Véase Mateos (2019b), quien, pese a las explicaciones planteadas, afirma que es tan llamativo el porcentaje de conformidades que se producen en esa etapa procesal «que no resulta exagerado presentar al fiscal como una especie de vendedor ambulante dispuesto a, hasta el último momento, ofrecer sustanciales rebajas en sus pretensiones iniciales para evitar la celebración del juicio» (p. 162).

eventualmente pedidas en el acuerdo de conformidad (Tomé, 2019, p. 505)[12].

La sentencia de conformidad no puede imponer una pena diferente de la solicitada por la acusación y aceptada por la defensa (Armenta, 2019, p. 288). No obstante, si el imputado, asistido por su abogado, a) hubiera *reconocido los hechos* en presencia judicial, b) estos fueran castigados con una pena incluida dentro del ámbito de aplicación del denominado juicio rápido —que se revisa más adelante— y c) las partes hubieran presentado un escrito de acusación con la conformidad del acusado, la sentencia de conformidad deberá imponer la pena solicitada rebajada en un tercio (LECrim, art. 779, §1, num. 5).

Es claro que el juez o tribunal no puede imponer una pena más grave que la conformada, pero es discutible que pueda aplicar una pena inferior a la solicitada o incluso absolver. Pese a la literalidad del artículo 787.1 de la LECrim, que parece obligar al juez o tribunal a aplicar la pena conformada («Si la pena no excediere de seis años de prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa»), un sector de la doctrina sostiene que es posible la aplicación de una pena inferior a la conformada o, incluso, la absolución (Gómez, 2021, pp. 415-416; Rodríguez, 2016, p. 146; Rifá *et al.*, 2006, p. 463).

La sentencia es recurrible únicamente cuando no se han respetado los requisitos o términos de la conformidad (LECrim, art. 787, § 7). Según la jurisprudencia, ejemplos de lo primero son, entre otros, que la sentencia haya sido dictada en un supuesto no admitido por la ley en razón de la pena, que no haya habido anuencia del imputado o de su defensor, que haya tenido lugar un vicio del consentimiento, etc. Son ejemplos de lo segundo, entre otros, que se haya condenado por un delito más grave que el que fue objeto de la conformidad, que se haya impuesto una pena superior a la conformada, que se haya dictado sentencia absolutoria, etc. (Tomé, 2019, pp. 505-506). Además, la jurisprudencia ha considerado que contra la sentencia de conformidad procede la revisión en tanto no se trata verdaderamente de un recurso (Armenta, 2019, p. 288).

Si las partes, una vez conocido el fallo, expresan su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará la firmeza de la sentencia y se pronunciará, previa audiencia, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta (LECrim, art. 787, § 6).

12 Véase también Barja (2019, p. 2340), quien afirma que la ley se refiere a medidas de seguridad aplicables en hipótesis de eximentes incompletas, siendo discutible que también comprenda medidas de seguridad en supuestos de eximentes completas porque alude a casos de «*limitación* de la responsabilidad penal», no de *exención* o *exclusión* de dicha responsabilidad.

Por último, cuando el imputado es una persona jurídica, el contenido de la conformidad que preste no producirá efectos en el juicio que se siga en contra de los demás imputados (LECrim, art. 787, § 8).

II.3. En el enjuiciamiento rápido

II.3.1. Ámbito de aplicación

El legalmente llamado «procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos» (LECrim, arts. 795 y ss.) se aplica

> a la instrucción y al enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía, siempre que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial (LECrim, art. 795).

Lo anterior siempre que, además, se trate de ciertos delitos en situación de flagrancia y sea presumible que la instrucción será sencilla (LECrim, art. 795).

Pues bien, en el ámbito de aplicación de este procedimiento, la conformidad, que en este caso es conocida con el nombre «conformidad premiada» (Ochoa, 2020, p. 484) o «conformidad privilegiada» (Martín, 2004, p. 1530), se circunscribe al juzgamiento de hechos calificados como delitos castigados con pena de hasta tres años de privación de libertad, con pena de multa cualquiera sea su cuantía o con otra pena cuya duración no exceda de diez años (LECrim, art. 801, § 1, num. 2). Además, tratándose de penas privativas de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas pedidas no deben exceder, reducidas en un tercio, de los dos años de prisión (num. 3).

II.3.2. Requisitos

Es necesario que el Ministerio Fiscal haya solicitado la apertura del juicio oral y presentado escrito de acusación (LECrim, art. 801, § 1, num. 1).

La jurisprudencia aparentemente dominante afirma que si en el enjuiciamiento rápido hay coimputados, todos ellos deben estar de acuerdo para que la conformidad tenga lugar. Sin embargo, un sector de la doctrina considera plausible una interpretación que admita en ciertos casos la conformidad de algunos de los coimputados (Molina, 2010, pp. 1894-1899; Lozano, 2012, pp. 362-364).

II.3.3. Contenido

No se exige al imputado que confiese su participación en el hecho que se le atribuye, solo debe manifestar su conformidad con la calificación invocada y la pena pedida.

II.3.4. Tramitación

En el juzgado de guardia, el imputado puede manifestar su conformidad con la acusación del Ministerio Fiscal o, si hay acusador particular, con la más grave de las acusaciones presentadas (LECrim, art. 801, § 5).

El juzgado de guardia debe controlar la corrección de la calificación jurídica aceptada y la procedencia de la pena pedida, además del libre consentimiento del imputado. En el ejercicio de este control, puede estimar que no concurren los requisitos de procedencia o requerir al fiscal que modifique su acusación para ajustarla a la calificación y pena correctas (LECrim, art. 801, § 2)[13].

Si existe pretensión civil, es posible una conformidad que se circunscriba a la acción penal y deje fuera a la civil, en cuyo caso el proceso seguirá adelante respecto de esta última. En todo caso, esto es criticado por un sector de la doctrina (González-Cuéllar, 2003, pp. 1826-1827).

La sentencia de conformidad se dicta en forma oral y se documenta en un acta, que contiene una expresión del fallo y una breve motivación, sin perjuicio de su redacción ulterior (LECrim, art. 801, § 2)[14].

II.3.5. Efectos

La sentencia de conformidad debe condenar al imputado, imponiendo la pena solicitada reducida en un tercio (LECrim, art. 801, § 2). Podría absolverlo en el caso de que la descripción de hechos aceptada sea atípica, pero no por entender que los hechos no han quedado acreditados (Fuentes, 2003, p. 1553).

Para poder disponer la suspensión de la pena privativa de libertad, no es necesario que el imputado satisfaga la responsabilidad civil, bastando con su compromiso de hacerlo en el plazo que el juzgado de guardia fije (LECrim, art. 801, § 3). Cabe indicar que la exigencia de este compromiso ha sido calificada por un sector de la doctrina como ingenua (Gómez, 2021, p. 413)[15].

El fallo es recurrible solo si no se respetan los requisitos o términos de la conformidad (LECrim, arts. 787, § 7 y 795, § 4). En todo caso, si en el mismo acto en que se pronuncia las partes expresan su decisión de no interponer recursos en su contra, el juez declarará que la sentencia se

13 En relación con el artículo 787.
14 En relación con el artículo 789, párrafo 2.
15 Sarcásticamente, Ramos (2014) señala lo siguiente: «¡Todo un ejemplo de crédito por la palabra!» (p. 344).

encuentra firme y, si la pena impuesta es privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución (LECrim, art. 801, § 2).

II.4. Aspectos comunes

Como puede advertirse, para que tenga lugar la conformidad no se exige, en ningún procedimiento en el que se la promueva, que el imputado confiese su participación en el hecho que se le atribuye. Pero si en el procedimiento abreviado, a su conformidad con la calificación jurídica y con la pena agrega el reconocimiento de los hechos que se le atribuyen —lo que algunos llaman «allanamiento-confesión» (Gimeno, 2019, p. 808)—, el imputado obtiene un beneficio penológico adicional, pues no solo no se le podrá sancionar con una pena más grave que la aceptada, sino que la pena que se le imponga deberá ser inferior en un tercio a la pedida.

Por otra parte, desde una antigua sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1988, la jurisprudencia exige que la conformidad cumpla ciertos requisitos de validez, cualquiera sea el procedimiento en que se la otorgue. En primer lugar, debe ser *absoluta o completa*, en el sentido de abarcar el contenido penal íntegro (calificación y pena) de la acusación formulada[16], lo que impide que se someta a alguna condición o plazo, salvo en lo que respecta a la responsabilidad civil. En segundo término, debe ser *voluntaria*; es decir, prestada libremente y con pleno conocimiento de las consecuencias de su otorgamiento y de los derechos a los que se renuncia. En tercer lugar, debe ser *expresa y personal*; o sea, afirmada en términos explícitos por el imputado, sin que quepa su otorgamiento por otra persona en su nombre y representación. Por último, debe ser *de doble garantía*, lo que significa, tal como se lo indicó a propósito del procedimiento abreviado, que además del consentimiento del imputado se requiere el de su defensor.

En otro orden de ideas, la sentencia de conformidad no puede ser anulada o modificada después de que adquiere firmeza, ya que produce los efectos propios de la cosa juzgada (por todos, López, 2020, p. 398; Gimeno, 2019, p. 811).

III. JUICIO CRÍTICO

III.1. Consideraciones de eficiencia

Una de las críticas que se han formulado contra la regulación de la conformidad se funda en el momento en que puede tener lugar. Concretamente, se ha criticado que la conformidad pueda promoverse

16 Véase López (2020, p. 392), quien, pese a lo que indica el artículo 695 de la LECrim, afirma que la conformidad debe comprender también lo relativo a la acción civil.

incluso en la audiencia de juicio del procedimiento de que se trate, porque ello distorsiona la marcha del proceso y hace que pierdan sentido las actuaciones realizadas para asegurar la presencia en esa audiencia de distintos sujetos procesales, especialmente los terceros (testigos y peritos), y el consiguiente costo económico, de tiempo y esfuerzo personal (Moreno & Cortés, 2019, pp. 409-410). Por eso se explica que, en la práctica y en cumplimiento de un protocolo suscrito el 1 de abril de 2009 entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía[17], se haya generalizado la costumbre de firmar, en los diez días anteriores a la celebración de la vista de cada juicio, «convenios de conformidad» entre el Ministerio Fiscal, el imputado y el defensor, además de eventuales acusadores adicionales (López, 2020, p. 394).

En cualquier caso, la información estadística disponible sugiere que la conformidad «goza de muy buena salud» en el sistema procesal penal español, ya que su incidencia es evidente[18]. Por ejemplo, en la *Memoria* de la Fiscalía General del Estado del año 2020 se da cuenta de un alto porcentaje de incidencia de la conformidad en el total de sentencias condenatorias dictadas por juzgados de lo penal y por audiencias provinciales entre los años 2016 y 2020. En los juzgados de lo penal, la incidencia en esos años fluctúa entre el 63 % y el 64 % del total de condenas, y en las audiencias provinciales, entre el 51 % y el 59 % de todas las condenas[19]. Desde otro punto de vista, se estima que en torno al 70 % de las causas penales ordinarias terminan a través de una sentencia de conformidad, y que alrededor del 90 % de los juicios rápidos finalizan por la misma vía (González, 2021, p. 2077). Lo anterior permite a un sector de la doctrina sostener que la desaparición o la reducción del ámbito de aplicación de la conformidad producirían un colapso en el sistema[20]. En el mismo sentido, en la Instrucción 2/2009 de la Fiscalía General del Estado, del 22 de junio de 2009, sobre aplicación del ya mencionado protocolo de conformidad, se lee lo siguiente: «Las cifras de conformidades alcanzadas, crecientes año tras año, constituyen uno de los pulmones de oxígeno que explican y permiten la supervivencia de nuestra maquinaria procesal decimonónica» (p. 1)[21].

En esta masiva aplicación de la conformidad ha tenido gran incidencia la suspensión de la pena de prisión como instrumento facilitador de su utilización. Se ha puesto de relieve el hecho de que el Ministerio Fiscal

17 Puede verse su contenido en Tomé (2019, pp. 506-508).

18 En todo caso, se afirma que, pese a ello, «no se logra dar la impresión de agilización procesal». Véase Ordóñez (2021, p. 271).

19 Esta información se encuentra disponible en Fiscalía General del Estado (2021).

20 Así, Fraga (2018), quien señala que «a buen seguro, no solamente una inimaginable supresión, sino también una irreflexiva reforma de la institución que la privase —aun de manera parcial— de su operatividad, llevaría a un irremediable colapso a gran parte de nuestros órganos jurisdiccionales en el orden penal» (p. 241).

21 Al respecto, véase Instrucción 2/2009, del 22 de junio, sobre aplicación del protocolo de conformidad suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española.

usa la suspensión de la pena como «anzuelo» para que el acusado se conforme, sabedor de la práctica de los tribunales españoles consistente en conceder casi automáticamente la suspensión cuando la acusación se muestra de acuerdo con ello (Varona, 2019, p. 29).

III.2. Riesgos para el imputado

Se ha criticado una práctica del Ministerio Fiscal consistente en calificar el hecho punible atribuido al imputado en forma más grave que la que jurídicamente corresponde y, en consecuencia, pedir penas más elevadas que las que deberían imponerse. De este modo, se incentiva la futura conformidad del imputado, quien en su momento percibirá más claramente la notoria diferencia entre la pena aplicable si renuncia al juicio y la eventualmente imponible en juicio. Esta práctica no solo da lugar a una verdadera coerción en contra del imputado, sino que también desdibuja el beneficio penológico que este recibe pues, en estricto rigor, como el abultamiento de los cargos o de la pena es improcedente, se trata de una ventaja ficticia (López & Campaner, 2017, pp. 17-18; Mateos, 2019a, p. 189; Varona, 2022, p. 1625, nota al pie 9).

También se ha criticado una característica del sistema español de las conformidades, que resulta peligrosa para el principio de igualdad. Se trata de las diferencias de tratamiento a los imputados que se conforman, según cuál sea el procedimiento en que lo hagan (Fraga, 2018, pp. 242-243)[22]. Es esta una consecuencia de la forma inorgánica y heterogénea en que el legislador de dicho país, mediante sucesivas reformas, ha ido regulando esta institución, lo que además pone en evidente riesgo la seguridad jurídica[23].

Asimismo, se ha criticado la regulación de la conformidad desde el punto de vista de la imparcialidad judicial, especialmente cuando aquella tiene lugar en el juicio rápido ante el juzgado de guardia. Esta crítica se funda en que, en este caso, la sentencia de conformidad es dictada por un juez que ha tenido contacto con la instrucción, lo que, si bien podría justificarse en consideraciones de eficiencia, sería muy discutible en términos del derecho al juez imparcial (Nieva, 2019, p. 494; Barja, 2019, p. 2343; Molina, 2012, p. 321; Tomé, 2007, p. 746)[24].

Desde el mismo punto de vista, pero con una mirada práctica y más general, se ha criticado el modo en que las conformidades suelen llevarse

22 También Molina (2012, p. 325), destacando la diferencia entre el tratamiento que recibe el imputado que se conforma ante el juez de guardia y el aplicable a quien se conforma ante el juez de lo penal.

23 Véase Gimeno (2020, p. 37), quien califica por ello la regulación de la conformidad como caótica. En similar sentido, véase Rodríguez (1997, pp. 75 y 241).

24 En cambio, Rifá *et al*. (2006, p. 516) niegan que se vulnere el derecho al juez imparcial; y, asimismo, si entiendo bien, Martín (2004, pp. 1535-1536). También lo niega Fuentes (2003, pp. 1557-1558), aunque reconoce que hay un peligro para la imparcialidad. Manifiesta dudas de constitucionalidad en este punto González-Cuéllar (2003, p. 1827).

a cabo, ya que es usual que las conversaciones sobre una eventual conformidad entre la acusación y la defensa tengan lugar en la sala de audiencia, en presencia del juez o tribunal, e incluso a veces promovidas por estos, debiendo el proceso seguir adelante ante ellos mismos si las conversaciones no prosperan (Doig, 2017, p. 550; López, 2021, p. 279).

La imparcialidad también se pone en riesgo como consecuencia del silencio de la ley acerca del tratamiento que debe darse al reconocimiento que el imputado hace de los hechos cuando, por cualquier razón, la conformidad no llega a buen término[25].

III.3. Riesgos para la víctima

Una crítica se ha dirigido en contra de la regulación de la conformidad desde el punto de vista de los intereses de la víctima. Del examen de la normativa se desprendería la conclusión de que la víctima ocupa un papel secundario en esta materia[26]; sin embargo, podría ponerse en duda la corrección de tal objeción, pues en el sistema procesal penal español, que consagra incluso un régimen de acción penal popular, la víctima puede constituirse como acusación particular. La amplia participación que puede tener en el desarrollo del proceso[27] le permite no quedar aislada en la conformidad porque, como se ha expuesto más arriba, esta debe manifestarse en relación con el escrito de calificación o acusación de mayor gravedad. En la práctica, para impedir la conformidad, podría bastar con que —como es frecuente— la calificación del acusador particular sea más grave que la del Ministerio Fiscal (Butrón, 1998, p. 207; Lascuraín & Gascón, 2018, p. 8). Además, en el mencionado «Protocolo de conformidades» se establece como tarea de los fiscales oír previamente a las víctimas. Pero se ha replicado a esto último, señalando que dicha tarea, en general, no ha sido establecida como un deber de ineludible cumplimiento por parte del Ministerio Fiscal y que, en la práctica, son contados los casos en que los fiscales llaman ante sí a las víctimas para escuchar su opinión antes de tomar una decisión en materia de conformidades —ni siquiera se les consulta sobre las fechas de pago de la responsabilidad civil que se pacta— (Mateos, 2019b, p. 193); más bien, oyen a sus abogados, siempre que se hayan constituido como parte en el proceso (Aguilera, 2019, pp. 299-300).

No obstante, en los casos de conformidades en los «juicios rápidos», se ha planteado que hay un efectivo riesgo de que la víctima quede

25 Doig (2011, p. 412) destaca este problema, sugiriendo la conveniencia de solucionarlo en una nueva regulación legal de la conformidad.

26 Barona (1994) señala que «la víctima queda prácticamente al margen de la conformidad y ésta supone, de alguna forma, una quiebra de sus expectativas en la justicia» (p. 238).

27 Molina (2012), sobre el particular, sostiene que «[d]e todo lo anteriormente dicho puede concluirse la amplia participación que pueden tener las víctimas en el desarrollo del proceso penal en el ordenamiento español» (p. 289).

desprotegida porque su derecho a constituirse en parte procesal y sus posibilidades de actuación podrían ser menoscabados como consecuencia de la aceleración del rito. Por la rapidez del proceso, la conformidad podría tener lugar en un momento en que la víctima aún no esté en una situación física o anímica adecuada para decidir mandatar a un abogado y constituirse en parte (González-Cuéllar, 2003, p. 1834).

Por otro lado, se ha criticado que la regulación no haga depender el disfrute de los beneficios que la conformidad supone para el imputado de la efectiva reparación de la víctima por parte de este y se ha propuesto evaluar la conveniencia de supeditar aquellas ventajas a esta reparación (Aguilera, 2019, p. 305; 2017, pp. 115-117). Por eso, un sector de la doctrina española saluda el hecho de que, en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, se haya establecido la posibilidad del rechazo de la solicitud de conformidad cuando no se encuentre suficientemente resguardada la reparación de la víctima (López, 2021, p. 281).

III.4. Riesgos para la sociedad

Desde el punto de vista de la prevención especial, se ha reprochado a la regulación de la conformidad el hecho de que la reducción de pena que ella permite no se haga depender de la inexistencia de antecedentes penales del imputado, por lo que dicho beneficio penológico podría ser sucesivamente otorgado a reincidentes (González-Cuéllar, 2003, p. 1834).

En cuanto al peligro de alejamiento de la verdad material (y el consiguiente riesgo de condena a inocentes), que en la justicia penal negociada, debido a la no realización de una audiencia en que se rinda prueba, está siempre presente en un grado mayor que cuando se realiza un juicio, en la conformidad no parece que, en principio, sea exageradamente elevado. Ello obedece a que, en general, la doctrina afirma que los hechos deben estar suficientemente acreditados en la sentencia, la que debe contener una motivación sobre las razones y antecedentes probatorios que avalan la conformidad del imputado (Moreno & Cortés, 2019, pp. 494-495). La doctrina suele señalar que el hecho punible (no la participación en él) debe estar acreditado a través de elementos distintos de la manifestación del imputado (Fraga, 2018, pp. 119-121); no obstante, en la práctica, la fundamentación de la sentencia no suele ir más allá de una simple referencia a los términos del acuerdo (Varona, 2022, p. 1626).

Además, debe considerarse que, en general, la conformidad se produce con posterioridad al cierre de la etapa de investigación (Rodríguez, 2016, p. 142) —salvo en la conformidad «premiada» ante el juez de instrucción—, por lo que, si existe algún alejamiento de la verdad

material y un riesgo de condena a inocentes, este no debería ser demasiado grande al haberse al menos agotado la referida etapa.

En todo caso, cabe señalar que la decisión de un imputado inocente de aceptar una conformidad bien podría ser considerada por este razonable para evitar el riesgo de una condena más grave en juicio, estimando preferible una pena segura, pero leve y fácilmente asumible, que una pena posible, pero grave y difícilmente asumible; o para evitar los costos del proceso, estimando preferible una pena impuesta con rapidez que una pena aplicada después de un proceso largo y caro; para evitar costes a terceros (Lascuraín & Gascón, 2018, pp. 113-120; Montero, 2021, pp. 207-209).

Eventualmente, podría argumentarse que este alejamiento de la verdad histórica y este mayor riesgo de condena de inocentes resultan tolerables considerando que, como consecuencia de que la ley establece límites máximos de pena a los delitos susceptibles de someterse a una conformidad, esta institución no es aplicable a delitos extremadamente graves; sin embargo, la práctica impide argumentar de esa forma. En la praxis española existe lo que se conoce como «conformidades encubiertas». Se trata de casos en los que se juzgan delitos sancionados con penas privativas de libertad superiores a seis años, por lo que, como en atención a la pena una sentencia de conformidad no es legalmente posible, la acusación y la defensa, a veces con el beneplácito de la víctima (Aguilera, 2017, p. 109), se ponen de acuerdo y realizan un «simulacro de juicio» en el que la única «prueba» que se rinde es el reconocimiento de los hechos por el imputado, dictando a continuación el tribunal una sentencia de condena que solo formalmente no es de conformidad. El Tribunal Supremo español ha tratado de poner atajo a esta práctica, que se realiza *contra legem* (Mateos, 2019b, p. 192; Varona *et al.*, 2022, p. 313, nota al pie 11; Varona, 2022, p. 1625, nota al pie 9). En el último Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, para poner término a esa práctica, se ha optado simplemente por eliminar la referencia al límite máximo de pena del delito atribuido al imputado como requisito de la conformidad, de manera que, si dicho anteproyecto se convierte en ley, la conformidad podría tener lugar respecto de cualquier delito, con independencia de su mayor o menor gravedad (Mateos, 2020, p. 289).

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

En este trabajo se ha efectuado un examen de la actual regulación de la conformidad en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, a la par que se ha formulado un juicio crítico de esa regulación y del funcionamiento práctico de dicho instituto. El análisis efectuado permite dimensionar el destacado lugar que las conformidades ocupan en el sistema procesal

penal español y, consecuentemente, calificar como irrazonable cualquier intento de supresión de dicha figura.

Sin embargo, el estudio realizado también permite constatar el hecho de que la conformidad española presenta algunos aspectos problemáticos propios que la distinguen de otros mecanismos de justicia penal negociada en el derecho comparado[28]. Dos son, a mi juicio, los principales problemas característicos de la conformidad que saltan más fácilmente a la vista. El primero de ellos concierne a la regulación misma de la institución, que, como ya se ha puesto de relieve, presenta una gran complejidad. Ello se advierte en varios aspectos. Por un lado, en la inexistencia de un reconocimiento explícito de la posibilidad de que tengan lugar negociaciones entre la acusación y la defensa. La presencia de tales negociaciones es algo que se intuye en la regulación tras las varias modificaciones que ha recibido, pero que la ley nunca declara. En consecuencia, el modo en que esas negociaciones deben llevarse a cabo no está regulado legalmente. Por otro lado, la comprensión de los contornos de la conformidad se dificulta por la posibilidad de que esta tenga lugar en diversos procedimientos, cada uno de los cuales cuenta con una normativa distinta y una tramitación diferente. Además, esto último da lugar a una inexplicable diferencia de tratamiento al imputado, según cuál sea el procedimiento y el tribunal ante el cual manifiesta su conformidad.

El segundo problema se vincula con la aplicación práctica del instituto. Parece razonable, como ocurre en algunas legislaciones procesales penales del sistema jurídico europeo continental[29], que la regulación fije un límite máximo de pena del delito atribuido al imputado para que la conformidad pueda tener lugar, en consideración al mayor riesgo de error judicial que hay cuando no existe una audiencia de juicio. Cuando se trata de delitos extremadamente graves, es sensato que la decisión de condena se adopte únicamente después de un juicio en que se rinda prueba de cargo. Pues bien, la generalización en la práctica de las denominadas «conformidades encubiertas» constituye no solo una vulneración de la ley, sino además una extensión del incremento del riesgo de error al juzgamiento de los delitos de mayor gravedad. Esta extensión no parece preocupar demasiado al redactor del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 cuando propone, «desde el realismo», la eliminación del criterio de la gravedad de la pena como requisito de procedencia de la conformidad y supone, no sin cierta ingenuidad, que bastará con un «control judicial más estricto que obligue a comprobar la efectiva existencia de indicios racionales de criminalidad adicionales a

28 Como la *Verständigung* alemana, también conocida como *Absprache*, regulada en el parágrafo 257c del Strafprozessordnung.

29 Es esto lo que sucede, por ejemplo, en el *patteggiamento* italiano, según se desprende del artículo 444 del Codice di Procedura Penale.

la mera confesión»[30]. La cándida esperanza de este control judicial más estricto recuerda la declaración contenida en el parágrafo 257c, párrafo 1, oración segunda del Strafprozeßordnung alemán, en el sentido de que, cuando se celebra una *Verständigung*, el tribunal igualmente conserva el deber de averiguar la verdad de los hechos; y la exhortación del Tribunal Constitucional alemán a los jueces que intervienen en un acuerdo, en su sentencia del 19 de marzo de 2013, para que corroboren la confesión del imputado con prueba que se rinda en audiencia, exigencia que, en general, no ha sido atendida en la práctica de los tribunales alemanes (Altenhain *et al*., 2020, pp. 389-399).

REFERENCIAS

Aguilera, M. (2017). Víctima y conformidad: al encuentro de dos rectas paralelas llamadas a coincidir. En M. de Hoyos Sancho (dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales* (pp. 99-119). Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi.

Aguilera, M. (2019). Conformidad y reparación. En H. Soleto y A. Carrascosa (dirs.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas* (pp. 291-306). Valencia: Tirant lo Blanch.

Alcalá-Zamora y Castillo, N. (1962). *El allanamiento en el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Altenhain, K., Jahn, M., & Kinzig, J. (2020). *Die Praxis der Verständigung im Strafprozess. Eine Evaluation der Vorschriften des Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. Juli 2009*. Nomos: Baden-Baden.

Armenta, T. (2019). *Lecciones de Derecho procesal penal* (12.ª ed.). Madrid: Marcial Pons.

Asencio Mellado, J. M. (2020). Las partes en el proceso penal (II). Partes acusadas. En J. M. Asencio Mellado (dir.) y O. Fuentes Soriano (coord.), *Derecho Procesal Penal* (2.ª ed., pp. 71-99). Valencia: Tirant lo Blanch.

Barja, J. (2019). *Tratado de Derecho Procesal Penal* (7.ª ed., vol. II). Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi.

Barona, S. (1994). *La conformidad en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Butrón, P. (1998). *La conformidad del acusado en el proceso penal*. Madrid: McGraw-Hill.

Cabañas, J. C. (1991). El proceso penal español ante una perspectiva de justicia penal negociada. *Revista de Derecho Procesal*, *2*, 231-298.

Cobo del Rosal, M. (2008). *Tratado de Derecho procesal penal español*. Madrid: Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas.

30 Puede examinarse la referida declaración y el contenido del mencionado anteproyecto en Ministerio de Justicia del Gobierno Español (2020, p. 30).

De Diego, L.-A. (1997). *La conformidad del acusado*. Valencia: Tirant lo Blanch.

De Urbano, E. (1999). La conformidad penal. *Revista Jurídica Española La Ley*, 6, 1843-1844.

Doig, Y. (2017). El proceso por aceptación de decreto. En O. Fuentes Soriano (coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (pp. 525-551). Valencia: Tirant lo Blanch.

Doig, Y. (2011). Reflexiones acerca de la justicia negociada en el futuro proceso penal español. En J. M. Asencio Mellado y O. Fuentes Soriano (dirs.), y C. Cuadrado Salinas (coord.), *La reforma del proceso penal* (pp. 405-427). Madrid: La Ley.

Fiscalía General del Estado. (2021). *Memoria elevada al Gobierno de S.M.* https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html

Fraga, J. (2018). *Las diversas manifestaciones de la conformidad en el Derecho procesal penal español*. Madrid: Editorial Jurídica Sepín.

Fuentes, R. (2003). Las sentencias de conformidad dictadas por el Juez de guardia. *Revista Jurídica Española La Ley*, *3*, 1544-1562.

Gaddi, D. (2020). Materiales para una conformidad restaurativa. *Estudios Penales y Criminológicos*, XL, 991-1041.

Gimeno, V. (2019). *Derecho Procesal Penal* (3.ª ed.). Navarra: Civitas, Thomson Reuters.

Gimeno, V. (2020). *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Gisbert Pomata, M. (2021). La conformidad en los procesos penales y los cambios que plantea el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. En S. Calaza López y J. C. Muinelo Cobo (dirs.), y M. de Prada Rodríguez (coord.), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos* (pp. 189-234). Madrid: Iustel.

Gómez, J.-L. (2012). La conformidad, institución clave y tradicional de la justicia negociada en España. *Revue Internationale de Droit Pénal*, *83*(1-2), 17-41. https://doi.org/10.3917/ridp.831.0015

Gómez, J.-L. (2021). El juicio oral: conformidad y desvinculación. En J.-L. Gómez Colomer y S. Barona Vilar (coords.), *Proceso Penal. Derecho Procesal III* (pp. 405-425). Valencia: Tirant lo Blanch.

González, C. J. (2021). La eficiencia en el sistema penal español: con especial referencia al modelo de conformidades. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, *7*(3), 2061-2102. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.538

González-Cuéllar, N. (2003). La conformidad en el proceso abreviado y en el llamado "juicio rápido". *Revista Jurídica Española La Ley*, *5*, 1825-1835.

Herrera, M. (2014). *La negociación en el nuevo proceso penal. Un análisis comparado*. Lima: Palestra.

Lascuraín, J. A., & Gascón, F. (2018). ¿Por qué se conforman los inocentes? *InDret*, *3*, 1-28.

López, V. (2020). El acusado ante la acusación. En J. M. Asencio Mellado (dir.) y O. Fuentes Soriano (coord.), *Derecho Procesal Penal* (2.ª ed., pp. 387-401). Valencia: Tirant lo Blanch.

López, V. (2021). A un paso de la eclosión de la oportunidad en el proceso penal. En S. Calaza López y J. C. Muinelo Cobo (dirs.), y M. de Prada Rodríguez (coord.), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos* (pp. 259-288). Madrid: Iustel.

López, F., & Campaner, J. (2017). *El proceso por aceptación de decreto o monitorio penal*. Madrid: Reus.

Lozano, M. (2012). Conformidad y pluralidad de acusados. *Revista de Derecho UNED*, *10*, 347-365. https://doi.org/10.5944/rduned.10.2012.11101

Martín, M. (2004). La conformidad en los juicios rápidos. *Revista Jurídica Española La Ley*, *2*, 1523-1541.

Mateos, A. (2019a). Algunas reflexiones críticas sobre la conformidad en el proceso penal. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (35), 167-194. https://doi.org/10.17398/2695-7728.35.167

Mateos, A. (2019b). Principio de oportunidad, justicia negociada y posición de las partes en el proceso penal. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, *56*, 161-197.

Mateos, A. (2020). Legalidad y oportunidad en la justicia penal: perspectivas de futuro. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (36), 275-293. https://doi.org/10.17398/2695-7728.36.275

Molina, F. J. (2010). La imposibilidad de conformidad parcial ante la concurrencia de acusados y pluralidad de delitos objeto de acusación (Comentario crítico a las posiciones dogmáticas y jurisprudenciales. Especiales contingencias en el procedimiento urgente). *Revista Jurídica Española La Ley*, *1*, 1894-1899.

Molina, R. (2012). *La conformidad en el proceso penal. Análisis comparado de las legislaciones española y colombiana*. Bogotá: Universidad de Los Andes, Universidad Pontificia Bolivariana, Grupo Editorial Ibáñez.

Montero, A. (2021). Un análisis del mecanismo de la conformidad. *Revista Ius et Praxis*, *3*, 198-217.

Moreno, V., & Cortés, V. (2019). *Derecho Procesal Penal* (9.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Nieva, J. (2019). *Derecho Procesal III. Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Ochoa, V. (2020). Los procesos ordinarios. En J. M. Asencio Mellado (dir.) y O. Fuentes Soriano (coord.), *Derecho Procesal Penal* (2.ª ed., pp. 473-501). Valencia: Tirant lo Blanch.

Ordóñez, F. (2021). La conformidad: Negociar, pactar, rebajar y... ¿Renunciar a derechos para agilizar el proceso? *Latin American Legal Studies*, *8*, 266-293. https://doi.org/10.15691/0719-9112VOL8A6

Puente, L. (1994). *La conformidad en el proceso penal español*. Madrid: Colex.

Ramos, F. (2014). *Enjuiciamiento Criminal* (11.ª ed.). Barcelona: Atelier.

Rifá, J. M., Richard, M., & Riaño, I. (2006). *Derecho procesal penal*. Pamplona: Gobierno de Navarra.

Roca, J. M. (2019). La conformidad. Vinculación, control judicial e impugnación. En R. Castillo Manzanares (dir.) y C. Alonso Salgado (coord.), *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal* (pp. 403-413). Barcelona: Atelier.

Rodríguez, N. (1997). *El consenso en el proceso penal español*. Barcelona: Bosch.

Rodríguez, N. (2016). La conformidad. En J. Nieva Fenoll y L. Bujosa Vadell (dirs.), *Nociones preliminares de Derecho Procesal Penal* (pp. 137-147). Barcelona: Atelier.

Tomé, J. A. (2007). Procesos especiales por razón del objeto (I): Procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. En A. De la Oliva Santos, S. Aragoneses Martínez, R. Hinojosa Segovia, J. Muerza Esparza y J. A. Tomé García (auts.), *Derecho Procesal Penal* (8.ª ed., pp. 727-747). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

Tomé, J. A. (2019). *Curso de Derecho Procesal Penal* (2.ª ed.). Madrid: Dykinson.

Varona, D. (2019). La suspensión de la pena de prisión: razones de una historia de éxito. *Revista Española de Investigación Criminológica*, *17*, 1-37. https://doi.org/10.46381/reic.v17i0.259

Varona, D. (2022). La cara oculta de la justicia penal: la conformidad del acusado. En V. Gómez Martín, C. Bolea Bardon, J.-I. Gallego Soler, J. C. Hortal Ibarra y U. Joshi Jubert (dirs.), y V. Valiente Ivañez y G. Ramírez Martín (coords.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo* (vol. II, pp. 1621-1637). Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Varona, D., Kemp, S. & Benítez, O. (2022). La conformidad en España. Predictores e impacto en la penalidad. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, *1*, 307-336. https://doi.org/10.31009/InDret.2022.i1.07

Villegas, M. & Encinar, M. A. (2021): Principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas. En S. Calaza López y J. C. Muinelo Cobo (dirs.), y M. de Prada Rodríguez (coord.), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos* (pp. 475-510). Madrid: Iustel.

Zarzalejos Nieto, J. (2015). La terminación y los efectos del proceso penal. En J. Banacloche Palao y J. Zarzalejos Nieto (auts.), *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal* (3.ª ed., pp. 305-326). Madrid: Wolters Kluwer, La Ley.

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ministerio de Justicia [España], 2020). https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20(1).pdf

Decreto del Presidente de la República de 22 de septiembre de 1988, Codice di Procedura Penale (Presidencia de la República [Italia], 1988). *Gazzetta Ufficiale*, 24 de octubre de 1988.

Instrucción 2/2009, de 22 de junio, sobre aplicación del protocolo de conformidad suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española. *Boletín Oficial del Estado*, 22 de junio de 2009. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-I-2009-00002

Ley Orgánica 5/1995, Ley del Tribunal del Jurado (Jefatura del Estado [España], 1995). *Boletín Oficial del Estado*, (122), 22 de mayo de 1995.

Ley Orgánica 10/1995, Código Penal (Jefatura del Estado [España], 1995). *Boletín Oficial del Estado*, (281), 23 de noviembre de 1995.

Ley Orgánica 5/2000, Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (Jefatura del Estado [España], 2000). *Boletín Oficial del Estado*, (11), 12 de enero de 2000.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ministerio de Gracia y Justicia [España], 1882). *Gaceta de Madrid*, (260), 14 de septiembre de 1882.

Strafprozessordnung ([Alemania], 1877). *Reichsgesetzblatt*, 1 de febrero de 1877.

Recibido: 04/07/2022
Aprobado: 27/02/2023

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.012

DERECHO PUCP
N° 90, 2023
junio-noviembre
pp. 415-461
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Tribunal Constitucional del Perú y conflicto de poderes

Constitutional Court of Peru and Conflicts of Powers

LUIS HUERTA*
Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Resumen: En el Perú, el Tribunal Constitucional tiene competencia para conocer y resolver procesos de inconstitucionalidad y de conflicto competencial en única instancia, y debe hacerlo a través de la interpretación de las normas constitucionales, en tanto es el máximo órgano de control e interpretación de la Constitución. En la presente investigación se analiza la posición asumida por el Tribunal ante los conflictos entre el Congreso y el Poder Ejecutivo durante el inestable periodo político 2016-2021. En el ámbito del control de las leyes y las modificaciones al Reglamento del Congreso aprobadas por las mayorías parlamentarias elegidas en 2016 y 2020, la disolución del Congreso decretada el 30 de septiembre de 2019 por el Ejecutivo y las cuestiones de confianza, estableció importantes lineamientos de interpretación constitucional; sin embargo, ello no ocurrió en temas como el control de la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, los decretos de urgencia extraordinarios dictados por el Gobierno mientras duró la disolución del Congreso y las reglas incorporadas en el Nuevo Código Procesal Constitucional sobre las votaciones en el Tribunal para la resolución de procesos constitucionales.

Palabras clave: Constitución, derecho constitucional, Tribunal Constitucional, interpretación constitucional, conflicto de poderes, Congreso, Poder Ejecutivo, Perú

Abstract: In Peru, the Constitutional Court has jurisdiction to resolve unconstitutionality and conflicts processes in a single instance, and must do so through the interpretation of constitutional norms, as it is the highest body of control and interpretation of the Constitution. This research analyzes the position assumed by the Court in the face of conflicts between Congress and the Executive Power during the unstable political period 2016-2021. In the control of the laws and the modifications to the Rules of Congress approved by the parliamentary majorities elected in 2016 and 2020, the dissolution of Congress decreed on September 30, 2019 by the Executive and the vote of confidence, established important guidelines of constitutional interpretation; however, this did not occur in matters such as the control of the presidential vacancy due to permanent moral incapacity, the extraordinary emergency decrees issued by the Government while the dissolution of Congress lasted and the rules incorporated in the New Constitutional Procedural Code on votes in the Court for the resolution of constitutional processes.

* Profesor asociado del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctor en Derecho, magíster en Derecho Constitucional y abogado por la PUCP. Miembro de Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF).
Código ORCID: 0000-0003-1149-2859. Correo electrónico: luis.huerta@pucp.edu.pe

Keywords: Constitution, constitutional law, Constitutional Court, constitutional interpretation, conflict of powers, Congress, Executive Power, Peru

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SEPARACIÓN DE PODERES.- III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.- IV. COYUNTURA Y ACTORES POLÍTICOS.- IV.1 CONGRESO Y PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA.- IV.2 CORRUPCIÓN POLÍTICA Y JUDICIAL.- V. SITUACIONES QUE COMPROMETIERON EL FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- V.1. ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL CONTRA MAGISTRADOS.- V.2. CUESTIÓN DE CONFIANZA POR LA ELECCIÓN DE NUEVOS MAGISTRADOS.- V.3. PROCEDIMIENTO DE ELECCIÓN DE MAGISTRADOS A CARGO DEL NUEVO CONGRESO ELEGIDO EN 2020.- VI. CONTROL CONSTITUCIONAL DE LEYES.- VII. CUESTIONES DE CONFIANZA Y DISOLUCIÓN DEL CONGRESO.- VII.1. CUESTIÓN DE CONFIANZA SOBRE LA POLÍTICA EDUCATIVA.- VII.2. MODIFICACIÓN AL REGLAMENTO DEL CONGRESO SOBRE LA CUESTIÓN DE CONFIANZA.- VII.3. CUESTIÓN DE CONFIANZA SOBRE REFORMAS CONSTITUCIONALES Y REFERÉNDUM.- VII.4. CUESTIÓN DE CONFIANZA SOBRE PROYECTOS DE LEY EN MATERIA DE REFORMA POLÍTICA Y JUDICIAL.- VII.5. CUESTIÓN DE CONFIANZA SOBRE ELECCIÓN DE MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DISOLUCIÓN DEL CONGRESO.- VIII. CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETOS DE URGENCIA DEL INTERREGNO PARLAMENTARIO.- IX. CONTROL DE VACANCIA PRESIDENCIAL.- X. CONTROL DE REFORMAS CONSTITUCIONALES.- XI. CONTROL DE NORMAS DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL CONTRARIAS A LA AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- XII. EVALUACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- XIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En el periodo gubernamental y parlamentario 2016-2021, el Perú atravesó por problemas jurídico-constitucionales sin antecedentes durante la vigencia de la Constitución de 1993, como la disolución del Congreso de la República por la denegación de la confianza parlamentaria a las políticas del Gobierno, la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral y la sucesión de cuatro presidentes de la república. En el mismo periodo, hubo denuncias de corrupción en el más alto nivel político y del sistema de administración de justicia, así como tensiones políticas permanentes entre la mayoría parlamentaria del Congreso y el Poder Ejecutivo.

En este escenario, como consecuencia de la interposición de demandas de inconstitucionalidad y de conflicto competencial, el Tribunal Constitucional emitió decisiones que tuvieron impacto en las relaciones

entre los órganos políticos del Estado. En el presente artículo se analizan las respuestas que dio en el marco de esos procesos iniciados en el periodo 2016-2021 a fin de determinar si cumplió su función de órgano de control e intérprete supremo de la Constitución, en la perspectiva de garantizar el principio de separación y equilibrio de poderes en el sistema político peruano.

Para tal efecto, se evaluarán las decisiones del Tribunal respecto a las demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Poder Ejecutivo contra leyes aprobadas por las mayorías parlamentarias elegidas en 2016 y 2020, las cuestiones de confianza planteadas por el Poder Ejecutivo y las respuestas del Congreso ante las mismas, la disolución constitucional del Congreso decretada por el Ejecutivo el 30 de septiembre de 2019, la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, los decretos de urgencia dictados por el Poder Ejecutivo durante los cinco meses y medio que duró la disolución del Congreso (periodo conocido como el «interregno parlamentario»), las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso elegido en 2020 mediante la ampliación de la legislatura y las normas del Nuevo Código Procesal Constitucional sobre las votaciones en el Tribunal Constitucional. En el análisis se tomará en cuenta la coyuntura política alrededor de la controversia que fue puesta en su conocimiento y la tendencia de las votaciones de los magistrados; en concreto, el sentido final de las mismas y su repercusión política.

Asimismo, se expondrán situaciones específicas que, desde el Congreso de la República, comprometieron el normal funcionamiento del Tribunal Constitucional en el periodo objeto de análisis, orientadas a la sanción de magistrados y a su cambio con procesos de selección deficientes.

II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SEPARACIÓN DE PODERES

La separación de poderes es uno de los principios esenciales del Estado constitucional, a través del cual se evita la concentración del poder en una sola autoridad o entidad. Como indica Solozábal (1981), constituye «un instrumento fundamental para la consecución de los fines del constitucionalismo, esto es, para asegurar la organización racionalizada y la limitación del Estado» (p. 215).

Ante una situación mediante la cual se pretenda quebrar dicho principio, corresponde activar los mecanismos respectivos de control. En el ámbito de las relaciones entre el Congreso y el Poder Ejecutivo, esto puede ocurrir cuando se emite una ley que altera los pesos y contrapesos entre ambos órganos políticos, o cuando uno de ellos adopta una decisión que limita o impide al otro el ejercicio de sus competencias reconocidas constitucionalmente. Para hacer frente a estas situaciones, se requiere

contar con mecanismos e instancias de control constitucional que permitan resolver este tipo de controversias. Entre los órganos de control se encuentran los tribunales o las cortes constitucionales; y, entre las vías de control, los procesos constitucionales orgánicos, como los de inconstitucionalidad y competencial.

En casos de conflicto de poderes, la labor de los tribunales o cortes constitucionales adquiere suma importancia, pues a través de los procesos constitucionales deben pronunciarse sobre normas o actos que se consideran contrarios al principio de separación de poderes a fin de garantizar el equilibrio entre estos. En este sentido, la labor de los órganos jurisdiccionales de control constitucional «ha venido a consagrar la transformación del clásico modelo de división de poderes, al ocupar una posición en el sistema político del Estado Constitucional, orientada a realizar el control y balance de poderes» (Landa, 2011, p. 61). Si bien la argumentación que utilicen para resolver estas controversias debe ser jurídica, es innegable la repercusión política de sus decisiones. Esto último da lugar a que los órganos políticos intenten limitar o interferir en la actividad de los tribunales o las cortes constitucionales con el objeto de obstaculizar la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes aprobadas por una mayoría parlamentaria o la declaratoria de nulidad de decisiones políticas del Ejecutivo, como la disolución de Congreso.

En este sentido, el estudio de los tribunales y las cortes constitucionales no puede limitarse únicamente al análisis de las normas que regulan sus funciones o de los procesos constitucionales, ni a la evaluación formal y literal del contenido de sus fallos o decisiones. Se requiere analizar, asimismo, el escenario político en el marco del cual realizan sus labores y emiten sus pronunciamientos, así como la repercusión de estos, lo cual comprende el estudio de la forma de elección de los magistrados e, incluso, su perfil profesional —y también político—, así como las consecuencias de sus decisiones en el ámbito político, económico y social. De esta manera, como indica Góngora (2022), se podrá evaluar si adoptan «un rol transformador [y] una actitud proactiva en defensa de los derechos y la democracia» o si, por el contrario, «intervienen en política para defender los intereses del gobierno de turno, sirviendo como sus meros instrumentos, desconociendo su papel como guardianes de la Constitución» (p. 328).

III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

El Tribunal Constitucional fue incorporado en el ordenamiento jurídico peruano a través de la Constitución de 1979 bajo el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales. Inició su actividad en 1982, la que se vio arbitrariamente interrumpida como consecuencia del golpe de Estado

del 5 de abril de 1992. Al hacer un balance de este periodo, Landa (2007) afirma que el Tribunal desapareció sin «desarrollar una jurisprudencia constitucionalmente moderna y sustentable, que lograra controlar a los poderes públicos y obtuviera legitimidad social ante la ciudadanía» (p. 168). Para Eguiguren (1998), «muchas de las expectativas que se cifraron en el tribunal [quedaron] defraudadas y […] los males que se quisieron corregir con su creación no [fueron] significativamente superados» (p. 123).

La Constitución de 1993 mantuvo la institución bajo la denominación de Tribunal Constitucional[1] y recién inició sus actividades en 1996, luego de cuatro años del cierre del anterior. Sin embargo, en mayo de 1997, tres magistrados fueron destituidos de forma arbitraria como consecuencia de declarar inaplicable por inconstitucional la ley que permitía la reelección del expresidente Fujimori. Esto llevó a que el Tribunal no contara con el quórum necesario para pronunciarse sobre demandas de inconstitucionalidad y de conflictos de competencias constitucionales, eliminándose en los hechos en el Perú el control constitucional de los poderes políticos.

Con el retorno a la democracia a finales del año 2000 y la reincorporación de los tres magistrados arbitrariamente destituidos en 1997, el Tribunal Constitucional del Perú ha funcionado hasta la fecha sin interrupciones, pero con diferentes tendencias respecto a la interpretación de la Constitución.

Tabla 1. El Tribunal Constitucional en el ordenamiento jurídico peruano

Año	Acciones relacionadas al Tribunal Constitucional
1979	Se incorpora la institución en la Constitución de 1979, bajo la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales, pero con competencias limitadas. Se estableció en nueve el número de magistrados (tres elegidos por el Congreso, tres por el Poder Ejecutivo y tres por la Corte Suprema)
1982	El Tribunal de Garantías Constitucionales inicia sus actividades
1992	Como consecuencia del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, el Tribunal de Garantías Constitucionales deja de funcionar
1993	La Constitución de 1993 mantiene la institución del Tribunal Constitucional. Se estableció que sus siete integrantes sean elegidos por el Congreso de la República. Si bien sus competencias fueron mayores a las previstas en la Constitución anterior, en comparación con otros tribunales en el derecho comparado, sus competencias seguían siendo limitadas

1 Durante el debate constituyente se planteó dejar de lado el Tribunal Constitucional y otorgar sus competencias a una Sala Constitucional de la Corte Suprema, propuesta que no fue acogida, pero que reflejó la intención del gobierno dictatorial del ex presidente Fujimori por debilitar la justicia constitucional en el Perú.

1996	El Congreso elige a los magistrados del Tribunal Constitucional y este inicia sus actividades
1997	El Congreso destituye arbitrariamente a tres magistrados del Tribunal Constitucional por pronunciarse en contra de la ley que permitía la reelección presidencial de Fujimori
2000	Los tres magistrados destituidos arbitrariamente en 1997 son reincorporados a sus cargos
2002	Primera recomposición parcial del Tribunal Constitucional (se nombran cuatro nuevos integrantes), que da lugar a un periodo de activa jurisprudencia constitucional en el marco del proceso de transición democrática
2007	Segunda recomposición parcial del Tribunal Constitucional (se nombran cuatro nuevos integrantes), que da lugar a un periodo de tendencia conservadora en materia de interpretación constitucional
2014	Tercera recomposición parcial del Tribunal Constitucional (se nombran seis nuevos integrantes), que constituye el periodo objeto de análisis en el presente artículo
2022	Cuarta recomposición parcial del Tribunal Constitucional (se nombran seis nuevos integrantes)

Fuente: elaboración propia.

De acuerdo con las competencias asignadas en la Constitución de 1993 (art. 202), el Tribunal Constitucional conoce y resuelve los procesos de inconstitucionalidad y de conflicto competencial en única instancia[2], así como los procesos de tutela de derechos fundamentales en última y definitiva instancia, por lo que es el órgano de control de la Constitución (art. 201). En tanto resuelve estos procesos a través de la interpretación de las normas constitucionales, se constituye en el supremo o máximo intérprete de la Constitución (Ley N.° 28301, 2994, art. 1).

En cuanto a la elección de sus integrantes, el artículo 201 de la Constitución señala que los siete magistrados del Tribunal Constitucional son elegidos cada cinco años por el Congreso de la República; es decir, por un órgano político. En la práctica, ese periodo suele extenderse por las dificultades para lograr un consenso que permita alcanzar los ochenta y siete votos requeridos para ello (de un total de ciento treinta congresistas). Además, la renovación no siempre ha sido total, dado que no todos son elegidos o reemplazados al mismo tiempo.

Los problemas para elegir a los magistrados del Tribunal bajo el sistema previsto en la Constitución peruana son de diferente tipo. La influencia de la política en el proceso de elección lo convierte en «un prisionero de las tensiones políticas parlamentarias entre el gobierno y la oposición»

2 En el Perú, mediante el proceso de inconstitucionalidad, se evalúa si una norma con rango de ley es compatible con la Constitución por la forma y por el fondo; mientras que, a través del proceso competencial, se resuelven controversias entre órganos constitucionales sobre competencias de índole constitucional.

(Landa, 2020a, p. 103), y en «una arena más de disputa política desde la forma de acceso de los magistrados hasta el proceso de toma de decisiones de los mismos» (Loaiza, 2013, p. 194).

IV. COYUNTURA Y ACTORES POLÍTICOS

El régimen político en el constitucionalismo peruano se ha caracterizado por inclinarse hacia el modelo presidencial. Para Fernández (1990), la normativa constitucional, la tradición latinoamericana y la práctica política inclinaban la balanza, en el caso peruano, al lado del referido modelo (p. 190). Esta tendencia no varió con la Constitución de 1993, en la cual se reforzaron las facultades del Ejecutivo, aunque se mantuvo instituciones de control parlamentario (censura, interpelación, etc.). Respecto a la potestad de disolver el Congreso, Blancas (1996) advertía que, bajo las reglas del sistema presidencial peruano, incrementaba el poder del presidente al permitirle prevalecer sobre la mayoría parlamentaria, alterando el equilibrio de poderes (p. 102). Sin embargo, los resultados del proceso electoral de 2016 generaron un escenario diferente en donde la mayoría parlamentaria llegó a detentar mayor poder político que el Poder Ejecutivo, situación que correspondía corregir a nivel de la justicia constitucional.

IV.1. Congreso y presidencia de la república

En las elecciones generales de 2016, los dos candidatos a la presidencia que pasaron a la segunda vuelta fueron Fujimori Higushi y Kuczynski Godard. En el resultado final, este último resultó ganador por una reducida diferencia de votos (41 057) (Resolución N.° 1011-2016-JNE, 2016).

A pesar de ello, el partido que perdió la elección presidencial obtuvo en el Congreso setenta y tres escaños de un total de ciento treinta. Como indican Julcarima y Marroquín (2016), se trató de una mayoría parlamentaria absoluta que equivalía a un 56,15 % de la representación en el Congreso, a pesar de que la votación de dicho partido fue «apenas superior al tercio de la votación nacional» (36,34 % de los votos válidos), dando lugar a la «sobrerrepresentación de una determinada fuerza política» (p. 60).

En consecuencia, el presidente de la república no contó con una mayoría parlamentaria, que recayó en la agrupación que perdió las elecciones presidenciales. Esto dio lugar a una confrontación política que se manifestó desde el inicio de la actividad parlamentaria y gubernamental con la censura al ministro de Educación, ocurrida en diciembre de 2016; y que se agudizó casi un año después, en septiembre de 2017, con la denegatoria de la cuestión de confianza planteada por el Gobierno respecto a su política educativa.

Como consecuencia de la difusión de información sobre casos de corrupción que comprometían al presidente Kuczynski Godard, la mayoría parlamentaria acudió en dos ocasiones a la vacancia por permanente incapacidad moral para sacarlo del cargo. Ninguna de estas mociones fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional. El primer intento de vacancia no prosperó y el segundo estuvo a punto de concretarse, pero antes de que esto ocurriera, el presidente renunció y, conforme a la sucesión presidencial establecida en el artículo 115 de la Constitución, el vicepresidente Vizcarra Cornejo asumió el cargo de presidente de la república.

Las dudas en torno a la relación entre el nuevo presidente y el Congreso se despejaron con el mensaje a la nación de Vizcarra Cornejo del 28 de julio de 2018, en el cual el presidente de la república marcó una agenda política diferente a la del Congreso a través de propuestas normativas que, ante los hechos de grave corrupción judicial revelados por la prensa (caso de los «Cuellos Blancos»), se orientaban a una reforma política y judicial. Al no ser atendidas, darían lugar al planteamiento de cuestiones de confianza por parte del Gobierno.

Los conflictos políticos entre el Congreso elegido en 2016 y el Ejecutivo culminaron en la disolución del primero, llevada a cabo el 30 de septiembre de 2019, convocándose de inmediato a nuevas elecciones de congresistas para completar el periodo parlamentario hasta julio de 2021. Durante los cinco meses y medio que duró la disolución del Congreso, el Ejecutivo legisló mediante decretos de urgencia.

Las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el nuevo Congreso, que inició sus actividades en marzo de 2020, también devinieron tensas. Debido, nuevamente, a la difusión de información sobre casos de corrupción que involucraban al presidente de la república, se presentaron dos mociones de vacancia. Si bien la primera no prosperó —contra la cual, además, se presentó una demanda competencial ante el Tribunal Constitucional—, la segunda sí, por lo que el 9 de noviembre de 2020 el presidente Vizcarra Cornejo dejó el cargo, asumiendo la presidencia de la república el presidente del Congreso, Merino de Lama. Sin embargo, la protesta ciudadana contra la decisión del Congreso sobre la vacancia y el nuevo Gobierno dio lugar a la renuncia de Merino de Lama, juramentando otro presidente transitorio, Sagasti Hochhausler, quien estuvo en el cargo hasta el 28 de julio de 2021.

Todo lo anterior explica la inestabilidad política del periodo objeto de análisis en el presente artículo, a la par que justifica su elección para evaluar la labor del Tribunal Constitucional en tanto órgano jurisdiccional llamado a interpretar la Constitución y emitir sentencias que permitan delimitar la actuación de los órganos políticos bajo la perspectiva de solucionar la crisis política. En el referido periodo,

la intervención del Tribunal se dio como resultado de diversas demandas de inconstitucionalidad y de conflicto competencial presentadas por los propios actores políticos en permanente conflicto, sustentadas en la necesidad de garantizar la separación y el equilibrio de poderes.

Tabla 2. Cronología de hechos políticos relevantes del periodo 2016-2021

Fecha	Hecho político
28 de julio de 2016	Kuczynski Godard asume la presidencia de la república
14 de septiembre de 2017	El Congreso deniega la cuestión de confianza planteada por el Gobierno respecto a su política educativa
21 de marzo de 2018	Kuczynski Godard renuncia a la presidencia de la república
23 de marzo de 2018	El vicepresidente Vizcarra Cornejo asume la presidencia de la república
30 de septiembre de 2019	El Congreso deniega la cuestión de confianza planteada por el Gobierno respecto a la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional. Como consecuencia de ello, el presidente de la república disuelve constitucionalmente el Congreso y convoca a elecciones para elegir uno nuevo que complete el periodo constitucional del anterior hasta el año 2021
26 de enero de 2020	Elección del nuevo Congreso
16 de marzo de 2020	Inicio de actividades del nuevo Congreso
9 de noviembre de 2020	El Congreso aprueba la vacancia de Vizcarra Cornejo como presidente de la república. Asume el congresista Merino de Lama como presidente transitorio
15 de noviembre de 2020	Merino de Lama renuncia al cargo de presidente transitorio de la república
17 de noviembre de 2020	El congresista Sagasti Hochhausler asume el cargo de presidente transitorio de la república, que ejercerá hasta el 28 de julio de 2021

Fuente: elaboración propia.

IV.2. Corrupción política y judicial

Durante el periodo objeto de análisis (2016-2021), el Congreso y el Poder Ejecutivo fueron seriamente afectados por información sobre casos de corrupción dada a conocer a través de los medios de comunicación. A finales de 2016 se hicieron públicos actos de corrupción de la empresa Odebrecht que comprometían a políticos de diversos partidos y tendencias políticas, evidenciando la denominada «captura corporativa estatal», definida por Martínez (2019) como

> una situación donde se maneja el poder entre élites económicas y élites políticas para influir ventajosamente en el Estado a fin de obtener intereses personales en contra del desarrollo social, haciendo uso de una serie mecanismos legales, ilegales y dudosos (p. 7).

Asimismo, en julio de 2018 se hizo de conocimiento público información sobre actos de corrupción que involucraban a jueces del Poder Judicial, fiscales del Ministerio Público e integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura (institución responsable del nombramiento de jueces y fiscales), lo que evidenció que a nivel de las más altas autoridades del sistema de administración de justicia se había creado una red de tráfico de influencias para la resolución de procesos judiciales a favor de políticos y grupos empresariales, lo que explica que a este caso se le conozca como el de los «Cuellos Blancos».

Este lamentable escenario de corrupción a nivel político y judicial tuvo repercusiones en la relación entre el Congreso y el Poder Ejecutivo, pues el primero no tomó acciones concretas e inmediatas contra los jueces y fiscales supremos involucrados en el marco de sus competencias constitucionales, mientras que las denuncias de actos de corrupción contra los presidentes de la república fueron el sustento político de las mociones de vacancia en su contra.

V. SITUACIONES QUE COMPROMETIERON EL FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Al asumir funciones el Gobierno y el Congreso elegidos en 2016, el Tribunal Constitucional se encontraba integrado por seis magistrados que iniciaron sus labores el 21 de mayo de 2014 y uno cuyo periodo estaba vencido. Respecto a este último, en agosto de 2017 el Congreso eligió su reemplazo (tabla 3). Será esta conformación del Tribunal la encargada de pronunciarse sobre las controversias políticas más delicadas que fueron puestas en su conocimiento durante el periodo que cubre el presente artículo[3].

Tabla 3. Conformación del Tribunal Constitucional en el periodo 2016-2021

Magistrados	Inicio de funciones
Blume Fortini, Espinosa-Saldaña Barrera, Ledesma Narváez, Miranda Canales, Ramos Núñez y Sardón de Taboada	Iniciaron sus labores en mayo de 2014
Ferrero Costa	Elegido por el Congreso en agosto de 2017. Reemplazó en el cargo al magistrado Urviola Hani

Fuente: elaboración propia.

3 Corresponde indicar que el 21 de septiembre de 2021 falleció el magistrado Ramos Núñez, por lo que, desde esa fecha hasta la renovación de magistrados realizada en mayo de 2022, el Tribunal funcionó con solo seis integrantes.

V.1. Acusación constitucional contra magistrados

La labor de control de un tribunal constitucional puede ser afectada de diversas formas. En el caso peruano, la medida más arbitraria fue cerrarlo mediante el golpe de Estado del 5 de abril de 1992 bajo el pretexto de reorganizarlo, junto con el Poder Judicial y el Ministerio Público, «para una honesta y eficiente administración de justicia» (Fujimori, 1992, p. 4).

Otra manera de interferir en el funcionamiento del Tribunal ha sido emplear de forma arbitraria el proceso de acusación constitucional previsto en los artículos 99 y 100 de la Constitución para destituir a magistrados incómodos al Gobierno o Congreso de turno, dejándolo sin quórum para resolver demandas de inconstitucionalidad. En 1997, la mayoría parlamentaria del gobierno de Fujimori destituyó a tres magistrados del Tribunal mediante este proceso, lo que impidió al órgano jurisdiccional ejercer su función de control constitucional respecto a las normas con rango de ley. En el periodo objeto de análisis en este trabajo estuvo a punto de suceder algo similar, también en el ámbito de un Congreso con una mayoría parlamentaria de igual tendencia política.

Esto ocurrió como consecuencia de una demanda de hábeas corpus relacionada con las investigaciones por graves violaciones de derechos humanos ocurridas en 1986 en el centro penitenciario El Frontón, cuyo objetivo era que se aplique la prescripción penal respecto a tales hechos. El caso fue resuelto por el Tribunal Constitucional mediante una sentencia del 14 de junio de 2013, en cuyo punto resolutivo 1 se declaró nulo el extremo de una resolución judicial que señalaba que «los hechos materia del proceso penal constituyen crímenes de lesa humanidad, manteniéndose subsistentes los demás extremos de la imputación» (*Caso Humberto Bocanegra Chávez*, 2013, p. 23). Se presentó un pedido de subsanación respecto a este fallo, el cual no fue resuelto por el colegiado que emitió la sentencia, sino por el que entró en funciones en 2014. En este sentido, mediante la resolución del 5 de abril de 2016, por mayoría de cuatro votos contra tres (tabla 4), se subsanó la sentencia del 14 de junio de 2013 y se tuvo por no incorporada en la misma el punto resolutivo 1 (*Caso Humberto Bocanegra Chávez*, 2016, p. 5).

Tabla 4. Votación en el proceso de hábeas corpus sobre el caso El Frontón (abril de 2016)

Magistrados	Voto
Espinosa-Saldaña Barrera, Miranda Canales, Ledesma Narváez y Ramos Núñez	A favor de subsanar la sentencia del año 2013
Blume Fortini, Urviola Hani y Sardón de Taboada	En contra de subsanar la sentencia del año 2013

Fuente: elaboración propia.

Esta decisión de la mayoría de magistrados del Tribunal dio origen a un proceso de acusación constitucional en su contra por parte del Congreso de la República. En el informe preliminar respectivo, de diciembre de 2017, se planteaba la destitución del magistrado Espinosa-Saldaña y la suspensión en el cargo por treinta días de los magistrados Ramos Núñez y Ledesma Narváez (Denuncia Constitucional N.° 110, 2017, pp. 74-75).

Estos hechos fueron puestos en conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que mediante una resolución de medidas provisionales ordenó al Estado peruano el archivo del proceso de acusación constitucional (*Caso Durand y Ugarte vs. Perú*, 2018, p. 19). Sin embargo, el Congreso decidió no acatar lo resuelto por el tribunal supranacional (*Caso Durand y Ugarte vs. Perú*, 2020, p. 4)[4].

Posteriormente, el 22 de febrero de 2022, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre un pedido de reposición orientado a dejar sin efecto la resolución del 5 de abril de 2016. En aquel momento, el Tribunal solo contaba con seis integrantes, tres de los cuales votaron por declarar improcedente el pedido de reposición y tres por declararlo fundado (tabla 5). En atención al empate producido, el voto dirimente del presidente del Tribunal, Ferrero Costa, inclinó la decisión final a favor de esta última opción (*Caso Humberto Bocanegra Chávez*, 2022, p. 1), con lo cual todo regresó nuevamente al escenario jurídico de la sentencia del 14 de junio de 2013, que impedía calificar los hechos del caso El Frontón como crímenes de lesa humanidad.

Tabla 5. Votación en el proceso de hábeas corpus sobre el caso El Frontón (febrero de 2022)

Magistrados	Votos
Espinosa-Saldaña Barrera, Ledesma Narváez y Miranda Canales	Votaron por declarar improcedente el pedido de reposición
Blume Fortini, Ferrero Costa y Sardón de Taboada	Votaron por declarar fundado el pedido de reposición

Fuente: elaboración propia.

V.2. Cuestión de confianza por la elección de nuevos magistrados

En 2019 vencía el periodo de cinco años de los seis magistrados del Tribunal Constitucional que empezaron sus funciones en 2014.

4 En tanto el proceso de acusación constitucional no continuó su trámite, y debido a que los magistrados a quienes se pretendía acusar culminaban su periodo —en principio— en junio de 2019, así como por la disolución del Congreso el 30 de septiembre del mismo año, la Corte levantó en 2020 las medidas provisionales (*Caso Durand y Ugarte vs. Perú*, 2020, p. 6).

Correspondía al Congreso elegido en 2016 proceder con la elección de los nuevos magistrados; no obstante, el procedimiento respectivo que se estaba llevando a cabo fue cuestionado por su falta de transparencia. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2019) manifestó su «preocupación por las denuncias de falta de publicidad y transparencia», a la vez que advirtió que «no se habrían hecho públicos los criterios de selección» y que «no se habrían facilitado espacios de participación de las organizaciones de la sociedad civil».

Ante esta situación, el Poder Ejecutivo decidió plantear una cuestión de confianza ante el Congreso, en el sentido de solicitar la suspensión del proceso de elección para que se lleve a cabo uno más transparente con base en una propuesta normativa de modificaciones a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Asimismo, señaló que, si el Congreso continuaba con la elección de los magistrados, consideraría denegada la cuestión de confianza. Esto fue advertido por el propio presidente de la república, Vizcarra Cornejo, a través de los medios de comunicación (América Noticias, 2019, min. 1:37-2:51). Por ello, el 30 de septiembre de 2019 el presidente del Consejo de Ministros acudió al Congreso para plantear la respectiva cuestión de confianza, pese a lo cual se continuó con la elección de magistrados, por lo que el Ejecutivo consideró que se había denegado, en los hechos, la confianza.

En consecuencia, los problemas presentados en el procedimiento del año 2019 para la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional fueron la causa de la segunda denegación de confianza por parte del Congreso en el periodo 2016-2021, entendida así por el Ejecutivo; y, por lo tanto, de su disolución, medida que fue cuestionada a través de un proceso competencial que siguió su trámite ante el propio Tribunal.

V.3. Procedimiento de elección de magistrados a cargo del nuevo Congreso elegido en 2020

Ante el fracaso del procedimiento de 2019 para la elección de nuevos magistrados, el nuevo Congreso elegido en 2020 —que inició sus funciones en marzo del mismo año— decidió llevar a cabo otro, el cual estaba programado para culminar en julio de 2021; es decir, en el último mes de actividad del órgano legislativo, antes del cambio de Gobierno.

El Ejecutivo no planteó una cuestión de confianza contra este procedimiento de elección, pero sí se presentó una demanda de amparo por parte de un ciudadano[5]. En el marco de este proceso, el Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lima dictó una medida cautelar, mediante la cual ordenó al Congreso suspender

5 La demanda fue interpuesta por el abogado Walter Edison Ayala Gonzáles. Posteriormente, en el primer gabinete del presidente Castillo Terrones, fue designado ministro de Defensa.

de manera provisional la elección de magistrados prevista para el 7 y 8 de julio de 2021 hasta que se emitiera un pronunciamiento sobre el fondo de la demanda (*Caso Ayala Gonzáles*, 2021, p. 6). Sin embargo, el Congreso decidió —por una amplia mayoría (tabla 6)— hacer caso omiso a lo ordenado por el juzgado y procedió a realizar la votación para elegir a los nuevos magistrados (Diario de los Debates del Congreso de la República, 2021a, p. 33). Si el Congreso disuelto en 2019 se negó a acatar una medida provisional de la Corte IDH, como se indicó en la sección anterior, el elegido en 2020 para reemplazarlo siguió la misma línea al desacatar un mandato judicial interno.

Tabla 6. Votación del Congreso respecto al mandato judicial que impedía continuar con el proceso de elección de magistrados del Tribunal Constitucional

Voto	Número de votos
A favor de desacatar el mandato judicial y continuar con la elección de magistrados	87 votos
En contra de desacatar el mandato judicial y continuar con la elección de magistrados	36 votos
Abstenciones	2

Fuente: elaboración propia.

A pesar de que el Congreso decidió continuar con la elección, no se alcanzaron los votos requeridos para elegir nuevos magistrados. De los quince candidatos que quedaron aptos, solo se llegó a votar por los tres primeros de la lista de orden de méritos, pero ninguno alcanzó los ochenta y siete votos exigidos por la Constitución. El hecho de que respecto al primer candidato se obtuviera ochenta votos, pero en contra de su elección, brinda una idea del nuevo fracaso del procedimiento de elección.

De esta manera, los seis magistrados que iniciaron sus funciones en mayo de 2014 continuaron ejerciendo su labor jurisdiccional más allá del periodo de gobierno y parlamentario 2016-2021, hasta que finalmente fueron reemplazados en sus cargos en mayo de 2022. Ejercieron la función de magistrados constitucionales un total de ocho años, tres más que el periodo de cinco años previsto a nivel constitucional.

VI. CONTROL CONSTITUCIONAL DE LEYES

Mediante el proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la compatibilidad entre las normas con rango de ley y la Constitución. La legitimidad para interponer una demanda de este

tipo no es abierta y solo determinadas autoridades pueden hacerlo. En el caso de los ciudadanos, requieren la presentación de un determinado número de firmas que respalden la demanda.

A efectos del presente trabajo, interesa analizar aquellas situaciones en donde el Gobierno decidió demandar al Congreso ante el Tribunal Constitucional por la emisión de normas que consideró incompatibles con la Constitución.

Durante la presidencia de Kuczynski Godard, el Poder Ejecutivo solo interpuso una demanda de inconstitucionalidad, dirigida contra una ley que estableció la nivelación de pensiones de militares y policías[6]. Este proceso duró más de lo previsto, tres años y ocho meses, sin obtenerse una sentencia sobre el fondo, sino solo un pronunciamiento del Tribunal declarando infundada la demanda por no obtenerse los cinco votos necesarios para declarar inconstitucional la norma impugnada (*Caso de la modificatoria del Decreto Legislativo 1133*, 2021).

Durante la presidencia de Vizcarra Cornejo, y respecto a leyes aprobadas por el Congreso elegido en 2016, se interpusieron tres demandas. La más importante fue contra la ley que prohibió la publicidad estatal en los medios de comunicación privados (Ley N.° 30793, 2018), en la cual se argumentó que se afectaba el derecho de toda persona a recibir información por parte del Estado. Por mayoría de seis votos contra uno, el Tribunal le dio la razón al Ejecutivo (*Caso de la ley que regula el gasto de publicidad estatal*, 2018). A esta demanda le siguieron otras dos, pero sin la misma repercusión o impacto político (*Caso Ley de la Carrera del Trabajador Judicial*, 2020; *Caso de la participación de las Fuerzas Armadas*, 2020).

Respecto a leyes aprobadas por el nuevo Congreso elegido en 2020, durante el periodo presidencial de Vizcarra Cornejo se cuestionaron dos, que establecieron medidas sustentadas en la necesidad de hacer frente a los efectos del COVID-19. Se trató de la Ley N.° 31018, que suspendió el cobro de peajes en las redes viales concesionadas; y la Ley N.° 31039, que dispuso el ascenso automático de trabajadores del sector salud. Ambas normas fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal por unanimidad (*Caso de la ley que suspende el cobro de los peajes*, 2020; *Caso de la ley de ascenso*, 2020).

Será durante la presidencia de Sagasti Hochhausler que se elevará considerablemente el número de leyes del nuevo Congreso impugnadas ante el Tribunal: veinticuatro en total[7]. En los casos más emblemáticos,

6 Se trató de la Ley N.° 30683, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 21 de noviembre de 2017, mediante la cual se modificó el Decreto Legislativo N.° 1133, sobre el régimen de pensiones del personal militar y policial.

7 De este este número, dieciséis fueron leyes sobre creación de distritos en diversas provincias del país.

el argumento central del Ejecutivo fue la contravención del artículo 79 de la Constitución, que dispone que los congresistas «no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos». Así ocurrió en las demandas contra las leyes sobre la devolución de aportes a la Oficina de Normalización Previsional (ONP) (Ley N.° 31083), la eliminación del régimen laboral de contratación administrativa de servicios (CAS) (Ley N.° 31131), la devolución de aportes al Fondo Nacional de Vivienda (Fonavi) (Ley N.° 31173) y la negociación colectiva en el sector público (Ley N.° 31188).

En el Tribunal Constitucional, estas demandas recibieron respuestas diversas. Sobre la devolución de aportes a la ONP, se declaró inconstitucional toda la ley por unanimidad (*Caso de la devolución de aportes*, 2021). Respecto a la eliminación del régimen CAS, que se votó cuando el Tribunal contaba con seis magistrados, se declaró inconstitucional la mayoría del texto de la ley, también por unanimidad (*Caso de la incorporación de los trabajadores*, 2021). Finalmente, sobre la norma en materia de negociación colectiva, no se obtuvieron los cinco votos necesarios para expulsarla del ordenamiento jurídico (*Caso de la negociación colectiva*, 2021)[8].

Tabla 7. Número de leyes impugnadas por el Poder Ejecutivo ante el Tribunal Constitucional

Periodo	Número de leyes impugnadas
Durante la presidencia de Kuczynski Godard	Una
Durante la presidencia de Vizcarra Cornejo	Cinco
Durante la presidencia de Sagasti Hochhausler	Veinticuatro (dieciséis fueron sobre leyes de creación de distritos)

Fuente: elaboración propia.

Aparte de las demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Poder Ejecutivo, corresponde hacer mención a otros procesos de inconstitucionalidad de particular importancia política, iniciados por congresistas de la república al amparo del artículo 203, inciso 5 de la Constitución[9], contra modificaciones al Reglamento del Congreso.

En este sentido, la organización política que obtuvo la mayoría parlamentaria en las elecciones de 2016, ante la posibilidad de verla reducida, promovió y aprobó —en octubre del mismo año— un

8 El caso sobre la devolución de aportes al Fonavi no llegó a ser visto por el Tribunal del periodo objeto de análisis.

9 De conformidad con el artículo 203, inciso 5 de la Constitución, una demanda de inconstitucionalidad puede ser presentada por el 25 % del número legal de congresistas.

conjunto de modificaciones al Reglamento del Congreso que, si bien buscaban desincentivar la fragmentación de los grupos parlamentarios y promover su fortalecimiento (Cajaleón, 2018, p. 52), afectaban de manera desproporcionada a los congresistas que se apartaban de una agrupación política por razones de disidencia política. Se trató, pues, de normas contra el transfuguismo político.

El 25 de abril de 2017, cuarenta y un congresistas interpusieron una demanda de inconstitucionalidad contra esas modificaciones[10]. Mediante sentencia del 29 de agosto de 2017, el Tribunal declaró fundada en parte la demanda, por mayoría de cinco votos contra dos (tabla 8), por considerar que las mismas no establecían una diferencia entre quienes renunciaban a una bancada parlamentaria por motivos políticos legítimos y quienes lo hacían por razones diferentes[11].

Tabla 8. Votación en proceso de inconstitucionalidad sobre transfuguismo (agosto de 2017)

Magistrados	Votos
Espinosa-Saldaña Barrera, Ledesma Narváez, Miranda Canales, Ramos Núñez y Urviola Hani	Votaron por declarar fundada en parte la demanda
Blume Fortini y Sardón de Taboada	Votaron por declarar infundada la demanda

Fuente: elaboración propia.

En este proceso hubo una discrepancia importante al interior del Tribunal, pues los dos magistrados que votaron en contra de la demanda consideraron que en la resolución del caso debió intervenir el magistrado Ferrero Costa, elegido para el cargo por el Congreso el 25 de agosto de 2017[12], pero que recién el 4 de septiembre asumió funciones; mas no el magistrado Urviola Hani, quien debía ser reemplazado, precisamente, por el nuevo magistrado. Esta observación era importante, pues fue con el voto de Urviola Hani que se alcanzaron los cinco necesarios para declarar la inconstitucionalidad de una de las tres normas impugnadas.

La sentencia del Tribunal fue hecha pública a través de su página web el 13 de septiembre de 2017. Al día siguiente, el 14 de septiembre, el

10 La demanda fue interpuesta contra los artículos 22.d, 37.4 y 37.5 del Reglamento del Congreso, modificados por la Resolución Legislativa N.° 7-2016-2017-CR, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 15 de octubre de 2016.

11 Sentencia recaída en el expediente 6-2017-PI/TC del 29 de agosto de 2017, publicada en su página web el 13 de septiembre de 2017 y en el *Diario Oficial El Peruano* el 14 de septiembre de 2017.

12 Mediante la Resolución Legislativa del Congreso N.° 2-2017-2018-CR, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 26 de agosto de 2017, se oficializó la designación de Ferrero Costa como nuevo magistrado del Tribunal.

Congreso debatió nuevas modificaciones a su Reglamento[13], que iban en la misma línea de las declaradas inconstitucionales y que fueron —nuevamente— aprobadas por la mayoría parlamentaria dominante en el Congreso.

Contra las nuevas modificaciones al Reglamento del Congreso, treinta y nueve congresistas presentaron una demanda de inconstitucionalidad en enero de 2018, alegando que resultaban contrarias a lo resuelto por el Tribunal en la sentencia señalada en el párrafo anterior. Al resolverse este caso, el 10 de julio de 2018, ya se había realizado el cambio en la conformación del Tribunal, pues el magistrado Ferrero Costa reemplazó a Urviola Hani. Finalmente, la expulsión de las normas del ordenamiento jurídico no pudo concretarse debido a que no se alcanzaron los cinco votos necesarios para ello. Sin embargo, en base al artículo 10 del Reglamento Normativo del Tribunal[14], cuatro magistrados votaron por declarar infundada la demanda, pero dándole a las normas impugnadas un sentido interpretativo (tabla 9), en la línea de lo resuelto en la sentencia previa sobre la misma materia; es decir, que no puede prohibirse a los congresistas renunciar a las agrupaciones políticas en caso de «disidencia por razones de conciencia debidamente justificada» (*Caso modificación del art. 37 del Reglamento del Congreso*, 2018, p. 21). Por su parte, tres magistrados votaron por declarar infundada la demanda, pero sin sentido interpretativo alguno.

Tabla 9. Votación en proceso de inconstitucionalidad sobre transfuguismo (julio de 2018)

Magistrados	Voto
Espinosa-Saldaña Barrera, Ledesma Narváez, Miranda Canales y Ramos Núñez	Votaron por declarar infundada la demanda, pero dándole a las normas impugnadas un sentido interpretativo
Blume Fortini, Ferrero Costa y Sardón de Taboada	Votaron por declarar infundada la demanda sin dar a las normas impugnadas un sentido interpretativo

Fuente: elaboración propia.

Otra modificación del Reglamento del Congreso que generó polémica se produjo en marzo de 2018, al establecerse límites a la cuestión de

13 Resolución Legislativa del Congreso N.° 3-2017-2018-CR, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 15 de septiembre de 2017, por medio de la cual se modificaron los incisos 4 y 5 del artículo 37 del Reglamento del Congreso y se incorporó el inciso 6 al mismo artículo.

14 Así se indicó en el fundamento jurídico 4 del Auto de Aclaración (Expediente 1-2018-PI/TC, Auto 2 - Aclaración). El artículo 10 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, según la modificación realizada mediante la Resolución Administrativa N.° 138-2015-PI/TC, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 14 de octubre de 2015, indica que «[p]ara aprobar un precedente y para establecer, con carácter vinculante, interpretaciones sobre el contenido normativo de las disposiciones con rango de ley, conforme a la Constitución, se requiere cuatro votos en un mismo sentido resolutivo».

confianza que puede plantear el Poder Ejecutivo al amparo del artículo 133 de la Constitución. De igual forma, corresponde hacer mención a la modificación llevada a cabo por el nuevo Congreso elegido en 2020, por medio de la cual se creó una «cuarta legislatura». Los respectivos fallos del Tribunal serán analizados más adelante.

VII. CUESTIONES DE CONFIANZA Y DISOLUCIÓN DEL CONGRESO

En los sistemas de gobierno parlamentario, la cuestión de confianza es el contrapeso a la censura, por lo que no debe plantearse «por motivos baladíes, ni es lícito abusar de ella, ni convertir en problema político lo que tiene mero valor técnico, aunque tampoco quepa señalar en catálogo riguroso los casos únicos y obligatorios en que haya de suscitarse» (Pérez, 1984, p. 825).

Si bien en el sistema político peruano se ha previsto la posibilidad de que el Gobierno plantee cuestiones de confianza ante el Congreso para obtener el respaldo a sus políticas gubernamentales, en la práctica este mecanismo de control sobre el Parlamento no había sido empleado. Por ello, merece especial atención el hecho de que en el periodo objeto de análisis fuera utilizado como contrapeso a la oposición del Congreso a la política educativa del Gobierno, para la aprobación de normas constitucionales y legales en materia de reforma política y judicial, e incluso para lograr que un procedimiento de elección de magistrados del Tribunal Constitucional se realice de manera transparente. Esta variedad de supuestos en los que se acudió a la cuestión de confianza tuvo respaldo en la jurisprudencia que, de forma paralela, fue estableciendo el Tribunal con relación a esta institución.

VII.1. Cuestión de confianza sobre la política educativa

Uno de los temas que generó confrontación en el periodo objeto de análisis fue la política educativa, por la posición del Ejecutivo a favor de la supervisión de las universidades[15] y la inclusión del enfoque de género en el currículo escolar. No era de extrañar, por lo tanto, la intención de la mayoría parlamentaria, integrada por grupos opuestos a esa política, de censurar al ministro de Educación[16], lo cual ocurrió el 15 de diciembre de 2016, bajo el argumento de presuntos hechos de corrupción en el uso de los recursos asignados para la compra de computadoras y la ineficiencia para organizar los Juegos Panamericanos

15 Supervisión a cargo de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (Sunedu), institución creada mediante la Ley N.° 30220, Ley Universitaria, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 9 de julio de 2014.

16 El ministro censurado, Jaime Saavedra, ocupó el cargo de ministro de Educación desde octubre de 2013, durante el gobierno del presidente Humala Tasso, y continuó en el mismo en el primer gabinete del presidente Kuczynski Godard.

y Parapanamericanos de Lima 2019 (Diario de los Debates del Congreso de la República, 2016, pp. 2190-2212). Votaron a favor de la censura setenta y ocho congresistas, con lo cual se evidenciaba el poder político de la mayoría parlamentaria. Si bien no hubo votos en contra o abstenciones, ello obedeció al retiro de varios congresistas del recinto parlamentario durante la votación en señal de protesta (24 Horas, 2016, min. 0:01-0:24).

La sucesora del ministro censurado continuó con la política educativa del Gobierno y, por ello, fue también objeto de cuestionamientos y amenazas de censura, ante lo cual, el 14 de septiembre de 2017, el Poder Ejecutivo planteó una cuestión de confianza orientada al respaldo de su política educativa, que fue rechazada por setenta y siete congresistas (a favor de la confianza votaron veintidós y dieciséis se abstuvieron) (Diario de los Debates del Congreso de la República, 2017, pp. 122-123). Esta primera denegación a una cuestión de confianza dejó el camino abierto para una segunda, que, en caso de concretarse, podía implicar la disolución del Congreso, lo que buscó ser evitado por este a través de una reforma a su Reglamento.

VII.2. Modificación al Reglamento del Congreso sobre la cuestión de confianza

Poco antes de la renuncia del presidente Kuczynski Godard, el Congreso de la República aprobó una modificación a su Reglamento a fin de establecer límites al Poder Ejecutivo para plantear una cuestión de confianza, al disponer que no procedía para «promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control político» (Resolución Legislativa del Congreso N.° 7-2017-2018-CR, 2018). Este cambio normativo fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional que no fue interpuesta por el Ejecutivo, a pesar de ser el principal perjudicado con el mismo, sino por congresistas de la república.

La demanda, por unanimidad, se declaró fundada, pues el Tribunal consideró que la norma impugnada resultaba contraria al principio de equilibrio de poderes. Entre sus argumentos señaló que la cuestión de confianza

> ha sido regulada en la Constitución de manera abierta, con la clara finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso, para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera (*Caso cuestión de confianza y crisis total del gabinete*, 2018, p. 25).

El hecho de que el Tribunal Constitucional reconociera el carácter amplio de la cuestión de confianza permitía advertir la posibilidad de

una disolución del Congreso, de modo tal que el Poder Ejecutivo pudiera «contar con una más favorable correlación de fuerzas políticas en el Parlamento para el resto de su mandato» (Eguiguren, 2019a, p. 57).

VII.3. Cuestión de confianza sobre reformas constitucionales y referéndum

En su mensaje al país del 28 de julio de 2018, el presidente de la república Vizcarra Cornejo anunció un conjunto de proyectos de reforma constitucional y legal en materia política y judicial, que se sustentaron en la necesidad de hacer frente a los graves hechos de corrupción en el sistema de administración de justicia que ese mismo mes fueron de conocimiento público, comprometiendo también a agrupaciones políticas (caso conocido como los «Cuellos Blancos»). En el caso de las reformas constitucionales, propuso modificar la conformación del Consejo Nacional de la Magistratura, prohibir la reelección de congresistas, limitar el financiamiento privado a los partidos políticos y retornar a la bicameralidad, a la vez que planteó que se convoque a referéndum para que estas reformas fueran ratificadas por la ciudadanía (Vizcarra, 2018, pp. 11-12).

Ante las reacciones negativas por parte del Congreso respecto a las propuestas normativas, el presidente de la república convocó a una sesión extraordinaria del mismo[17] para que el presidente del Consejo de Ministros sustente una cuestión de confianza respecto a las cuatro reformas constitucionales propuestas en el discurso presidencial del 28 de julio de 2018[18]. Por ello, el 19 de septiembre de 2018, el presidente del Consejo de Ministros planteó ante el Congreso la anunciada cuestión de confianza, que fue aprobada por ochenta y ocho congresistas (votaron en contra de la confianza veintidós y hubo catorce abstenciones) (Diario de los Debates del Congreso de la República, 2018, pp. 175-176). De esta manera, el Congreso votó de forma expresa a favor de una cuestión de confianza que implicaba el debate y la aprobación de proyectos de reforma constitucional.

Luego de que las cuatro propuestas de reforma constitucional fueran aprobadas por el Congreso, se convocó a referéndum para el 9 de diciembre de 2020 a fin de que la ciudadanía decidiera si las ratificaba (Decreto Supremo N.° 101-2018-PCM, 2018).

17 De acuerdo con el artículo 118, inciso 6 de la Constitución, el presidente de la república se encuentra facultado para «[c]onvocar al Congreso a legislatura extraordinaria; y firmar, en ese caso, el decreto de convocatoria».

18 Mediante el Decreto Supremo N.° 97-2018-PCM, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 17 de septiembre de 2018, se convocó al Congreso de la República a sesión extraordinaria para el 19 de septiembre de 2018.

En el texto de la reforma constitucional sobre la bicameralidad se manifestó nuevamente la intención del Congreso por limitar la cuestión de confianza, pues se estableció que no procedía respecto a iniciativas legislativas (artículo 133 de la autógrafa sometida a referéndum) (Decreto Supremo N.° 101-2018-PCM, 2018, Anexos, p. 10,). La posición del Poder Ejecutivo en contra de la reforma sobre la bicameralidad también fue asumida por la ciudadanía[19]. Las otras tres reformas constitucionales sí fueron aprobadas, lo que en el fondo fue un respaldo político al presidente de la república, su principal promotor.

VII.4. Cuestión de confianza sobre proyectos de ley en materia de reforma política y judicial

Si bien tres de las reformas constitucionales propuestas por el Poder Ejecutivo en su discurso del 28 de julio de 2018 fueron ratificadas por la ciudadanía mediante referéndum, existían otras doce iniciativas en materia de reforma política y judicial, presentadas el 10 de abril de 2019, que no fueron atendidas como correspondía en el Congreso, lo que dio lugar a que el presidente del Consejo de Ministros planteara una nueva cuestión de confianza el 4 de junio de 2019, pero solo respecto a seis proyectos de ley específicos, incluyendo dos propuestas de reforma constitucional sobre inmunidad parlamentaria e impedimentos para postular a cargos de elección popular[20] (Diario de los Debates del Congreso de la República, 2019a, pp. 9-18). La cuestión de confianza fue aprobada por setenta y siete votos, pero hubo cuarenta y cuatro en contra y tres abstenciones (2019b, p. 147).

Fue esta cuestión de confianza la que motivó que el Congreso de la República, en su sesión del 25 de julio de 2019, aprobase la interposición de una demanda competencial ante el Tribunal Constitucional y su correspondiente medida cautelar «a fin de que este órgano constitucional esclarezca el alcance y la forma en que se ejerce la cuestión de confianza planteada por el presidente del Consejo de Ministros» (Diario de los Debates del Congreso de la República, 2019c, p. 65). Esta demanda no fue presentada de inmediato, sino luego de la disolución del Congreso.

Por su parte, el presidente de la república, en su discurso del 28 de julio de 2019, respecto a la cuestión de confianza otorgada, señaló que la misma, en los hechos, había sido denegada, por cuanto lo aprobado por

19 Según los resultados proclamados por el Jurado Nacional de Elecciones, 13 949 831 personas votaron en contra de la propuesta, mientras que 1 462 516 votaron a favor (Resolución N.° 2-2019-JNE, 2019).

20 Mediante el Proyecto de Ley N.° 4190/2018-PE se proponía modificar el artículo 34 de la Constitución a fin de prohibir que personas condenadas en primera instancia por delitos dolosos con pena privativa de libertad mayor a cuatro años puedan postular a cargos de elección popular. A través del Proyecto de Ley N.° 4416/2018-PE se proponía reformar al artículo 93 de la Constitución, sobre el procedimiento para levantar la inmunidad parlamentaria. Sobre esta misma materia, un proyecto anterior del Poder Ejecutivo (Proyecto de Ley N.° 4192/2018-PE) había sido archivado en mayo de 2018 por la Comisión de Constitución y Reglamento.

el Congreso respecto a las propuestas normativas del Gobierno iba en contra de sus aspectos esenciales, refiriéndose de modo especial al tema de la inmunidad parlamentaria (Vizcarra, 2019a, pp. 22-23). A pesar de considerar denegada materialmente la confianza, el Poder Ejecutivo no disolvió el Congreso, sino que planteó una reforma constitucional para convocar a nuevas elecciones generales sin esperar hasta el año 2021, la cual no se llegó a aprobar, siendo archivada la propuesta en septiembre de 2019 (Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento recaído en los proyectos de ley N.° 2754/2017-CR, 3308/2018-CR, 3482/2018-CR, 4368/2018-CR y 4637/2019-PE, 2019, p. 57).

VII.5. Cuestión de confianza sobre elección de magistrados del Tribunal Constitucional y disolución del Congreso

De acuerdo con el artículo 134 de la Constitución, el presidente de la república se encuentra facultado para disolver el Congreso de la República «si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros». En el periodo objeto de análisis, la primera denegación de confianza ocurrió el 14 de septiembre de 2017, relacionada con la política educativa del Gobierno. El 30 de septiembre de 2019 se produjo la segunda, que estuvo relacionada con los problemas presentados en el procedimiento de ese mismo año para la elección de nuevos magistrados del Tribunal Constitucional. Ante estas dos denegaciones de confianza, el presidente de la república, Vizcarra Cornejo, decidió disolver el Congreso y convocar a elecciones para elegir uno nuevo, conforme lo establece la Constitución (Vizcarra, 2019b; Decreto Supremo N.° 165-2019-PCM, 2019). Se trató de la primera vez que se producía una disolución del Congreso al amparo de la Constitución de 1993.

La controversia sobre la disolución del Congreso llegó al Tribunal Constitucional a través de una demanda competencial interpuesta contra el Poder Ejecutivo, en la que se alegó que este no podía plantear cuestiones de confianza sobre competencias que correspondían de forma exclusiva al Congreso, como la aprobación de reformas constitucionales y la elección de magistrados del Tribunal Constitucional.

Correspondía al Tribunal analizar si la negación de la cuestión de confianza solo puede manifestarse mediante una decisión formal del Congreso (votación a favor o en contra) o si pueden existir acciones concretas por parte de este que evidencien la denegatoria de la confianza solicitada. Se trataba de una controversia política y jurídica, por lo que la disolución del Congreso distaba mucho de ser una medida manifiestamente inconstitucional (Eguiguren, 2019b, p. 255).

Finalmente, por mayoría de cuatro votos contra tres (tabla 10), el Tribunal declaró infundada la demanda y acogió la interpretación del Poder Ejecutivo sobre el artículo 134 de la Constitución. En este

sentido, señaló que «pese a la votación formalmente favorable al pedido de cuestión de confianza planteado, lo cierto es que materialmente no se cumplió con uno de los extremos solicitados» (*Caso sobre la disolución del Congreso de la República*, 2020, p. 78). Para Landa (2020b), esta sentencia resolvió el conflicto entre el Congreso y el Poder Ejecutivo en favor de la voluntad popular, estableció límites a la cuestión de confianza y reconoció la denegación material de la misma (p. 81).

De esta manera, por segunda vez, el Tribunal Constitucional se pronunciaba a través de un proceso constitucional sobre los alcances y límites de la cuestión de confianza, aunque en esta ocasión el fallo no fue por unanimidad. A partir de lo señalado en la sentencia de 2018 sobre la modificación al Reglamento del Congreso, precisó diversos aspectos, en particular sobre su procedencia respecto a propuestas de reforma constitucional y de proyectos de ley, así como sobre la posibilidad de considerar denegada una confianza al margen de la votación formal en el Congreso.

Tabla 10. Votación en proceso competencial sobre la disolución del Congreso (enero de 2020)

Magistrados	Voto
Espinosa-Saldaña Barrera, Ledesma Narváez, Miranda Canales y Ramos Núñez (ponente)	Votaron por declarar infundada la demanda competencial contra la disolución del Congreso
Blume Fortini, Ferrero Costa y Sardón de Taboada	Votaron por declarar fundada la demanda competencial

Fuente: elaboración propia.

VIII. CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETOS DE URGENCIA DEL INTERREGNO PARLAMENTARIO

En el Perú, el régimen político presidencialista se ve acentuado por las facultades normativas que posee el Poder Ejecutivo, que se manifiesta en los decretos legislativos que puede emitir al amparo del artículo 104 de la Constitución, para lo cual requiere la delegación previa de facultades por parte del Congreso; y en los decretos de urgencia que puede expedir de manera directa en materia económica y financiera, conforme al artículo 118, inciso 19 de la Constitución. En ambos casos, corresponde al Congreso realizar una labor de control sobre las normas emitidas por el Ejecutivo. El Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha precisado los alcances y límites de estas potestades normativas.

Sin embargo, un tema que no había estado presente en la práctica constitucional era el del control de los decretos de urgencia dictados con base en el artículo 135 de la Constitución, de acuerdo con el cual, durante el interregno parlamentario —es decir, mientras dure

la disolución del Congreso decretada de acuerdo al artículo 134—, el Ejecutivo «legisla mediante decretos de urgencia».

La primera vez —y única hasta el momento— que se presentó esta situación en el marco de la Constitución de 1993 fue como resultado de la disolución del Congreso decretada el 30 de septiembre de 2019 y que duró hasta la instalación del nuevo el 16 de marzo de 2020. Durante este periodo de cinco meses y medio se emitieron sesenta y ocho decretos de urgencia al amparo del referido artículo constitucional[21]. El uso de esta facultad normativa del Poder Ejecutivo generó la interrogante en torno a sus alcances, así como sobre sus diferencias y semejanzas con los decretos de urgencia previstos en el artículo 118, inciso 19 de la Constitución. Si bien en ambos artículos constitucionales se hace referencia a «decretos de urgencia», estos son promulgados en escenarios jurídicos y políticos diferentes, pues mientras los dictados al amparo del artículo 118 son medidas extraordinarias en materia económica que se emiten mientras el Congreso se encuentra en funciones, pudiendo este incluso derogarlos; en el caso de los dictados al amparo del artículo 135 del texto constitucional, se trata de normas emitidas mientras el Congreso no se encuentra en actividad, por lo que no hay un órgano con competencia para legislar ni con facultades para controlar las normas que emita el Ejecutivo. Si bien la Comisión Permanente no puede ser disuelta, durante el interregno parlamentario solo «examina» los decretos de urgencia y los «eleva» al nuevo Congreso, conforme lo señala el mismo artículo 135.

Correspondía al Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, aclarar este complejo escenario jurídico. Para ello tuvo a la vista diversas demandas de inconstitucionalidad contra algunos de los decretos de urgencia del interregno parlamentario. Estos casos constituían la oportunidad para que se pronuncie sobre los alcances y límites de los decretos de urgencia dictados al amparo del artículo 135 de la Constitución. La importancia de la materia se veía reflejada, además, en el hecho de que uno de los cuestionamientos a la teoría de la denegación material («denegación fáctica») de la cuestión de confianza era el temor a que sea empleada para forzar un interregno parlamentario que le permitiera al Ejecutivo contar con una facultad legislativa plena sin ningún control parlamentario inmediato.

Solo siete decretos de urgencia, es decir, el 10,29 % de los emitidos durante el interregno parlamentario, fueron impugnados a través de demandas de inconstitucionalidad presentadas hasta el 28 de julio

21 En 2019 se emitieron cuarenta y cuatro y en 2020 veinticuatro. El primero fue el Decreto de Urgencia N.° 2-2019, que aprobó las medidas para la realización de las elecciones para el nuevo Congreso, publicado en la edición extraordinaria del *Diario Oficial El Peruano* del 9 de octubre de 2019. El último fue el Decreto de Urgencia 24-2020, publicado el 20 de febrero de 2020 en el *Diario Oficial El Peruano*.

de 2021[22] (tabla 11), todas interpuestas por colegios profesionales. Solo en dos casos, en donde se declaró infundada la pretensión, se puede identificar una posición del Tribunal Constitucional respecto a temas como la diferencia entre los decretos de urgencia ordinarios (dictados cuando el Congreso está en funciones) y los extraordinarios (dictados en el interregno parlamentario, mientras dura la disolución del Congreso), aunque se trató de un enfoque muy general del tema, en donde el análisis solo fue respecto a cada caso concreto a fin de concluir que se trataba de materias que podían ser reguladas por estos últimos (*Caso de la intervención notarial en el arrendamiento financiero*, 2021; *Caso de la Modificatoria de la Ley del Imarpe*, 2021). El resto de las demandas terminó sin una sentencia con argumentos jurídico-constitucionales sobre la controversia, porque se declararon improcedentes o infundadas por no alcanzarse los votos necesarios para expulsar la norma del ordenamiento jurídico, en aplicación del artículo 5, segundo párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del artículo 107 del Nuevo Código Procesal Constitucional. En los fundamentos de voto y los votos singulares de los magistrados se aprecia que el Tribunal omitió realizar un análisis más amplio sobre los límites de los decretos de urgencia extraordinarios; es decir, si solo podían ser emitidos respecto a temas que requerían ser legislados de manera urgente o si debían estar restringidos a temas económicos. En todos los casos, el magistrado Blume Fortini votó de forma uniforme por declarar fundadas las demandas por cuanto consideraba inconstitucional la disolución del Congreso del 30 de septiembre de 2019 y, en consecuencia, inconstitucionales las normas emitidas por el Poder Ejecutivo durante el interregno parlamentario.

Tabla 11. Decretos de urgencia del interregno parlamentario impugnados ante el Tribunal Constitucional

	Decreto de urgencia impugnado	Decisión del Tribunal Constitucional	Fecha de la sentencia o del pronunciamiento
1	Decreto de Urgencia N.° 14-2020, que regula disposiciones generales necesarias para la negociación colectiva en el sector público (primera demanda contra esta norma)	Infundada la demanda al no alcanzarse los cinco votos necesarios para expulsar la norma del ordenamiento jurídico	7 de enero de 2021 (*Caso de la negociación colectiva en el sector público*)

22 Conforme al artículo 99 del Nuevo Código Procesal Constitucional (Ley N.° 31307, 2021), el plazo para presentar una demanda de inconstitucionalidad contra una norma con rango de ley, como los decretos de urgencia del interregno parlamentario, es de seis años contados a partir del día siguiente de su publicación.

2	Decreto de Urgencia N.° 26-2019 y su norma modificatoria, el Decreto de Urgencia N.° 27-2019, sobre medidas extraordinarias para la adquisición de áreas y la implementación de las intervenciones viales temporales a realizarse en el Corredor Vial Apurímac-Cusco (primera demanda contra estas normas)	Improcedente la demanda por unanimidad, dado que la parte demandante no subsanó determinadas observaciones a la demanda	21 de enero de 2021 (Expediente N.° 2-2020-PI/TC)
3	Decreto de Urgencia N.° 16-2020, que establece medidas en materia de recursos humanos del sector público	Improcedente la demanda por sustracción de la materia (cinco votos contra dos)	6 de abril de 2021 (*Caso de las limitaciones en la reincorporación por mandato judicial e ingreso al régimen laboral público establecidas en el Decreto de Urgencia 016-2020*)
4	Decreto de Urgencia N.° 13-2020, que promueve el financiamiento de la Mipyme, emprendimientos y *startups*	Infundada la demanda (cinco votos contra dos)	10 de junio de 2021 (*Caso de la intervención notarial en el arrendamiento financiero*)
5	Decreto de Urgencia N.° 14-2020, que regula disposiciones generales necesarias para la negociación colectiva en el sector público (segunda demanda contra esta norma)	Improcedente la demanda (unanimidad)	6 de mayo de 2021 (*Caso de la negociación colectiva en el sector público II*)
6	Decreto de Urgencia N.° 15-2020, que modifica el Decreto Legislativo N°. 95, Ley del Instituto del Mar del Perú - IMARPE, para la mejora y el fortalecimiento del rol y la gestión institucional	Infundada la demanda (cuatro votos contra tres)	7 de septiembre de 2021 (*Caso de la Modificatoria de la Ley del Imarpe*)
7	Decreto de Urgencia N.° 26-2019 y su norma modificatoria, el Decreto de Urgencia N.° 27-2019 (segunda demanda contra estas normas)	Infundada la demanda al no alcanzarse los cinco votos necesarios para expulsar las normas del ordenamiento jurídico	17 de marzo de 2022 (*Caso de las medidas extraordinarias para la adquisición de áreas en el Corredor Vial Apurímac-Cusco*)
8	Decreto de Urgencia N.° 7-2019, que declara a los medicamentos, productos biológicos y dispositivos médicos como parte esencial del derecho a la salud y dispone medidas para garantizar su disponibilidad	Infundada la demanda al no alcanzarse los cinco votos necesarios para expulsar la norma del ordenamiento jurídico	21 de abril de 2022 (*Caso del cuestionamiento de los procesos de decisión en el ámbito de la administración pública*)

Fuente: elaboración propia.

IX. CONTROL DE LA VACANCIA PRESIDENCIAL

El 26 de enero de 2020 se realizaron las elecciones para elegir al nuevo Congreso, que completaría el periodo del disuelto el 30 de septiembre de 2019. Para Delgado-Guembes (2020), el nuevo Congreso estuvo integrado por personas sin experiencia parlamentaria, a la vez que conformado por nueve agrupaciones políticas, aunque ninguna alcanzó más de treinta representantes (p. 51), lo que evidencia que si bien el Gobierno no tuvo una agrupación política propia que participara en las elecciones, se logró reducir el número de escaños del partido político que tuvo la mayoría parlamentaria en el Congreso disuelto. Sin embargo, estos resultados no garantizaron que el Ejecutivo contara con un Congreso a su favor, pues con base en información sobre actos de corrupción que involucraban al presidente de la república Vizcarra Cornejo, se presentaron dos mociones de vacancia en su contra por permanente incapacidad moral.

Contra el primer pedido de vacancia, admitido a trámite el 11 de septiembre de 2020, el Poder Ejecutivo interpuso una demanda competencial ante el Tribunal Constitucional, alegando que el Congreso afectaba la competencia del presidente de la república «para dirigir la política general del Gobierno durante el periodo de cinco años para el que ha sido elegido», por lo se acudía al Tribunal para evitar que la vacancia sea utilizada «como mecanismo de control político y sanción para dar por concluido de forma anticipada un mandato presidencial» (Demanda competencial interpuesta por el Poder Ejecutivo contra el Congreso de la República, 2020, p. 1). De esta manera, se planteaba ante el Tribunal Constitucional, por vez primera, el debate jurídico en torno a la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, prevista en el numeral 2 del artículo 113 de la Constitución.

Si bien la primera moción de vacancia fue rechazada (Diario de los Debates del Congreso de la República, 2020a, p. 193), en menos de dos meses se volvió a presentar otra, aprobada el 9 de noviembre de 2020 por una abrumadora mayoría (tabla 12) (2020b, p. 121).

Tabla 12. Votación en el Congreso respecto a las mociones de vacancia presidencial contra Vizcarra Cornejo

Moción de vacancia	Votación
Primera moción de vacancia	Setenta y ocho votos en contra, treinta y dos a favor y quince abstenciones
Segunda moción de vacancia	Ciento cinco votos a favor, diecinueve en contra y cuatro abstenciones

Fuente: elaboración propia.

La aprobación de la segunda moción de vacancia por parte del Congreso dio lugar a una grave crisis política en el país, luego de la cual el Tribunal recién se pronunció sobre la demanda competencial relacionada con el primer pedido de vacancia, declarándola improcedente —por mayoría— al invocar el formalismo de la sustracción de la materia (tabla 13); es decir, sin analizar el fondo de la controversia ni interpretar la Constitución respecto a los alcances de la vacancia por permanente incapacidad moral (*Caso de la vacancia del presidente de la República*, 2020, p. 8). Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, esta omisión «ha contribuido a la situación de incertidumbre jurídica sobre la interpretación de dicha figura constitucional» (2022).

Tabla 13. Votación en proceso competencial sobre la vacancia presidencial (noviembre de 2020)

Magistrados	Voto
Blume Fortini, Ferrero Costa, Miranda Canales y Sardón de Taboada	Votaron por declarar improcedente la demanda por sustracción de la materia
Ledesma Narváez (ponente) y Ramos Núñez	Votaron por declarar fundada en parte la demanda y, en consecuencia, declarar que el Poder Legislativo hizo un uso indebido de su competencia respecto a la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral
Espinosa-Saldaña Barrera	Votó por declarar fundada la demanda

Fuente: elaboración propia.

X. CONTROL DE REFORMAS CONSTITUCIONALES

Veintisiete leyes de reforma constitucional fueron aprobadas desde la promulgación de la Constitución de 1993 hasta julio de 2021, quince en el periodo legislativo 2016-2021. Las reformas aprobadas por el Congreso elegido en 2016 fueron ocho[23], de las cuales tres fueron ratificadas mediante referéndum; y las aprobadas por el Congreso elegido en 2020 fueron siete[24].

Las tres últimas reformas constitucionales del Congreso elegido en 2020 fueron aprobadas en primera votación entre los meses de abril y mayo de 2021, durante lo que iba a ser su último periodo de sesiones. Sin embargo, en junio de 2021 el Congreso modificó su Reglamento a fin de aumentar de tres a cuatro el número de legislaturas (Resolución Legislativa del Congreso N.° 21-2020-2021-CR, 2021). La creación de la «cuarta legislatura», como se le conoció de forma coloquial, que empezó el 13 de junio de 2021 y terminó el 16 de julio de 2021, tuvo por

23 Se trató de las leyes de reforma constitucional N.° 30558, 30588, 30650, 30651, 30738, 30904, 30905 y 30906.

24 Se trató de las leyes de reforma constitucional N.° 31043, 31097, 31118, 31122, 31280, 31304 y 31305.

objetivo principal contar con una legislatura adicional que permitiera aprobar diversas reformas constitucionales, cumpliéndose formalmente, pero de manera forzada, con el requisito de las dos legislaturas ordinarias sucesivas previsto en el artículo 206 de la Constitución. Se contravenía, de esta forma, el principio de rigidez constitucional, que, «manifiesta la garantía de estabilidad de las normas constitucionales, […] resulta del propio origen de estas (poder constituyente) y de la consecuente exigencia de la supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico» (Peralta, 2007, p. 391).

Tres colegios de abogados interpusieron demandas de inconstitucionalidad contra esta modificación al Reglamento del Congreso. Mediante sentencia del 11 de noviembre de 2021, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y, en consecuencia, inconstitucional la modificación que permitía la «cuarta legislatura» (*Caso del desdoblamiento de las legislaturas ordinarias*, 2021, p. 20). Asimismo, declaró inconstitucionales las tres reformas a la Constitución que fueron aprobadas en primera votación entre abril y mayo de 2021, y en segunda votación en julio de 2021, durante la «cuarta legislatura», relacionadas con el levantamiento del secreto bancario (Constitución Política del Perú, 1993, art. 2, inc. 5)[25], la protección del patrimonio cultural (art. 21)[26] y la prohibición del presidente de la república de ausentarse del país una vez concluido su mandato (art. 112, § 2)[27]. De acuerdo con el Tribunal, la modificación al Reglamento estuvo dirigida a «trastocar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Constitución» respecto a procedimientos parlamentarios especialmente importantes, como «la reforma constitucional (evitando así, la consulta popular)» (*Caso del desdoblamiento de las legislaturas ordinarias*, 2021, p. 16).

Esta decisión fue adoptada por unanimidad en un fallo bastante singular, dado que la ponencia recayó en un magistrado que en una controversia anterior se había manifestado como renuente a que el proceso de inconstitucionalidad sea empleado para cuestionar reformas constitucionales[28]. Se trató, a la vez, de uno de los pocos casos, en la etapa final del Tribunal integrado por magistrados elegidos en 2014,

25 Ley N.° 31305, Ley de reforma constitucional que fortalece la lucha anticorrupción en el marco del levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 23 de julio de 2021. Respecto a esta norma, la primera votación se realizó el 31 de mayo de 2021 y la segunda el 15 de julio de 2021.

26 Ley N.° 31304, Ley de reforma constitucional que refuerza la protección del patrimonio cultural de la Nación, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 23 de julio de 2021. Respecto a esta norma, la primera votación se realizó el 23 de abril de 2021 y la segunda el 16 de julio de 2021.

27 Ley N.° 31280, Ley de reforma constitucional que establece el régimen de residencia temporal del expresidente de la República, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 16 de julio de 2021. Respecto a esta norma, la primera votación se realizó el 14 de mayo de 2021 y la segunda el 14 de julio de 2021.

28 En el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N.° 30904, que reformó la Constitución para crear la Junta Nacional de Justicia, tanto en el auto admisorio como en su voto singular sobre el fondo, el magistrado Sardón de Taboada manifestó que el Tribunal Constitucional no puede controlar las leyes de reforma constitucional (*Caso de la Junta Nacional de Justicia*, 2021, p. 36).

en donde hubo una sentencia por unanimidad, pues otros culminaron únicamente en pronunciamientos desestimatorios al no alcanzarse los cinco votos necesarios para declarar fundada la demanda, como ocurrió en el caso sobre el Nuevo Código Procesal Constitucional.

XI. CONTROL DE NORMAS DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL CONTRARIAS A LA AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Desde diciembre de 2004, la legislación sobre los procesos constitucionales en el Perú se encontraba regulada en el Código Procesal Constitucional (Ley N.° 28237, 2004). Si bien había sido objeto de algunas modificaciones, fue la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la fuente a través de la cual se precisaron sus alcances. Por ello, llamó la atención el interés del Congreso elegido en el año 2020 por aprobar de manera rápida un nuevo código (Ley N.° 31307, 2021), faltando solo dos meses para culminar sus actividades (tabla 14).

Tabla 14. Aprobación del Nuevo Código Procesal Constitucional en el Congreso

Fecha	Etapas del procedimiento de aprobación
4 de marzo de 2021	Congresistas de la república presentan el Proyecto de Ley N.° 7271-2020-CR, sobre el Nuevo Código Procesal Constitucional
12 de mayo de 2021	Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento respecto a las reformas al Código Procesal Constitucional (Dictamen recaído en los proyectos de ley N.° 3478-2018-C, 3754-2018-CR y 7271-2020-CR)
21 de mayo de 2021	Aprobación en el Pleno del Congreso del Nuevo Código Procesal Constitucional
2 de julio de 2021	El Poder Ejecutivo observa la Autógrafa de Ley
14 de julio de 2021 (a dos días de culminar la denominada «cuarta legislatura»)	Rechazo a las observaciones del Poder Ejecutivo por parte del Pleno del Congreso
23 de julio de 2021	Publicación del Nuevo Código Procesal Constitucional en el *Diario Oficial El Peruano*

Fuente: elaboración propia.

En el Nuevo Código se incorporaron artículos relacionados con las votaciones requeridas en el Tribunal Constitucional para adoptar decisiones en materia de procesos de inconstitucionalidad[29] y

29 El Nuevo Código establece que en el proceso de inconstitucionalidad, para declarar inadmisible o improcedente una demanda, se requiere cuatro votos conformes (arts. 102-103) y, para declarar la

competenciales[30], así como para emitir precedentes vinculantes[31]. Se trataba de una materia no regulada en el anterior Código Procesal Constitucional y respecto a la cual se aplicaba la regla prevista en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (2004), que solo exige cinco votos conformes para declarar inconstitucional una norma o declarar inadmisible una demanda de inconstitucionalidad, por lo que en los demás casos las decisiones del colegiado se adoptaban por mayoría simple de cuatro votos, como ocurrió en el proceso competencial contra la disolución del Congreso de la República.

En los proyectos de ley que dieron origen al Nuevo Código no existe una justificación para incluir normas sobre las votaciones del Tribunal en una ley que regula, conforme al artículo 200 de la Constitución, el desarrollo de los procesos constitucionales[32]. Este tema tampoco se analizó en el dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento (2021)[33], durante el debate en el Pleno del Congreso al momento de aprobarse la norma (Diario de los Debates del Congreso de la República, 2021b, pp. 47-63), ni al insistir en el texto original luego de las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo, una de las cuales estaba referida al tema de los votos (Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Poder Ejecutivo contra la Ley N.° 31307, 2021, p. 10).

Asimismo, el Nuevo Código incluye normas contrarias a precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional. En este sentido, el artículo 24 señala que en esta instancia «es obligatoria la vista de la causa», con lo cual se dejó sin efecto el precedente vinculante del Tribunal Constitucional emitido en el *Caso Vásquez Romero* (2014, pp. 11-12), en virtud del cual, en determinados supuestos, se encontraba facultado para emitir sentencia sin realización de audiencia.

Hasta el 28 de julio de 2021, el Nuevo Código fue objeto de dos demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Colegio de

inconstitucionalidad de una norma, cinco votos conformes (art. 107).

30 El Nuevo Código establece que en el proceso competencial, para aprobar una medida cautelar, declarar inadmisible una demanda y emitir sentencia, se requiere cinco votos conformes (arts. 110 y 112).

31 El artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código señala que para «crear, modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente vinculante se requiere la reunión del Pleno del Tribunal Constitucional y el voto conforme de cinco magistrados».

32 El Nuevo Código tuvo su origen en tres proyectos de ley. El Proyecto N.° 3478-2018, presentado el 2 de octubre de 2018, solo proponía modificar el artículo 66 del anterior Código, relacionado con el objeto del proceso de cumplimiento. El Proyecto N.° 3754-2018-CR, presentado el 21 de diciembre de 2018, solo proponía modificar los artículos 56 y 97, sobre el pago de costas y costos. Será el proyecto de Ley N.° 7271-2020-CR, presentado el 4 de marzo de 2021, en donde se incluirán las modificaciones relacionadas con las votaciones en el Tribunal, pero sin mayor explicación, no solo sobre este tema, sino sobre todos los cambios que planteaba el proyecto a todo el Código.

33 Solo en la sección del dictamen donde se da cuenta de la intervención del congresista Retamozo Lezama se aprecia una referencia al tema de incluir reglas sobre las votaciones en el Nuevo Código, pero relacionadas con la posibilidad de hacerlo para los casos en donde el Tribunal decida dar un sentido interpretativo a las normas impugnadas a través del proceso de inconstitucionalidad (Dictamen recaído en los proyectos de Ley N.° 3478-2018-CR, 3754-2018-CR y 7271-2020-CR, 2021, pp. 55-56).

Abogados de La Libertad y el Poder Ejecutivo. En ambas se invocó la contravención del precedente vinculante del Tribunal Constitucional emitido en el *Caso Vásquez Romero*. Solo en la demanda del Poder Ejecutivo se planteó la controversia en torno a las votaciones al interior del Tribunal incorporadas en el Nuevo Código, en particular respecto a los procesos competenciales, alegando que no existía ningún problema jurídico concreto que justificara dejar de lado la práctica jurisprudencial de emitir sentencia con solo cuatro votos, por lo que cambiar esta tendencia mediante una norma afectaba la autonomía e independencia reconocida al Tribunal en el artículo 201 de la Constitución (Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Poder Ejecutivo contra la Ley N.° 31307, 2021, pp. 24-25). De igual forma, únicamente en la demanda del Poder Ejecutivo se planteó la inconstitucionalidad por razones de forma, entre otros motivos porque las observaciones formuladas por este a la autógrafa de ley no fueron objeto de dictamen de comisión.

Las dos demandas fueron acumuladas en un solo proceso y la audiencia respectiva se realizó el 17 de noviembre de 2021, en la cual solo el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera formuló preguntas, enfocadas precisamente en el tema de la relación entre la legislación y los precedentes vinculantes, y las votaciones para resolver los procesos constitucionales (Tribunal Constitucional del Perú, 2021, min. 1:18:40-1:43:00).

La ponencia respectiva, a cargo de la magistrada Ledesma Narváez y respaldada por solo dos magistrados (tabla 15), planteaba declarar la inconstitucionalidad del Nuevo Código por razones de forma, acogiendo la posición del Poder Ejecutivo sobre los vicios en el procedimiento parlamentario que le dio origen. Por su parte, los otros magistrados consideraron que no existía inconstitucionalidad por razones de forma. Como no se alcanzaron los cinco votos requeridos para expulsar las normas impugnadas del ordenamiento jurídico, por mandato legal del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional las demandas fueron declaradas infundadas (*Caso del Nuevo Código Procesal Constitucional*, 2021).

Tabla 15. Votación en proceso de inconstitucionalidad contra el Nuevo Código Procesal Constitucional

Magistrados	Voto
Espinosa-Saldaña Barrera, Ledesma Narváez (ponente) y Miranda Canales	Votaron por declarar fundada la demanda
Blume Fortini, Ferrero Costa y Sardón de Taboada	Votaron por declarar infundada la demanda

Fuente: elaboración propia.

XII. EVALUACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El derecho constitucional tiene como objeto de estudio las instituciones jurídico-políticas del Estado constitucional, por lo que no se limita al análisis del texto literal de las normas constitucionales. Sin embargo, es posible identificar dos tendencias en esta disciplina jurídica; por un lado, el estudio de la Constitución a partir, precisamente, del texto literal de sus artículos, sin dar mayor espacio a su interpretación; y, de otra parte, el estudio de las normas constitucionales a partir de los principios o fundamentos del Estado constitucional, lo que implica necesariamente una labor de interpretación. Esta distinción es importante reconocerla, pues permite evaluar las diversas formas de entender la Constitución por parte del Congreso, el Poder Ejecutivo e, incluso, el Tribunal Constitucional.

Asimismo, el reconocimiento de la Constitución como norma jurídica implica que debe ser interpretada al momento de resolver problemas jurídico-constitucionales, lo cual justifica la existencia del Tribunal Constitucional, la asignación de competencias a este órgano para conocer procesos constitucionales y su calidad de intérprete supremo de las normas constitucionales. Conforme más complejas sean las controversias puestas en su conocimiento, mayor importancia, relevancia y legitimidad obtiene esta institución. De igual forma, un Tribunal que decide pronunciarse sobre el fondo de dichas controversias fortalece el Estado constitucional y, si estas versan sobre el conflicto entre los órganos políticos (Congreso y Poder Ejecutivo), se fortalece la democracia. Resolver el fondo de las controversias implica interpretar la Constitución y fortalece la labor de control constitucional, que garantiza la supremacía normativa del texto constitucional. Acudir a formalismos jurídicos para no resolver un caso constituye un límite a la labor de los tribunales constitucionales.

En el caso específico de los conflictos entre órganos políticos, especial atención tiene el respeto y la garantía del principio de separación de poderes, que ha ido evolucionando, desde el esquema original de la rígida distribución de funciones hasta la interacción necesaria que debe existir entre tales órganos para alcanzar el objetivo central del Estado constitucional, cual es la plena vigencia de los derechos fundamentales.

En atención a lo expuesto, en el ámbito de análisis de la Constitución es posible identificar posiciones conservadoras y progresistas. Las primeras se identifican por una lectura literal de las normas constitucionales, el no reconocimiento de la capacidad de un tribunal constitucional para interpretar la Constitución y la aplicación del principio de separación de poderes en su perspectiva más restringida. En el caso de las segundas, se identifican por reconocer la trascendencia e importancia de la

interpretación de las normas constitucionales, aceptar que el tribunal es el supremo intérprete de la Constitución y asumir una perspectiva más moderna de la separación de poderes, orientada a la interacción entre los órganos políticos del Estado.

En el caso del Tribunal Constitucional peruano, desde el inicio de sus actividades en 1996 bajo los alcances de la Constitución de 1993, ha estado integrado por magistrados con posiciones conservadoras y progresistas. Dependiendo del periodo que se analice, se puede apreciar mayorías que inclinan la balanza en alguna de estas direcciones. Asimismo, en cada una de las tendencias se pude identificar posiciones moderadas o extremistas.

Dado que la elección de los magistrados del Tribunal corresponde al Congreso de la República, en ellos se verá reflejada la tendencia existente en este órgano político. Por ejemplo, cuando en 1996 se eligió a los primeros magistrados del Tribunal Constitucional, el Congreso contaba con una amplia mayoría afín al gobierno autoritario del ex presidente Fujimori, lo que explica las dificultades para el desarrollo de sus actividades. En la recomposición parcial del año 2007 se produjo «una alianza perversa entre las fuerzas políticamente conservadoras y las fuerzas autoritarias abanderadas de un discurso antiético», lo cual dio lugar a «una jurisprudencia contraria, en diferentes grados de intensidad, a la lucha contra la corrupción y de la tolerancia pasiva con el narcotráfico; favoreciendo la impunidad de la violación de los derechos humanos» (Landa, 2011, p. 211).

Respecto al periodo objeto de análisis en este trabajo se puede afirmar, como resultado de las votaciones de los magistrados en los casos sobre las relaciones entre el Congreso y el Poder Ejecutivo a las que se ha hecho referencia, que por un tiempo hubo una ligera y frágil tendencia mayoritaria progresista, que se manifestó de manera clara en el caso sobre la disolución del Congreso; pero, en otros casos de especial relevancia (como el de la vacancia presidencial), primó la tendencia conservadora.

Tabla 16. Tendencias en el Tribunal Constitucional respecto a la interpretación de la Constitución

Magistrados	Tendencia
Espinosa-Saldaña Barrera, Ledesma Narváez y Ramos Núñez	Tendencia progresista respecto a la interpretación de la Constitución
Miranda Canales	Tendencia ambivalente
Blume Fortini, Ferrero Costa y Sardón de Taboada	Tendencia conservadora respecto a la interpretación de la Constitución

Fuente: elaboración propia.

Mientras el proceso de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional quede en manos únicamente del Congreso de la República, las tendencias políticas presentes en el mismo repercutirán en la labor del supremo intérprete de la Constitución, siendo necesario identificar procedimientos e instancias de selección de magistrados que se orienten a garantizar la presencia de profesionales que aseguren que el Tribunal cumpla su función, que no consiste únicamente en resolver expedientes para reducir la carga procesal, sino en interpretar la Constitución y realizar una efectiva labor de control constitucional, incluso del órgano que elige a sus integrantes. Una opción sería reformar la Constitución a fin de que la Junta Nacional de Justicia, órgano constitucional en el Perú responsable de la elección de los jueces del Poder Judicial, asuma la tarea de evaluar a los candidatos al Tribunal Constitucional desde una perspectiva esencialmente técnica y jurídica, dejando en el Congreso la decisión política final sobre la elección.

XIII. CONCLUSIONES

En el periodo objeto de análisis en la presente investigación, llegaron a conocimiento del Tribunal Constitucional por vez primera demandas sobre temas políticos como la cuestión de confianza, la disolución del Congreso, la vacancia presidencial y los decretos de urgencia extraordinarios para cuya resolución se requería la interpretación de las normas constitucionales. Ello se dio bajo la perspectiva de garantizar el régimen político previsto en la Constitución, que no se orienta hacia la preeminencia del Congreso en la adopción de las decisiones políticas, sino hacia un modelo presidencial atenuado en el cual dicha preeminencia recae en el Poder Ejecutivo, pero con mecanismos de control parlamentario. A la vez que el Tribunal debía resolver estos casos, se intentó afectar el normal desarrollo de sus actividades mediante un proceso de acusación constitucional a cargo del Congreso contra cuatro de sus integrantes y procedimientos de elección de nuevos magistrados, también en manos del órgano legislativo, que fueron cuestionados por su falta de transparencia.

De la revisión de las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional para resolver los conflictos políticos entre el Congreso y el Poder Ejecutivo se puede concluir que en algunos casos llegó a expedir sentencias, como en las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra leyes y modificaciones al Reglamento del Congreso aprobadas por las mayorías parlamentarias elegidas en 2016 y 2020, o en el proceso competencial sobre la disolución del Congreso, en donde se aprecia la valoración de los argumentos de ambas partes sobre los alcances de la cuestión de confianza prevista en el artículo 133 de la Constitución. En otros casos, como la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra la

intención del Congreso de limitar el funcionamiento del Tribunal a través de la regulación de las votaciones en el Nuevo Código Procesal Constitucional, se declaró infundada la demanda al no alcanzarse los cinco votos necesarios para expulsar una norma del ordenamiento jurídico, situación en la cual, técnicamente, no existe una sentencia que contenga argumentos de fondo sobre el análisis de la controversia jurídico-constitucional, sino solo los votos de los magistrados. En un caso de especial relevancia, como el proceso competencial sobre la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, el Tribunal declaró la sustracción de la materia, sin análisis constitucional alguno sobre un tema que sigue generando inestabilidad política, al ser empleado como una vía para interrumpir el mandato presidencial de cinco años, alterándose el régimen político peruano y el sistema de pesos y contrapesos entre el Congreso y el Ejecutivo. Respecto a los decretos de urgencia extraordinarios que puede dictar el Poder Ejecutivo durante el interregno parlamentario, las diversas demandas interpuestas por colegios profesionales no recibieron de parte del Tribunal una respuesta clara y definitiva sobre los límites para legislar a través de tales decretos mientras dure la disolución del Congreso.

En consecuencia, durante el inestable periodo político peruano 2016-2021, el Tribunal Constitucional cumplió su función de órgano de control e interpretación constitucional en casos de suma importancia política, como el de la disolución del Congreso; pero en otros de igual relevancia, como la controversia sobre la vacancia presidencial, omitió interpretar las normas constitucionales y garantizar el régimen político presidencial previsto en la Constitución de 1993, así como el principio de separación y equilibrio de poderes.

REFERENCIAS

24 Horas. (2016, 16 de diciembre). *Jaime Saavedra: crónica de la censura al ministro de Educación* [video de Youtube]. https://www.youtube.com/watch?v=Sdm6GdK6TAY

América Noticias. (2019, 30 de septiembre). *Cuarto Poder: Martín Vizcarra sobre el TC (Entrevista Completa)* [video de Youtube]. https://www.youtube.com/watch?v=w7NPn-vV5VE

Blancas, C. (1996). El Poder Ejecutivo presidencial. *Pensamiento Constitucional*, *3*(3), 85-102.

Cajaleón, E. (2018). Derechos fundamentales de los parlamentarios y congresistas «no agrupados» en el Perú: una alternativa menos gravosa el Grupo Mixto. *Pensamiento Constitucional*, *23*(23), 51-90.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2019). «CIDH urge transparencia en el proceso de selección de seis magistrados del Tribunal Constitucional del Perú y hace un llamado a garantizar su independencia»

[comunicado de prensa]. Washington D. C. https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/241.asp

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2022). «Visita a Perú: CIDH observa riesgos a la institucionalidad democrática y llama a las instituciones a ejercer su mandato con apego a la legalidad y debido proceso» [comunicado de prensa]. Washington D. C. https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2022/233.asp

Diario de los Debates del Congreso de la República (2016, 15 de diciembre). *23.ª SESIÓN (Matinal)*. https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525808B000AAF83/$FILE/PLO-2016-23.pdf

Diario de los Debates del Congreso de la República (2017, 14 de septiembre). *PRIMERA LEGISLATURA ORDINARIA DE 2017 11.ª A SESIÓN (Matinal)*. https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525819C00209D89/$FILE/PLO-2017-11A.pdf

Diario de los Debates del Congreso de la República (2018, 19 de septiembre). *PRIMERA LEGISLATURA ORDINARIA DE 2018 8.ª B SESIÓN (Matinal)*. https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525830E005817E0/$FILE/PLO-2018-8B.pdf

Diario de los Debates del Congreso de la República (2019a, 4 de junio). *SEGUNDA LEGISLATURA ORDINARIA DE 2018 11.ª SESIÓN (Matinal) (Texto Borrador)*. https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905258410005C413E/$FILE/SLO-2018-11.pdf

Diario de los Debates del Congreso de la República (2019b, 5 de junio). *SEGUNDA LEGISLATURA ORDINARIA DE 2018 11.ª A SESIÓN (Matinal) (Texto Borrador)*. https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE9052584100076259B/$FILE/SLO-2018-11A.pdf

Diario de los Debates del Congreso de la República (2019c, 25 de julio). *SEGUNDA LEGISLATURA ORDINARIA DE 2018 14.ª C SESIÓN (Matinal) (Texto Borrador)*. https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525844300619D06/$FILE/SLO-2018-14C.pdf

Diario de los Debates del Congreso de la República (2020a, 18 de septiembre). *SEGUNDA LEGISLATURA PARA COMPLETAR EL PERÍODO PARLAMENTARIO 2016-2021 17.ª SESIÓN (VIRTUAL) (Matinal)*. https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/E7499349B8A71348052587F80009B61F/$FILE/slo-2020-17.pdf

Diario de los Debates del Congreso de la República (2020b, 9 de noviembre). *SEGUNDA LEGISLATURA PARA COMPLETAR EL PERÍODO PARLAMENTARIO 2016-2021 23.ª SESIÓN (VIRTUAL) (Matinal)*.https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/2C82681589DFA189052587F8000B874B/$FILE/slo-2020-23.pdf

Diario de los debates del Congreso de la República (2021a, 7 de julio). *CUARTA LEGISLATURA ORDINARIA PARA COMPLETAR EL PERÍODO PARLAMENTARIO 2016-2021 3.ª SESIÓN (Matinal)*. https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/45CCC6596B0FFCE20525872500773D8C/$FILE/CLO-2020-3.pdf

Diario de los debates del Congreso de la República. (2021b, 21 de mayo). *TERCERA LEGISLATURA ORDINARIA PARA COMPLETAR EL PERÍODO PARLAMENTARIO 2016-2021. 25.ª A SESIÓN (Matinal)*. https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/C039E0F7D170E209052587250074DAE5/$FILE/TLO-2020-25A.pdf

Delgado-Guembes, C. (2020). Riesgos y alternativas para la validez y el funcionamiento constitucional del Parlamento virtual. *Pensamiento Constitucional*, *25*(25), 37-70.

Eguiguren, F. J. (1998). Relaciones entre el poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú: La evolución del Modelo y los nuevos problemas. *Pensamiento Constitucional*, *5*(5), 115-133.

Eguiguren, F. J. (2019a). La cuestión de confianza y la reciente sentencia del Tribunal Constitucional. *Ius et Veritas*, (57), 190-197. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201802.011

Eguiguren, F. J. (2019b). Crisis política y controversias constitucionales: ¿disolución del Congreso válida o golpe de Estado? *Pensamiento Constitucional*, *24*(24), 235-258.

Fernández, F. (1990). Las relaciones entre los órganos de Gobierno en la Constitución del Perú: un modelo híbrido entre el presidencialismo y el parlamentarismo. *Derecho*, (43-44), 161-190.

Fujimori, A. (1992). *Mensaje a la Nación del presidente del Perú, Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, el 5 de abril de 1992*. Congreso de la República. https://www.congreso.gob.pe/participacion/museo/congreso/mensajes/mensaje-nacion-05-04-1992

Góngora, M. (2022). Propuestas para una jurisdicción constitucional transformadora en Chile a la luz de experiencias de justicia constitucional en América Latina. *Estudios constitucionales*, *20*(num. especial), 319-349. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002022000300319

Julcarima, G., & Marroquín, M. (2016). La democracia peruana según las Elecciones Generales 2016: límites y desafíos del diseño institucional. *Revista Elecciones*, *15*(16), 53-74. https://doi.org/10.53557/Elecciones.2016.v15n16.03

Landa, C. (2007). *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra.

Landa, C. (2011). *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional. Entre el Derecho y la política*. Lima: Palestra.

Landa, C. (2020a). Estatuto del juez constitucional en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, *25*(25), 101-127.

Landa, C. (2020b). La cuestión de confianza y la disolución del Congreso Peruano. *Parlamento y Constitución. Anuario*, (21), 41-82.

Loaiza, P. (2013). La judicialización de la política en el Perú: Una observación del Tribunal Constitucional y sus decisiones frente a la píldora del día siguiente (2001-2010). *Politai*, *4*(7), 179-195. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/politai/article/view/13904

Martinez, K. (2019). Dinero, poder y política: financiamiento electoral como clave en la influencia de Odebrecht en Perú y México. *Politai*, *10*(18), 128-168. https://doi.org/10.18800/politai.201901.005

Peralta, R. (2007). Sobre el poder constituyente y la rigidez constitucional. *Pensamiento Constitucional*, *12*(12), 377-400.

Pérez, N. (1984). *Tratado de Derecho Político*. Madrid: Civitas.

Solozábal, J. (1981). Sobre el principio de separación de poderes. *Revista de Estudios políticos (Nueva Época)*, (25), 215-234.

Vizcarra, M. (2018). *Mensaje a la Nación, 28 de Julio de 2018*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/266712/MENSAJE-NACION-28-07-2018.pdf

Vizcarra, M. (2019a). *Mensaje a la Nación, Presidente de la República, Martín Vizcarra Cornejo, 28 de julio de 2019*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/348220/Mensaje_a_la_Naci%C3%B3n.pdf

Vizcarra, M. (2019b). *Mensaje a la Nación del Presidente de la República, Martín Vizcarra Cornejo, 30 de setiembre de 2019*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/374805/Mensaje_a_la_Naci%C3%B3n_30-09-19.pdf

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Audiencia pública remota de pleno, Lima 17-11-2021 (Tribunal Constitucional [Perú], 17 de noviembre de 2021). https://www.youtube.com/watch?v=7SeozYDzH4w

Caso Ayala Gonzáles, Concesorio de medida cautelar, Expediente 02425-2021-42-1801-JR-DC-03 (Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lima [Perú], 6 de julio de 2021).

Caso cuestión de confianza y crisis total del gabinete, Expediente 6-2018-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 6 de noviembre de 2018).

Caso de la devolución de aportes al Sistema Nacional de Pensiones, Sentencia 151-2021, Expediente 16-2020-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 4 de febrero de 2021).

Caso de la incorporación de los trabajadores del régimen CAS al Decreto Legislativo 276 y Decreto Legislativo 728, Sentencia 979-2021, Expediente 13-2021-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 30 de noviembre de 2021).

Caso de la intervención notarial en el arrendamiento financiero, Sentencia 679-2021, Expediente 10-2020-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 10 de junio de 2021).

Caso de la Junta Nacional de Justicia, Sentencia 890-2021, Expediente 13-2020-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 19 de octubre de 2021).

Caso de la ley de ascenso, nombramiento y beneficios para el personal de salud, Expediente 11-2020-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 15 de diciembre de 2020).

Caso de la ley que regula el gasto de publicidad estatal, Expedientes 12-2018-PI/TC y 13-2018-PI/TC (acumulados) (Tribunal Constitucional [Perú], 11 de octubre de 2018).

Caso de la ley que suspende el cobro de los peajes, Expediente 6-2020-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 25 de agosto de 2020).

Caso de la Modificatoria de la Ley del Imarpe, Sentencia 845/2021, Expediente 1-2021-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 7 de septiembre de 2021).

Caso de la modificatoria del Decreto Legislativo 1133 por la Ley 30683, Sentencia 881-2021, Expediente 2-2018-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 28 de septiembre de 2021).

Caso de la negociación colectiva en el sector público, Sentencia 32-2021, Expediente 3-2020-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 7 de enero de 2021).

Caso de la negociación colectiva en el sector público II, Sentencia 587-2021, Expediente 4-2021-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 6 de mayo de 2021).

Caso de la negociación colectiva en el sector público III, Sentencia 984-2021, Expediente 18-2021-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 23 de noviembre de 2021).

Caso de la participación de las Fuerzas Armadas en la interdicción del TID en zonas declaradas en estado de emergencia, Sentencia 953-2020, Expediente 11-2019-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 10 de noviembre de 2020).

Caso de la vacancia del presidente de la República por incapacidad moral, Sentencia 778/2020, Expediente 2-2020-CC/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 19 de noviembre de 2020).

Caso de las medidas extraordinarias para la adquisición de áreas en el Corredor Vial Apurímac-Cusco, Sentencia 198/2022, Expediente 15-2020-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 17 de marzo de 2022).

Caso de las limitaciones en la reincorporación por mandato judicial e ingreso al régimen laboral público establecidas en el Decreto de Urgencia 016-2020, Sentencia 479/2021, Expediente 8-2020-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 6 de abril de 2021).

Caso del cuestionamiento de los procesos de decisión en el ámbito de la administración pública, Sentencia 201/2022, Expediente 2-2021-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 21 de abril de 2022).

Caso del desdoblamiento de las legislaturas ordinarias, Sentencia 918/2021, Expedientes 19-2021-PI/TC, 21-2021-PI/TC y 22-2021-PI/TC (acumulados) (Tribunal Constitucional [Perú], 11 de noviembre de 2021).

Caso del Nuevo Código Procesal Constitucional, Sentencia 954-2021 - Expedientes 25-2021-PI/TC y 28-2021-PI/TC (acumulados) (Tribunal Constitucional [Perú], 23 de noviembre de 2021).

Caso Humberto Bocanegra Chávez a favor de José Santiago Bryson de la Barra y otros, Expediente 1969-2011-HC/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 22 de febrero de 2022).

Caso Durand y Ugarte vs. Perú, Medidas provisionales (Corte IDH, 1 de junio de 2020).

Caso Durand y Ugarte vs. Perú, Medidas provisionales respecto del Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8 de febrero de 2018).

Caso Humberto Bocanegra Chávez a favor de José Santiago Bryson de la Barra y otros, Expediente 1969-2011-HC/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 5 de abril de 2016).

Caso Humberto Bocanegra Chávez a favor de José Santiago Bryson de la Barra y otros, Expediente 1969-2011-HC/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 14 de junio de 2013).

Caso Ley de la Carrera del Trabajador Judicial, Sentencia 432-2020, Expediente 29-2018-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 20 de agosto de 2020).

Caso modificación del art. 37 del Reglamento del Congreso sobre regulación de los grupos parlamentarios, Expediente 1-2018-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 10 de julio de 2018).

Caso sobre la disolución del Congreso de la República, Expediente 6-2019-CC/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 14 de enero de 2020).

Caso Vásquez Romero, Expediente 987-2014-PA/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 6 de agosto de 2014).

Decreto de Urgencia N.° 2-2019-PCM, que aprueba medidas para la realización de las elecciones para un nuevo Congreso (Poder Ejecutivo [Perú], 2019). *Diario Oficial El Peruano*, edición extraordinaria, 9 de octubre de 2019.

Decreto de Urgencia N.° 7-2019-PCM, que declara a los medicamentos, productos biológicos y dispositivos médicos como parte esencial del derecho a la salud y dispone medidas para garantizar su disponibilidad (Poder Ejecutivo [Perú], 2019). *Diario Oficial El Peruano*, 31 de octubre de 2019.

Decreto de Urgencia N.° 26-2019-PCM, que aprueba medidas extraordinarias de liberación y expropiación de áreas y la implementación de las intervenciones viales temporales a realizarse en el corredor vial Apurímac - Cusco (Poder Ejecutivo [Perú], 2019). *Diario Oficial El Peruano*, 12 de diciembre de 2019.

Decreto de Urgencia N.° 27-2019-PCM, que modifica el Decreto de Urgencia 026-2019, Decreto de Urgencia que aprueba medidas extraordinarias para la

adquisición de áreas y la implementación de las intervenciones viales temporales a realizarse en el corredor vial Apurímac - Cusco (Poder Ejecutivo [Perú], 2019). *Diario Oficial El Peruano*, 14 de diciembre de 2019.

Decreto de Urgencia N.° 13-2020-PCM, que promueve el financiamiento de la MIPYME, Emprendimientos y *Startups* (Poder Ejecutivo [Perú], 2020). *Diario Oficial El Peruano*, 23 de enero de 2020.

Decreto de Urgencia N.° 14-2020-PCM, que regula disposiciones generales necesarias para la negociación colectiva en el sector público (Poder Ejecutivo [Perú], 2020). *Diario Oficial El Peruano*, 23 de enero de 2020.

Decreto de Urgencia N.° 15-2020-PCM, que modifica el Decreto Legislativo 95, Ley del Instituto del Mar del Perú - IMARPE, para la mejora y el fortalecimiento del rol y la gestión Institucional (Poder Ejecutivo [Perú], 2020). *Diario Oficial El Peruano*, 23 de enero de 2020.

Decreto de Urgencia N.° 16-2020-PCM, que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público (Poder Ejecutivo [Perú], 2020). *Diario Oficial El Peruano*, edición extraordinaria, 23 de enero de 2020.

Decreto de Urgencia N.° 24-2020-PCM, que aprueba medidas extraordinarias para la atención a la población damnificada ubicada en la zona declarada en estado de emergencia mediante Decreto Supremo N.° 11-2020-PCM (Poder Ejecutivo [Perú], 2020). *Diario Oficial El Peruano*, 20 de febrero de 2020.

Decreto Supremo N.° 97-2018-PCM, que convoca a sesión extraordinaria del Congreso de la República (Poder Ejecutivo [Perú], 2018). *Diario Oficial El Peruano*, 17 de septiembre de 2018.

Decreto Supremo N.° 101-2018-PCM, de Convocatoria a Referéndum Nacional (Poder Ejecutivo [Perú], 2018). *Diario Oficial El Peruano*, 10 de octubre de 2018.

Decreto Supremo N.° 165-2019-PCM, que disuelve el Congreso de la República y convoca a elecciones para un nuevo Congreso (Poder Ejecutivo [Perú], 2019). *Diario Oficial El Peruano*, 30 de septiembre de 2019.

Demanda competencial interpuesta por el Poder Ejecutivo contra el Congreso de la República por el uso indebido de la competencia para declarar la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral (Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional [Perú], 2020). https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/09/Demanda-competencial-LP.pdf

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Poder Ejecutivo contra la Ley N.° 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional (Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional [Perú], 2021). https://infonews.pe/wp-content/uploads/2021/10/517434782-Demanda-de-Inconstitucionalidad-contra-Ley-31307.pdf

Denuncia constitucional N.° 110. Informe Final (Subcomisión de Acusaciones Constitucionales [Perú], 2017). https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/INFORMEFINAL-DC-110.pdf

Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento recaído en los proyectos de ley N.° 2754/2017-CR, 3308/2018-CR, 3482/2018-CR, 4368/2018-CR y 4637/2019-PE, que proponen la ley de reforma constitucional para prohibir la postulación de quien ejerce la presidencia de la República y el adelanto de elecciones generales (Comisión de Constitución y Reglamento [Perú], 2019). https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/02754DC04MAY20190926.pdf

Dictamen recaído en los proyectos de ley 3478-2018-C, 3754-2018-CR y 7271-2020-CR, Ley de Reforma del Código Procesal Constitucional (Comisión de Constitución y Reglamento [Perú], 2021). https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/03478DC04MAY20210518.pdf

Expediente 6-2017-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 29 de agosto de 2017).

Expediente 1-2018-PI/TC, Auto 2 - Aclaración (Tribunal Constitucional [Perú], 25 de julio de 2018).

Expediente 2-2020-PI/TC, Auto 2 - Calificación (Tribunal Constitucional [Perú], 21 de enero de 2021).

Ley N.° 28237, Código Procesal Constitucional (Congreso de la República [Perú], 2004). *Diario Oficial El Peruano*, 31 de mayo de 2004.

Ley N.° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Congreso de la República [Perú], 2004). *Diario Oficial El Peruano*, 22 de julio de 2004.

Ley N.° 30220, Ley Universitaria (Congreso de la República [Perú], 2014). *Diario Oficial El Peruano*, 9 de julio de 2014.

Ley N.° 30558, Ley de reforma del literal f) del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú (Congreso de la República [Perú], 2017). *Diario Oficial El Peruano*, 9 de mayo de 2017.

Ley N.° 30588, , Ley de reforma constitucional que reconoce el derecho de acceso al agua como derecho constitucional (Congreso de la República [Perú], 2017). *Diario Oficial El Peruano*, 22 de junio de 2017.

Ley N.° 30650, Ley de reforma del artículo 41º de la Constitución Política del Perú (Congreso de la República [Perú], 2017). *Diario Oficial El Peruano*, 20 de agosto de 2017.

Ley N.° 30651, Ley de reforma del artículo 203° de la Constitución Política del Perú, para otorgar legitimación activa al Presidente del Poder Judicial en los procesos de inconstitucionalidad (Congreso de la República [Perú], 2017). *Diario Oficial El Peruano*, 20 de agosto de 2017.

Ley N.° 30683, Ley que modifica el Decreto Legislativo 1133, Decreto Legislativo para el ordenamiento definitivo del régimen de pensiones del personal militar y policial, a fin de regular las pensiones de los pensionistas del Decreto Ley 19846 (Congreso de la República [Perú], 2017). *Diario Oficial El Peruano*, 21 de noviembre de 2017.

Ley N.° 30738, Ley de reforma del artículo 52 de la Constitución Política del Perú (Congreso de la República [Perú], 2018). *Diario Oficial El Peruano*, 14 de marzo de 2018.

Ley N.° 30793, Ley que regula el gasto de publicidad del Estado peruano (Congreso de la República [Perú], 2018). *Diario Oficial El Peruano*, 18 de junio de 2018.

Ley N.° 30904, Ley de reforma constitucional sobre la conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia (Congreso de la República [Perú], 2019). *Diario Oficial El Peruano*, 10 de enero de 2019.

Ley N.° 30905, Ley que modifica el artículo 35 de la Constitución Política del Perú para regular el financiamiento de organizaciones políticas (Congreso de la República [Perú], 2019). *Diario Oficial El Peruano*, 10 de enero de 2019.

Ley N.° 30906, Ley de reforma constitucional que prohíbe la reelección inmediata de parlamentarios de la república (Congreso de la República [Perú], 2019). *Diario Oficial El Peruano*, 10 de enero de 2019.

Ley N.° 31018, Ley que suspende el cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada, durante el estado de emergencia nacional declarado a causa del brote del COVID-19 (Congreso de la República [Perú], 2020). *Diario Oficial El Peruano*, 9 de mayo de 2020.

Ley N.° 31039, Ley que regula los procesos de ascenso automático en el escalafón, el cambio de grupo ocupacional, cambio de línea de carrera, el nombramiento y cambio a plazo indeterminado de los profesionales, técnicos, auxiliares asistenciales y personal administrativo de la salud (Congreso de la República [Perú], 2020). *Diario Oficial El Peruano*, 26 de agosto de 2020.

Ley N.° 31083, Ley que establece un régimen especial facultativo de devolución de los aportes para los aportantes activos e inactivos bajo el Decreto Ley 19990 administrados por la Oficina de Normalización Previsional (ONP) (Congreso de la República [Perú], 2020). *Diario Oficial El Peruano*, 4 de diciembre de 2020.

Ley N.° 31043, Ley de reforma constitucional que incorpora el artículo 34-A y el artículo 39-A sobre impedimentos para postular a cargos de elección popular o ejercer función pública (Congreso de la República [Perú], 2020). *Diario Oficial El Peruano*, 15 de diciembre de 2020.

Ley N.° 31097, Ley de reforma del artículo 16 de la Constitución Política del Perú con el fin de fortalecer el sector educación (Congreso de la República [Perú], 2020). *Diario Oficial El Peruano*, 29 de diciembre de 2020.

Ley N.° 31118, Ley de reforma constitucional que elimina la inmunidad parlamentaria (Congreso de la República [Perú], 2021). *Diario Oficial El Peruano*, 6 de febrero de 2021.

Ley N.° 31122, Ley de reforma constitucional que habilita el doble empleo o cargo público remunerado del personal médico especializado o asistencial de salud, en casos de emergencia sanitaria (Congreso de la República [Perú], 2021). *Diario Oficial El Peruano*, 10 de febrero de 2021.

Ley N.° 31131, Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público (Congreso de la República [Perú], 2021). *Diario Oficial El Peruano*, 9 de marzo de 2021.

Ley N.° 31173, Ley que garantiza el cumplimiento de la Ley N° 29625, Ley de devolución de dinero del Fonavi a los trabajadores que contribuyeron al mismo, priorizando a la población vulnerable, como consecuencia de la pandemia de la Covid-19 (Congreso de la República [Perú], 2021). *Diario Oficial El Peruano*, 27 de abril de 2021.

Ley N.° 31188, Ley de negociación colectiva en el sector estatal (Congreso de la República [Perú], 2021). *Diario Oficial El Peruano*, 2 de mayo de 2021.

Ley N.° 31280, Ley de reforma constitucional que establece el régimen de residencia temporal del expresidente de la República (Congreso de la República [Perú], 2021). *Diario Oficial El Peruano*, 16 de julio de 2021.

Ley N.° 31304, Ley de reforma constitucional que refuerza la protección del patrimonio cultural de la Nación (Congreso de la República [Perú], 2021). *Diario Oficial El Peruano*, 23 de julio de 2021.

Ley N.° 31305, Ley de reforma constitucional que fortalece la lucha anticorrupción en el marco del levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria (Congreso de la República [Perú], 2021). *Diario Oficial El Peruano*, 23 de julio de 2021.

Ley N.° 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional (Congreso de la República [Perú], 2021). *Diario Oficial El Peruano*, 23 de julio de 2021.

Proyecto de Ley N.° 3478-2018-CR, que modifica el artículo 66 de la Ley N.° 28237, Código Procesal Constitucional (Congreso de la República [Perú], 2018). https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0347820181002..PDF

Proyecto de Ley N.° 3754-2018-CR, que modifica el artículo 56 y 97 del Código Procesal Constitucional, con la finalidad de garantizar el derecho a la igualdad y optimizar el principio de gratuidad (Congreso de la República [Perú], 2018). https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0375420181221.pdf

Proyecto de Ley N.° 4190-2018-PE, que modifica el artículo 34 de la Constitución sobre impedimentos para ser candidato (Poder Ejecutivo [Perú], 2019). https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0419020190410.pdf

Proyecto de Ley N.° 4192-2018-PE, que modifica el artículo 93 de la Constitución (Poder Ejecutivo [Perú], 2019). https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0419220190410.pdf

Proyecto de Ley N.° 4416-2018-PE, que modifica el artículo 93 de la Constitución (Poder Ejecutivo [Perú], 2019). https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0441620190604..pdf

Proyecto de Ley N.° 7271-2020-CR, de reforma al Código Procesal Constitucional (Congreso de la República [Perú], 2020).

https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL07271-20210304.pdf

Resolución N.° 1011-2016-JNE, Proclaman fórmula de candidatos ganadora de la elección de presidente y vicepresidentes de la república de las elecciones generales 2016 (Jurado Nacional de Elecciones [Perú], 2016). *Diario Oficial El Peruano*, 1 de julio de 2016.

Resolución N.° 2-2019-JNE, Proclaman los resultados del Referéndum Nacional 2018, convocado mediante Decreto Supremo N.° 101-2018-PCM (Jurado Nacional de Elecciones [Perú], 2019). *Diario Oficial El Peruano*, 8 de enero de 2019.

Resolución Administrativa N.° 138-2015-PI/TC, Modifican Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (Tribunal Constitucional [Perú], 2015). *Diario Oficial El Peruano*, 14 de octubre de 2015.

Resolución Legislativa del Congreso N.° 7-2016-2017-CR, que modifica los artículos 22, 37 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, con la finalidad de desincentivar la fragmentación de grupos parlamentarios y promover su fortalecimiento (Congreso de la República [Perú], 2016). *Diario Oficial El Peruano*, 15 de octubre de 2016.

Resolución Legislativa del Congreso N.° 2-2017-2018-CR, resolución de designación del señor Augusto Ferrero Costa como magistrado del Tribunal Constitucional (Congreso de la República [Perú], 2017). *Diario Oficial El Peruano*, 26 de agosto de 2017.

Resolución Legislativa del Congreso N.° 3-2017-2018-CR, que modifica el artículo 37 del Reglamento del Congreso de la República para el fortalecimiento de los grupos parlamentarios (Congreso de la República [Perú], 2017). *Diario Oficial El Peruano*, 15 de septiembre de 2017.

Resolución Legislativa del Congreso N.° 7-2017-2018-CR, que modifica el artículo 86 del Reglamento del Congreso de la República (Congreso de la República [Perú], 2018). *Diario Oficial El Peruano*, 10 de marzo de 2018.

Resolución Legislativa del Congreso N.° 21-2020-2021-CR, que modifica la Tercera Disposición Transitoria del Reglamento del Congreso (Congreso de la República [Perú], 2021). *Diario Oficial El Peruano*, 3 de junio de 2021.

Recibido: 31/10/2022
Aprobado: 10/03/2023

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.013

DERECHO PUCP
N° 90, 2023
junio-noviembre
pp. 463-495
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Consideraciones de política criminal sobre el delito de negociaciones incompatibles con la función pública: una reconstrucción de su ilicitud como puesta en peligro contra la voluntad estatal

Criminal Policy Considerations on The Offense of Conflict of Interest in The Public Sector: Reconstruing its Wrongness as Endangerment Against Government Decisions

BRUNO RUSCA*
Universidad Austral de Chile (Chile)

Resumen: A partir de la distinción elaborada por R. A. Duff entre ataques y puestas en peligro como dos categorías diferentes de ilicitud, el trabajo defiende una concepción del delito de negociaciones incompatibles como puesta en peligro en abstracto contra la voluntad estatal. Para ello, se recurre al apoyo de diferentes estudios empíricos, los cuales demuestran que, en situaciones de conflicto de intereses, aunque los agentes no obren con un propósito deliberado de beneficiarse, sus decisiones tienden a privilegiar sus intereses particulares. Además, se argumenta que, conforme a la perspectiva defendida, el alcance del delito debería incluir a intereses y actos de carácter no económico. Cabe aclarar que el trabajo pretende contribuir al desarrollo de una teoría normativa de las negociaciones incompatibles con la función pública que determine cómo debería regularse este delito, independientemente del modo concreto en que cada legislación define a tal comportamiento.

Palabras clave: Delito de negociaciones incompatibles, delitos contra la Administración pública, corrupción pública, puesta en peligro, sesgos implícitos, política criminal

Abstract: Based on the distinction drawn by R. A. Duff between attacks and endangerments as two different kind of wrongs, this paper advocates a view of the crime of conflict of interest in the public sector as implicit endangerment against government decisions. This view is supported by different empirical studies, which demonstrate that, in scenarios of conflict of interest, although agents do not act with a deliberate purpose of benefiting themselves, their decisions tend to privilege their private interests. In addition, it is argued that, according to the perspective defended, the scope of the offense should include interests and acts of a non-economic nature. It should be clarified that the purpose of this paper is to contribute to the development of a normative theory of negotiations incompatible with public office which determines how

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Profesor de Derecho por la Universidad Austral de Chile (Chile).
Código ORCID: 0000-0001-5460-9207. Correo electrónico: bruno.rusca@uach.cl

this crime should be regulated, regardless of the specific way in which each legislation defines such behavior.

Keywords: Prohibited negotiations to public officers, crimes against Public Administration, public corruption, endangerment, implicit biases, criminal policy

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. SOBRE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES EN EL DERECHO COMPARADO.- III. SOBRE ATAQUES Y PUESTAS EN PELIGRO.- IV. SOBRE LA EVIDENCIA EMPÍRICA DE LA INFLUENCIA DEL SESGO INTERESADO EN EL PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN Y LA TOMA DE DECISIONES.- V. LA DEFINICIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES RELEVANTES.- V.I. SOBRE EL CARÁCTER DEL INTERÉS IMPLICADO EN EL ACTO.- V.II. SOBRE LA CLASE DE ACTOS OBJETO DE LA INTERVENCIÓN INTERESADA.- VI. CONSECUENCIAS DE LA PERSPECTIVA DEFENDIDA.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Como cualquier persona a la cual se le ha confiado el cuidado de intereses ajenos, los funcionarios públicos tienen un deber de lealtad. En líneas generales, ser leal significa ser sincero o fiel a «alguien» o a «algo»; esto es, hacer todo lo posible para promover aquello a lo que se debe fidelidad, aun cuando hacerlo pueda ir en contra de los intereses propios (Green, 2005, p. 154). Probablemente, el fundamento de algunas de las obligaciones más relevantes que las personas tienen como agentes morales residen en el deber de ser leal a otro, como las que surgen de la amistad, el matrimonio o la familia. Empero, también la lealtad puede recaer sobre entidades impersonales, como una causa política —*v. gr.*: la revolución—, una institución —*v. gr.*: el Club Atlético Talleres— o ideales de justicia —*v. gr.*: los principios constitucionales o el Estado de derecho—[1].

Los funcionarios públicos están obligados a ser leales a las personas que representan o, eventualmente, como los jueces u otros agentes del Estado, a los principios que rigen su función o cargo[2]. Cuando ellos anteponen sus intereses personales a tales obligaciones, actúan deslealmente. Así, pues, si un legislador vota en favor de una ley por el dinero que le ofrece una empresa interesada en su aprobación, es desleal con sus representados, pues privilegia sus intereses frente a los

1 Se sigue en este punto a Green (2005, p. 154).

2 Técnicamente, los jueces no deben lealtad al Estado, sino a los principios impersonales de justicia que rigen la práctica judicial, como la Constitución o el Estado de derecho; de otro modo, deberían excusarse en todo asunto del que el Estado fuera parte. Al respecto, puede verse D'Andrade (1985, p. 244).

de ellos[3]. Pero también actúa con deslealtad la jueza que, sin aceptar un soborno, decide absolver a un dirigente político por creer que, de ese modo, su carrera judicial resultará favorecida. En definitiva, la lealtad requiere que, ante un conflicto de intereses[4], el funcionario no ceda a la tentación de privilegiar sus intereses personales, sino que, por el contrario, defienda los intereses de sus representados o actúe conforme a los deberes de su cargo.

Por supuesto, en una situación de intereses contrapuestos, el funcionario puede efectivamente decidir *motivado* por los deberes de su cargo y no por lo que conviene a sus intereses personales. Sin embargo, como en toda relación en la que a alguien se le ha confiado el ejercicio de una potestad en interés de otro, recae sobre el agente un deber de evitar colocarse en *algunas* situaciones de conflicto de intereses en las que podría verse tentado a perjudicar al titular de dicho interés (Clark, 1996, pp. 71-72). Esta obligación, que suele considerarse como una de las manifestaciones del denominado «deber fiduciario»[5], requiere que, ante dicha situación, o bien el agente se abstenga de intervenir (Villoria, 2006, p. 324) o bien, si ello fuera posible, se desprenda del interés personal en conflicto con su función —*v. gr.*: mediante la venta de las acciones que tuviera en cierta compañía— (Clark, 1996, p. 85)[6].

En el ámbito de la Administración pública, es frecuente que el derecho establezca prohibiciones específicas para los funcionarios, cuyo fundamento consiste en evitar conflictos entre sus intereses privados y la función pública (Clark, 1996, pp. 73-75)[7]. Tales prohibiciones operan con independencia de si el agente, frente a dicho conflicto, actúa con deslealtad; esto es, sin importar si, finalmente, decide privilegiar sus intereses privados a los intereses que, por su cargo, está obligado a resguardar. Paradigmáticamente, las normas que prohíben a los funcionarios públicos aceptar regalos otorgados en consideración

3 Para una defensa del cohecho como deslealtad, veánse Green (2005, pp. 143-177) y Philips (1984, pp. 621-636). El hecho de que la ilicitud de ciertas conductas de los funcionarios públicos pueda reconstruirse como un acto desleal no implica afirmar que, con la criminalización de tales comportamientos, se proteja la *lealtad* de los funcionarios hacia la Administración pues, al menos en este trabajo, se alude al desvalor de la acción y no al desvalor del resultado.

4 Conforme a la definición propuesta por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE, 2004), un conflicto de intereses «representa un conflicto entre el deber público y los intereses privados de un empleado, cuando el empleado tiene a título particular intereses que podrían influir indebidamente en la forma correcta de ejercicio de sus funciones y responsabilidades oficiales» (pp. 4-5). Sobre la definición de conflicto de intereses, véase también Giuffré y Zelaya (2021, p. 274).

5 La relación que existe entre el deber de lealtad y el deber fiduciario, el cual hace referencia a las obligaciones que recaen sobre todo aquel que se halla en una posición de confianza en relación con otros, no resulta sencilla de determinar. Sobre este problema, véanse Green (2005, p. 149) y Pardow (2008, pp. 567-569).

6 Sobre el contenido del deber fiduciario, veáse Flannigan (1989, pp. 310-319).

7 La Convención Interamericana contra la Corrupción (1966) obliga a los Estados Parte a aplicar normas de conducta que, entre otras finalidades, estén orientadas a prevenir conflictos de intereses (art. 3.1). La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción exige la sanción de códigos de conducta que obliguen a los funcionarios públicos a informar acerca de todas sus actividades que puedan dar lugar a conflictos de intereses (art. 8.5).

a su función responden a este fundamento; en efecto, aun cuando la aceptación de regalos no involucra el compromiso de realizar un acto a cambio, sitúa al funcionario en una posición en la que él podría inclinarse a compensar al dador del obsequio[8]. Así, por ejemplo, el médico de un hospital público que recibe con regularidad regalos de compañías farmacéuticas crea el riesgo de que, al momento de recetar medicamentos, sus intereses económicos interfieran con las decisiones médicas que debe adoptar. De acuerdo con ciertas legislaciones, se prevé para dicho comportamiento una sanción de carácter penal, aunque de menor intensidad que la prevista para la aceptación de sobornos[9].

En líneas generales, el delito de negociaciones incompatibles describe la conducta del funcionario público que interviene en un acto de su competencia en el cual tiene un interés de carácter privado. Con dicho comportamiento, se produce un «desdoblamiento de la personalidad» del agente, ya que él obra en el doble carácter de órgano del Estado e interesado en la realización del acto (Soler, 1970, p. 189). Así, por ejemplo, realiza objetivamente esta conducta el funcionario administrativo que, siendo titular de acciones en una empresa constructora, resuelve conceder un contrato de obra pública a dicha compañía. De todos modos, conforme al modo en que se regula este delito en varias legislaciones, no basta con que se produzca tal conflicto de intereses, sino que es necesario, además, que el funcionario obre con el fin de beneficiarse[10]; o, expresado de otra forma, el agente debe actuar con *deslealtad* al intentar privilegiar el interés privado a los intereses que le han sido confiados. Si bien, de acuerdo con otras legislaciones, como el Código Penal chileno (art. 250), no surge de la interpretación literal del delito que sea necesario ese elemento subjetivo especial[11], una parte de la doctrina sostiene que, de todos modos, ello constituye un requisito del tipo penal[12].

8 Sobre la aceptación de regalos como conflicto de intereses, véanse Clark (1996, p. 79), y Dana y Loewenstein (2003, p. 252).

9 Al respecto, puede verse Vázquez-Portomeñe Seijas (2011, pp. 151-180).

10 Así lo establece, por ejemplo, el artículo 265 del Código Penal argentino al requerir que el funcionario «se interese en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo».

11 A grandes rasgos, el dolo puede definirse como el conocimiento y la voluntad de llevar a cabo los elementos del tipo objetivo, o solo el conocimiento de tales elementos, según la perspectiva que se defienda. De todos modos, algunos tipos penales contienen también elementos subjetivos distintos del dolo, como, por ejemplo, los denominados «delitos de intención», en los cuales la intención del autor debe dirigirse a un resultado que trasciende el tipo objetivo. Conforme a la legislación argentina, el delito de negociaciones incompatibles es de esta clase. Desde un punto de vista objetivo, realiza este tipo penal el funcionario que se interesa en un contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo, sin que sea necesario que obtenga beneficio alguno; es decir, la obtención del beneficio no forma parte del tipo objetivo. Desde un punto subjetivo, en cambio, hace falta algo más que el conocimiento de los elementos del tipo objetivo —*i. e.*, el dolo—, pues también se requiere que el funcionario se interese «en miras de un beneficio propio o de un tercero». Esta intención trascendente constituye, pues, un elemento subjetivo distinto del dolo. Sobre el concepto de dolo y de elementos subjetivos distintos de dolo, puede verse Roxin (1997, pp. 307-318).

12 Al respecto, véase Rodríguez Collao y Ossandón Widow (2021, p. 499).

El trabajo cuestiona esta concepción del delito de negociaciones incompatibles. A este respecto, se sostiene que existen argumentos sólidos para criminalizar los conflictos de intereses en la función pública aun cuando el funcionario no obre deslealmente. La razón de ello radica, *grosso modo*, en que cuando un funcionario público, en tal carácter, interviene en un acto en el cual, a su vez, concurre su interés privado, ya desencadena un riesgo serio de interferir con la objetividad del proceso decisorio de la Administración. Y, para que ocurra la creación de ese peligro, es suficiente con que el agente intervenga en la toma de una decisión propia de su cargo, con conciencia de que sus intereses de carácter privado se hallan implicados en dicho asunto. En este sentido, realizaría la conducta ilícita de las negociaciones incompatibles el funcionario administrativo que decide adjudicar un contrato a una compañía de la cual es accionista, aun cuando decida *motivado* por lo que considera más conveniente para el interés público.

Desde el punto de vista metodológico, el trabajo se propone contribuir al desarrollo de una teoría normativa del delito de negociaciones incompatibles, lo cual supone la elaboración de lineamientos acerca de cómo *debería* regularse dicha conducta. Aunque para este propósito, eventualmente, podría ser de utilidad examinar argumentos de interpretación del derecho vigente de carácter local, comparado o internacional, tales consideraciones nunca son concluyentes *de lege ferenda*. Ello se explica porque, aun cuando el legislador tenga plena legitimidad democrática, hay razones para sostener que no debería criminalizar cualquier conducta, como, por ejemplo, la acción de comportarse de modo descortés en privado. En este sentido, tanto la cuestión de las condiciones materiales que debe reunir una conducta para poder ser legítimamente criminalizada —*i. e.*, concepto material de delito— como la pregunta de si *cierto* comportamiento cumple dichas condiciones trascienden la tarea de interpretación del derecho vigente, incluso el de carácter constitucional, pues, en definitiva, constituyen problemas de la ciencia jurídica penal (Roxin, 2007, p. 443), cuya solución depende de los fundamentos, valores y fines que se atribuyan al derecho penal.

Para la defensa de la concepción de las negociaciones incompatibles propuesta, la estructura del trabajo se organiza de la siguiente forma: en primer lugar, se presenta una descripción de la legislación comparada en la materia con referencias a las interpretaciones doctrinales de este delito (I). En segundo lugar, se explica la distinción —desarrollada por R. A. Duff— entre ataques y puestas en peligro como dos clases de ilicitud diferentes (II). Posteriormente, se argumenta que, mientras la concepción predominante, tanto en la legislación como en la interpretación doctrinal, concibe al delito de negociaciones incompatibles como un ataque contra la Administración, existen

razones importantes para incluir en el ámbito de aplicación de la norma también las puestas en peligro (III). La fundamentación de esta idea responde a que, como demuestran numerosos estudios empíricos, en contextos de conflictos de intereses los agentes tienden a resolver lo que resulta conveniente para ellos mismos, aun cuando no tengan el propósito deliberado de beneficiarse. En cuarto lugar, se analiza el problema del tipo de interés que debe estar implicado en el acto para que se configure el ilícito de las negociaciones incompatibles (IV). A este respecto, se defiende una concepción amplia, la cual incluye la relevancia de la injerencia de intereses no económicos en el ámbito del delito. Por último, se prevé un apartado que describe las distintas consecuencias de la perspectiva defendida (V) y, además, un apartado final que resume las conclusiones más relevantes del trabajo (VI).

II. SOBRE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES EN EL DERECHO COMPARADO

Para presentar una definición del delito de negociaciones incompatibles, lo cual constituye el objetivo principal de este trabajo, se requiere, previamente, determinar en qué consiste su ilicitud, pues lo que debe o no debe ser incluido en la definición del delito depende de las razones por las cuales se considera desvalioso a este comportamiento[13]. De todos modos, hasta que sea posible brindar la definición del delito que se deriva de la concepción propuesta, solo puede presentarse una descripción del modo en que distintos ordenamientos jurídicos regulan este comportamiento.

La mayoría de las legislaciones[14] definen la conducta típica de las negociaciones incompatibles como la acción, en principio realizada por un funcionario público, de *interesarse* en un acto propio de su ámbito de competencia[15]. De todos modos, la definición legal suele incluir también la posibilidad de que la acción típica sea realizada, además de por el

13 En este sentido, aunque en relación con el delito de cohecho, véase Green (2005, p. 144).

14 Como no es posible en este trabajo realizar un análisis comparado exhaustivo, se describe solo las legislaciones del ámbito hispanoamericano que resultan necesarias para mostrar el diferente alcance que puede presentar el delito de negociaciones incompatibles. Ello permitirá posteriormente comprender cómo la concepción del delito que se defiende en este trabajo difiere de la regulación contenida en las legislaciones descritas. Asimismo, se es consciente de la imposibilidad de abordar en el trabajo todas las particularidades del tipo penal de negociaciones incompatibles, así como los diferentes problemas que presenta su aplicación. En este sentido, el análisis propuesto enfatiza en aquellos elementos que se relacionan especialmente con la concepción defendida, en particular, la finalidad de la acción, el carácter del interés implicado en el acto y el objeto sobre el cual debe recaer tal interés.

15 Así lo hacen el Código Penal argentino (art. 265), el Código Penal peruano (art. 399), el Código Penal uruguayo (art. 161) y el Código Penal chileno (art. 240). En cambio, el Código Penal español, en su artículo 439, define la acción típica como la conducta del funcionario público que, «debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se *aproveche* de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones» (énfasis añadido).

propio funcionario, por interpósita persona, mediante la utilización de expresiones, como la empleada por el Código Penal chileno (art. 240), de interesarse «directa o indirectamente» (Rodríguez Collao & Ossandón Widow, 2021, pp. 495-496)[16]. A menudo se afirma que el verbo descrito en este tipo penal admite diferentes significados: por un lado, puede referirse a la acción de obtener «aquello en que consista el interés del funcionario» (Sancinetti, 1986, p. 880); por otro lado, interesarse puede significar también intervenir *con miras a* obtener dicho interés (p. 880). La segunda interpretación, de carácter más amplio, es la que tiende a predominar en la doctrina. A este respecto, se sostiene que, para condicionar la voluntad de la Administración, alcanza con el hecho de que, al tomar parte en el asunto, el funcionario decida promover su interés particular; empero, es irrelevante si, finalmente, él logra conseguir el beneficio pretendido (Mañalich, 2015, p. 100; Sancinetti, 1986, pp. 880-881)[17].

Esta interpretación se fundamenta en una concepción del delito de negociaciones incompatibles como de peligro abstracto. De acuerdo con esta idea, para la consumación del delito es suficiente objetivamente con el hecho de que, frente a un conflicto de intereses que obliga al funcionario a abstenerse de intervenir, este actúe. No se requiere tampoco que el agente dicte una resolución contraria al derecho u ocasione un perjuicio a la Administración[18]. Aunque la definición del bien jurídico protegido por el delito de negociaciones incompatibles no siempre reviste suficiente claridad, según una opinión extendida en la doctrina argentina, de este modo se resguardaría «el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad» (Soler, 1970, p. 189)[19]. En definitiva, con ello se expresa que, si bien el acto concreto realizado por el agente puede ser inocuo, la actuación interesada de los funcionarios produciría, en general, más perjuicios que si las decisiones se adoptaran con imparcialidad (p. 189)[20].

16 También el Código Penal argentino prevé la posibilidad de que la acción de interesarse sea realizada por el funcionario «directamente» o «por persona interpuesta o por acto simulado» (art. 265). Al respecto, véase Donna (2018, p. 321).

17 Se expresa, en el mismo sentido, Fernández Cabrera (2014, p. 85). De todos modos, aunque para esta autora tampoco se requiere que el funcionario logre beneficiarse, sí es necesario que al menos obtenga una *resolución* favorable a sus intereses.

18 En este sentido, véase Matus Acuña y Ramírez Guzmán (2021, p. 310), Bullemore y Mackinnon (2018, p. 204), y Soler (1970, p. 190). En la doctrina española, defiende una opinión contraria Fernández Cabrera (2014, pp. 84-85).

19 Defienden la misma idea Mañalich (2015, p. 97) y Sancinetti (1986, pp. 878-879).

20 Para una discusión del bien jurídico protegido por el delito de negociaciones incompatibles según la doctrina y jurisprudencia peruana, véase Álvarez Dávila (2022, pp. 497-500). En España, la mayor parte de la doctrina sostiene que el bien jurídico protegido por el delito de negociaciones incompatibles es la imparcialidad de la Administración pública. Al respecto, véanse Fernández Cabrera (2018, p. 7) y Catalán Sender (2001, p. 2).

En relación con el objeto sobre el cual tiene que recaer el interés del funcionario, algunas legislaciones lo definen de modo especialmente restringido. En particular, el Código Penal argentino (art. 265) y el Código Penal peruano (art. 399) hacen referencia a un «contrato» u «operación»; de acuerdo con cierta interpretación, en ambos casos, se trataría de disposiciones de carácter económico, ya sean bilaterales —contratos— o unilaterales —disposiciones— (Donna, 2018, p. 321). En cambio, otras legislaciones, como el Código Penal chileno (art. 240) y el Código Penal español (art. 439), contienen una definición más amplia, la cual incluye expresiones como cualquier clase de «actuación», «negociación», «operación», «gestión» o, simplemente, «asunto»[21]. De esta forma, se argumenta, cualquier acto en el que el agente intervenga en su calidad de funcionario público puede ser objeto del delito de negociaciones incompatibles y no solo aquellos de carácter económico (Matus Acuña & Ramírez Guzmán, 2021, p. 311)[22].

Un aspecto particularmente discutido de la interpretación de este delito consiste en la clase de interés que resulta relevante para la tipicidad de la conducta. Para algunos autores, solo se configuraría el tipo penal si recae sobre el acto un interés *económico* del funcionario (Balmaceda Hoyos, 2021, p. 1057). Los argumentos que fundamentan esta postura, normalmente, son consecuencia de una interpretación literal o sistemática del derecho. En el caso de la legislación chilena, se aduce que dicha exigencia surge de la ubicación sistemática del delito en la sección de fraudes, como también de que la ley ordene realizar el cálculo del monto de la multa en función del valor del interés que el autor hubiera tomado en el negocio (Balmaceda Hoyos, 2021, p. 1057; Rodríguez Collao & Ossandón Widow, 2021, p. 495). De todos modos, respecto de otras legislaciones, como el Código Penal peruano[23], el Código Penal

21 En Chile, la anterior redacción del Código Penal preveía como objetos del delito solo a los «contratos» y las «operaciones», pero, con la reforma introducida en 2018 por la Ley 21.121, se agregaron las «negociaciones», «actuaciones» y «gestiones». Al respecto, véase Matus Acuña y Ramírez Guzmán (2021, p. 311).

22 En contra, véase Rodríguez Collao y Ossandón Widow (2021, pp. 498-499), quienes sostienen que, conforme con una interpretación contextual del artículo 240 del Código Penal chileno, debe entenderse que solo los actos de carácter económico pueden ser objeto del delito. Adhiere a esta interpretación Mañalich (2015, p. 101). En el mismo sentido, aunque el precepto del Código Penal español no requiere expresamente que el acto sobre el cual recae el interés tenga naturaleza económica, un sector de la doctrina y la jurisprudencia, con diferentes argumentos, sostiene que el acto debe poseer carácter económico. Al respecto, véanse Córdoba Roda y García Arán (2004, p. 2105), y Castro Moreno (2005, p. 12).

23 Aunque el artículo 399 del Código Penal peruano prevé también la pena de multa, para la determinación de su monto no se hace referencia al beneficio pretendido. En lo que aquí interesa, dicho artículo establece que el autor del delito será sancionado «con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa».

uruguayo[24] y el Código Penal español[25], por la ubicación y la forma de redacción del tipo penal, tales argumentos no resultan aplicables; por ello, las negociaciones incompatibles, en principio, también abarcarían en estos casos la injerencia de intereses no económicos[26].

Sobre la cuestión de la titularidad del interés, la mayoría de las disposiciones penales expresamente reconocen que el funcionario puede cometer el delito tanto si interviene en función de un interés propio como de un tercero[27]. En este aspecto, la regulación del Código Penal chileno se diferencia de las demás en que la injerencia del funcionario por interés ajeno solo es punible en caso de intereses de personas especialmente vinculadas a él, como el cónyuge, parientes cercanos, terceros asociados o empresas en las cuales tuviera cierto grado de participación[28]. En contraposición con esta tendencia, el Código Penal español únicamente reconoce la posibilidad de que el delito se cometa por interés propio[29].

Desde el punto de vista subjetivo, varias legislaciones requieren que, frente al conflicto de intereses, el agente actúe *motivado* por el interés privado que tiene sobre el asunto; es decir, con el propósito de obtener dicho beneficio. Así, por ejemplo, el Código Penal argentino define la conducta prohibida como «interesarse en miras de un beneficio propio o de un tercero» (art. 265). Del mismo modo, el Código Penal español establece que comete este delito el funcionario que, con motivo de su intervención en un acto de su competencia, «se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación»

24 El artículo 161 del Código Penal uruguayo establece que la comisión del delito para obtener un provecho económico constituye una circunstancia *agravante*, por lo cual, tácitamente, se reconoce la posibilidad de que el delito se cometa en procura de otros intereses. En su parte pertinente, dicho artículo dispone: «Constituye circunstancia agravante especial que el delito se cometa para obtener un provecho económico para sí o para un tercero».

25 Según Castro Moreno (2005), como el precepto actual se haya ubicado en un capítulo del Código Penal español que contiene también infracciones no patrimoniales, y debido a la eliminación en la nueva redacción de la referencia a la proporcionalidad de la multa respecto del beneficio perseguido, el delito incluiría los intereses de carácter no patrimonial (p. 13). La misma opinión defiende Fernández Cabrera (2018, p. 9).

26 Sobre esta discusión en la doctrina argentina, véase Sancinetti (1986, pp. 881-882).

27 Aunque el funcionario que actúa influenciado por un interés ajeno puede cometer el tipo penal de negociaciones incompatibles, a diferencia del delito de tráfico de influencias no se exige la intervención del tercero; es decir, no se requiere que el titular del interés ejerza influencia real o simulada sobre el funcionario. Al respecto, véase Ossandón Widow (2003, pp. 161-180).

28 El artículo 240, en sus últimos dos párrafos, establece: «Las mismas penas se impondrán a las personas enumeradas en el inciso precedente si, en las mismas circunstancias, dieren o dejaren tomar interés, debiendo impedirlo, a su cónyuge o conviviente civil, a un pariente en cualquier grado de la línea recta o hasta en el tercer grado inclusive de la línea colateral, sea por consanguinidad o afinidad.
Lo mismo valdrá en caso de que alguna de las personas enumeradas en el inciso primero, en las mismas circunstancias, diere o dejare tomar interés, debiendo impedirlo, a terceros asociados con ella o con las personas indicadas en el inciso precedente, o a sociedades, asociaciones o empresas en las que ella misma, dichos terceros o esas personas ejerzan su administración en cualquier forma o tengan interés social, el cual deberá ser superior al diez por ciento si la sociedad fuere anónima».

29 Sobre este tema, véase Fernández Cabrera (2014, pp. 85-87). Sobre la imposibilidad de cometer el delito de negociaciones incompatibles para favorecer intereses de terceros, con cita y análisis de la jurisprudencia española, véase Castro Moreno (2005, p. 14).

(art. 439)[30]; por ello, no es típica la acción del funcionario que obra sin la finalidad de perseguir ese beneficio (Córdoba Roda & García Arán, 2004, pp. 2104-2105)[31]. En cambio, de acuerdo con otras legislaciones, no surge de la interpretación literal de la ley la necesidad de que el agente obre con una finalidad específica. A este respecto, el Código Penal chileno hace referencia, simplemente, al «empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación» (art. 240); empero, un sector de la doctrina chilena sostiene que, de todos modos, el delito requiere dolo directo (Bullemore & Mackinnon, 2018, p. 102; Balmaceda Hoyos, 2021, p. 1058)[32].

Por último, es frecuente que la prohibición de las negociones incompatibles, además de su aplicación a los funcionarios públicos, se extienda a agentes del sector privado que actúan como administradores de intereses ajenos. A modo de ejemplo, varias legislaciones criminalizan la conducta de interesarse en un asunto de su competencia funcional cuando es realizada por árbitros, peritos, contadores, tutores, curadores o síndicos, entre otros profesionales. En particular, así lo disponen el Código Penal argentino (art. 265 *in fine*), el Código Penal chileno (art. 240, incs. 2-7)[33] y el Código Penal español (art. 440).

III. SOBRE ATAQUES Y PUESTAS EN PELIGRO

En el ámbito continental europeo, el principio de lesividad u ofensividad es el criterio de criminalización más destacado (Mir Puig, 1991, p. 205). A grandes rasgos, este principio establece que la prohibición penal de una conducta se halla justificada solo si está orientada a la protección de un bien jurídico (Roxin, 1997, pp. 51-53; Rodríguez Collao, 2005, p. 328), aunque la determinación de lo que legítimamente puede constituir un bien jurídico no está exenta de desacuerdos[34]. Conforme a una opinión extendida, es posible sostener que tal concepto refiere, *grosso modo*, al conjunto de condiciones fundamentales, tanto de carácter individual como colectivo, necesarias para el libre desarrollo de las personas (Roxin, 2007, pp. 445-446). Con ello se expresa que constituyen bienes jurídicos no solo intereses individuales como la vida, la integridad física o la libertad ambulatoria, sino también instituciones como el sistema

30 Asimismo, el Código Penal uruguayo, define la acción prohibida como interesarse «con el fin de obtener un provecho indebido para sí o para un tercero» (art. 161).

31 Según Castro Moreno (2005, p. 12), la exigencia de «aprovechamiento» constituye un elemento del tipo que «dota de contenido material al precepto, alejándolo de una consideración puramente formal como delito de infracción de deber».

32 En contra, véase Mañalich (2015, p. 102).

33 En el caso de la legislación chilena, la ampliación del círculo de sujetos activos del delito a agentes del sector privado fue consecuencia de la reforma introducida por la Ley 21.121 del año 2018. Al respecto, véase Matus Acuña y Ramírez Guzmán (2021, p. 310).

34 Para una revisión de las distintas concepciones de la teoría del bien jurídico, puede verse Hefendehl *et al*. (2016).

monetario o la administración de justicia, las cuales son fundamentales para la preservación del orden social (Greco, 2004, p. 116).

En el ámbito de la protección de bienes colectivos, se incluye el conjunto de delitos que tienen por finalidad sancionar conductas que atentan contra la función pública. Dicho bien jurídico puede definirse como el correcto desempeño de las distintas actividades estatales, lo cual abarca, además de la actividad administrativa, las funciones legislativa y judicial (Rodríguez Collao, 2005, p. 332). En líneas generales, mayoritariamente se entiende que la protección de la función pública persigue la satisfacción de intereses generales de la comunidad por medio del aseguramiento de ciertos criterios que deben informar la actuación del Estado, en particular, principios como la objetividad, imparcialidad y eficacia de la Administración pública (Rodríguez Collao & Ossandón Widow, 2021, p. 104).

Ahora bien, aunque el principio de lesividad requiera que la prohibición penal de cualquier conducta sirva a la protección de un bien jurídico, ello no implica que la ilicitud penal consista exclusivamente en la lesión o peligro de un bien jurídico. Ciertamente, la afectación del bien jurídico se relaciona solo con el desvalor de resultado, pero la ilicitud penal está determinada también por el desvalor de acción (Roxin, 1997, p. 318); esto es, las cualidades de la conducta que hacen a su incorrección intrínseca, más allá de sus eventuales consecuencias.

En relación con los delitos de corrupción, como señala Greco (2016), es frecuente que el análisis jurídico-penal se concentre casi exclusivamente en la cuestión del bien jurídico protegido y se desatienda el análisis del desvalor de acción. Normalmente, esta clase de enfoques sobrecargados en el resultado, además de no ofrecer demasiadas pautas útiles para la interpretación del derecho (p. 46), son incapaces de orientar al legislador sobre cómo debería regular cierta conducta. Así, por ejemplo, si el bien jurídico protegido por el delito de cohecho fuera el correcto funcionamiento de la Administración, su imparcialidad o la confianza depositada en ella, por mencionar solo algunos escenarios, tales intereses podrían ser afectados no solo por el ofrecimiento de sobornos, sino también por el ejercicio de la coacción sobre los funcionarios[35]. La razón por la cual nadie consideraría sensato incluir esta última conducta en el concepto de cohecho se explica no por una ausencia de afectación del bien jurídico, sino porque, desde el punto de vista del desvalor de acción, se trata ya de un comportamiento cualitativamente distinto. Las mismas consideraciones son aplicables, en definitiva, al análisis de la ilicitud de las negociaciones incompatibles.

35 El ejemplo ha sido extraído de Greco (2016, p. 46). La misma idea expresa Kindhäuser (2007) al sostener que la corrupción no constituye un delito autónomo, sino, por el contrario, un medio de ataque de distintos bienes jurídicos, como el engaño o la violencia (p. 2).

Para comprender la concepción del desvalor de acción que subyace al modo en que la mayoría de las legislaciones regula el delito de negociaciones incompatibles, resulta de utilidad recurrir a la distinción, desarrollada por R. A. Duff (2005), entre ataques (*attacks*) y puestas en peligro (*endangerments*). Según este autor, un ataque se caracteriza por la intención de dañar un interés determinado y la realización de un acto que, desde un punto de vista objetivo, involucra ya una amenaza para dicho interés. En este sentido, apuntar un arma contra otra persona no configura un ataque si el agente carece de la intención de dañar a la víctima; empero, tener la intención de dañar a otro tampoco es un ataque si el agente no avanza objetivamente lo suficiente como para poner en riesgo a la víctima —*i. e.*, realiza actos que actualicen esa intención—. De acuerdo con Duff, la manifestación de una actitud de hostilidad hacia el objeto sobre el que esta recae es característica de un ataque. Ello no implica que el agente deba sentir odio o alguna clase de animadversión hacia la víctima; no obstante, en la medida en que la acción se *dirige* contra los intereses de la persona atacada, su estructura intencional está determinada por el daño que pretende causar y, por tal razón, expresa hostilidad hacia dichos intereses (p. 943).

Ahora bien, aunque un ataque involucra la creación de un riesgo contra el objeto al cual se dirige, es posible ocasionar tal riesgo sin llevar adelante un ataque. Para referirse a esta clase de comportamientos, Duff (2005) emplea el término de «puestas en peligro» (*endangerments*). A este respecto, tiene lugar una puesta en peligro si el agente, por acción u omisión, crea un riesgo significativo de daño contra los intereses de la víctima. En contraposición a los ataques, desde el punto de vista subjetivo, el paradigma de la responsabilidad por las puestas en peligro es la temeridad (*recklessness*), no la intención. Es decir, alguien es culpable por poner en peligro a otro si, a pesar de ser capaz de evitar la creación de un riesgo de daño contra sus intereses, no toma las medidas adecuadas para evitarlo —*v. gr.*: el automovilista que, sin intención de ocasionar un accidente, circula a doscientos kilómetros por hora por una calle muy transitada—. Según Duff, mientras que los ataques manifiestan hostilidad hacia los intereses de la víctima, las puestas en peligro expresan una actitud de indiferencia (pp. 944-945).

De acuerdo con esta idea, los ataques y puestas en peligro constituyen dos clases diferentes de hechos ilícitos, con distintas estructuras internas. Un ataque es una acción estructurada por la intención de dañar. Si alguien ataca a otro y falla en lograr su cometido —*i. e.*, no logra consumar el daño que pretende causar—, ello determina el fracaso de su acción. En cambio, si alguien pone en peligro a otro y no tiene lugar el daño que podría haber ocurrido, no puede afirmarse que haya fracasado su acción; de hecho, tal circunstancia podría eventualmente ser una fuente de alivio para el agente (Duff, 2005, p. 945). Para Duff,

la clasificación entre ataques y puestas en peligro refleja en parte una distinción de carácter moral; más específicamente, la diferencia que existe entre ser guiado por las razones equivocadas y no ser guiado por las razones correctas. Cuando tiene lugar un ataque, el daño que el agente intenta causar constituye una de las razones para actuar de ese modo; empero, esa no es una razón por la cual él debería decidir realizar una acción. En cambio, si alguien pone en peligro a otro, sus razones para actuar como lo hace pueden ser por completo legítimas —*v. gr.*, conducir un automóvil a doscientos kilómetros por hora para no llegar tarde a una cita importante—; sin embargo, lo que resulta incorrecto en este caso es que el agente no se guía por la razón que el riesgo de daño que ocasiona esa acción provee —*i. e.*, la razón en contra de llevar a cabo dicha conducta—[36].

Esta distinción se torna especialmente relevante para justificar la criminalización de conductas que no dan lugar al daño que podrían causar. En efecto, en los que casos en que el agente —tanto si lleva adelante un ataque como una puesta en peligro— ocasiona efectivamente un daño a los intereses de la víctima, el contenido de ilicitud de su acción deriva, en parte, del hecho de haber causado ese daño, además de la relación subjetiva que exista entre el autor y tal resultado. Empero, según Duff (1996), cuando la acción no da lugar al daño que podría causar, la distinción entre ataques y puestas en peligro adquiere mayor importancia. Los ataques son esencialmente, y no solo en potencia, dañinos. Con ello se expresa que, en la medida en que la acción está *dirigida* a dañar un interés, su estructura está determinada por la expectativa de causar tal daño. Es decir, la efectiva producción del resultado, como, por ejemplo, que ocurra la muerte de la víctima, simplemente actualiza o completa el carácter intrínsecamente homicida *ya* presente en la acción. En cambio, las puestas en peligro son solo potencialmente dañinas. El agente que, sin pretender matar, no toma las medidas adecuadas para evitar la muerte de la víctima, comete homicidio si, finalmente, ella muere; sin embargo, en este caso, la efectiva producción de la muerte no es parte intrínseca de la acción riesgosa. Por consiguiente, el hecho de que tenga lugar el resultado marca una diferencia más importante en las puestas en peligro, pues confiere a la acción un carácter —*i. e.*, su carácter dañino— que anteriormente no tenía (p. 365).

En este sentido, aunque la distinción entre ataques y puestas en peligro no involucra, al menos necesariamente, una afirmación acerca de la mayor probabilidad de la acción de ocasionar un daño, desde el punto de

36 Ciertamente, como afirma Duff (2005), el hecho de que una acción pueda dar lugar a consecuencias dañinas para los intereses de otras personas, en general, es una buena razón para no llevar a cabo esa acción o, al menos, para tomar precauciones con el fin de evitar que se produzcan tales consecuencias. Si, de todos modos, el agente, sin una justificación válida, realiza la conducta potencialmente lesiva, comete un hecho ilícito contra aquellos cuyos intereses pone en peligro (p. 952).

la relación del agente con el resultado los ataques están conectados más íntimamente con el daño que pretenden causar. Esta mayor conexión interna se advierte ya en el hecho de que, a diferencia de las puestas en peligro, el que ataca a otro no puede, sin arrepentirse de su acción, tener la expectativa de que el daño no ocurra ni sentirse aliviado si falla. Por ello, si se acepta la premisa de que las personas solo deben responder por sus acciones en la medida en que ellas se relacionen culpablemente con cierto daño, según Duff (1996), existen razones más fuertes para criminalizar los ataques fallidos que las puestas en peligro que no ocasionan un daño. En este último caso, además de que no ha ocurrido efectivamente un perjuicio, desde el punto de vista de la estructura interna de la acción la relación del agente con tal resultado es más lejana —*i. e.*, se trata de acciones solo *potencialmente* dañinas— (p. 366).

IV. LA NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE COMO DELITO DE PUESTA EN PELIGRO CONTRA LA VOLUNTAD ESTATAL

Tal como la mayoría de las legislaciones define el tipo penal de negociaciones incompatibles, la intervención de un funcionario público en un conflicto de intereses solo constituye delito si él decide deliberadamente beneficiarse, lo cual responde a una concepción de la ilicitud de su acción como un ataque contra la Administración pública[37]. Así pues, para que la conducta del funcionario sea penalmente relevante no es suficiente con el hecho de que él se abstenga de tomar parte en el asunto, sino que, además, es necesario que actúe por las razones equivocadas; esto es, que intente privilegiar el interés de carácter privado implicado en el acto por sobre el interés público que él está obligado a resguardar. Esta exigencia surge de expresiones que, como las empleadas por el Código Penal argentino (art. 265) o el Código Penal español (art. 439), requieren que el agente estatal «se interese en miras de un beneficio propio o de un tercero», o actúe para «facilitarse cualquier forma de participación».

La consecuencia principal de esta concepción restrictiva del delito es que, finalmente, excluye del ámbito de la norma las puestas en peligro contra la Administración. El funcionario que, a pesar de incumplir el deber de abstenerse de intervenir en un conflicto de intereses, toma parte en el asunto, no comete el delito si obra por buenas razones; esto es, si él decide conforme a lo que considera mejor para el interés público. No obstante, aunque, en tal caso, el agente no pretenda beneficiarse, se sitúa peligrosamente en una posición en la que sus intereses personales,

37 Tal como Duff define los conceptos de ataque y puesta en peligro (como tipos de hechos ilícitos que se diferencian en la estructura interna de la acción), no hay razones para negar la aplicación de estas categorías a intereses colectivos.

o los de terceros cercanos a él, podrían interferir con sus decisiones. Y, consecuentemente, tal como sucede con los funcionarios mal intencionados, ello puede dar lugar al dictado de actos contrarios a los fines de la Administración.

De todos modos, alguien podría sostener que, en verdad, existen buenas razones en defensa de la concepción restrictiva del delito. En primer lugar, si se acepta el argumento de Duff, las puestas en peligro contra la Administración son acciones solo *potencialmente* dañinas; en tanto que, desde el punto de vista interno, la relación del agente con el daño es más lejana y, consecuentemente, su criminalización anticipada resultaría más problemática. En segundo lugar, si bien a nivel conceptual la distinción entre ataques y puestas en peligro no depende de una evaluación empírica del nivel de riesgo ocasionado por la conducta, es probable que, *en general*, las acciones orientadas a ocasionar un daño sean *ex ante* más riesgosas que las acciones que carecen de tal finalidad[38]. Por ello, en la medida en que los delitos de peligro abstracto constituyen un adelanto excepcional de la criminalización a una etapa previa a la producción efectiva del daño[39], solo tendría sentido emplear dicha técnica legislativa respecto de las acciones que involucren un mayor riesgo. De acuerdo con este argumento, entonces, únicamente se justificaría la criminalización anticipada de los ataques contra la Administración, mas no de las puestas en peligro pues, en general, las decisiones de los agentes que actúan motivados por el interés público —*i. e.*, funcionarios leales— no involucrarían un riesgo tan elevado para la Administración.

Sin embargo, un razonamiento como el planteado no resulta para nada contundente. Por un lado, porque, como el propio Duff (2005) reconoce, su argumentación tiende a cuestionar la creación de un delito de carácter general que abarque la sanción de toda clase de puestas en peligro sin distinción, mas no la creación de delitos particulares que criminalicen puestas en peligro en determinados ámbitos. Así pues, ya sea por la importancia de los intereses potencialmente afectados como por el nivel de riesgo ocasionado por la conducta, en ocasiones podría estar justificada la criminalización anticipada de ciertas acciones de puestas en peligro (pp. 958-959). Por otro lado, tampoco convence la idea de que solo las decisiones de los funcionarios *motivadas* por la obtención de un interés particular ocasionarían un riesgo relevante como para justificar su criminalización. En cambio, hay razones para pensar que los intereses particulares introducen sesgos en la toma de decisiones que, además de su carácter extendido, crean un peligro serio de distorsión de los actos de la Administración, aun cuando no surjan de

38 Como señala Duff (1996), esta afirmación no implica negar que, *en particular*, una puesta en peligro puede ser más peligrosa que un ataque (p. 365).

39 En contra de esta concepción de los delitos de peligro abstracto, véase Kindhäuser (2009, pp. 1-19).

una decisión deliberada del funcionario de beneficiarse. Precisamente, al análisis de este problema se dedica el apartado siguiente.

IV.1. Sobre la evidencia empírica de la influencia del sesgo interesado en el procesamiento de la información y la toma de decisiones

En las últimas décadas se han multiplicado las investigaciones empíricas sobre el modo en que los estereotipos, prejuicios y actitudes pueden interferir con actos de las autoridades. Uno de los hallazgos destacados de estos estudios consiste en haber demostrado la importante influencia que ejercen los denominados sesgos implícitos, los cuales operan de modo sutil e imperceptible, e incluso más allá de la decisión consciente de las personas[40]. Tanto por medio de estudios de campo como mediante experimentos de laboratorio, diferentes investigadores han concluido que tales sesgos se hallan ampliamente extendidos, poseen una intensidad considerable y, además, dan lugar a efectos concretos en las prácticas sociales (Kang *et al.*, 2012, p. 1126). Así, por ejemplo, hay evidencia en apoyo de la idea de que, en *ciertos* contextos, los sesgos implícitos de carácter racial pueden afectar la opinión de los jueces y, bajo determinadas circunstancias, plasmarse también en sus decisiones (Rachlinsky *et al.*, 2009, pp. 1121-1122).

Respecto del sesgo que puede introducir el interés en la opinión de los agentes, existe un corpus importante de estudios empíricos. Un ámbito que ha sido objeto de especial indagación es el relativo a la aceptación de regalos, ya que, en ocasiones, dicho comportamiento da lugar a conflictos entre intereses profesionales e intereses financieros del receptor del obsequio. Paradigmáticamente, es frecuente que las compañías farmacéuticas ofrezcan distintos regalos a profesionales de la medicina como, por ejemplo, pasajes para asistir a congresos, invitaciones a cenas o financiamiento de actividades de formación profesional[41], con lo cual el acto de recetar medicamentos puede tornarse un asunto no solo con consecuencias para la salud del paciente, sino también con efectos económicos para el médico (Dana & Loewenstein, 2003, p. 252). De hecho, algunas investigaciones en esta materia destacan que tales regalos, efectivamente, tienen la aptitud para interferir con las prescripciones médicas. A modo de ejemplo, un estudio revela que los médicos que asistieron a varios seminarios patrocinados por dos compañías farmacéuticas tuvieron una mayor predisposición para recetar los medicamentos de estas empresas en comparación con quienes no asistieron a dichos eventos; sin embargo, de los veinte médicos que

40 Sobre la distinción entre sesgos explícitos e implícitos, pueden verse Rachlinsky *et al.* (2009, pp. 1196-1197) y Kang *et al.* (2012, p. 1126).
41 Al respecto, véase La Rosa Rodríguez (2011, p. 48).

participaron de los seminarios, diecinueve habían afirmado previamente que ello no interferiría con sus decisiones (p. 254)[42].

Los efectos distorsionadores del sesgo interesado han sido comprobados también en relación con la adopción de criterios de justicia. En un experimento llevado a cabo por Messick y Sentis (1979), se presentó a los participantes una descripción de un escenario laboral hipotético en el cual, supuestamente, ellos y otro estudiante habían trabajado como ayudantes de un profesor (p. 422). La situación descrita podía variar en función de tres modalidades: en la primera, se suponía que el participante había trabajado diez horas en el proyecto y el otro estudiante, siete horas; en la segunda, el participante había trabajado siete horas en el proyecto y el otro estudiante, diez horas; y, en la tercera, ambos habían trabajado diez horas en el proyecto (p. 423). Posteriormente, los participantes debían responder una serie de preguntas relacionadas con la distribución del pago de su trabajo. En función de los resultados del experimento, Messick y Sentis concluyen que, en líneas generales, las personas que trabajan más horas tienden a creer que deben ganar más, mientras que las personas que trabajan menos horas tienden a creer que el salario debe ser igual para todos[43].

Asimismo, otro ámbito en el que existe importante evidencia sobre la influencia del sesgo interesado es el relativo a la negociación. Así, pues, en un experimento realizado por Babcock *et al.* (1995) se intentó refutar la idea de que, cuando la información compartida por las partes en el conflicto es mayor, sus expectativas tienden a converger y, por tanto, ello facilitaría el logro de un acuerdo (p. 1337). A grandes rasgos, se presentó a los participantes un escenario de demanda por daños y perjuicios resultante de un accidente tránsito, por el cual el demandante —un motociclista— reclamaba un monto de USD 100 000 al demandado —un conductor de automóvil—. Ambas partes recibían exactamente la misma información sobre los acontecimientos (p. 1338). Luego de leer los hechos del caso, pero antes de empezar la negociación, los participantes debían formular dos juicios: por un lado, su opinión acerca de lo que consideraban un acuerdo justo desde el punto de vista de un tercero imparcial; por otro lado, su estimación del monto de la indemnización que, hipotéticamente, un juez concedería al demandado (pp. 1338-1339). Una vez terminada la negociación, se les pedía a los participantes que anotaran su percepción sobre cómo un juez calificaría en una escala del cero al diez la importancia de dieciséis argumentos preestablecidos para determinar la indemnización, de los cuales ocho

42 Para un análisis detallado de los conflictos de intereses en la profesión médica, con cita de profusos datos empíricos, véase La Rosa Rodríguez (2011, pp. 47-54).

43 El experimento ha sido descrito de un modo esquemático y resumido. Para más información, véase Messick y Sentis (1979, pp. 418-434).

argumentos eran favorables al demandante y ocho, en cambio, al demandado (p. 1339).

La principal manipulación introducida en el experimento fue el orden en que sucedían los eventos. En la variante A se asignaban los roles a los participantes —*i. e.*, demandante y demandado— y, posteriormente, ellos leían la información del caso, predecían la indemnización judicial y daban su opinión sobre lo que consideraban un acuerdo justo. En la variante B, por el contrario, los participantes leían la información del caso, predecían la indemnización judicial y opinaban sobre lo que consideraban un acuerdo justo antes de saber sus roles, pues en esta modalidad los roles eran asignados recién antes de comenzar la negociación. La expectativa de los investigadores era que la interpretación de la información en la condición A, en que los participantes sabían desde el comienzo cuáles eran sus roles, resultaría más sesgada por el interés propio y, consecuentemente, ello daría lugar a una tasa de acuerdo menor en comparación con la alcanzada en la condición B. Los resultados del experimento confirmaron dicha hipótesis, lo cual, según los investigadores, brinda apoyo a la idea de que un mayor caudal de información compartida en una controversia no promueve necesariamente el acuerdo; en cambio, como en el experimento, tal circunstancia podría provocar una mayor divergencia entre los puntos de vista de las partes (Babcock *et al.*, 1995, p. 1342).

En el mismo sentido, una investigación sobre la negociación salarial entre sindicatos docentes y consejos de escuelas en el estado de Pensilvania da cuenta de la influencia del sesgo interesado en el procesamiento de la información (Babcock *et al.*, 1996, pp. 1-19). En líneas generales, la metodología del estudio consistió en encuestar a los principales negociadores del sindicato y de los consejos de escuela de todos los distritos del estado, a quienes se les pidió, entre otros datos, la lista de distritos que ellos consideraban comparables para las negociaciones contractuales. También se consultó a los encuestados si, además de los salarios docentes de otros distritos, utilizaban como grupo comparativo los salarios de otros trabajadores del mismo distrito. Posteriormente, los investigadores relacionaron los datos de la encuesta con información sobre los salarios docentes dentro del distrito, salarios docentes de distritos colindantes, niveles salariales de la comunidad, etc.

Como preveían los investigadores, los resultados del estudio confirmaron que la selección de los grupos comparables por los encuestados se hallaba sesgada por sus intereses económicos. En primer lugar, ello pudo advertirse del cálculo del promedio de los salarios docentes de los distritos que el sindicato y los consejos de escuelas, respectivamente, eligieron. En concreto, el promedio salarial de la lista del sindicato fue superior, de un modo estadísticamente significativo, al promedio de la

lista elaborada por los consejos de escuela. En segundo lugar, también se advirtió la incidencia del sesgo interesado en la comparación con los salarios de otros trabajadores del mismo distrito. Así pues, mientras que los sindicatos docentes de comunidades de ingresos altos tendieron a considerar importante la comparación con el salario de otros miembros de la comunidad, los sindicatos docentes de comunidades con ingresos bajos tendieron a considerar menos relevante dicha comparación (Babcock *et al.*, 1996, p. 15)[44].

En definitiva, la evidencia que surge tanto de estudios de campo como de experimentos de laboratorio demuestra la efectiva incidencia de los intereses particulares en el procesamiento de la información y la toma de decisiones. De todos modos, además de esta comprobación, un aporte importante de tales investigaciones consiste en explicitar los mecanismos psicológicos que, frecuentemente, subyacen al comportamiento de los agentes en conflictos de intereses. A menudo, se asume que su conducta es consecuencia de una estrategia deliberada; esto es, un cálculo de costo y beneficio tendiente a la maximización de sus intereses (Mazar *et al.*, 2008, p. 633; Dana & Loewenstein, 2003, p. 252). Sin embargo, lo que indican los estudios citados es que, en todo caso, se trata de un sesgo implícito, el cual distorsiona la opinión de los agentes aun cuando ellos intenten decidir objetivamente. Expresado de otra forma, antes que dejar de lado intencionalmente lo que consideran justo para maximizar sus beneficios —*i. e.*, un comportamiento egoísta—, las personas tienden a adoptar, de un modo no del todo consciente, aquellas concepciones de justicia que se adecúan mejor a sus intereses particulares (Babcock *et al.*, 1995, p. 1352; Dana & Loewenstein, 2003, p. 253)[45].

Por ello, desde el punto de la vista del riesgo contra los intereses de la Administración, no existen buenas razones para defender una concepción restringida de las negociaciones incompatibles que criminalice solo la conducta de los funcionarios que, deliberadamente, optan por privilegiar sus intereses. Por el contrario, parece más conveniente adoptar una concepción amplia del delito que prescinda del requisito de que el funcionario obre con el fin de procurar un beneficio para sí o para otro

44 El estudio citado solo pretende demostrar la relevancia del sesgo interesado, pero ello no implica que la actuación sesgada sea, al menos en este caso, ilegítima.

45 El hecho de que el sesgo interesado opere más allá del control consciente del agente es relevante porque demuestra que se trata de una circunstancia que se halla fuera de su capacidad de evitación. Y, precisamente, como sostiene Kindhäuser (2009), tal elemento de inseguridad es esencial al concepto de peligro, el cual necesariamente supone «la incapacidad física, psíquica o cognitiva de poder evitar intencionadamente la producción de un daño cuando se ejecuta un comportamiento» (p. 12). Expresado mediante un ejemplo, así como el conductor de un automóvil que ha injerido cierto nivel de alcohol se coloca en una situación de peligro, pues él ya no puede evitar que la disminución de sus reflejos dé lugar a un accidente, también se coloca en una situación de peligro el funcionario que interviene en un asunto en el cual se hallan implicados sus intereses privados. En tal situación, él ya no puede controlar el modo en que sus intereses pueden sesgar el proceso decisorio. Sobre el delito de conducción con determinada tasa de alcohol como delito de peligro abstracto, véase Márquez Cisneros (2016).

—*i. e.*, un elemento subjetivo especial—; de otro modo, quedarían fuera de su alcance comportamientos que, según la evidencia empírica, no solo son suficientemente riesgosos, sino que, además, constituyen una forma usual y extendida de privilegiar los intereses personales.

V. LA DEFINICIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES RELEVANTES

V.1. Sobre el carácter del interés implicado en el acto

La cuestión de la clase de interés relevante para la consumación del delito ha recibido especial atención en la doctrina y en la jurisprudencia. Conforme a cierta opinión, defendida por la jurisprudencia italiana, cualquier interés particular perseguido por el funcionario realizaría el tipo penal de negociaciones incompatibles. La razón de ello, se sostiene, consiste en que el fundamento de la prohibición es evitar la injerencia privada en actos de la Administración, lo cual puede producirse también por intereses de carácter distinto al económico (Donna, 2018, p. 320). En cambio, según otra perspectiva, para la consumación del delito, el interés del funcionario debe ser necesariamente de tipo económico. Esta opinión, en general, se apoya en argumentos de interpretación literal y sistemática del derecho. Así pues, en Chile, ello surgiría de la ubicación sistemática del delito en la sección relativa a fraudes, como también de que el monto de la multa a imponer al autor deba determinarse en relación con el beneficio pretendido por este. En Argentina, se apoya dicha interpretación en la descripción del objeto sobre el cual debe recaer el interés; es más, como la ley refiere solo a «contratos» u «operaciones», los cuales constituyen actos administrativos de contenido económico, se argumenta que solo cometería el delito el funcionario que persigue un interés de *esa* clase[46].

Ahora bien, aun si tales argumentos resultaran contundentes *de lege lata*, la cuestión que interesa aquí es si, desde un punto de vista político-criminal, existen buenas razones para limitar el alcance del delito a la incidencia de intereses económicos. Y, en principio, si la ilicitud de las negociaciones incompatibles consiste en el riesgo de distorsión del contenido de las decisiones de la Administración, entonces pareciera que debería admitirse la relevancia de otros intereses. Piénsese, por ejemplo, en el funcionario que interviene en la licitación de una obra pública en la que participa la empresa de su principal enemigo político[47]. El peligro que puede ocasionar la injerencia de ese interés en el proceso de decisión administrativo no aparenta ser diferente al que podría producir un interés de carácter económico.

46 Sobre esta discusión, véase Sancinetti (1986, p. 882).
47 El ejemplo, con una ligera modificación, ha sido extraído de Sancinetti (1986, p. 881).

De todos modos, la tendencia a limitar el interés que puede dar lugar a la realización del delito no carece completamente de racionalidad; de hecho, la misma discusión se advierte en relación con el alcance del concepto de dádiva para la consumación del cohecho[48]. Conforme a cierta opinión, solo debería constituir cohecho la aceptación de objetos con valor económico. La razón que subyace al esfuerzo por limitar el objeto de este delito reside en el peligro de que una definición demasiado amplia acabe por abarcar conductas socialmente adecuadas. Si, por ejemplo, el cohecho se definiera como la aceptación de *cualquier* objeto de valor a cambio de la realización de un acto propio del cargo, podría quedar comprendido en el delito el intercambio de votos entre legisladores (*logrolling*); esto es, el legislador que acepta votar por un proyecto de ley X porque otro legislador le ha prometido votar por un proyecto de ley Y, que aquel promueve. Sin embargo, estos acuerdos, dentro de ciertos límites, constituyen prácticas legítimas, pues permiten que las leyes reflejen los intereses que representan las distintas fuerzas políticas. Para que la exclusión de esta clase de actos del alcance del cohecho no dependa de la interpretación judicial, se argumenta, sería conveniente —al menos en determinados ámbitos— limitar el concepto de dádiva a los beneficios económicos[49].

De la misma forma, el problema que se presenta en relación con el delito de negociaciones incompatibles consiste en, por un lado, intentar incluir en su ámbito de aplicación conflictos de intereses de carácter no económico, que también pueden distorsionar el contenido de las decisiones de la Administración; y, por otro lado, no extender demasiado el alcance del delito, de forma que dé lugar al riesgo de abarcar conflictos de intereses que no debieran ser criminalizados. Para ello, se debe prestar atención tanto a la clase de interés que puede ocasionar un conflicto relevante como a la clase de actos sobre los cuales tal interés puede recaer.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que no cualquier conflicto de intereses resulta significativo. En ocasiones, se espera de los funcionarios que intervengan en ciertos asuntos relativos a su función, a pesar de que la decisión que ellos adopten podría dar lugar a la obtención de algún beneficio para sí mismos. Piénsese, por ejemplo, en la jueza que debe resolver un caso de suma relevancia en el cual se juzga a una persona políticamente importante y con gran popularidad. En dicho caso, el dictado de una decisión condenatoria comprometería seriamente sus posibilidades de ser nombrada en un cargo de mayor jerarquía en

48 Sobre las teorías acerca del objeto del delito de cohecho, puede verse Olaizola Nogales (1999, pp. 305-334).

49 Precisamente, este es el argumento que brindan los comentaristas del Código Penal Modelo de los Estados Unidos, en relación con el cohecho en asuntos políticos (§ 240.1), para restringir el concepto de soborno a los beneficios económicos (*pecuniary benefit*). Al respecto, véase The American Law Institute (1980, pp. 9-17). Sobre la discusión acerca de cómo distinguir el cohecho de las negociaciones políticas legítimas, véase paradigmáticamente Hellman (2017).

la carrera judicial. Aunque en tal escenario tenga lugar un conflicto entre ciertos intereses de la funcionaria —*i. e.*, el interés en su carrera judicial— y el correcto ejercicio de su función, no se trata de una situación que exija su apartamiento.

La razón que explica la irrelevancia de esta clase de conflictos para la realización del ilícito de las negociaciones incompatibles reside, en definitiva, en que los intereses en tensión provienen de la misma esfera de valor[50]. Dicho de otro modo, para que se produzca una situación que prohíba a la funcionaria intervenir, el interés involucrado en el asunto de su competencia debe ser de un carácter distinto al interés que ella debe resguardar[51]. En ocasiones, lo conveniente para la propia carrera judicial podría entrar en conflicto con el interés en la correcta toma de decisiones judiciales. Sin embargo, en estos casos se espera que la funcionaria efectivamente tome parte en el asunto y, además, actúe con fidelidad a los deberes de su cargo; es decir, que ella resista la tentación de favorecer sus propios intereses. El motivo por el cual ese interés no da lugar a un conflicto relevante responde a que, al pertenecer a la propia esfera judicial, no puede verse como una injerencia externa que deba *a priori* ser evitada. La situación sería diferente, en cambio, si el interés de la funcionaria judicial consistiera en uno de carácter político. Por ejemplo, ello ocurriría si la jueza hubiera aceptado ya un ofrecimiento de un cargo político y, antes de asumir dicha función, interviniera como jueza en un caso en que el acusado fuera, a su vez, un importante dirigente político del Gobierno. Esta mezcla de intereses de diferente carácter (judicial/político) sí constituiría una situación que obliga al apartamiento de la funcionaria[52].

---

50 En lo sustancial, se sigue aquí la perspectiva desarrollada por Deborah Hellman (2017) para la definición del objeto del delito de cohecho. Según esta autora, para que se configure cohecho, el valor de los bienes intercambiados entre el funcionario y el particular debe provenir de distintas esferas. En este sentido, no comete dicho delito el fiscal que acepta solicitar en el juicio una pena menor contra el acusado a cambio de que este admita su responsabilidad penal. Según Hellman, la explicación de que este intercambio de prestaciones no constituya cohecho consiste en que los bienes intercambiados provienen de la misma esfera de valor (judicial/judicial), tal como esas esferas son definidas en una sociedad determinada. Aunque no necesariamente se acepta aquí la concepción de Hellman sobre el cohecho, esta idea puede proporcionar una guía para determinar qué clase de conflictos de intereses son relevantes (pp. 1947-1992).

51 La misma idea parece querer expresarse cuando se afirma que el interés del funcionario debe ser de carácter «no administrativo». En este sentido, véase Sancinetti (1986, p. 882). La razón por la cual la mezcla de intereses del mismo carácter no constituye una actuación interesada respecto de las negociaciones incompatibles, probablemente, puede explicarse por el hecho de que no ocurre en tal caso un «desdoblamiento» de la personalidad del agente; esto es, una actuación en el doble carácter de órgano del Estado y de particular interesado en el acto. Expresado de otro modo, el interés de un funcionario judicial en su carrera judicial pertenecería al ámbito de órgano del Estado, no al ámbito particular o privado del agente. En cambio, el interés de un funcionario judicial en su carrera *política* sí pertenecería a su ámbito privado y no al carácter de órgano del Estado.

52 Aunque la admisión de la relevancia de otros intereses, distintos a los de carácter económico, da lugar a un campo de interpretación más amplio sobre lo que puede configurar una actuación interesada, ello no implica que de esta forma se viole el principio de estricta legalidad o máxima taxatividad. En efecto, como es sabido, solo puede hablarse de grados o niveles de taxatividad, ya que, debido a la irreductible textura abierta del lenguaje, un nivel de precisión absoluta es inalcanzable; pero, además, un nivel de precisión demasiado elevado en la redacción de la ley resulta, a su vez, desaconsejable. La razón de ello radica en que, por un lado, reemplazar términos con cierto nivel de abstracción y

Por último, respecto de la titularidad del interés implicado en el acto, a diferencia de lo establecido por la legislación española, es necesario incluir en el alcance de las negociaciones incompatibles la injerencia de intereses de terceros próximos al funcionario[53]. En efecto, el riesgo de distorsión del contenido de las decisiones de la Administración puede ser consecuencia no solo de intereses propios del funcionario, sino también de que personas con las cuales él mantiene un vínculo cercano se hallen interesadas en el acto de su competencia (Sancinetti, 1986, pp. 885-887). Una regulación como la del Código Penal chileno, que define de modo preciso quiénes son los terceros cuyos intereses pueden dar lugar a la consumación del delito, tiene la ventaja de evitar el riesgo de que la interpretación judicial amplíe excesivamente su alcance[54]. De todos modos, con una enumeración taxativa se corre el riesgo de subinclusión en la medida en que se puede omitir la mención de terceros cuyos intereses también sean capaces de sesgar la actuación del funcionario; por ello, si se opta por esta alternativa, la enumeración debe procurar abarcar las situaciones de hecho más relevantes.

V.2. Sobre la clase de actos objeto de la intervención interesada

En principio, si bien no hay razones para limitar el objeto del delito solo a los actos de carácter económico, como contratos u operaciones, debe tenerse en cuenta que el asunto en el que el funcionario se interesa no puede ser de un carácter tan general que estén implicados los intereses de la mayoría de los ciudadanos (Donna, 2018, p. 319). Ello tiene relevancia, en especial en el ámbito legislativo. Piénsese, por ejemplo, en el legislador cuyos hijos estudian en la universidad y participa en la votación de una ley sobre el régimen de gratuidad de los estudios universitarios. Es claro que, en este caso, no se trata de un asunto *particular* que pueda ser objeto del delito de negociaciones incompatibles, aun cuando efectivamente el funcionario se halle interesado en él.

Fundamentalmente, existen dos razones para excluir esta clase de actos del alcance del delito. Por un lado, una razón de orden de práctico: en tanto se trata de asuntos generales, casi todos los ciudadanos tienen un interés directo o indirecto en ellos; en consecuencia, ningún funcionario

generalidad por descripciones más específicas obliga a realizar enumeraciones más extensas de las conductas prohibidas, lo cual añade un mayor grado de complejidad a la formulación del derecho. Y, por otro lado, una regulación más detallada y específica conlleva siempre el riesgo de subinclusión; esto es, omitir prever supuestos de hecho relevantes que deberían haber sido previstos por la ley. Por tales razones, en definitiva, el principio de taxatividad penal no puede concebirse de un modo tan estricto que excluya la discrecionalidad judicial en la aplicación de la ley penal. Sobre este problema, véanse Ferrajoli (2011, p. 122), Navarro *et al*. (2011, pp. 79-80) y Roxin (1997, p. 170).

53 Para una crítica a la legislación española, que solo otorga relevancia a los intereses propios del funcionario, véase Fernández Cabrera (2014, pp. 85-87).

54 El problema de la indeterminación resultante de que el delito no mencione cuáles son los terceros cuyo favorecimiento por parte del funcionario da lugar a la tipicidad de la conducta ha sido discutido en la doctrina argentina. Al respecto, véase Sancinetti (1986, p. 884).

podría tomar parte en tales decisiones si resultaran abarcadas por el delito[55]. El mismo problema tendría lugar, por ejemplo, respecto de asuntos como el régimen de jubilaciones, la creación de impuestos a los consumidores o la regulación del sistema de salud. Por otro lado, también puede invocarse una razón teórica: como la decisión sobre esta clase de materias involucra, directa o indirectamente, los intereses del conjunto de los ciudadanos, no solo es inevitable, sino también deseable que *todos* los interesados participen en ella[56].

En cambio, ciertos actos legislativos pueden tener por objeto la resolución de asuntos particulares que afecten los intereses de un grupo muy reducido de personas entre los cuales, eventualmente, se incluyan los intereses de un miembro de la legislatura. Ello ocurriría, por ejemplo, si un legislador participa en la votación de una ley de expropiación de un inmueble de su propiedad, o en la concesión de un contrato de obra pública a una empresa de un familiar. Tales casos sí dan lugar a un conflicto entre los intereses del legislador y los deberes que surgen de su función, por lo cual, sin duda, podrían ser objeto del delito de negociaciones incompatibles.

VI. CONSECUENCIAS DE LA PERSPECTIVA DEFENDIDA

En este punto, es posible formular algunas conclusiones acerca de los lineamientos que debería adoptar la regulación del delito de negociaciones incompatibles. En primer lugar, el fundamento de la prohibición consiste en que el funcionario se ubica en una posición en la que ya no es posible evitar que ciertos intereses privados, provenientes de un ámbito externo, interfieran con sus decisiones. Entendida de este modo, la ilicitud de las negociaciones incompatibles puede describirse como una puesta en peligro en abstracto contra la Administración en la medida en que el agente desatiende la principal razón en contra de intervenir en el asunto; esto es, que sus decisiones podrían resultar sesgadas por intereses de carácter privado. Por tal razón, desde el punto de vista subjetivo, el delito solo debería requerir que el agente conozca el riesgo ocasionado por su actuación en un conflicto de intereses, mas no introducir la exigencia de que él actúe con un propósito especial de beneficiarse o de favorecer a un tercero. Expresado de otro modo, basta con el hecho de que el funcionario sea consciente de la situación de riesgo; es decir, que interviene en un acto de su función en el cual se hallan involucrados intereses privados propios o de personas vinculadas a él[57].

55 Sobre este argumento, véase Clark (1996, p. 88).

56 Sobre este argumento, véase Waldrom (2005, pp. 354-355).

57 Por supuesto, como ocurre con la prueba de cualquier estado mental, dada la imposibilidad de constatar los datos psíquicos mediante percepción sensorial, también en este caso la consciencia de la situación de riesgo debe inferirse a partir de datos externos como, por ejemplo, los conocimientos mínimos que posee toda «persona normal», la especial aptitud de la conducta para producir el resultado, o determinadas características personales del agente. Como señala

En segundo lugar, la definición de los intereses relevantes para la consumación del delito debe ser más amplia de lo que establecen algunas legislaciones como, por ejemplo, el Código Penal chileno. Una concepción economicista excluye otra clase de intereses, igualmente capaces de distorsionar las decisiones de la Administración. También, respecto del objeto sobre el cual debe recaer el interés, las legislaciones que limitan el alcance del delito a contratos u operaciones —actos de carácter económico— resultan demasiado restrictivas. Una actuación interesada del funcionario sobre otra clase de asuntos, como por ejemplo una sentencia, puede igualmente introducir el riesgo de distorsión de las decisiones de la Administración. La razón por la cual la definición legislativa suele limitarse al aspecto económico, en relación tanto con el interés como con el asunto sobre el que este debe recaer, pareciera responder al intento por no incluir conflictos de intereses que resultan, por un lado, inevitables y, por otro lado, adecuados.

Si bien la concepción del delito defendida en el trabajo es más amplia que una limitada a los conflictos de intereses puramente económicos, es necesario también introducir algunas restricciones para evitar el riesgo de sobreinclusión; esto es, que se abarquen conflictos que no deberían ser comprendidos. En primer lugar, solo los asuntos *particulares* pueden constituir el objeto de las negociaciones incompatibles. De este modo, quedan excluidos del alcance del delito los actos legislativos que regulan materias en las que están implicados los intereses del conjunto de los ciudadanos. En segundo lugar, para que se produzca el conflicto de intereses que fundamenta la ilicitud de las negociaciones incompatibles, el interés del funcionario debe provenir de un ámbito de valor distinto de aquel al que pertenecen los intereses que él debe resguardar. En este sentido, no configura un hecho ilícito que un funcionario judicial se interese judicialmente en un acto de su competencia, como tampoco que un funcionario se interese políticamente un acto de naturaleza política. En cambio, sí ocurriría tal conflicto si el agente se interesa políticamente en un acto de carácter judicial.

Por último, es necesario abordar la cuestión sobre la necesidad de criminalización de las negociaciones incompatibles. En ese sentido, un argumento utilizado a menudo para cuestionar las propuestas de ampliación de la legislación penal frente a conductas ilícitas cometidas por funcionarios públicos es que, de este modo, supuestamente se invadiría

Ragués i Vallès (2004), el hecho de que la atribución del dolo, en ocasiones, pueda *no* coincidir con la representación mental efectiva del acusado no implica una violación del principio *in dubio pro reo,* ya que dicho riesgo es inherente a toda condena penal en la medida en que es imposible alcanzar un estado de certeza absoluta sobre la existencia de cualquier hecho del proceso (pp. 22-23). Por último, al igual que el dolo de cualquier delito, la consciencia de la situación de riesgo debe estar presente durante la *ejecución de la acción* (Córdoba, 2021, pp. 101-102), en este caso, al momento de la intervención interesada del funcionario en el acto de su función. Sobre este problema, con especial énfasis en la idea de la *atribución* del dolo sobre la base de circunstancias objetivas, véase Ragués i Vallés (1999, pp. 357-511).

el ámbito del derecho administrativo sancionador[58]. Particularmente, en relación con el delito de negociaciones incompatibles con la función pública, se ha sostenido que la tipificación penal de este comportamiento implicaría criminalizar un mero deber administrativo de abstención[59]. Y, consecuentemente, ello implicaría una violación al principio de *ultima ratio* del derecho penal, ya que se recurriría a la legislación penal para reprochar conductas que solo merecerían una sanción de carácter administrativo.

Sin embargo, la crítica no convence. La idea de que la prohibición penal de este tipo de conductas involucraría el castigo de un mero deber de abstención omite considerar adecuadamente los serios riesgos que una actuación interesada provoca para el contenido de las decisiones del Estado. En este sentido, se trata de un deber que responde a la necesidad de evitar que los intereses privados interfieran en el funcionamiento de la Administración; esto es, que tiene como fundamento prevenir daños a intereses merecedores de protección penal[60]. Tal bien jurídico puede definirse como la objetividad del proceso decisorio de la Administración pública, pues, como institución orientada a la satisfacción de intereses generales, es indispensable que el poder de decisión de la Administración funcione sin la injerencia de intereses externos[61]. Ello no implica que, de este modo, se invada o vacíe de contenido el derecho disciplinario. Por el contrario, aún podría reservarse la imposición de sanciones administrativas para conductas de menor gravedad como, por ejemplo, el funcionario que se ubica en un conflicto *potencial* de intereses[62], como también el que, debiendo advertir que interviene en un conflicto actual de intereses, no lo hace —*i. e.*, que actúa de modo negligente—.

58 Sobre la utilización de este argumento, en un sentido crítico desde el punto de vista dogmático y político-criminal, véase Fernández Cabrera (2019, pp. 14-32).

59 Sobre esta crítica, véase Fernández Cabrera (2014, p. 77).

60 En la medida en que se trata de la criminalización de una puesta en peligro —*i. e.*, una conducta desvaliosa—, capaz de afectar un bien jurídico especialmente merecedor de protección penal, no podría argumentarse que la concepción defendida es contraria al principio de fragmentariedad. Respecto de la invocación del principio de *última ratio* como razón en contra de la prohibición penal de este comportamiento, y en favor de la prioridad de la protección en el ámbito administrativo, tal argumento no resulta para nada contundente. Como sostienen diferentes autores, el principio de *ultima ratio* no debe interpretarse como un mandato vinculante, sino más bien como una directriz político-criminal que otorga al legislador cierto margen de discrecionalidad para elegir la vía de protección que considere más conveniente (Roxin, 1997, p. 67; Greco, 2017, p. 163). Además, el recurso a la vía administrativa para sancionar hechos ilícitos de los funcionarios públicos no siempre es aconsejable, especialmente por la ausencia de imparcialidad e independencia del órgano sancionador, así como por la dificultad para disuadir a los agentes que tienen un vínculo meramente transitorio con la Administración (Fernández Cabrera, 2019, pp. 30-31). Para una crítica al funcionamiento del sistema administrativo de control de la corrupción en Argentina, en función de la ausencia de imparcialidad e independencia del órgano de control, véase Giuffré y Zelaya (2021, pp. 288-292). Sobre las desventajas de la sanción administrativa en comparación con la sanción penal, especialmente respecto de delitos de corrupción y con cita de estudios empíricos, véase Rusca (2021, pp. 24-29).

61 En relación con el bien jurídico protegido por el delito de cohecho, defiende esta idea Kindhäuser (2007, pp. 9-10).

62 Un conflicto potencial de intereses tiene lugar cuando los intereses privados del funcionario podrían entrar en tensión con sus deberes en el futuro, aun cuando tal conflicto no exista en la actualidad. Al respecto, véase Villoria (2006, p. 299).

De todos modos, esta crítica parece más plausible respecto de la criminalización de las negociaciones incompatibles en el ámbito privado. La prohibición penal de la conducta de situarse en un conflicto de intereses, al menos según la concepción que se defiende en este trabajo, constituye un delito de peligro abstracto. Esta clase de delitos involucran un adelanto de la criminalización a un momento previo a la producción de un daño; en este caso, el reproche al agente se fundamenta en el riesgo que, *en general*, ocasiona para la toma de decisiones la injerencia de un interés externo a su ámbito de actuación. Empero, para la consumación del delito, es irrelevante que tenga lugar esa consecuencia; es decir, comete el delito el agente que, en una situación de conflicto de intereses, toma una decisión conforme con sus deberes —*v. gr.*: el juez que, teniendo un interés político en la causa en que interviene, dicta la sentencia correcta según las pruebas disponibles y el derecho aplicable—[63].

La justificación de este adelanto de la criminalización resulta menos problemática cuando los intereses a proteger son muy valiosos, como por ejemplo la vida o la libertad de las personas. En este sentido, la objetividad del proceso de toma de decisiones de los funcionarios públicos constituye un interés de suma relevancia, pues los actos de la Administración tienen implicancias para el conjunto de los ciudadanos y, si el contenido de tales decisiones es contrario al derecho, se puede afectar bienes como la seguridad, la salud o la educación pública.

63 La literatura sobre la caracterización del injusto de los delitos de peligro abstracto es verdaderamente profusa e inabarcable en un trabajo de parte especial. Cabe formular, no obstante, algunas mínimas aclaraciones conceptuales. En primer lugar, aunque la terminología y las categorías analíticas utilizadas para hacer referencia a estos delitos son numerosas y diversas —*v. gr.*: delitos de aptitud o de peligro abstracto concreto, delitos de peligro potencial o de peligro abstracto-abstracto, delitos acumulativos, delitos preparatorios, etc.—, no siempre tales distinciones poseen una capacidad de rendimiento que justifique la complejidad que introducen en el lenguaje y análisis jurídico (Kindhäuser, 2009, p. 3). En este trabajo, con el término «delitos de peligro abstracto» se hace referencia a la tipificación penal de conductas que, desde una perspectiva *ex ante*, son *generalmente* peligrosas para cierto bien jurídico, aunque, en el caso concreto, no sea necesaria la producción de un resultado de peligro o de lesión (Roxin, 1997, p. 407). El problema principal de legitimidad que presentan estos delitos no reside en la circunstancia de que no se exija para la realización del tipo penal un resultado de peligro concreto o de lesión; por el contrario, su inconveniente fundamental es que, aunque la acción prohibida pertenezca a una *clase* de conductas peligrosas, es posible que, en un caso concreto, la realización de dicha acción no ocasione *ex ante* el peligro que motiva la prohibición (Buergo Mendoza, 2002, p. 41).
Por ello, una crítica extendida sostiene que los delitos de peligro abstracto serían contrarios al principio de inocencia, pues se presumiría que, por pertenecer a una clase de conductas peligrosas, la acción individual llevada a cabo por el acusado también resultaría peligrosa en el caso concreto. Aunque no es posible aquí presentar todas las posibles respuestas a esta objeción, pueden mencionarse dos importantes teorías sobre el injusto de los delitos de peligro abstracto. De acuerdo con cierta opinión, estos delitos deben interpretarse materialmente como tentativas imprudentes; en este sentido, lo que se reprocha al autor es la infracción del debido cuidado; esto es, no observar todas las medidas de precaución que, *ex ante* y desde su perspectiva, serían necesarias para evitar el peligro de la acción, lo cual, además, debería determinarse *individualmente* en cada caso (Roxin, 1997, pp. 407-409). De acuerdo con otra opinión, en cambio, los delitos de peligro abstracto constituyen una modalidad particular de delitos de lesión, pues, independientemente de la posibilidad de que la acción prohibida ocasione un daño, su realización daría lugar a una situación de *inseguridad* que configuraría en sí misma una forma de menoscabo al bien jurídico (Kindhäuser, 2009, pp. 13-14). Para un análisis de las diferentes perspectivas sobre los delitos de peligro abstracto, puede verse Greco (2010).

En cambio, la incompatibilidad de intereses en el ámbito privado involucra la distorsión de un proceso de decisión en el cual, normalmente, no están involucrados intereses del conjunto de los ciudadanos. Así, por ejemplo, el gerente de una sociedad comercial que se interesa en un acto de su función, en principio, solo crea un riesgo contra los intereses de los accionistas de la compañía, no contra intereses generales. Por ello, las razones para la criminalización de las negociaciones incompatibles en el sector privado son más débiles.

Con el objeto de poner de manifiesto con claridad las consecuencias de la concepción de las negociaciones incompatibles como puesta en peligro contra la Administración pública, podría proponerse la siguiente definición del delito: el funcionario público que, por razón de su cargo, interviniera directa o indirectamente en cualquier clase de operación, contrato, actuación o asunto en el cual estuvieran implicados sus intereses particulares, será reprimido con la pena X.

La pena prevista en este artículo será aplicable también cuando los intereses implicados pertenezcan a: a) el cónyuge o conviviente del funcionario; b) parientes en cualquier grado en línea recta o hasta el tercer grado, inclusive de la línea colateral, por consanguinidad o afinidad; c) terceros asociados con él o con las personas enumeradas en los literales a) y b); d) sociedades o asociaciones en las que el funcionario, o las personas enumeradas en los literales a) y b), ejerzan su administración en cualquier forma o tengan interés social.

VII. CONCLUSIONES

En la doctrina es frecuente encontrar expresiones sobre la escasa relevancia práctica del delito de negociones incompatibles, como también acerca de la insuficiencia de su desarrollo teórico[64]. La razón de ello pareciera responder al hecho de que, tanto desde el punto de vista del diseño legislativo como de la interpretación doctrinal, en general se ha concebido a este delito de un modo sumamente restringido. El objetivo de este trabajo consistió en analizar si esta concepción restringida resulta fundada. Las conclusiones pueden resumirse del siguiente modo. Por un lado, la exigencia de que el funcionario obre con el propósito especial de obtener un beneficio configura una restricción inadecuada, pues existen importantes razones para concebir al delito como una puesta en peligro que solo requiera para su consumación la consciencia de la situación de riesgo. Por otro lado, la limitación del alcance del delito tanto a intereses como a objetos de carácter económico da lugar a la exclusión de conflictos de intereses relevantes, como los que involucran

64 En este sentido, véase Sancinetti (1986, p. 879), Fernández Cabrera (2014, p. 73), y Giuffré y Zelaya (2021, p. 278).

la injerencia de intereses políticos, que deberían ser criminalizados. En este sentido, se propone una definición del delito más amplia, la cual se fundamenta en la concepción de las negociaciones incompatibles como puesta en peligro contra la objetividad del proceso decisorio de la Administración pública.

REFERENCIAS

Álvarez Dávila, F. (2022). Tres aspectos problemáticos del delito de negociación incompatible. En R. A. Martínez Huamán (dir.) y P. A. Mori Sáenz (coord.), *Delitos contra la Administración Pública. Debates Fundamentales* (pp. 495-513). Lima: Gaceta Jurídica.

Babcock, L., Loewenstein, G., Issacharoff, S., & Camerer, C. (1995). Biased Judgments of Fairness Bargaining. *The American Economic Review*, *85*(5), 1337-1343. https://doi.org/10.1037/t23022-000

Babcock, L., Wang, X., & Loewenstein, G. (1996) Choosing the Wrong Pond: Social Comparisons in Negotiations that Reflect a Self-Serving Bias. *The Quarterly Journal of Economics*, *CXI*(1), 1-19. https://doi.org/10.2307/2946655

Balmaceda Hoyos, G. (2021). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (4.ª ed.). Santiago de Chile: Librotecnia.

Bullemore, G., Vivian, R., Mackinnon, R., & John, R. W. (2018). *Curso de Derecho Penal. Tomo IV. Parte Especial* (4.ª ed.). Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.

Castro Moreno, A. (2005). Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y autoridades en Derecho penal. *La Ley*, (4987), 1-33.

Catalán Sender, J. (2001). El delito de negociaciones prohibidas a funcionarios públicos en el nuevo Código Penal. *La Ley*, (2769), 1-9.

Clark, K. (1996). Do We Have Enough Ethics in Government Yet? An Answer from Fiduciary Theory. *University of Illinois Law Review*, *57*(1), 57-102.

Córdoba, F. (2021). *Elementos de la teoría del delito*. Buenos Aires: Hammurabi.

Córdoba Roda, J., & García Arán, M. (2004). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo II*. Madrid: Marcial Pons.

D'Andrade, K. (1985). Bribery. *Journal of Business Ethics*, (4), 239-248.

Dana, J., & Loewenstein, G. (2003). A Social Science Perspective on Gifts to Physicians From Industry. *JAMA*, *290*(2), 252-255. https://doi.org/10.1001/jama.290.2.252

Donna, E. A. (2018). *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III* (3.ª ed.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Duff, R. A. (1996). *Criminal Attempts*. Oxford: Oxford University Press.

Duff, R. A. (2005). Criminalizing Endangerment. *Luisiana Law Review*, 65(3), 941-965. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199269228.003.0003

Fernández Cabrera, M. (2014). El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, *XXV*(98), 73-92. https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4154/4497

Fernández Cabrera, M. (2018). Problemas interpretativos del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos. *Revista General de Derecho Penal*, (29), 1-38.

Fernández Cabrera, M. (2019). La argumentación mínima como argumento para absolver de la comisión de delitos de corrupción: crítica dogmática y político-criminal *Indret*, (3), 1-44. https://indret.com/la-intervencion-minima-como-argumento-para-absolver-de-la-comision-de-delitos-de-corrupcion-critica-dogmatica-y-politico-criminal/

Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.

Flannigan, R. (1989). The Fiduciary Obligation. *Oxford Journal of Legal Studies*, 9(3), 285-322. https://doi.org/10.1093/ojls/9.3.285

Giuffré, I., & Zelaya, J. (2021). La regulación del ejercicio de la función pública en Argentina. Problemas y alternativas. *Revista de Derecho Público*, (2), 273-301.

Greco, L. (2004). 'Princípio da ofensividade' e crimes de perigo abstracto – Uma introduçao ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (49), 88-147.

Greco, L. (2010). *Modernização do Direito Penal, bens jurídicos colectivos e crimes de perigo abstrato (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Río de Janeiro: Lumen Juris.

Greco, L. (2016). Aproximación a una teoría de la corrupción. *Libertas – Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, (5), 44-57.

Greco, L. (2017). *Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación. La problemática de la responsabilidad penal por conductas cotidianas* (C. Lascano y D. Peretti Ávila, trads.). Buenos Aires: Hammurabi.

Green, S. (2005). What's Wrong With Bribery. En R. Duff y S. Green (eds.), *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law* (pp. 143-177). Oxford: Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199269228.003.0007

Hefendehl, R., Von Hirsch, A., & Wohlers, W. (2007). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons.

Hellman, D. A. (2017). A Theory of Bribery. *Cardozo Law Review*, *38*(6), 1947-1992. https://ssrn.com/abstract=2828840

Kang, J., Bennett, J. M., Carbado, D., Casey, P., Dasgupta, N., Faigman, D., Godsil, R., Greenwald, A. G., Levinson, J., & Mnookin, J. (2012). Implicit Bias in the Courtroom. *Ucla Law Review*, (59), 1124-1186.

Kindhäuser, U. (2007). Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán. *Política Criminal*, *2*(3), 1-18. https://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/a_1_3.pdf

Kindhäuser, U. (2009). Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. *InDret*, (1), 1-19. https://indret.com/estructura-y-legitimacion-de-los-delitos-de-peligro-del-derecho-penal/

La Rosa Rodríguez, E. (2011). Los conflictos de intereses. *Acta Bioethica*, *17*(1), 47-54. https://actabioethica.uchile.cl/index.php/AB/article/view/15677/16149

Manrique, M., Navarro, P., & Peralta, J. (2011). *La relevancia de la dogmática penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Mañalich, J. P. (2015). La negociación incompatible como delito de corrupción: estructura típica y criterios de imputación. *Revista de Estudios de la Justicia*, (23), 93-105. https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/38977/40615

Marques Cisneros, R. (2016). *La conducción con una determinada tasa de alcohol. Un estudio sobre la peligrosidad de los delitos de peligro abstracto.* Madrid: Marcial Pons.

Matus Acuña, J. P., & Ramírez Guzmán, M. C. (2021). *Manual de derecho penal chileno. Parte especial* (4.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Mazar, N., Amir, O., & Ariely, D. (2008). The Dishonesty of Honest People: A Theory of Self–Concept Maintenance. *Journal of Marketing Research*, *45*(6), 633-644. https://doi.org/10.1509/jmkr.45.6.633

Mendoza Buergo, B. (2002). La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, *2.ª época*(9), 39-82.

Messick, D. M., & Sentis, K. P. (1979). Fairness and Preference. *Journal of Experimental Social Psychology*, *15*(4), 418-434.

Mir Puig, S. (1991). Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*. *Estudios Penales y Criminológicos*, (14), 205-215.

Moore, M. S. (1997). *Placing Blame. A Theory of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.

Olaizola Nogales, I. (1999). *El delito de cohecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). (2004). La gestión de los conflictos de intereses en el servicio público. Líneas Directrices de la OCDE. En *La gestión de los conflictos de intereses en el servicio público: Líneas directrices de la OCDE y experiencias nacionales*. París: OECD iLibrary.

Ossandón Widow, M. (2003). Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, (10), 161-180. https://doi.org/10.22199/s07189753.2003.0001.00008

Pardow L., D. G. (2008). La parábola del administrador infiel: un estudio sobre los conflictos de intereses y el deber de lealtad. En A. Guzmán Brito (dir.), *Estudios de Derecho Civil III* (pp. 567-582). Santiago de Chile: Legal Publishing.

Philips, M. (1984). Bribery. *Ethics*, *94*(4), 621-636.

Rachlinsky, J. J., Johnson, S., Wistrich, A. J., & Guthrie, C. (2009). Does Unconscious Racial Bias Affect Trial Judges? *Notre Dame Law Review*, *84*(3), 1145-1246. https://doi.org/10.2139/ssrn.999490

Ragués i Vallès, R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal.* Barcelona: José María Bosch Editor.

Ragués i Vallès, R. (2004). Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista de Estudios de la Justicia*, (4), 13-26.

Rodríguez Collao, L. (2005). La función pública como objeto de tutela penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, *XXVI*(I), 325-340.

Rodríguez Collao, L., & Ossandón Widow, M. M. (2021). *Delitos contra la función pública* (3.ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Roxin, C. (1997) *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (2.ª ed. alemana; D. Luzón Peña *et al.*, trads.). Madrid: Civitas.

Roxin, C. (2007). ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? En R. Hefendehl, A. Von Hirsch y W. Wohlers (eds.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 443-458). Madrid: Marcial Pons.

Rusca, B. (2021). ¡Feliz cumpleaños señor funcionario! Sobre la justificación de la criminalización de la aceptación y el ofrecimiento de regalos en el ámbito de la administración pública. *Revista Direito GV*, *17*(1), 1-35. https://doi.org/10.1590/2317-6172202104

Sancinetti, M. (1986). Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, *XXXIX*, 877-899.

Soler, S. (1970). *Derecho Penal Argentino. Tomo V* (3.ª ed.). Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

The American Law. (1980). *Institute Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments). Part II. Definition of Specific Crimes. §§ 240.0 to 251.4* (pp. 1-67). Filadelfia.

Vázquez-Portomeñe Seijas, F. (2011). Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones político-criminales sobre el llamado 'cohecho de facilitación' (art. 422 CP). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, *3.ª época*(6), 151-180. https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24619/19512

Villoria, M. (2006). Políticas y prácticas para gestionar los conflictos de interés en Europa: una visión comparada. *Revista do Serviço Público*, *57*(3), 297-338. https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/201/206

Waldrom, J. (2005). *Derecho y desacuerdos* (J. L. Martí y A. Quiroga, trads.). Madrid: Marcial Pons.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Código Penal de Argentina (1921).

Código Penal de Chile (1874).

Código Penal de España (1995).

Código Penal de Perú (1991).

Código Penal de Uruguay (1933).

Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Nueva York, 2004).

Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 1996).

Recibido: 28/11/2022
Aprobado: 21/03/2023

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.014

DERECHO PUCP
N° 90, 2023
junio-noviembre
pp. 497-522
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

La respuesta del Estado colombiano frente a la migración proveniente de Venezuela: la regularización migratoria en detrimento del refugio

The Response of the Colombian State to Venezuelan Migration: Migratory Regularization to the Detriment of Asylum

GRACY PELACANI*
Universidad de los Andes (Colombia)

CAROLINA MORENO**
Universidad de los Andes (Colombia)

Resumen: La migración de personas venezolanas a otros países de Latinoamérica ha sido definida como el fenómeno migratorio más significativo de la historia reciente de la región, siendo Colombia el país que más nacionales venezolanos acoge. Desde un enfoque de derechos humanos, este artículo analiza críticamente la respuesta del Estado colombiano para atender la migración desde Venezuela. El objetivo es mostrar que Colombia ha preferido gobernar este fenómeno migratorio a través de la creación de permisos *ad hoc*, en lugar de reconocer la necesidad de protección internacional de esta población y su condición de personas refugiadas. Para ello, analiza el marco normativo colombiano en materia migratoria y de refugio; y, en particular, la respuesta del Estado colombiano a la migración de personas desde Venezuela. El argumento central de este texto es que las autoridades colombianas han apostado por el diseño y la implementación de medidas alternativas de regularización migratoria, como lo fue en su momento el permiso especial de permanencia y lo es hoy el permiso por protección temporal. Este artículo concluye afirmando que el abordaje de la migración venezolana ha conllevado un franco detrimento del sistema de refugio, hoy colapsado y sin perspectiva de reforma ni fortalecimiento. Es así como el diseño institucional de refugio colombiano entraña un cúmulo de obstáculos que desincentiva a los solicitantes a transitar por este camino, aun cuando requieren de protección internacional. Las autoras de este artículo utilizan la dogmática jurídica como principal metodología de investigación.

Palabras clave: Venezuela, Colombia, refugio, migración, regularización migratoria, estatuto temporal de protección

* Abogada y doctora por la Universitá degli Studi di Trento (Italia). Profesora asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Colombia). Miembro del Centro de Estudios en Migración (CEM), la Clínica Jurídica para Migrantes, y directora del Semillero en Derecho y Migración en Colombia de la Universidad de los Andes. Código ORCID: 0000-0002-8801-8752. Correo electrónico: g.pelacani@uniandes.edu.co

** Abogada y doctora en Derecho por la Universidad de los Andes (Colombia). Profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Miembro del Centro de Estudios en Migración (CEM), la Clínica Jurídica para Migrantes, y el Semillero en Derecho y Migración en Colombia de la Universidad de los Andes.
Código ORCID: 0000-0001-6242-5029. Correo electrónico: camoreno@uniandes.edu.co

Abstract: The migration of Venezuelans nationals to other Latin-American countries has been defined as the most significant migratory phenomenon in the recent story of the region, with Colombia being the country that hosts the highest number of Venezuelan nationals. From a human rights perspective, this article critically analyzes the response of the Colombian State to address migration from Venezuela. The objective of this article is to show that Colombia has preferred to govern this migration through the creation of *ad hoc* permits, instead of recognizing the need for international protection of this population and their status as refugees. To this end, this paper analyzes the Colombian regulatory framework on migration and refuge and, in particular, the response of the Colombian State to the migration of people from Venezuela. Its central argument is that the Colombian authorities have opted for the design and implementation of alternative measures of migratory regularization, as it was at the time the Special Permit of Permanence and is today the Permit for Temporary Protection. This article concludes by stating that the approach to Venezuelan migration has led to a clear detriment to the refugee system, today collapsed and with no prospect of reform or strengthening. This is so because the institutional design of the Colombian refuge entails a host of obstacles that discourage applicants from following this path, even when they require international protection. The authors of this paper use legal dogmatic as the main research methodology.

Keywords: Venezuela, Colombia, asylum, migration, migratory regularization, Temporary Protection Status

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA RESPUESTA DEL ESTADO COLOMBIANO FRENTE A LA MIGRACIÓN, EN ESPECIAL LA PROVENIENTE DE VENEZUELA.- II.1. EL MARCO NORMATIVO EXISTENTE: UN DISEÑO NORMATIVO A LA MEDIDA DEL EJECUTIVO.- II.2. EL ROL DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE MIGRACIÓN.- III. EL SISTEMA DE REFUGIO EN COLOMBIA Y SUS BARRERAS.- IV. LA APUESTA POR LAS MEDIDAS DE REGULARIZACIÓN MIGRATORIA A BENEFICIO EXCLUSIVO DE LOS NACIONALES VENEZOLANOS.- IV.1. LA PROLIFERACIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS AL REFUGIO Y SOLO PARA LA POBLACIÓN VENEZOLANA.- IV.2. LA POLÍTICA DE VISAS DEL ESTADO COLOMBIANO RESPECTO A LA POBLACIÓN VENEZOLANA.- V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.

I. INTRODUCCIÓN

En la última década, la región latinoamericana ha sido testigo de un notable fenómeno migratorio, protagonizado en su mayoría por personas venezolanas que se han visto obligadas a abandonar su país. Si bien el inicio de este flujo migratorio se remonta hacia el año 2000, lo cierto es que la movilidad de nacionales venezolanos se ha intensificado, cuantitativamente hablando, en los últimos siete años (Acosta *et al.*, 2019).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su informe anual de 2021, afirmó que en Venezuela sigue profundizándose

la «crisis de institucionalidad democrática», la cual ha conllevado graves violaciones a los derechos humanos. Asimismo, observó que siguen deteriorándose las condiciones de vida en ese país, lo cual «ha provocado el mayor flujo de personas migrantes a nivel regional y el segundo a nivel mundial» (CIDH, 2021, p. 862). Pero, muy a pesar de que estas personas se han visto forzadas a migrar a causa de una crisis para preservar sus derechos fundamentales y los de sus núcleos familiares (McAdam, 2014a; Gandini *et al.*, 2019, pp. 9-10), esta población no recibe el tratamiento legal ni la protección adecuada en el país de destino (UNHCR, 2023).

De acuerdo con los datos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur) y de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), alrededor de 7,2 millones de personas venezolanas se han desplazado hacia otros países, de las cuales 6 millones se encuentran en países de América Latina y el Caribe (R4V, 2023). Según los datos de la autoridad de verificación y control migratorio del Estado colombiano, Migración Colombia (2023), a febrero de 2022, de los 2,48 millones de nacionales venezolanos presentes en Colombia, 1,2 millones se habían registrado con el fin de acceder a la medida de regularización migratoria dispuesta por el Gobierno colombiano en beneficio de esta población.

Las autoridades colombianas han emitido un conjunto de decisiones, especialmente administrativas, conforme a las cuales ha pretendido gestionar esta migración presente en Colombia[1]. Estas determinaciones han privilegiado medidas de regularización migratoria de duración limitada en el tiempo y con parcial acceso a derechos y servicios. Por oposición, es casi nula la existencia de decisiones enfocadas en el fortalecimiento del sistema de refugio, de acuerdo con el cual tramitan las solicitudes de personas con necesidad de protección internacional, quienes buscan el reconocimiento de la condición de refugiado. Además, a pesar de un elevado número de solicitudes, el reconocimiento de la

1 La lista de medidas administrativas adoptadas para responder a la migración proveniente de Venezuela es realmente extensa y no es el propósito de este texto hacer una enunciación exhaustiva de las mismas. Sin embargo, sí merece la pena mencionar que el Estado colombiano ha adoptado decisiones de carácter ejecutivo dirigidas a la población migrante venezolana presente en Colombia en distintos asuntos, tales como: a) en salud, para facilitar el acceso de los nacionales venezolanos al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS); b) en educación, para facilitar el ingreso de los niños, niñas y adolescentes (NNA) venezolanos al sistema escolar, independientemente de su situación migratoria, así como algunas medidas para flexibilizar los requisitos para la presentación de exámenes oficiales y el egreso del sistema escolar; c) sobre regularización migratoria, las que crearon e implementaron el permiso especial de permanencia (PEP) y sus distintos periodos de renovación, así como el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV), incluidos el Registro Único de Migrantes Venezolanos (RUMV) y el permiso por protección temporal (PPT); d) en cuanto a nacionalidad y apatridia, la medida para incluir la nota «válido para demostrar domicilio» en los registros civiles de nacimiento de los hijos de nacionales venezolanos nacidos en Colombia en riesgo de apatridia; y e) las decisiones para permitir el uso de pasaportes vencidos para los nacionales venezolanos en Colombia, entre otros. En materia de refugio, únicamente se ha ampliado el término de vigencia del salvoconducto de permanencia SC-2, que regulariza la situación migratoria de los solicitantes de refugio.

condición de refugiado a esta población sigue siendo extremadamente limitado.

En este texto afirmamos que las autoridades colombianas del Poder Ejecutivo han adoptado medidas importantes de cara a la protección de los derechos humanos de la población proveniente de Venezuela, reconociendo que se trata de un flujo migratorio mixto compuesto por personas tanto migrantes como refugiadas. Sin embargo, sostenemos que las medidas efectivamente adoptadas perpetúan la visión de que se trata de una población que es migrante en su mayoría y que, por ende, no requiere de protección internacional. Asimismo, la política migratoria del Estado colombiano ignora la presencia de otros flujos migratorios en el territorio, profundizando la situación de desprotección y vulnerabilidad de otros extranjeros en Colombia. Así, concluimos que, aunque las distintas autoridades estatales han respondido a la migración en el país, el Estado colombiano en su conjunto sigue careciendo de una política migratoria integral y con enfoque de derechos. Este enfoque «insta a los Estados a adoptar como marco referencial de su actuación a los principios y las normas que reconocen los derechos humanos fundamentales plasmados tanto en instrumentos internacionales, como en las constituciones y normas nacionales» (CIDH, 2018).

Para ello, en la segunda sección, ahondamos en la respuesta del Estado colombiano frente a la migración y, en especial, a la de población procedente de Venezuela, con el fin de poner de relieve los elementos fundamentales del marco normativo en la materia, así como las decisiones administrativas y judiciales que al respecto se han producido. Luego, en la tercera sección, analizamos críticamente el sistema de refugio colombiano en aras de mostrar que este no es adecuado para la realidad del país. Allí profundizamos en los obstáculos que el sistema de refugio presenta. En el cuarto acápite profundizamos en las medidas adoptadas para responder a la migración proveniente de Venezuela, con particular énfasis en el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (en adelante, ETPV o Estatuto), el cual fue adoptado por medio del Decreto 216 de 2021 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Finalmente, presentamos una serie de reflexiones conclusivas.

En el presente trabajo, las autoras utilizamos la dogmática jurídica como metodología de investigación principal. En tal virtud, hacemos un rastreo y análisis crítico del marco normativo aplicable en la materia —normas, jurisprudencia y doctrina— con el fin de identificar los aspectos frente a los cuales se ha expedido algún tipo de regulación y con qué alcance, así como aquellas cuestiones que no han recibido una respuesta normativa por parte de las autoridades. Esta metodología permite identificar, entre otras cuestiones, vacíos de protección, así como ámbitos carentes de respuesta institucional.

II. LA RESPUESTA DEL ESTADO COLOMBIANO FRENTE A LA MIGRACIÓN, EN ESPECIAL LA PROVENIENTE DE VENEZUELA

II.1. El marco normativo existente: un diseño normativo a la medida del Ejecutivo

El Estado colombiano ha reaccionado y gestionado la migración proveniente de Venezuela, especialmente a través de la expedición de medidas de carácter administrativo. Esto ha tenido diferentes efectos sobre el desarrollo de la política pública migratoria. Por un lado, su gestión ha quedado a la merced del Ministerio de Relaciones Exteriores (en adelante, Cancillería) y de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (en adelante, Migración Colombia)[2], los cuales han moldeado la política pública migratoria a medida de sus intereses. Por otro lado, ha implicado que la política pública migratoria haya adoptado un carácter fragmentario, disperso y reactivo. Esto hace que sea muy difícil para los destinatarios, operadores jurídicos y las autoridades conocer la política pública. También reduce, cuando no elimina, el espacio para la participación ciudadana en su desarrollo (Moreno & Pelacani, 2021, p. 184; Pelacani & Moreno V., 2021, p. 230).

Por estas razones, distintos sectores, tanto institucionales como de la academia y la sociedad civil, manifestaron en su momento la necesidad de que el Estado colombiano contara con una ley en materia migratoria[3] que pudiera determinar el marco de actuación de las autoridades administrativas en el desarrollo de la política pública migratoria y que identificara los principios que iban a direccionar su futuro desarrollo, en aras de responder a las necesidades del país en esta materia. Es así como en agosto de 2021 el Congreso de la República de Colombia adoptó la Ley 2136, «Por medio de la cual se establecen las definiciones, principios y lineamientos para la reglamentación y orientación de la Política Integral Migratoria del Estado Colombiano - PIM, y se dictan otras disposiciones».

Sin embargo, un análisis atento y crítico del texto legislativo revela que la Ley 2136, en muchos aspectos, eleva a nivel de ley, sin modificaciones, determinaciones contenidas en actos administrativos preexistentes.

2 La Unidad Administrativa Especial Migración Colombia pertenece al sector administrativo de Relaciones Exteriores, encabezado por el Ministerio de Relaciones Exteriores o Cancillería.

3 En el mes de marzo de 2020, el Servicio Jesuita a Refugiados - Colombia, Caritas Colombia, la Consultoría para los derechos humanos y el Desplazamiento (Codhes), el Observatorio de Migraciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, el Grupo de Investigación Migraciones y Desplazamientos de la Universidad Nacional de Colombia, la Corporación Opción Legal, Dejusticia y la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes presentaron un documento de análisis del Proyecto de Ley 036 de 2019 del Congreso de la República, que se convirtió luego en la Ley 2136 de 2021, conocida como «ley migratoria». En dicho documento, las organizaciones plantearon una serie de recomendaciones al Congreso de la República «para la adopción de una política pública migratoria y de protección internacional con enfoque de derechos».

Por ello, la Ley 2136 confirma el *statu quo* de la política migratoria, la cual permanece en muchos aspectos inalterada. En este sentido, establece que la Cancillería es la autoridad rectora en materia migratoria, para lo cual deberá «formular, orientar, ejecutar y evaluar la PIM del Estado colombiano» con Migración Colombia. Por su lado, aunque contempla la participación de otros actores en la construcción de esta política pública, la Ley 2136 determina que estos únicamente *acompañarán* al Gobierno nacional en su formulación, relegándolos a un rol marginal.

En materia de refugio, la Ley 2136 identifica cuáles son las condiciones que debe reunir una persona para que sea considerada como refugiada. En cuanto al procedimiento para la determinación de la condición de refugiado, remite al Decreto 1067 de 2015, acto administrativo de carácter general previo que ya regulaba esta figura, sin aportar ningún cambio. Por otra parte, en los temas relativos a la apatridia o a la integración socioeconómica de los extranjeros en Colombia, en los que la Ley 2136 sí podría haber impulsado un avance de la política pública migratoria, su efectiva implementación quedó delegada a la actuación de los ministerios y las autoridades administrativas competentes en la materia.

Cuando afirmamos que la Ley 2136 replica lo ya previsto en normas administrativas preexistentes, hacemos referencia, en especial, al Decreto 1067 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores. Este decreto compila en un instrumento normativo de carácter ejecutivo las normas que regulan el grueso de los asuntos de migración y extranjería en Colombia, tales como: la conformación del sector administrativo de Relaciones Exteriores, integrado por la Cancillería y Migración Colombia; servicios consulares, pasaportes y visas; colombianos en el extranjero y retorno de nacionales; control, verificación migratoria y las sanciones de carácter migratorio como la multa, la deportación y la expulsión; el reconocimiento de la condición de refugiado; y la naturalización de extranjeros, entre otras cuestiones.

Como su fecha de expedición lo indica, este decreto data del año 2015, cuando el fenómeno migratorio de personas provenientes de Venezuela apenas comenzaba a manifestarse de manera particular en territorio colombiano (Moreno & Pelacani, 2021, p. 173). Pero, muy a pesar de este contexto migratorio, dicho decreto no ha sufrido mayores transformaciones en su formulación. Por el contrario, varias de sus disposiciones fueron reproducidas en la Ley 2136 antes señalada, confiriendo estatus de ley a la regulación emitida por el Ejecutivo, lo cual hemos descrito como una suerte de «cristalización del *statu quo*». Esta afirmación es particularmente cierta en relación con el sistema de refugio colombiano, conforme al cual se tramitan las solicitudes de

las personas con necesidad de protección internacional que buscan el reconocimiento de la condición de refugiado.

II.2. El rol de los jueces constitucionales en materia de migración

La Constitución Política colombiana prevé la acción de tutela como un mecanismo preferente y expedito al que puede acudir cualquier persona para reclamar ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales. La tutela procede cuando la violación o amenaza de los derechos provenga de la acción u omisión de cualquier autoridad e incluso, en ciertos casos, de particulares. Esta acción es especialmente útil para las personas migrantes y refugiadas, toda vez que la legitimación para interponerla radica en el hecho de ser persona y no de ser nacional colombiana o contar con estatus migratorio regular, según lo ha sentado la Corte Constitucional colombiana en su jurisprudencia (T-295, 2018; T-500, 2018). En este texto sostenemos que el rol de los jueces constitucionales y, en particular, de la Corte Constitucional ha sido fundamental para avanzar en la protección de los derechos de las personas migrantes provenientes de Venezuela. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional en su mayoría sigue replicando la visión de las personas venezolanas como migrantes y no como personas con necesidad de protección internacional, en línea con la postura que se deriva de la política migratoria del Estado colombiano.

Mediante la selección eventual de casos de tutela en sede de revisión, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre distintos temas relacionados con la amenaza o violación de los derechos fundamentales de personas migrantes y refugiadas, principalmente venezolanas. Esto es consecuencia no solo del incremento del número de personas procedentes del vecino país en Colombia, sino también del creciente uso de la acción de tutela por parte de esta población en procura de sus derechos (Moreno V. & Pelacani, 2019, p. 146; Moreno V. *et al.*, 2021, p. 12). Entonces, la Corte Constitucional de Colombia ha incidido en el marco normativo y el diseño de política pública migratoria mediante pronunciamientos sobre cuestiones que entrañan la violación de derechos, tales como la salud (T-074, 2019; T-090, 2021; T-274, 2021), la educación (T-255, 2021; T-441, 2022), el trabajo y la seguridad social (T-535, 2020; T-404, 2021; T-449, 2021), el debido proceso (T-500, 2018; T-530, 2019; SU-397, 2021), la nacionalidad (T-006, 2020; T-079, 2021; T-155, 2021; T-393, 2022), la unidad familiar (T-530, 2019; T-135, 2020), el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo (C-055, 2022), así como la protección de las víctimas de trata de personas (T-236, 2021) (Moreno V. *et al.*, 2021).

No es el propósito de este texto describir cada una de las decisiones y materias de las que se ha ocupado la Corte con ocasión de estos pronunciamientos (Moreno V. *et al.*, 2021); sin embargo, sí es oportuno sentar que los jueces de tutela, entre estos la Corte Constitucional, se han convertido en actores muy relevantes para declarar sobre la protección de los derechos fundamentales de las personas migrantes y refugiadas, incluso si estas han ingresado o se encuentran en Colombia en situación migratoria irregular. Aunque se han diversificado los asuntos e incrementado los fallos de tutela relacionados con población migrante y refugiada, principalmente venezolana, estos pronunciamientos judiciales siguen abordándose desde una perspectiva individual; es decir, del caso a caso, y no como un asunto estructural (Moreno V. & Pelacani, 2019, p. 147).

También, conviene advertir que, a pesar del significativo mérito que representa este aumento y pluralidad de casos y temáticas en la justicia constitucional colombiana, sus decisiones exploran estas solicitudes de protección de derechos bajo la categoría de personas migrantes y no como refugiadas. De manera deliberada o no, lo cierto es que la jurisprudencia de la Corte de cierre, garante de los derechos fundamentales en Colombia, ha mantenido una referencia a la población venezolana en territorio colombiano como «migrante». Así, vemos que, aunque la comprensión del fenómeno migratorio por parte de la Corte se ha ampliado, aún falta sistematicidad y consistencia en la incorporación de los estándares internacionales en materia de refugio. Esta aproximación de la Corte puede deberse, además, a una postura deferente frente al Poder Ejecutivo, el cual ha mostrado una posición clara frente al fenómeno, acompañada de acciones concretas de respuesta. Así, esta perspectiva de la Corte Constitucional resulta coincidente con la línea que han trazado otras autoridades, principalmente bajo el liderazgo del Poder Ejecutivo, centrada en la regularización migratoria y en el franco adormecimiento del esquema de refugio, según se argumenta a lo largo de este texto.

III. EL SISTEMA DE REFUGIO EN COLOMBIA Y SUS OBSTÁCULOS

Las críticas formuladas en la sección anterior se comprenden todavía más al analizar el sistema de refugio colombiano. En este escrito argumentamos que Colombia, lo mismo que varios países de la región de destino de personas migrantes provenientes de Venezuela, ha apuntado al desarrollo de medidas *ad hoc*, excepcionales y discrecionales para regular la entrada y permanencia en sus territorios de la población venezolana (Acosta *et al.*, 2019, p. 8). Se trata de una estrategia alternativa respecto a la lectura que se podría dar de este fenómeno de movilidad humana como uno compuesto, en la mayoría de los casos,

por personas con necesidad de protección internacional (Gandini *et al.*, 2019, pp. 23-27; Berganza *et al.*, 2018; Jarochinski Silva *et al.*, 2021, p. 356). Además, argumentamos que existe una política encubierta en materia de refugio por parte de las autoridades colombianas al observar que las medidas alternativas para lograr la regularización migratoria de la población venezolana ofrecen condiciones más favorables, si se comparan con la situación en la que se encuentran las personas que solicitan el reconocimiento de la condición de refugiado.

De hecho, a pesar de que los organismos internacionales hayan afirmado repetidamente que en Venezuela se asiste a una situación de grave violación de los derechos humanos (CIDH, 2018, p. 3; Human Rights Watch, 2018), el número de reconocimientos de la condición de refugiado a las personas venezolanas sigue siendo muy limitado en los países de la región. La Plataforma de coordinación para refugiados y migrantes de Venezuela (R4V) reporta que, a nivel global, hay cerca de un millón de solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado por parte de nacionales venezolanos pendientes de respuesta. Al 30 de junio de 2022, cerca de 211 000 nacionales venezolanos habían sido reconocidos como refugiados, de siendo solo 1300 de ellos por parte de Colombia (R4V, 2023).

Colombia es parte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y de su Protocolo de 1967 (en adelante, Convención de 1951). Asimismo, ha suscrito la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 y ha incorporado la definición ampliada de «refugiado» al ordenamiento doméstico. Colombia también reconoce como personas refugiadas a aquellas que corran «peligro de ser sometida[s] a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en caso de que se procediera a la expulsión, devolución o extradición al país de su nacionalidad» (Ley 2136, 2021).

Es importante considerar que la Constitución Política de Colombia, en su artículo 36, establece que el asilo es un derecho fundamental que se reconoce en los términos previstos en la ley. Sin embargo, la Ley 2136 distingue entre refugio y asilo, determinando en su artículo 63 que «A efectos de la presente Ley, se entenderá por solicitante de asilo exclusivamente [a] las personas que tengan un temor razonable de persecución por motivos o delitos políticos, y por delitos políticos concurrentes en que no procede la extradición». En este sentido, se inserta en la así llamada «tradición americana del asilo», distinguiéndola del asilo bajo el estatuto de refugiado (Corte IDH, 2018, pp. 26-31).

En este contexto, el marco normativo colombiano en materia de refugio adolece de una serie de cuestiones problemáticas. En primer lugar, además de ser fuertemente inmune a cualquier proceso de mejora, la situación del refugio en Colombia carece de datos oficiales públicos

que den cuenta de las dimensiones del fenómeno. En entrevista con un medio de comunicación a mediados de 2020, la entonces canciller señalaba que «[l]a información sobre refugio tiene carácter reservado y confidencial» (Naranjo Navarro, 2020), afirmación que refuerza una política de secretismo y ausencia de publicidad de información relevante sobre las características del refugio en Colombia. Por supuesto que los datos personales de las personas solicitantes y de sus expedientes son reservados y deben ser protegidos; no obstante, resulta fundamental conocer el número de solicitudes presentadas, decididas, reconocidas y negadas, así como datos sobre la nacionalidad de las personas solicitantes y los fundamentos normativos del reconocimiento de la condición de refugiado, por mencionar algunos aspectos. Pese a esto, dicha información no está disponible para consulta pública en el modelo de refugio vigente en Colombia, restricción que ha quedado confirmada mediante la reserva de información en materia de migración y extranjería que dispuso la Ley 2136 (art. 78). Este aspecto cuantitativo del sistema de refugio colombiano es apenas la punta del iceberg de un conjunto de problemas de los que este adolece.

En segundo lugar, es fundamental resaltar que las personas que deciden solicitar refugio en Colombia reciben el salvoconducto SC-2, un documento que, si bien regulariza su situación migratoria, no las autoriza para ejercer una ocupación o actividad económica de forma legal en el país. Es decir, un empleador no podrá contratar a una persona solicitante de refugio ni esta podrá desarrollar una actividad económica como trabajador independiente. Esto significa que, para procurar el sustento para ellos y sus familias, los solicitantes de refugio están obligados a recurrir a medios económicos propios y al mercado del trabajo informal, con todas las consecuencias que aquello puede implicar frente a la violación de sus derechos y su situación de vulnerabilidad. Esto se traduce en un desincentivo para acudir al refugio para quienes requieren protección internacional.

El tercer aspecto problemático del sistema de refugio colombiano consiste en la falta de un término máximo en el marco normativo, dentro del cual la Cancillería debe adoptar una decisión sobre la solicitud de refugio, así como para agotar cada una de las etapas del procedimiento. Es así como la espera de los solicitantes puede tardarse años, tiempo durante el cual no están autorizados para realizar una actividad económica de ninguna índole o para tener una ocupación legal. De igual manera, los solicitantes encuentran un sinnúmero de dificultades para acceder a servicios financieros con el documento del cual disponen. Esto es así porque el salvoconducto SC-2 no suele ser reconocido por el sistema financiero como un documento válido para adquirir productos y servicios bancarios. Hay que precisar, sin embargo, que los solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiado y sus

beneficiarios pueden afiliarse al sistema de seguridad social para recibir atención en salud, mientras que los menores de edad pueden ingresar a las instituciones educativas del Estado colombiano (Moreno *et al.*, 2021, p. 194).

A propósito de estos obstáculos, vale la pena mencionar en este escrito que se encuentra para decisión de revisión por parte de la Corte Constitucional una tutela interpuesta por un conjunto de solicitantes de refugio de nacionalidad venezolana, quienes pidieron la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo, entre otros. Los demandantes argumentan que luego de varios años de haber iniciado el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, aún no se les ha resuelto de fondo su solicitud y ni siquiera han sido llamados a entrevista. De ser favorable esta tutela a los intereses de los demandantes, este podría ser el primer caso en el cual la Corte pudiera pronunciarse explícitamente sobre los derechos de las personas venezolanas en Colombia, nombrándolas refugiadas (*Pitre Wilmer Antonio y otros c. Ministerio de Relaciones Exteriores*, 2021).

El cuarto aspecto que hay que considerar es que, desde octubre de 2021, la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado (Conare) de la Cancillería de Colombia tomó la decisión de rechazar todas las solicitudes presentadas por nacionales venezolanos, con una extemporaneidad superior a dos años luego de su ingreso al territorio, cuando estas no hayan sido aún admitidas a examen (Conare, 2021). Esta decisión se ha tomado en el entendido de que los solicitantes pueden acceder al Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV) y optar por el otorgamiento de un permiso por protección temporal (PPT). En estos casos, la Conare no entra a estudiar de fondo la solicitud, aunque, a pesar de la extemporaneidad, la persona pueda tener una necesidad de protección internacional. Ante la falta de reforma del sistema de refugio para responder a la vertiginosa acumulación de solicitudes, decisiones como estas parecen estar encaminadas a reducir el retraso acumulado. En este sentido, la preocupación por el atraso en el examen de las solicitudes parece ser una consideración más prioritaria, en contraste con el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado colombiano en materia de refugio.

A la luz de estas reflexiones, son varios los puntos que merecen ser subrayados. En primer lugar, es evidente que, en comparación con la situación en la que se encuentran las personas que deciden solicitar refugio en Colombia, las medidas alternativas de regularización migratoria como el permiso especial de permanencia (PEP) entre 2017 y 2020, y ahora el ETPV, acaban por competir con la figura del refugio en la medida en que ofrecen condiciones más favorables y un acceso

más amplio a derechos, tal como explicaremos en la siguiente sección. Entre los aspectos por los cuales el Estatuto resulta ser más favorable para el solicitante en comparación con el refugio, subrayamos que el titular de un PPT está autorizado para ejercer una actividad económica u ocupación legal en Colombia, y que la autoridad migratoria deberá comunicar en un término de noventa días a la solicitud del permiso si este es otorgado, rechazado o si la autoridad requiere de más información para tomar una decisión.

En segundo lugar, las determinaciones automáticas, como las que se están tomando sobre las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado que tienen carácter extemporáneo, muestran una voluntad de incentivar a esta población a acogerse a las medidas alternativas de regularización migratoria. En tercer lugar, consideramos que a estas decisiones subyace una consideración, más o menos explícita, sobre el abuso de la figura del refugio por parte de estos nacionales, lo cual amerita el rechazo automático de sus solicitudes con base en la aplicación de un mero criterio temporal y sin que medie ninguna otra consideración de fondo. Como es sabido, la preocupación por el uso instrumental de la figura del refugio es un tema omnipresente en las consideraciones sobre esta figura (Schuster, 2015, p. 300). Sin embargo, temores como estos raramente llevan a una reflexión sobre el acceso efectivo que tienen estas personas a otro tipo de medidas de migración regular. Aun así, hay quienes han definido estos permisos como respuestas altamente creativas por parte de los países latinoamericanos a este fenómeno migratorio:

> Es cierto que la respuesta [de los países de la región] no siempre ha sido perfecta. Pero, en general, los latinoamericanos se han adaptado rápidamente a ser naciones de inmigrantes, encontrando *formas rápidas, ágiles y generalmente inclusivas para recibir poblaciones desplazadas. Hasta ahora han demostrado una notable flexibilidad y capacidad*, y la evidencia disponible sugiere que sus economías también se están beneficiando de la influencia del nuevo capital humano (Selee *et al.*, 2019, p. 14)[4].

Consideramos que lecturas como esta son particularmente problemáticas, ya que parecen promover una visión de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado colombiano como meramente facultativas, cuyo cumplimiento queda sometido a la voluntad y discrecionalidad de las autoridades y a su supuesta «capacidad creativa». De esta forma, se incentiva una visión distorsionada y que promueve el desarrollo de mecanismos de regularización migratoria alternativos y escasamente accesibles para la población, así como la falta de inversión en la reforma de los sistemas de refugio nacionales, como ocurre hoy en el contexto colombiano.

4 Énfasis añadido.

IV. LA APUESTA POR LAS MEDIDAS DE REGULARIZACIÓN MIGRATORIA A BENEFICIO EXCLUSIVO DE LOS NACIONALES VENEZOLANOS

Tal como se ha puesto de manifiesto antes en este escrito, el fenómeno migratorio de personas procedentes de Venezuela que viene experimentando Colombia a lo largo de los últimos años ha sido gestionado por las autoridades colombianas, en su mayoría, mediante la adopción de un conjunto de decisiones administrativas. Dentro de estos actos se destacan las medidas de regularización migratoria y, en particular, los PEP. Estos permisos, hasta la adopción del ETPV, han constituido el mecanismo privilegiado por el Estado colombiano para regularizar la situación migratoria de las personas venezolanas presentes en Colombia.

Para acceder al PEP, por regla general, los nacionales venezolanos debían demostrar haber ingresado de manera regular a territorio colombiano a través de un puesto de control migratorio y habiendo sellado el pasaporte, de acuerdo con unas ventanas de tiempo establecidas según la voluntad del Ejecutivo. Este permiso era válido hasta por dos años y permitía acceder a servicios de salud, educación, trabajo, bancarios y de telecomunicaciones, entre otros. Aunque este instrumento fue creado inicialmente en el año 2017 y con una vigencia de dos años (Resolución 5797, 2017), el PEP fue sometido a nuevos periodos para su obtención, así como a periodos de renovación de dos años (Resolución 1667, 2020). Las autoridades colombianas también han ensayado lo que podríamos catalogar como PEP temáticos o especiales; es decir, permisos enfocados en la regularización de población migrante venezolana que reunía ciertas características o pertenecía a determinado grupo o sector (Resolución 117, 2020).

El PEP fue el principal mecanismo de regularización de las personas migrantes que proceden de Venezuela presentes en Colombia hasta marzo de 2021, momento en el cual se adoptó el ETPV. Es importante dejar planteadas las limitaciones de los PEP en aras de comprender de qué forma se quiso responder a ellas a través del Estatuto. Por un lado, la conocida dificultad, cuando no imposibilidad, para los nacionales venezolanos de acceder a un pasaporte constituía uno de los primeros obstáculos de acceso a un PEP. Esto es así por los altos costos de la expedición de un pasaporte, insostenibles para la mayor parte de esta la población, y por los largos tiempos de espera (OEA, 2019, p. 43). Ello a pesar de que Colombia aceptara la presentación de pasaportes venezolanos vencidos hasta por dos años (Resolución 872, 2019). En el caso de Colombia, además, las dificultades a este respecto aumentaban ante la falta de servicios consulares de la República Bolivariana de Venezuela en territorio colombiano desde febrero de 2019, a raíz de la

ruptura de relaciones diplomáticas y consulares entre los dos países[5]. Así que, en muchos casos, los obstáculos o la imposibilidad de acceder a estos documentos y a un pasaporte hacen que la migración irregular sea la única opción disponible.

Por otro lado, el hecho de que los PEP no tuvieran carácter permanente, sino que la posibilidad de acceder a este permiso dependiera de la apertura de nuevos términos por parte de la Cancillería, sin posibilidad de prever cuándo esto ocurriría, impedía el acceso a un permiso a aquellos nacionales venezolanos que ingresaban al territorio por fuera de las ventanas de tiempo determinadas. Finalmente, este permiso tenía carácter individual, por lo cual no era posible incluir a los miembros del núcleo familiar del titular como beneficiarios. De igual forma, no permitía acumular tiempo de residencia en el país en aras de acceder a un estatus migratorio más estable, como es el que otorga la titularidad de una visa como residente. Estas dificultades conllevaron que, a enero de 2021, más de la mitad de los nacionales venezolanos que se estimaba estaban en Colombia se encontraran en situación migratoria irregular (Migración Colombia, 2021).

Es en este contexto que en marzo de 2021 se adopta el ETPV, momento a partir del cual se dejan de expedir los PEP en el entendido de que el Estatuto será el principal mecanismo de regularización migratoria para estos nacionales, más allá de las visas. El Estatuto se compone de dos elementos: el Registro Único para Migrantes Venezolanos (RUMV o Registro) y el PPT. Todos los nacionales venezolanos que se encuentran en el territorio colombiano y pretendan acogerse al ETPV, estén en situación migratoria regular o irregular, deberán registrarse en el RUMV, realizando un prerregistro virtual, una encuesta de caracterización socioeconómica y, luego, acudiendo a la autoridad migratoria con el fin de suministrar sus datos biométricos. Esta es una condición *sine qua non* para acceder al ETPV.

Según el Decreto 216 de 2021, por medio del cual se adopta el ETPV, a través del RUMV se pretende, por un lado, «recaudar y actualizar información como insumo para la formulación y diseño de políticas públicas» y, por el otro, identificar a los nacionales venezolanos que cumplan con las condiciones para acogerse al Estatuto. Quienes hayan realizado de forma exitosa el registro en todas sus etapas y cumplan con ulteriores requisitos, tales como «no tener antecedentes penales, anotaciones o procesos administrativos sancionatorios o judiciales en curso en Colombia o en el exterior», dice el decreto, podrán obtener el PPT, cuya expedición es una facultad discrecional y potestativa de Migración Colombia. Este permiso será válido mientras esté operativo el

5 Estas dificultades persisten a pesar del restablecimiento de estas relaciones a partir del mes de agosto de 2022.

ETPV, el cual tendrá una vigencia de diez años, con posibilidad de que sea prorrogado o pierda vigencia antes de este término, a discreción del Gobierno nacional.

Esta medida representa, sin lugar a duda, un avance importante respecto a la situación que dejaban los PEP a finales de 2020 en cuanto a la regularización migratoria de esta población y su acceso a derechos y servicios. Esto es así porque al ETPV acceden aquellos nacionales que puedan identificarse con un documento, vigente o vencido, aunque no cuenten con un pasaporte. Además, Colombia acepta, a partir de 2021, pasaportes venezolanos vencidos hasta por un término de diez años (Resolución 2231, 2021). La titularidad de un PPT también permitirá acumular tiempo de residencia en el país con el fin de acceder a una visa como residente (tipo R), así como contar para este efecto los años durante los cuales la persona fue titular de un PEP. Al mismo tiempo, consciente de la especial vulnerabilidad y necesidad de protección diferencial de personas transgénero y de niños, niñas y adolescentes (NNA), el Estatuto establece un trato diferencial para estos grupos poblacionales, sobre todo cuando, en el caso de los NNA, sus derechos se encuentren amenazados o vulnerados; o cuando, siendo adolescentes, hayan ingresado al Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente (Resolución 0971, 2021).

Como es sabido, la adopción del Estatuto ha sido recibida de manera entusiasta por parte importante de la comunidad internacional, posicionando a Colombia nuevamente como modelo a seguir en la región respecto al trato que otorga y a las medidas que adopta en beneficio de la población venezolana (Acnur, 2021). Esta receptividad, sin embargo, oculta algunos de los límites del Estatuto, los cuales deben ser tenidos en cuenta con el fin de evaluar de manera crítica esta medida. En este sentido, conviene tener presente que el ETPV, a pesar de tener una vigencia de diez años, es una medida a la cual debe accederse en tiempos determinados y solo tras el cumplimiento de ciertos requisitos. Es así como podrán acceder al Estatuto solo aquellos nacionales venezolanos que, encontrándose irregularmente en el territorio, puedan demostrar que estaban presentes en Colombia al 31 de enero de 2021[6]. Luego de esta fecha, solo quienes ingresen de forma regular durante los dos primeros años de vigencia del ETPV (hasta mayo 2023) accederán a esta medida. Además, las personas que no cuenten con documentos de identificación también estarán excluidas, salvo que se trate de menores de edad. Finalmente, el PPT sigue siendo un permiso de carácter individual que desconoce los vínculos familiares como elemento relevante para el acceso a la regularización migratoria (Pelacani *et al.*, 2021).

6 Las personas venezolanas que cuenten con un estatus migratorio regular también podrán acceder al ETPV, así como los solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiado.

Teniendo en cuenta lo dicho sobre el PEP y el ETPV, concluimos que estos mecanismos están sujetos a un amplio margen de discrecionalidad de las autoridades, en virtud del cual se determinan las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que los permisos se otorgan. Ello en el evento en que la autoridad efectivamente opte por la implementación de este tipo de instrumentos, pues, como tal, el Estado no tiene la obligación legal de hacerlo. En este sentido, es relevante analizar la relación que guarda el Estatuto con la figura del refugio, como lo hacemos a continuación.

IV.1. La proliferación de medidas alternativas al refugio y solo para la población venezolana

En principio, el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado no tiene relación alguna con el Estatuto, pues se trata de medidas con diferentes propósitos y fuentes normativas. Sin embargo, los nacionales venezolanos que son solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiado tienen el deber de incluir y actualizar sus datos en el RUMV. En segundo lugar, de ser autorizada la expedición de un PPT en su beneficio por la autoridad migratoria, los solicitantes deberán decidir de forma explícita si continúan con su solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado o si desean desistir *voluntariamente* de ella y optar por el PPT. Las implicaciones de esta decisión son de la mayor importancia, ya que los límites que presenta en la actualidad el sistema de refugio colombiano y el trato otorgado a los solicitantes conllevan a que, en muchos casos, estos adopten una decisión *obligada* en la cual su voluntad está ampliamente reducida, cuando no anulada.

Así que, a pesar de que parte muy importante de la población venezolana pueda requerir protección internacional y ameritaría el reconocimiento de la condición de refugiado, el Estado colombiano claramente ha privilegiado una política de regularización migratoria sobre el refugio. Aunque esta política institucional no es explícita, sí es, en todo caso, la descripción que mejor explica la postura de Colombia en materia de respuesta a las necesidades de la población migrante venezolana, réplica en la que no se advierte mayor consideración por la necesidad de protección internacional que caracteriza a estas personas (Acnur, 2019).

Conviene destacar, además, que la apuesta por las medidas alternativas al refugio implica, a su vez, un menoscabo en la garantía del principio de no devolución para las personas venezolanas en Colombia, muy a pesar de que estas requieran protección internacional. Esto es así en la medida en que a esta población se le subraya su carácter de «migrante» y no de «refugiada». De acuerdo con las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano a partir del derecho internacional de los refugiados, a las personas refugiadas y solicitantes de refugio se les debe proteger contra toda decisión que acarre su devolución a su país de

origen. Por oposición, las personas migrantes no gozan de esta garantía (Wallace, 2014). Esto es así, aunque el derecho internacional de los derechos humanos y, en especial, el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecen que ninguna persona podrá ser expulsada o devuelta a otro país, «sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas». A este respecto, el Acnur, en su *Nota de orientación sobre consideraciones de protección internacional para los venezolanos* de mayo de 2019, señaló:

> En vista de la situación actual en Venezuela, el ACNUR hace un llamado a los Estados a asegurar a los nacionales venezolanos, personas apátridas o individuos que tenían su residencia habitual en Venezuela, *a no ser deportados, expulsados o de alguna manera forzados a retornar a Venezuela, de conformidad con el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional de los derechos humanos*. Esta garantía tendría que estar asegurada ya sea en el documento oficial de residencia expedido a los venezolanos o a través de otros medios efectivos, tales como instrucciones claras a los organismos encargados de hacer cumplir la ley (pp. 1-2)[7].

En este sentido, es fundamental aclarar que el Estatuto no es una medida complementaria de protección, sino una medida alternativa al refugio. Las formas complementarias o subsidiarias de protección son mecanismos de diferente naturaleza y contenido, adoptados por los estados[8], los cuales otorgan un estatus doméstico y regularizan la permanencia de las personas migrantes que no cumplen con los requisitos legales para ser reconocidas formalmente como refugiadas bajo la Convención de 1951 o las convenciones o declaraciones regionales (Corte IDH, 2014, § 238). Aun así, se reconoce que necesitan alguna forma de protección internacional y/o, por diferentes razones, que no pueden ser devueltas a su país de nacionalidad o residencia habitual y, por ende, ameritan el otorgamiento de un estatus regular y protección complementaria (Acnur, 2005, p. 3).

Además, las formas de protección complementaria o subsidiaria se fundamentan en la interpretación extensiva del principio de no devolución bajo el derecho internacional de los derechos humanos, el cual es norma consuetudinaria de derecho internacional (Acnur, 1994). Por ende, cuando hay un riesgo real de que la persona sea sometida a privación arbitraria de su vida, pena de muerte, tortura, tratos crueles,

7 Énfasis añadido.

8 En este texto las autoras usamos la palabra «estado», con minúscula, de forma deliberada, salvo en los casos donde se esté haciendo referencia a un estado en específico, como el Estado colombiano. Esta decisión se enmarca en una postura teórica que busca desmitificar los estudios sobre el estado. Véase, para una elaboración teórica más extensa al respecto, Buchely (2014).

inhumanos o degradantes, condenas arbitrarias o desaparición forzada, se prohíbe a los estados bajo cuya jurisdicción se encuentra esta persona devolverla a su país de nacionalidad o de residencia habitual cuando sea apátrida. En diversas ocasiones se ha reiterado que esta lista no es exhaustiva y que la prohibición de devolución puede derivar de otras situaciones en las que haya razones considerables para creer que existe un riesgo real de sufrir un daño irreparable en caso de devolución. Además, se trata de derechos absolutos respecto de los cuales no se admiten excepciones, reservas y derogaciones a raíz de la declaración de estados de emergencia que ponen en peligro la vida de la nación (Acnur, 2005). Estas formas de protección se suelen conceder cuando el temor de la persona no alcanza el umbral de «persecución» requerido por la Convención de 1951 o la situación en la que se enmarca este temor no está relacionada con ninguna de las situaciones consideradas por dicha Convención o por las definiciones regionales ampliadas de «refugiado» (Castillo & Hathaway, 1997; McAdam, 2011; Mandal, 2005).

En comparación con las medidas complementarias, las medidas alternativas adoptadas por Colombia son medidas creadas *ad hoc* para la población venezolana. Se trata de permisos cuyo otorgamiento es discrecional por parte de la autoridad migratoria. Entonces, frente a las personas con necesidad de protección internacional, el Estado colombiano ha adquirido obligaciones que le imponen la adopción de políticas encaminadas a su materialización, entre estas el principio de no devolución. No obstante, la ruta que ha decidido transitar Colombia a partir de las decisiones que sus autoridades han tomado ha sido la implementación de las llamadas «medidas alternativas». Estas medidas son gestos deliberados del estado, los cuales no ofrecen una protección equivalente a la que se desprende de las obligaciones internacionales adquiridas en virtud de los instrumentos del derecho internacional de los refugiados y de los derechos humanos (Pelacani, 2023, pp. 75-76).

IV.2. La política de visas del Estado colombiano respecto a la población venezolana

En este análisis de la respuesta institucional colombiana a la migración resulta pertinente hacer referencia a la política de visas del Estado colombiano y a su acceso por parte de la población venezolana. Lo que se pretende con este análisis es mostrar que optar por una visa no es, en muchos casos, una opción viable para los nacionales venezolanos que desean permanecer en Colombia de forma regular.

Los nacionales venezolanos pueden ingresar a territorio colombiano y permanecer de forma regular hasta por noventa días y por noventa días más por cada año sin necesidad de ser titulares de una visa, sino

únicamente presentando su pasaporte vigente o vencido en un puesto de control migratorio, donde es sellado por la autoridad migratoria. Ahora bien, si desean permanecer por más tiempo y dependiendo de la actividad que quieran realizar, estas personas cuentan con la posibilidad de solicitar las diferentes visas del Estado colombiano: visas como visitante (tipo V), como migrante (tipo M) o como residente (tipo R).

Colombia, a diferencia de varios países de la región, no ha creado una visa *ad hoc* para la población venezolana y ha modificado su política de visas para atender a esta migración solo a raíz de la adopción del ETPV. Así, en lugar de visas «a la medida», ha preferido las medidas alternativas como los permisos especiales y, actualmente, el Estatuto. Este es uno de los elementos que ha permitido sostener que el Estado colombiano haya mantenido una política de «puertas abiertas» a los nacionales venezolanos, en parte por la deuda histórica que tiene Colombia con el vecino país que tantos connacionales ha acogido en los años pasados; una narrativa de la generosidad, además, que es parte de una estrategia más amplia de Colombia respecto a la migración desde Venezuela (Palma-Gutiérrez, 2021). Ahora bien, en este texto sostenemos que, a efectos prácticos, las medidas alternativas son estrategias equivalentes a una visa *ad hoc* en cuanto a sus efectos restrictivos y de filtro de la población que puede acceder a un estatus migratorio regular.

En este contexto, además, hay varios aspectos de la actual política de visas que nos llevan a afirmar que las visas son de difícil o imposible acceso para la mayoría de la población venezolana. En primer lugar, varios organismos han manifestado reiteradamente que la población venezolana enfrenta serias dificultades para acceder o apostillar documentos oficiales, tales como cédulas, partidas de nacimiento y certificados de antecedentes penales, así como para acceder a un pasaporte (CIDH, 2020; Acnudh, 2019, p. 73). Estos son documentos en muchos casos indispensables para poder adelantar una solicitud de visa. En segundo lugar, los costos del estudio y eventual estampado de una visa otorgada por el Estado colombiano pueden alcanzar los trescientos dólares estadounidenses, así que los extranjeros que se encuentran en situación de vulnerabilidad socioeconómica y, por ende, no dispongan de estos recursos, en la práctica no pueden acceder a una visa en Colombia. Finalmente, puede resultar complejo, cuando no imposible, cumplir con los requisitos de la normativa sobre visas para gran parte de esta población, sobre todo cuando se trata de visas para la realización de actividades remuneradas. Esto es así en cuanto se requiere a los empleadores cumplir con requisitos muy estrictos para contratar a personal extranjero, que solo satisfacen un número muy limitado de personas que se encuentran en el sector económico formal (Resolución 5477, 2022).

Ahora bien, desde octubre de 2022, Colombia cuenta con una nueva regulación en materia de visas (Resolución 5477, 2022). Por lo que aquí nos interesa, esta nueva regulación prevé que, dentro de los tipos de visas que se pueden otorgar, se contempla la posibilidad de expedir una visa como visitante (visa tipo V) como medida complementaria al solicitante de reconocimiento de la condición de refugiado y a sus beneficiarios, cuando la medida sea solicitada por la Conare. Esta visa tendría una vigencia de máximo un año, sin la posibilidad de ser prorrogada o renovada. El Decreto 1067 de 2015 prevé que la Conare «adelantará las gestiones tendientes al trámite de documentos para los solicitantes a quienes no se les haya reconocido la condición de refugiado, a efectos de una posible regularización en el país por otra vía distinta al refugio», cuando así lo considere (art. 2.2.3.1.6.21). Es importante tener en cuenta que se trata de una visa de cortesía, lo cual deja a merced de la Conare su solicitud.

Por otro lado, la Resolución 5477 establece que los nacionales venezolanos, cuando transiten a una visa de residente, podrán presentar su PPT en lugar del pasaporte. Este aspecto es de la mayor importancia si se considera que el ETPV prevé que los nacionales venezolanos, cuando su deseo sea de permanecer en Colombia, deberán solicitar y obtener una visa antes de la pérdida de vigencia del Estatuto, so pena de encontrarse en situación migratoria irregular en territorio colombiano (Resolución 0971, 2021). Esta visa, además, siendo la más costosa entre las visas que otorga el Estado colombiano, será gratuita para los nacionales venezolanos que accedan a ella luego de haber acumulado tiempo de residencia en el país como titulares de un PPT. En este sentido, es posible afirmar que, a través de esta reforma, la política de visas se alinea con el Estatuto, eliminando un obstáculo a veces insorteable para estos nacionales en el acceso a una visa, pero avanza de forma mínima respecto a la protección de las personas con necesidad de protección internacional.

Este recorrido por algunas de las medidas adoptadas por el Estado colombiano para responder al contexto migratorio actual de los nacionales venezolanos da cuenta de un privilegio hacia las medidas alternativas de regularización de la migración, en contraste con la nula acción frente al sistema de refugio.

V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

En este texto hemos querido reflexionar sobre la política pública migratoria del Estado colombiano y, en particular, sobre su política de no intervenir el sistema de refugio, favoreciendo medidas alternativas de regularización migratoria para la población venezolana. La gestión de la migración de los nacionales venezolanos, en el caso colombiano,

se ha caracterizado por la implementación de un conjunto de medidas, mayoritariamente administrativas, entre las que sobresalen especialmente el PEP y el ETPV. Esta política se destaca por una apuesta por las llamadas «medidas alternativas» de regularización migratoria en detrimento del fortalecimiento de un sistema de refugio, hoy colapsado y que se ha mantenido inalterado, muy a pesar de las dimensiones del fenómeno migratorio. Según lo hemos descrito en este texto, las medidas alternativas son valiosas, pero no pueden ser la única respuesta a este fenómeno, en particular si esto supone olvidar el sistema de refugio, el cual se sustenta en obligaciones internacionales contraídas por Colombia.

Desde una perspectiva amplia, la respuesta institucional de las autoridades colombianas incluye también los fallos de los jueces constitucionales de tutela a las solicitudes de protección de derechos de los nacionales venezolanos. En el caso colombiano, no solo la respuesta de las autoridades administrativas colombianas ha estado cifrada en las medidas alternativas, con efecto devastador del sistema de refugio. Como lo hemos descrito en este texto, la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales de la población venezolana se ha referido a estas personas como migrantes, sin que los jueces constitucionales se hayan planteado aún si estas personas requieren protección internacional, a la luz de las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia.

En el contexto colombiano, si bien se ha recorrido un camino importante desde la perspectiva constitucional, todavía hay aspectos por explorar desde un enfoque de derechos humanos que reconozca —como ya lo han hecho otras instancias internacionales— la necesidad de protección internacional de las personas venezolanas que han tenido que huir de su país.

REFERENCIAS

Acosta, D., Blouin, C., & Freier, L. F. (2019). *La emigración venezolana: respuestas latinoamericanas*. Documentos de trabajo 3/2019. Fundación Carolina. https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/04/DT_FC_03.pdf

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Acnudh). (2019). *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela: comentarios formulados por el Estado*. Ginebra: Naciones Unidas. https://digitallibrary.un.org/record/3812767?ln=es

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur). (1994). *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law. Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93*.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur). (2005). *Conclusiones del Comité Ejecutivo sobre la Protección Internacional de los Refugiados. N° 103 (LVI). Conclusión sobre la disposición sobre protección internacional, en particular mediante formas complementarias de protección*.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur). (2019). *Venezuela: Nota de orientación sobre consideraciones de protección internacional para los venezolanos. Actualización I*. https://www.refworld.org.es/docid/5ce2d44c4.html

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur). (2021). *Discurso del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados sobre el nuevo Estatuto de Protección Temporal que Colombia otorgará a los venezolanos y venezolanas en el país*. https://www.acnur.org/noticias/press/2021/2/6021dc4151/discurso-del-alto-comisionado-de-naciones-unidas-para-los-refugiados-sobre.html

Berganza Setién, I., Feline Freier, L., & Blouin, C. (2020). El elemento situacional de violación masiva de derechos humanos de la definición ampliada de Cartagena: hacia una aplicación en el caso venezolano. *Revista Chilena de Derecho*, *47*(2), 385-410. https://doi.org/10.4067/s0718-34372020000200385

Bitácora Migratoria. (2022). *Semana 52 de la implementación del ETPV*. https://bitacoramigratoria.co/secciones/

Buchely, L. (2014). Más allá del modelo weberiano: el debate sobre las burocracias y el Estado. En Akil Gupeta, Aradhama Sharma, Michael Lipsky, y Charles Wright Mills, *Las burocracias: una aproximación distinta a la manera en que pensamos el Estado* (pp. 11-12). Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar.

Castillo, M. A., & Hathaway, J. (1997). Temporary Protection. En J. Hathaway (ed.), *Reconceiving International Refugee Law* (pp. 1-21). La Haya: Kluwer Law International. https://doi.org/10.1017/s0020589300062357

Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado (Conare). (2021). *Acta 9 de 2021, octubre*.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2018). *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos*. http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PoliticasPublicasDDHH.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2020). *CIDH presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares tras la histórica visita* in loco *a Venezuela para monitorear situación de derechos humanos. Comunicado de prensa No. 106/20.* Organización de los Estados Americanos. http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/106.asp

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2021). Capítulo IV.b Venezuela. En *Informe Anual 2021*. https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2021/capitulos/IA2021cap4B.Venezuela-es.pdf

Gandini, L., Lozano Ascencio, F., & Prieto, V. (2019). El éxodo venezolano: migración en contextos de crisis y respuestas de los países latinoamericanos. En L. Gandini, F. Lozano Ascencio y V. Prieto (eds.), *Crisis y migración de población*

venezolana. Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica (pp. 9-32). Universidad Nacional Autónoma de México.

Human Rights Watch. (2018). *La emergencia humanitaria en Venezuela*. https://www.hrw.org/es/report/2019/04/04/la-emergencia-humanitaria-en-venezuela/se-requiere-una-respuesta-gran-escala-de

Jarochinski Silva, J. C., Castro Franco, A., & Sampaio, C. (2021). How the Venezuelan Exodus Challenges a Regional Protection Response: "Creative" Solutions to an Unprecedented Phenomenon in Colombia and Brazil. En L. Lyra Jubilut, M. V. Espinoza y G. Mezzanotti (eds.), *Latin America and Refugee Protection. Regimes, Logics, and Challenges* (pp. 346-368). Berghahn Books. https://doi.org/10.1515/9781800731158-022

Mandal, R. (2005). *Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention ("Complementary Protection")*. Ginebra: United Nations High Commissioner for Refugees. https://www.unhcr.org/435df0aa2.pdf

McAdam, J. (2011). *Complementary Protection in International Refugee Law*. Oxford: Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199203062.001.0001

McAdam, J. (2014a). El concepto de migración a causa de las crisis. *Revista Migraciones Forzadas*, (45), 10-12.

McAdam, J. (2014b). Human Rights and Forced Migration. En E. Fiddian Qasmiyeh, G. Loescher, K. Long y N. Sigona (eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies* (pp. 205-215). Oxford: Oxford University Press.

Migración Colombia (2021). *Distribución de Venezolanos en Colombia - Corte 31 de Agosto de 2021*. https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/distribucion-de-venezolanos-en-colombia-corte-31-de-agosto-de-2021

Migración Colombia. (2023). *Distribución de Venezolanos en Colombia - Con Corte 2022*. https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/distribucion-de-venezolanos-en-colombia-corte28-de-febrero-de-2022

Moreno, C., & Pelacani, G. (2021) El contexto de la migración venezolana en Colombia: un análisis de la respuesta institucional en perspectiva regional. En A. Fajardo y A. Vargas (eds.), *Comunidad Venezuela. Una agenda de investigación y acción local* (pp. 171-217). CODS-IDRC.

Moreno V., C., & Pelacani, G. (2019). Corte Constitucional colombiana: ¿un escenario posible para el Experimentalismo Constitucional en materia migratoria? *Latin American Law Review*, (5), 139-157. https://doi.org/10.29263/lar05.2020.07

Moreno V., C., Pelacani, G., & Moya Ortiz, L. M. (2021). *Bitácora jurisprudencial de la migración*. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. https://migracionderecho.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/Bitacora-jurisprudencial-de-la-migracion.pdf

Naranjo Navarro, J. D. (2020, 10 de junio). Colombia honra sus compromisos internacionales en lo que concierne al refugio. *Semana*. https://migravenezuela.

com/web/articulo/colombia-honra-sus-compromisos-internacionales-en-lo-que-concierne-al-refugio/1981

Organización de los Estados Americanos (OEA). (2019, junio). *Informe del Grupo de Trabajo de la Organización de los Estados Americanos para abordar la crisis de migrantes y refugiados venezolanos en la región*. http://www.oas.org/documents/spa/press/OEA-informe-migrantes-venezolanos-espanol.pdf

Palma-Gutiérrez, M. (2021). The Politics of Generosity. Colombian Official Discourse towards Migration from Venezuela, 2015-2018. *Colombia Internacional*, (106), 29-56. https://doi.org/10.7440/colombiaint106.2021.02

Pelacani, G., & Moreno V., C. (2021). El fenómeno migratorio: la construcción de una "realidad más real" desde la educación experiencial. En E. Lozano y A. Barreto (eds.), *Metodologías de investigación jurídica. Experiencias y desafíos del oficio de investigar en derecho* (pp. 223-243). Bogotá: Uniandes. https://doi.org/10.15425/2017.481

Pelacani, G. (2023). El refugio en Colombia para la población venezolana: entre pocas solicitudes y muchos menos reconocimientos. En C. Moreno V. y G. Pelacani (eds.), *Perspectivas sociojurídicas de la migración: aprendizajes a partir de la experiencia venezolana* (pp. 59-84). Bogotá: Uniandes. http://dx.doi.org/10.15425/2022.671

Pelacani, G., Moreno V., C., Dib-Ayesta, L., & Tobón Ospino, M. (2021, agosto). *Estatuto temporal de protección para migrantes venezolanos: reflexiones de una política de regularización migratoria*. Informe CEM 3-2021. Bogotá: Centro de Estudios en Migración.

R4V. (2023). *Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela*. https://www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes

Schuster, L. (2015). Unmixing migrants and refugees. En A. Triandafyllidou (ed.), *Routledge Handbook of Immigration and Refugee Studies* (pp. 297-303). Abingdon: Routledge. https://doi.org/10.4324/9781315759302-48

Selee, A. (2020). *El pensamiento creativo definiendo las respuestas a la migración en América Latina*. Migration Policy Institute. https://www.migrationportal.org/es/insight/pensamiento-creativo-definiendo-respuestas-migracion-america-latina/

United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR). (2023, marzo). *Venezuela situation factsheet*. Global Focus. https://reporting.unhcr.org/document/4450

Wallace, R. (2014). The principle of non-refoulement in international refugee law. En V. Chetail y C. Bauloz (eds.), *Research Handbook on International Law and Migration* (pp. 417-438). Cheltenham: Edward Elgar. https://doi.org/10.4337/9780857930057.00026

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Decreto 216 por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos y se dictan otras disposiciones en materia migratoria (2021).

Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores, 1067 (2015).

Ley 2136, por medio de la cual se establecen las definiciones, principios y lineamientos para la reglamentación y orientación de la Política Integral Migratoria del Estado Colombiano - PIM, y se dictan otras disposiciones (Congreso de la República [Colombia], 4 de agosto de 2021). *Diario Oficial*, (51.756). https://col.jrs.net/wp-content/uploads/sites/14/2020/06/AnálisisProyLeyMigraciones2020.pdf

Opinión Consultiva OC-21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Serie A No. 21 (Corte IDH, 2014).

Opinión Consultiva OC-25/18. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (Corte IDH, 2018). https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_25_esp.pdf

Pitre Wilmer Antonio y otros c. Ministerio De Relaciones Exteriores, Expediente T8118741 (Corte Constitucional de Colombia, 8 de febrero de 2021).

Resolución 5797, por medio de la cual se crea un Permiso Especial de Permanencia (2017).

Resolución 2/18, Migración forzada de personas venezolanas (CIDH, 2018). https://www.oea.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf

Resolución 872, por la cual se dictan disposiciones para el ingreso, tránsito y salida del territorio colombiano, para los nacionales venezolanos que porten el pasaporte vencido (2019).

Resolución 1667, por la cual se establece el procedimiento dirigido a renovar el Permiso Especial de Permanencia (2020).

Resolución 117, por la cual se implementa la expedición del Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización (2020).

Resolución 2231, por la cual se dictan disposiciones para el ingreso, tránsito, permanencia y salida del territorio colombiano, para los nacionales venezolanos que porten el pasaporte vencido (2021).

Resolución 0971, por la cual se implementa el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (2021).

Resolución 5477, por la cual se dictan disposiciones en materia de visas y se deroga la Resolución 1980 del 19 de marzo de 2014 y la Resolución 6045 del 2 de agosto de 2017 (2022).

Sentencia C-055 de 2022, Expediente D-13.956 (Corte Constitucional de Colombia, s. f.).

Sentencia T-295 de 2018, Expediente T-6.666.860 (Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión, 24 de julio de 2018).

Sentencia T-500 de 2018, Expediente T-6.874.784 (Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, 19 de diciembre 2018).

Sentencia T-074 de 2019, Expediente T-6.703.349 (Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión, 25 de febrero de 2019).

Sentencia T-530 de 2019, Expediente T-7.224.482, (Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión, 12 de noviembre de 2019).

Sentencia T-006 de 2020, Expedientes T-7.206.829 y T-7.245.483 acumulados (Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión, 17 de enero de 2020).

Sentencia T-135 de 2020, Expediente T-7.670.628 (Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, 4 de mayo de 2020).

Sentencia T-535 de 2020, Expediente T-7.613.918 (Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión, 18 de diciembre de 2020).

Sentencia T-079 de 2021, Expediente T-7.892.698 (Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión, 26 de marzo de 2021).

Sentencia T-090 de 2021, Expediente T-8.006.896 (Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión, 14 de abril de 2021).

Sentencia T-155 de 2021, Expediente T-7.876.377 (Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión, 26 de mayo de 2021).

Sentencia T-236 de 2021, Expediente T-7.733.840 (Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión, 23 de julio de 2021).

Sentencia T-255 de 2021, Expediente T-8.052.734 (Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión, 3 de agosto de 2021).

Sentencia T-274 de 2021, Expediente T-8.029.109 (Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, 18 de agosto de 2021).

Sentencia T-393 de 2022, Expediente: T-8.795.867 (Corte Constitucional de Colombia, 9 de noviembre de 2022).

Sentencia SU-397 de 2021, Expediente T-8.113.411 (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, 19 de noviembre de 2021).

Sentencia T-404 de 2021, Expediente T-7.421.275 (Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión, 23 de noviembre de 2021).

Sentencia T-441 de 2022, Expediente T-8.062.100 (Corte Constitucional de Colombia, 1 de diciembre de 2022).

Recibido: 30/04/2022
Aprobado: 24/03/2023

https://doi.org/10.18800/derechopucp.202301.015

DERECHO PUCP
N° 90, 2023
junio-noviembre
pp. 523-564
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

NFT (token no fungibles) y sus implicaciones en el mercado de valores

NFT'S (Non Fungible Tokens) and their Implications in the Securities Market

MARÍA CAMILA GÁMEZ BARACALDO*
Universidad Externado de Colombia (Colombia)

JORGE ARMANDO CORREDOR HIGUERA**
Universidad Externado de Colombia (Colombia)

Resumen: El impacto generado por el acelerado desarrollo de los NFT crea una serie de riesgos y problemas jurídicos, entre los que se destacan su naturaleza, el impacto en materia de propiedad intelectual, la protección a los adquirentes de este tipo de tókenes, la prevención en materia de fraudes y el posible impacto de los NFT en los mercados financieros

Bajo estos antecedentes, la finalidad de este documento es la de analizar si el marco regulatorio del mercado de valores le es aplicable a los NFT con fundamento en los siguientes presupuestos: a) los NFT, entendidos de forma individual como una representación digital, no pueden ser considerados como valores; b) en los Estados en donde la definición de *securities* incluye el concepto de «contrato de inversión», los NFT podrían ser considerados valores, siempre y cuando cumplan los requisitos del test de Howey; c) en los Estados en donde no existe la definición de contratos de inversión, los NFT podrían ser considerados como valores, siempre y cuando cumplan los requisitos para tal fin —es decir, la existencia de un derecho negociable, emitido en masa o en serie dentro de una oferta pública de valores, y que tiene como finalidad obtener recursos del público a título de inversión—; y d) que el reconocimiento de los NFT como valores conllevaría a la aplicación de marcos regulatorios del mercado de capitales en temas como el registro ante las autoridades financieras, el suministro de información y los esquemas de protección a los inversionistas.

Partiendo de este presupuesto, este artículo describirá el origen y panorama actual de los NFT. Posteriormente, se analizarán las diferentes posiciones de autoridades supervisoras y reguladoras a nivel global respecto a estos; y, por último, se realizarán algunas reflexiones desde la regulación del mercado de valores frente a los citados tókenes no fungibles.

Palabras clave: *Blockchain*, tókenes no fungibles, *fintech*, valores, mercado de valores

* Docente investigadora del Observatorio de Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia (Colombia), dentro de la línea de investigación de FinTech y RegTech. Abogada. Código ORCID: 0000-0001-8433-6510. Correo electrónico: maria.gamez3@uexternado.edu.co

** Docente investigador del Observatorio de Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia, dentro de la línea de investigación de FinTech y RegTech. Abogado. Código ORCID 0000-0003-4672-1789. Correo electrónico: jorge.corredor@uexternado.edu.co

Abstract: The impact generated by the accelerated development of NFT's creates a series of risks and legal problems, among which the legal, the impact on intellectual property, the protection of the purchasers of this type of tokens, fraud prevention and the possible impact of NFT's on financial markets are the most important.

The purpose of this document is to analyze whether the regulatory framework of the securities market is applicable to NFT's based on the following assumptions: i) NFT's, understood individually as a digital representation, cannot be considered as securities; ii) in States where the definition of securities includes the concept of "investment contract", NFT's could be considered as securities, as long as they meet the requirements of the Howey Test; iii) in States where there is no definition of investment contracts, NFT's could be considered as securities, provided that they meet the requirements for such purpose—the existence of a negotiable right, issued in mass or in series within a public offering of securities, and that its purpose is to obtain resources from the public by way of investment—; and iv) that the recognition of NFT's as securities would lead to the application of regulatory frameworks of the capital market in matters such as registration before the financial authorities, provision of information and investor protection schemes.

This text will describe the origin and current scenario of NFT's. Likewise, the different positions of supervisory and regulatory authorities at a global level will be analyzed with respect to these tokens; and, finally, some reflections will be made from the point of view of securities market regulation with respect to the aforementioned non-fungible tokens.

Keywords: Blockchain, non-fungible tokens, fintech, securities, securities market

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS NFT Y SUS PUNTOS DE DISCUSIÓN JURÍDICA.- II.1. ORIGEN DE LOS NFT.- II.2. CONCEPTO DE NFT.- II.2.1. *BLOCKCHAIN* Y DLT.- II.2.2. NFT.- III. PROBLEMÁTICAS DE LOS NFT DESDE LA REGULACIÓN FINANCIERA.- III.1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LAS PROBLEMÁTICAS.- III.1.1. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD O DE DOMINIO FRENTE A LOS CRIPTOACTIVOS.- III.1.2. REGLAS EN MATERIA DE LAVADO DE ACTIVOS Y FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO.- III.1.3. IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMÁTICAS ESPECÍFICAS FRENTE A LOS NFT.- III.2. RESPUESTAS POR PARTE DE AUTORIDADES FINANCIERAS FRENTE A LOS NFT.- III.2.1. UNIÓN EUROPEA.- III.2.2. FRANCIA.- III.2.3. ESPAÑA.- III.2.4. REINO UNIDO.- III.2.5. ASIA.- III.2.5.1. JAPÓN.- III.2.5.2. CHINA.- III.2.5.3. HONG KONG.- III.5.4. FILIPINAS.- III.3. CRITERIOS TRANSVERSALES DEL ANÁLISIS NORMATIVO.- IV. LOS NFT DESDE LA REGULACIÓN DEL MERCADO DE VALORES.- IV.1. ¿LOS NFT PUEDEN SER CONSIDERADOS COMO VALORES?.- IV.1.1. FRACCIONAMIENTO DE NFT Y LA POSIBLE EXISTENCIA DE CONTRATOS DE INVERSIÓN.- IV.1.2. LOS NFT COMO VALORES EN LOS QUE NO EXISTE EL CONCEPTO DE CONTRATO DE INVERSIÓN.- IV.1.2.1. FRACCIONAMIENTO DEL NFT.- IV.1.2.2. POR MEDIO DEL NFT SE OTORGAN DERECHOS ECONÓMICOS SOBRE SU EXPLOTACIÓN

REPRESENTADOS EN TÓKENES FUNGIBLES.- IV.2. POSIBLE APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL MERCADO DE VALORES A LOS NFT.- IV.2.1. INSCRIPCIÓN DEL EMISOR Y LOS VALORES EMITIDOS ANTE LAS AUTORIDADES FINANCIERAS.- IV.2.2. SUMINISTRO DE INFORMACIÓN.- IV.2.3. ESQUEMAS DE PROTECCIÓN A LOS INVERSIONISTAS.- IV.2.4. MARCOS REGULATORIOS FRENTE A LAS PLATAFORMAS DE NEGOCIACIÓN DE CRIPTOACTIVOS, MERCADOS SECUNDARIOS Y CUSTODIOS DE TÓKENES CONSIDERADOS COMO VALORES.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La *blockchain* como una forma de innovación disruptiva que permite el desarrollo de esquemas descentralizados y distribuidos puede generar cambios en procesos de carácter económico y social, al igual que en las estructuras públicas y privadas. Así, su impacto no solo está materializado en criptomonedas, sino en otra serie de criptos, entre los que se destacan los de utilidad, inversión y los híbridos, entre otros.

Dentro de estos desarrollos en materia cripto surgen los denominados «tókenes no fungibles» o «NFT» (por sus siglas en inglés) como un avance en el mercado de criptoactivos, al contar con una serie de activos únicos que pueden tener una fuerte incidencia en la industria del entretenimiento, el arte, la música, las colecciones, etc.

Con respecto a las características únicas de los NFT, algunos Estados han desarrollado los primeros acercamientos sobre la materia en temas como su posible naturaleza jurídica, los riesgos de este tipo de activos, las discusiones sobre propiedad intelectual y los posibles retos frente a la protección del consumidor.

Ahora bien, las autoridades financieras no han sido ajenas a los NFT, existiendo a la fecha algunas aproximaciones sobre el particular: a) riesgos potenciales para los inversionistas de este tipo de criptos, b) posturas que prohíben que los NFT sean utilizados como esquemas de inversión con recursos del público, c) importancia de contar con reglas en materia de lavado de activos y financiación del terrorismo, y d) la posible existencia de valores (*securities*) en algunos esquemas de financiación a partir de NFT.

Bajo el contexto de la posible existencia de valores (*securities*) en algunos esquemas de financiación a partir del uso de NFT, surge la siguiente pregunta de investigación: *¿cuáles podrían ser las implicaciones de los NFT frente a la regulación del mercado de valores?*

Frente a esta pregunta, se plantea como hipótesis de trabajo que: a) los NFT, entendidos de forma individual como una representación digital, no pueden ser considerados como valores; b) en los Estados en donde la definición de *securities* incluye el concepto de «contrato de inversión», los NFT podrían ser considerados valores, siempre y cuando cumplan

los requisitos del test de Howey; c) en los Estados en donde no existe la definición de contratos de inversión los NFT podrían ser considerados como valores, siempre y cuando cumplan los requisitos para tal fin —es decir, la existencia de un derecho negociable emitido en masa o en serie dentro de una oferta pública de valores, y que tenga como finalidad obtener recursos del público a título de inversión—; y d) que el reconocimiento de los NFT como valores conllevaría a la aplicación de marcos regulatorios del mercado de capitales en temas como el registro ante las autoridades financieras, el suministro de información y los esquemas de protección a los inversionistas.

Ahora bien, como objetivo general de esta investigación se busca determinar si a los NFT le es aplicable el marco regulatorio del mercado de valores. Por otra parte, como objetivos específicos se destacan: a) analizar la naturaleza jurídica de los NFT y su impacto en el mercado de los criptoactivos, b) identificar las problemáticas de los NFT frente a los mercados financieros y c) establecer los escenarios en los cuales los NFT son valores, con sus respectivas implicaciones regulatorias dentro del mercado de capitales.

En este artículo se utilizará el método cualitativo, con una metodología jurídico-dogmática y documental que se aplicará para analizar información pública científica sobre criptoactivos y NFT. Igualmente, se comparará y analizará marcos normativos locales e internacionales frente a criptoactivos y NFT con el fin de identificar algunos elementos comunes en materia de instituciones jurídicas y respuestas legales frente a los NFT y su impacto en el sistema financiero.

La estructuración de este artículo partirá de una segunda sección, por medio de la cual se determinarán las características técnicas de los NFT. En una tercera parte, se desarrollarán los cuestionamientos de los NFT frente a la regulación financiera, al igual que los pronunciamientos de algunas autoridades financieras a nivel global. En un cuarto punto, se analizará el impacto de los NFT en el mercado público de valores, en especial frente al concepto de valor y las obligaciones en materia de suministro de información y protección a los inversionistas. Finalmente, se expondrá una serie de conclusiones sobre la investigación.

II. CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS NFT Y SUS PUNTOS DE DISCUSIÓN JURÍDICA

II.1. Origen de los NFT

Los NFT han ganado popularidad en los últimos años con ventas de alto perfil de arte digital único y coleccionables que alcanzan millones de dólares (Hong & Roubaud, 2021, p. 44). Su origen se remonta al año 2012,

cuando Meni Rosenfeld presentó el proyecto Coloured Coins, en el cual planteo la posibilidad de desarrollar otro tipo de fichas, teniendo en cuenta el amplio alcance del bitcoin por su eficiencia y seguridad (Kostopoulos *et al.*, 2021, p. 54).

Este proyecto tuvo como propósito reservar algunos bítcoines, darles un destino especial y separarlos del resto, identificándolos con un «color» y denominándolos «satoshis» (Rosenfeld, 2012). Estas monedas de colores concibieron una nueva modalidad de propiedad y monetización dentro de la cadena de bloques, que luego dio origen a las NFT en círculos cerrados llamados «entornos autorizados» (Mudgil, 2021). Las Coloured Coins se consideran precursoras de los NFT actuales por sus criterios de autenticidad, seguridad y verificabilidad (Kostopoulos *et al.*, 2021, p. 8).

En 2014, los NFT evolucionaron más allá de las Coloured Coins a través de plataformas financieras descentralizadas *peer-to-peer* como Counterparty, que tenía diferentes activos no fungibles como memes y juegos de cartas coleccionables. Desde entonces, la compañía ha desarrollado contenido innovador dentro de este entorno, creando el juego Spells of Genesis en 2015, que fue financiado a través de una Oferta Inicial de Monedas (ICO, por sus siglas en inglés) mediante la emisión de un token llamado BitCrystal (BTCRY), que finalmente se convirtió en la criptomoneda del juego (Collins, 2021).

En 2017, las NFT comenzaron a ganar terreno en el mercado *blockchain* de Ethereum con la aparición de Cryptopunks y el juego virtual CryptoKitties (Echeverría, 2023). Asimismo, desde el año 2020, el mundo del arte comenzó a evolucionar hacia los NFT. Un ejemplo es R.A.R.E. Art (R.A.R.E. Art Labs, 2019), que comercializa obras originales con un certificado de autenticidad y el derecho a utilizarla para usos no comerciales. Otras plataformas que surgieron en ese año fueron: a) Know Origin (KnownOrigin, s.f.) y b) la plataforma AsyncArt, que ofrecen una experiencia más interactiva con las obras de arte (Async, 2022). Finalmente, desde febrero de 2023 existe un top de catorce nuevos proyectos sobre NFT, donde se destacan desarrollos en materia de videojuegos, música y caricaturas, entre otros (Brooke, 2023).

II.2. Concepto de NFT

II.2.1. Blockchain y DLT

Para analizar el concepto de NFT es necesario remontarse a la noción de DLT (*Distributed Ledger Technology*) y de *blockchain*. Así, la DLT es una tecnología de libro mayor distribuido que permite diseñar estructuras de procesos no centralizados; es decir, sin la necesidad de un tercero validador (Law Commission, 2022, p. 13).

Por otra parte, la *blockchain* es una base digital descentralizada que registra datos en una red de computadoras sin la necesidad de una autoridad central (Congressional Research Service, 2022). Esta *blockchain* funciona mediante la creación de bloques de información que se vinculan entre sí por medio de criptografía; es decir, cada bloque contiene un registro de transacciones o de datos, así como un *hash* único que identifica la información correspondiente y lo conecta, a su vez, con otro bloque anterior (Mendelson, 2019, p. 97).

De esta forma, los datos en *blockchain* son inmutables, lo que significa que una vez que se registran, no se pueden modificar sin el consenso de la mayoría de los participantes de la red, lo que garantiza la integridad de los registros almacenados, generando con ello una «base de datos descentralizada, almacenada en una red distribuida de computadoras» (De Filippi & Wright, 2018).

Otro punto importante frente a *blockchain* es la toma de decisiones mediante algoritmos de consenso. Así, en lugar de depender de una autoridad central para tomar decisiones, la red utiliza algoritmos de consenso para validar las transacciones y llegar a un acuerdo sobre el estado de la red, lo que aumenta la seguridad y la confianza en esta (Mendelson, 2019, p. 97).

El esquema de consenso busca que las partes estén de acuerdo por medio de criterios criptográficos sobre la existencia, evolución y el estado de una serie de información compartida. Ahora bien, dentro de las principales formas de consenso está: a) *proof of work*, propio de esquemas públicos de *blockchain* tales como bitcoin; b) *proof of stake*, propio de esquemas privados; y c) *proof of importance*, característico de esquemas como el New Economy Movement (NEM) (Corredor & Diaz, 2018, p. 414).

II.2.2. NFT

En este contexto, surgen los NFT (*non-fungible tokens*) como tókenes exclusivos que se ejecutan con tecnología *blockchain*. Así, los NFT se entienden como unidades de datos únicas e intercambiables que representan la propiedad de elementos digitales asociados, como imágenes, música o videos (Congressional Research Service, 2022), en donde la propiedad de un token se registra y se rastrea en una *blockchain*.

De esta manera, el uso de la tecnología *blockchain* para asegurar y autenticar estos activos ha jugado un papel importante, puesto que, al almacenar información sobre el historial de un NFT en la cadena de bloques, se vuelve casi imposible falsificarlo o manipularlo.

Por otra parte, como lo indica su nombre, los NFT no son intercambiables entre sí, considerando que su naturaleza no es fácilmente sustituible y su funcionalidad radica en representar derechos sobre activos digitales

únicos como obras de arte digital, música, fotografías, pintura, objetos coleccionables y tuits, entre otros (Ethereum, 2023). Para comprender este fenómeno tecnológico, vale la pena comparar los NFT con los tókenes fungibles. Estos últimos pueden ser fácilmente sustituidos por otros tókenes con iguales características, como es el caso de los criptoactivos de pago como el bitcoin.

Debido a esto, se considera que los NFT son activos digitales cuya singularidad puede ser demostrada y verificada utilizando la *blockchain* y, por tanto, se pueden utilizar para crear una prueba tokenizada sobre algunos derechos parciales de una versión digital única de un activo subyacente (como imágenes, videos u otro contenido digital). Por esta razón, los NFT no garantizan la propiedad legal de un activo (Congressional Research Service, 2022).

En consecuencia, cuando se transfiere un NFT no se adquiere la propiedad sobre los derechos patrimoniales del autor de la obra, los cuales hacen referencia a la explotación, distribución, comunicación al público y transformación. En la mayoría de los casos, el creador del NFT retiene los derechos de autor y el comprador recibe el token y, típicamente, los derechos de uso de la versión digital única de este, generando con ello un entorno digital con mayor acogida comercial para artistas y consumidores, en el cual la infraestructura permite guardar protección a los derechos de las partes (Chance, 2021).

La titularidad sobre un NFT se prueba mediante un ID exclusivo con un registro criptográfico protegido e inmutable, similar a un certificado digital de autenticidad; «el NFT's, por tanto, no es la imagen en sí, sino los metadatos que se vinculan al archivo original»[1] o, en otros términos, el NFT es la «prueba de la legitimidad del uso de la obra licenciada» (Law Commission, 2022)[2].

La creación y adquisición de los NFT operan a través de contratos inteligentes que gestionan la transferencia del token no fungible por medio de la *blockchain* (Cheong, 2022). Por tal razón, dichos NFT son acuñados principalmente a través de Ethereum con un identificador único bajo los estándares ERC-721[3] y ERC-1155[4], establecidos para

1 Traducción propia.
2 Traducción propia.
3 Los estándares ERC (Ethereum Request for Comment) son un conjunto de reglas y especificaciones técnicas utilizadas para desarrollar tókenes y contratos inteligentes en la red de Ethereum. Entre los estándares más conocidos se encuentran ERC-20, que define las reglas para crear tókenes fungibles, como monedas y tókenes de utilidad; ERC-721, que define las reglas para crear tókenes no fungibles, ideales para representar activos digitales únicos como obras de arte y colecciones; y ERC-1155, una versión mejorada de ERC-721 que permite la creación de tókenes híbridos, tanto fungibles como no fungibles, principalmente utilizados en juegos y aplicaciones de coleccionables (AVAXHOLIC, 2022).
4 ERC-1155 es un estándar de NFT propuesto por Enjin en 2018 y aceptado por Ethereum en el mismo año que permite a los desarrolladores crear una variedad de tókenes en una sola transacción en la cadena de bloques, con identificadores únicos para cada token. Su principal ventaja es que es más escalable que los estándares NFT anteriores, lo que permite a los desarrolladores crear múltiples

emitir y comercializar estos activos, garantizando la validez, autenticidad y originalidad de la obra (Parliament European, 2022).

No obstante, los NFT también se pueden ejecutar en otras plataformas, como Polygon y Solana. En el primer caso, Polygon ofrece una cadena de bloques en la cual se pueden crear proyectos sobre NFT y, a su vez, se pueden obtener estos activos directamente en la citada plataforma (Polygon Labs, 2021). Solana, es un ecosistema digital que ofrece la adquisición de proyectos de NFT de música, arte y videojuegos por medio de *smart contracts* (Solana, 2023).

Finalmente, los NFT se comercializan, sobre todo, a través de plataformas en línea llamadas *NFT's markets*, en las cuales estos se pueden comprar utilizando criptomonedas como bitcoin o ethereum. Los mercados de NFT más populares incluyen OpenSea, Rarible, SuperRare y Nifty Gateway (Congressional Research Service, 2022).

III. PROBLEMÁTICAS DE LOS NFT DESDE LA REGULACIÓN FINANCIERA

III.1. Contextualización de las problemáticas

En este apartado se analizarán diversas problemáticas jurídicas respecto a los criptoactivos, las cuales tienen un impacto directo en los NFT y su relación con los mercados financieros.

III.1.1. El reconocimiento del derecho de propiedad o de dominio frente a los criptoactivos

Una de las principales discusiones respecto a los criptoactivos y los mercados financieros es la de determinar si dichos activos digitales pueden ser considerados como una forma de derecho de propiedad, con su correspondiente protección normativa. En otras palabras, la problemática gira en torno a determinar si los esquemas regulatorios estatales deberían reconocer la titularidad del derecho de propiedad sobre los criptoactivos para, de esta manera, poder tutelar jurídicamente los derechos de sus propietarios en temas como: a) la insolvencia del custodio de los criptoactivos, d) las garantías, c) el ejercicio de las acciones de conservación y d) la reclamación de protección de los derechos reales, entre otros (Lehmann, 2021).

Es así como en Francia se reconoce el derecho de propiedad sobre el valor mobiliario representado en un dispositivo de registro electrónico compartido (dentro de los cuales se encuentra la DLT) a partir de lo

tókenes en una sola transacción, ahorrando tiempo y recursos; y es más eficiente en el uso del espacio en la cadena de bloques al reducir la cantidad de espacio requerida para almacenar múltiples tókenes en un solo contrato (Cuero, 2023).

establecido en el artículo L-211-3 del Code monétaire et financier (Código Monetario y Financiero):

- Los valores financieros emitidos en territorio francés y sujetos a la ley francesa se ingresan en una cuenta de valores mantenida por el emisor o por uno de los intermediarios mencionados en el 2 al 7 del artículo L. 542-1, o, en el caso previsto en el segundo párrafo del artículo L. 211-7, en un dispositivo de registro electrónico compartido.
- El registro en un dispositivo de registro electrónico compartido sirve como registro de cuenta.
- Un decreto del Consejo de Estado establece las condiciones bajo las cuales los valores financieros pueden registrarse en un dispositivo de registro electrónico compartido mencionado anteriormente, ofreciendo garantías, particularmente en términos de autenticación, al menos equivalentes a las presentadas por un registro en una cuenta de valores[5].

En otras palabras, al poder tener valores mobiliarios tokenizados en un registro de cuenta soportado en DLT, ello trae como consecuencia que los titulares del registro de cuenta —sea individual u ómnibus— tengan un derecho de propiedad sobre el valor tokenizado.

El Reino Unido estableció en el año 2019 el *Legal statement on cryptoassets and smart contracts* (UK Jurisdiction Taskforce, 2019). En el citado informe se determinó que los criptoactivos tienen las características para ser reconocidos como una forma de propiedad, lo cual conlleva no solo su protección dentro del régimen del derecho privado, sino la aplicación de la Insolvency Act de 1986 (Parliament of the United Kingdom, 1986), trayendo como consecuencia que dichos activos digitales puedan entrar en un proceso concursal o ser excluidos de la masa de bienes (The LawTech Delivery Panel, 2009).

No obstante, sí puede existir cierta discusión en los marcos legales de corte romanista[6], en donde la propiedad o dominio recae sobre bienes

5 «Article L211-3. Version en vigueur depuis le 01 juillet 2018. Modifié par Ordonnance n°2017-1674 du 8 décembre 2017 - art. 2
Les titres financiers, émis en territoire français et soumis à la législation française, sont inscrits soit dans un compte-titres tenu par l'émetteur ou par l'un des intermédiaires mentionnés aux 2° à 7° de l'article L. 542-1, soit, dans le cas prévu au second alinéa de l'article L. 211-7, dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé.
L'inscription dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé tient lieu d'inscription en compte.
Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions dans lesquelles les titres financiers peuvent être inscrits dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé mentionné ci-dessus, présentant des garanties, notamment en matière d'authentification, au moins équivalentes à celles présentées par une inscription en compte-titres» (Code monétaire et financier, 2023). Traducción propia.

6 En el caso colombiano, el artículo 669 del Código Civil (2023) determina: «El dominio que se llama también propiedad es el derecho real *en una cosa corporal*, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno». Énfasis añadido.

físicos, ya que frente a intangibles (como los criptoactivos) existe un derecho de protección frente al titular (Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2022, p. 22).

A pesar de este escenario, en esta investigación se tomará la posición según la cual los criptoactivos son una forma de propiedad o dominio que recae sobre activo intangibles[7], lo cual le otorga a su titular una serie de derechos que pueden estar amparados legalmente.

Bajo estos antecedentes, se puede concluir de forma preliminar que:

1. Cualquier tipo de criptoactivos (incluyendo los NFT) deben tener la protección legal propia de un derecho de propiedad o de dominio.
2. Al tener el reconocimiento de propiedad, los criptoactivos (incluyendo los NFT) podrían ser considerados como activos financieros protegidos bajo los marcos regulatorios financieros.
3. Las normas en materia de insolvencia de custodios, intermediarios de valores y DCV deberían ser aplicables a los criptoactivos por ser considerados como propiedad (incluyendo los NFT). En otras palabras, se deberían aplicar a los criptoactivos las reglas frente a la propiedad de cuentas individuales y ómnibus, la exclusión automática de bienes, la separación de activos, etc.

III.1.2. Reglas en materia de lavado de activos y financiación del terrorismo

Durante los últimos años los NFT han tenido gran acogida en el mercado digital a nivel mundial, ejemplo de ello es la venta récord de una obra digital por 61 millones de euros. Sin embargo, para los especialistas resulta preocupante que la mayoría de las plataformas de almacenamiento en línea operen sin la necesidad de implementar mecanismos para combatir el lavado de activos y la evasión fiscal, por lo cual resaltan, a su vez, que los actores como OpenSea, Rarible y SuperRare son vistos como lugares atractivos e ideales para la ocultación de fondos (The European Union Blockchain Observatory & Forum, 2021).

El anterior escenario se podría presentar debido a la falta de regulación específica por parte de los países para implementar mecanismos o sistemas de seguimiento en estas plataformas que permitan, entre otros aspectos, el conocimiento del perfil del cliente, el monitoreo de las transacciones, la localización geográfica del responsable fiscal y la localización geográfica del NFT.

7 Por ejemplo, el artículo 670 del Código Civil colombiano (2023) determina: «*Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad*. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo». Énfasis añadido.

En algunos Estados se ha buscado extender la normativa aplicable de los criptoactivos a los NFT para salvaguardar los derechos de los inversionistas, monitorear las operaciones para prevenir el lavado de activos y la financiación del terrorismo, y estructurar un sistema de privacidad y proyección de datos personales para los usuarios, entre otros puntos (Gupta & Tham, 2019, p. 375).

Es así como, en materia de lavado de activos y financiación del terrorismo, «varios de los reguladores han optado por utilizar la guía y estándares del FATF centrándose en una regulación basada en riesgos y centralizada en la prevención de LA/FT, y evitar la evasión de impuestos o fraude» (Arango-Arango *et al.*, 2018, p. 16). Se debe tener presente que dichas iniciativas regulatorias responden a las recomendaciones hechas por el G-20 y la Financial Action Task Force (GAFI) (2018).

En el caso de Estados Unidos, FinCEN determinó que a los NFT se les podría aplicar las reglas en materia de lavado y financiación del terrorismo cuando estos puedan ser utilizados para la transmisión de dinero por medio de moneda o cualquier otro tipo de medio que lo reemplace; es decir, criptoactivos (Congressional Research Service, 2022). Por su parte, GAFI (2021) determinó que las reglas en materia de lavado de activos no se aplican a los NFT, salvo que estos puedan ser considerados como activos virtuales (*virtual assets*) con fines de pago o de inversión, o cuando los NFT son reconocidos como activos financieros (p. 24).

De lo expuesto se puede concluir que a los NFT se les aplica las reglas en materia de lavado activos, siempre y cuando:

- El NFT como criptoactivo no fungible no pueda ser objeto de reglas de lavado de activos, salvo que:
  - El NFT sea considerado como activo financiero.
  - El NFT sea considerado como activo virtual para procesos de pago.
  - El NFT sea considerado como activo virtual para procesos de inversión.

III.1.3. Identificación de problemáticas específicas frente a los NFT

Por otra parte, dentro de la evolución y el desarrollo de los NFT se han establecido una serie de operaciones encaminadas a obtener mecanismos de financiamiento, ya sea para el titular de los NFT o para sus actividades comerciales. Con fundamento en esta premisa, se han presentado una serie de problemáticas generales respecto a los NFT en relación con las siguientes interrogantes:

- Los NFT podrían ser catalogados como activos financieros y valores.
- Se les aplicaría a los NFT la regulación del mercado de capitales.
- Podría hablarse de consumidores financieros e inversionistas frente a los adquirentes de NFT o de derechos relacionados con dicho activo intangible.

Las citadas problemáticas serán abordadas en el siguiente apartado.

III.2. Respuesta por parte de autoridades financieras frente a las NFT

En este apartado se establecerán algunas posibles problemáticas de los tókenes no fungibles frente a los mercados financieros a partir de algunos acercamientos regulatorios de las autoridades financieras a los NFT. Ahora bien, la finalidad de este acercamiento normativo es la de identificar algunos elementos comunes en materia de instituciones jurídicas y respuestas legales frente a los NFT y su impacto en el sistema financiero.

A la fecha, algunos países están dando los primeros pasos para entender y desarrollar una futura regulación en materia de NFT y mercados financieros. Así, se pueden traer a colación algunos ejemplos.

III.2.1. Unión Europea

En la actualidad, la Unión Europea no cuenta con una regulación específica sobre los NFT (ECIJA, 2021; INATBA, 2022) y mucho menos con marcos regulatorios específicos de NFT y mercado de valores.

Ahora bien, las autoridades de supervisión de los mercados, como la European Securities and Markets Authority (ESMA), han emitido una serie de comunicados de advertencia dirigida a los consumidores sobre los criptoactivos, incluyendo los NFT, ante el aumento del interés de la comunidad por estos modelos de negocio. ESMA *et al.* (2022) advierten que, aunque estos activos representan derechos y pueden transferirse electrónicamente, al ser altamente volátiles y especulativos, implican para los inversionistas y comerciantes el riesgo de perder su dinero en estas operaciones sin la posibilidad de acceder a la justicia en casos de fraude.

A pesar de este escenario frente a los NFT, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea han iniciado el proceso de negociación y adopción del Markets in Crypto-Assets Regulation (MiCA, 2023)[8] con

8 Algunas recomendaciones propuestas como objetivos del MiCA: a) mecanismos jurídicos para generar mayor confianza a los inversionistas y seguridad jurídica; b) licenciamiento, tanto para los emisores de tókenes como para las plataformas de intercambio; c) obligaciones para los emisores en materia de información, exigiéndole a estos la elaboración de *white paper*; y d) marco regulatorio

la finalidad de brindar seguridad jurídica y certeza económica al mercado de criptoactivos. Así, dicho reglamento tiene como objetivo abordar las áreas que la actual legislación de servicios financieros no cubre en relación con los activos digitales y regular la emisión, prestación de servicios y negociación de criptoactivos para establecer normas comunes en todo el territorio europeo. Esta normativa se aplica a todos los activos digitales que son una representación digital de valor o de derechos que pueden ser transferidos y almacenados electrónicamente, según lo define el Parlamento Europeo. Ahora bien, por expresa disposición del artículo 4, numeral 2, literal c) del citado reglamento MiCA, se excluye su aplicación a las ofertas públicas de NFT[9]; es decir, los tókenes no fungibles no son regulados dentro del ámbito del MiCA.

Dentro de los criterios generales del MiCA (2023) destaca lo siguiente:

- Se establece una definición de criptoactivos como «una representación digital de valor o derechos que pueden transferirse o almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro descentralizado o una tecnología similar» (p. 39). Es importante determinar que los tókenes que representan activos financieros y valores no se encuentran dentro del ámbito de regulación del MiCA, sino de la normatividad específica del tema.
- La definición de criptoactivos es general e incluye las fichas de servicio (*utility tokens*)[10], los tókenes de dinero electrónico (*money tokens*)[11] y los tókenes referenciados a activos (*stablecoin*)[12] (INATBA, 2022).

para los custodios de criptoactivos, entre otras (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos, 2020).

9 «Artículo 4. Ofertas públicas de criptoactivos, distintos de fichas referenciadas a activos o fichas de dinero electrónico, y admisión a negociación de dichos criptoactivos en plataformas de negociación de criptoactivos. 1. Un emisor de criptoactivos, distintos de fichas referenciadas a activos o fichas de dinero electrónico, no podrá, en la Unión, ofertar públicamente dichos criptoactivos ni solicitar su admisión a negociación en una plataforma de negociación de criptoactivos a menos que:
a) sea una persona jurídica; b) haya elaborado el correspondiente libro blanco de criptoactivos de conformidad con el artículo 5; c) haya notificado el libro blanco de criptoactivos de conformidad con el artículo 7; d) haya publicado el libro blanco de criptoactivos de conformidad con el artículo 8; e) reúna los requisitos del artículo 13.
2. Las letras b) a d) del apartado 1 no se aplicarán cuando: [...]
c) los criptoactivos sean únicos y no fungibles respecto de otros criptoactivos» (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos, 2020). Énfasis añadido.

10 MiCA se aplica a los *utility tokens*, que pueden dar acceso a un bien o servicio por medio de DLT, que es aceptado únicamente por el emisor del referenciado token.

11 MiCA (2023) se aplica a las *money tokens*, que son «un tipo de criptoactivo cuya principal finalidad es la de ser usado como medio de intercambio y que, a fin de mantener un valor estable, se referencia al valor de una moneda fiat de curso legal» (p. 39). No obstante, no se aplicaría al dinero electrónico con la definición del artículo 2, punto 2 de la Directiva 2019/110/CE.

12 MiCA (2023) se aplica a las *stablecoin*, que son «un tipo de criptoactivo que, a fin de mantener un valor estable, se referencia al valor de varias monedas fiat de curso legal, una o varias materias primas, uno o varios criptoactivos, o una combinación de dichos activos» (p. 39).

- El MiCA no se aplica a los tókenes no fungibles (NFT), ya que el reglamento no está destinado a activos criptográficos únicos y que no son intercambiables. Dentro de este escenario se destacan el arte digital coleccionable, cuyo valor se atribuye a las características únicas del token; o los NFT que brindan servicios o activos físicos que son únicos y no fungibles en el mundo real, los cuales pueden ser muebles o inmuebles (INATBA, 2022).
- El reglamento MiCA no es aplicable a los instrumentos financieros, al dinero electrónico que no esté representado en tókenes, a los depósitos[13], al Banco Central Europeo, a las empresas de seguros, a las empresas de inversión y demás instituciones financieras que operen en sistemas multilaterales de negociación[14], a las entidades de carácter público, entre otros.

A pesar de este escenario frente a los NFT en el marco de la Unión Europea, algunos países han desarrollado en su territorio un acercamiento de normativa al respecto. Así, a modo de ejemplo, procederemos a revisar algunos casos.

III.2.2. Francia

La Autorité des Marchés Financiers (AMF) ha advertido sobre la inversión en criptoactivos y NFT, señalando que algunos pueden tener características similares a las de los instrumentos financieros y que, en este sentido, deberán cumplir con los requisitos legales establecidos para este tipo de activos. Bajo esa lógica, incluyen la necesidad de ser emitidos por una entidad autorizada y registrada en el registro oficial de la AMF, deben cumplir con los requisitos de información y transparencia, y deben estar sujetos a la regulación y supervisión de la AMF, en aras de proteger los derechos de los consumidores y de prevenir el lavado de activos (Ophèle, 2021).

Bajo este presupuesto, si en Francia el NFT cumple con los requisitos de valor en los términos del artículo L211-1[15] del Code monétaire et financier, será considerado como instrumento financiero, deberá

13 Según la Directiva 2014/49/UE: «cualquier saldo acreedor que proceda de fondos que se hayan mantenido en cuenta o de situaciones transitorias generadas por operaciones bancarias normales y que una entidad de crédito tenga obligación de restituir en las condiciones legales y contractuales aplicables, inclusive los depósitos a plazo fijo y los depósitos de ahorro».

14 El Reglamento (EU) 2022/858 determina un plan piloto para este tipo de empresas que operen con DLT.

15 «I. – Les instruments financiers sont les titres financiers et les contrats financiers.
II. – Les titres financiers sont :
1. Les titres de capital émis par les sociétés par actions ;
2. Les titres de créance ;
3. Les parts ou actions d'organismes de placement collectif.
III. – Les contrats financiers, également dénommés " instruments financiers à terme ", sont les contrats à terme qui figurent sur une liste fixée par décret.
IV. – Les effets de commerce et les bons de caisse ne sont pas des instruments financiers» (Code monétaire et financier, 2023, art. L211-1).

inscribirse en el AMF y tendrá que cumplir con la carga regulatoria establecida en el citado Código.

Por otra parte, desde el año 2019 se generó un marco regulatorio para el mercado cripto por medio de la Loi Pacte[16] (Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises). Así, dicha ley determinó reglas en materia de criptoactivos, ICO, y creó un entorno normativo favorable para la innovación y las tecnologías emergentes (Ophèle, 2022).

III.2.3. España

En este país, los NFT están ganando popularidad debido a la existencia de una creciente comunidad de creadores y coleccionistas que están explorando las posibilidades comerciales de esta nueva forma de propiedad y comercio de activos digitales únicos. Muchos de ellos utilizan plataformas populares como OpenSea, Rarible, SuperRare y Nifty Gateway para comprar y vender NFT (ECIJA, 2021).

Por otra parte, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) ha informado que la venta de criptoactivos puede estar sujeta a la regulación de valores en España si se considera que se trata de una inversión, en los términos del artículo 240 bis del Real Decreto Legislativo 4/2015[17].

Bajo este presupuesto, la CNMV tiene la facultad de regular la publicidad de criptoactivos que no están regulados y que se ofrecen como propuesta de inversión en aras de tomar medidas para proteger a los inversores y garantizar la transparencia en la comercialización de estos criptoactivos (ECIJA, 2021).

Es por esta razón que la CNMV, por medio de la Circular 1/2022, desarrolló las normas sobre el particular y determinó que no se considera actividad publicitaria de criptoactivos cuando estos

> sean únicos y no fungibles con otros criptoactivos, cuando aquellos representen activos coleccionables, obras con propiedad intelectual o activos cuyo único fin sea su utilización en juegos o competiciones,

16 Definición de criptoactivo: «Cualquier representación digital de valor que no sea emitida o garantizada por un banco central o una autoridad, que no esté necesariamente vinculada a una moneda de curso legal y que no tenga el estatus legal de dinero, pero que sea aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de intercambio y que pueda ser transferida, almacenada o intercambiada electrónicamente» (Code monétaire et financier, 2023; Loi N.° 2019-486, art. 86, num. V). Traducción propia.

17 Según el Real Decreto Legislativo 4/2015, artículo 240 bis: «La CNMV podrá someter a autorización u otras modalidades de control administrativo, incluida la introducción de advertencias sobre riesgos y características, la publicidad de criptoactivos u otros activos e instrumentos presentados como objeto de inversión, con una difusión publicitaria comparable, aunque no se trate de actividades o productos previstos en esta Ley. La CNMV desarrollará mediante circular, entre otras cuestiones, el ámbito subjetivo y objetivo y las modalidades concretas de control a las que quedarán sujetas dichas actividades publicitarias. A estos efectos resultará de aplicación lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 240 de esta Ley».

de forma que no sean ofrecidos masivamente como mero objeto de inversión.

De esta norma, se puede concluir que a los NFT que no tengan vocación de activo financiero y que no se comercialicen de forma masiva con fines de inversión no les serán aplicables las reglas de autorización y supervisión publicitaria de la CNMV.

III.2.4. Reino Unido

La regulación de los NFT se encuentra sujeta a las características propias del bien, pues su ordenamiento jurídico clasifica los criptoactivos en diferentes categorías, entre las que podemos encontrar las de token de valor o token de dinero electrónico, token de seguridad y token no regulado, entre otras (Rugaard, 2021).

Según las estipulaciones contenidas en su regulación y emitidas por diferentes entes gubernamentales, como Her Majesty's Revenue and Customs (HMRC), Financial Conduct Authority (FCA), Bank of England y el Tesoro, la normativa actual solamente se limita a temas de lavado de activos y financiamiento del terrorismo (Forum, 2021).

Ahora bien, en mayo de 2022, el Tribunal Superior de Justicia se pronunció reconociendo que los NFT representan propiedad privada. Sin embargo, «el Tribunal Superior advirtió que este estado de propiedad privada no se extiende al contenido subyacente real que representan los NFT's» (Rossow, 2022).

III.2.5. Asia

III.2.5.1. Japón

La popularidad de los NFT en los países asiáticos ha captado la atención de diversos mercados y Japón no ha sido la excepción. Varias empresas han anunciado su entrada a este mercado con proyectos de videojuegos, deportes y arte digital, entre otros.

Ahora bien, se debe indicar que no existe una regulación de los NFT en este país; no obstante, conforme a la Financial Instruments and Exchange Act No. 25, se debe evaluar el valor económico del mismo si se entrega dinero o en activos con el ánimo de generar utilidades para quien invierta en los tókenes no fungibles. De ser así, entrarían en la definición de «valor» que estipula su legislación (Financial Services Agency of Japan [FSA], 1948). Por otro lado, al usar el NFT como medio de pago, será enmarcado en la definición de «instrumento de pago» o «activo criptográfico», según la Payment Services Act No. 59 (Masakazu & Atsushi, 2021).

Respecto a la propiedad que representa el NFT, este país ha sido enfático en solo reconocerla para cosas tangibles. En este sentido, los tókenes

no tendrían reconocimiento como propiedad en Japón (Masakazu & Atsushi, 2021).

III.2.5.2. China

China ha tenido una regulación bastante estricta en relación con los criptoactivos. Desde el año 2013, el Banco Popular de China (PBOC) prohibió las transacciones realizadas con bitcoin, manifestando que los nuevos activos digitales no eran bienvenidos en su economía. Para el año 2019, las autoridades chinas reconocieron la importancia de la tecnología *blockchain* y sus múltiples desarrollos en el país. En el año 2020, China lanzó al mercado su moneda digital oficial y en el año 2021 declaró ilegal la minería y comercialización con criptomonedas, promulgando drásticas leyes para los intermediaros y tenedores de estas (Vargas Herrera, 2021, p. 57).

Por otra parte, el Gobierno chino prohibió los NFT y otros activos digitales por considerar que incitan a la comisión de actividades financieras ilegales (Hsu, 2022). Es así como la Securities Association of China, por medio de un comunicado del 13 de abril de 2022, señaló: a) la prohibición de utilizar los NFT como un mecanismo de financiación, b) que los NFT no son valores ni activos financieros, c) que no está autorizado fraccionar NFT para realizar una ICO disfrazada o cualquier otro proceso de emisión de activos digitales, d) que se prohíbe la estructuración de sistemas de negociación de NFT, e) que se prohíbe utilizar monedas virtuales como bitcoin o ether para la fijación de precios y la liquidación de transacciones propias de emisiones de NFT, y f) que se conmina a los consumidores a tener presentes los riesgos de realizar inversiones en este tipo de activos digitales (Securities Association of China, 2022).

A pesar de este panorama, según un artículo del *South China Morning Post* (Feng, 2022), la Red de Servicios Blockchain (BSN, por sus siglas en inglés), respaldada por el Gobierno chino, anunció el lanzamiento de una plataforma controlada de NFT con unas reglas encaminadas a evitar el anonimato y mantener operaciones transparentes, por lo que los consumidores deberían registrar sus documentos para que el Estado conozca las identidades de los usuarios de la plataforma y sus movimientos.

III.2.5.3. Hong Kong

En Hong Kong la Comisión de Valores y Futuros (SFC, por sus siglas en inglés) ha sido enfática en recordarle al público en general que, al convertirse en inversionistas de este nuevo mercado de NFT, existen riesgos asociados, como mercados secundarios sin liquidez, volatilidad, piratería, fraude, hackeo, etc. La exposición a estas circunstancias debe

ser plenamente asumida por el inversionista, teniendo en cuenta que deberá soportar las pérdidas asociadas.

Del mismo modo, la SFC (2022) ha sido clara en informarle a los inversionistas que ella es competente para emitir regulación específica sobre las obras de arte (NFT) que sean copia de un activo subyacente; es decir, sobre obras de arte que representen un activo financiero sobre el cual se pueda celebrar uno o varios contratos en el mercado. A *contrario sensu*, la SFC perderá su competencia cuando se trate de un NFT genuino de un coleccionable.

III.2.5.4. Filipinas

El Banco Central de Filipinas (Bangko Sentral ng Pilipinas [BSP]) se ha pronunciado sobre los NFT a través de la Circular N.° 1108 (2021) del 26 de enero de 2021 en el manual *Guidelines for Virtual Asset Service Providers* (VASP, por sus siglas en inglés). En dicha circular determinó que únicamente serán reconocidos como activos virtuales aquellos NFT que tienen un propósito económico, afirmando que dichos tókenes estarán sujetos a la regulación de las autoridades de Filipinas, de acuerdo con la naturaleza de su modelo comercial.

En ese contexto, otra autoridad regulatoria es la Philippine Securities and Exchange Commission (SEC), que define de manera amplia el concepto de «valor», con los mismos criterios que usa la SEC de Estados Unidos con base en el test de Howey y evaluando caso por caso; es decir, analizando si la configuración de un contrato de inversión se puede definir como valor. Por ejemplo, ha advertido a los inversionistas sobre la volatilidad y el clima especulativo de estos activos, haciendo un llamado sobre algunas plataformas, como Outrace[18], que ofrecen NFT sin tener la licencia exigida para la emisión de estos.

De esa manera, el panorama regulatorio para los NFT en Filipinas, al igual que en muchos otros países, estaría dentro del ámbito de la legislación financiera y de valores tradicional, haciéndola extensible para el particular.

III.3. Criterios transversales del análisis normativo

De los marcos normativos expuestos en este apartado se puede llegar a las siguientes conclusiones preliminares:

- A la fecha, no existe en Asia, Europa y Estados Unidos ningún marco regulatorio que le dé la calidad de activo financiero a los NFT.

18 Outrace (s.f.) es un juego de carreras de carros que se pueden comprar, vender y comercializar usando el NFT ORE. Este juego permite a los participantes ganar criptomonedas y otros premios.

- Los NFT, entendidos de forma individual como una representación digital, *no* pueden ser considerados como activos financieros, ya que se está ante simples criptos que reconocen derechos específicos sobre activos no fungibles y que no son objeto de comercialización y de inversión, tal y como se desarrollará en el siguiente apartado.
- Los marcos regulatorios existentes en materia de comercialización y publicidad de criptoactivos (Unión Europea MiCA, Francia, España, ente otros) excluyen de su ámbito de aplicación a los NFT que solamente representan un activo no fungible y que no son emitidos al público en general para ser adquiridos con fines de inversión.
- En los Estados en donde en la definición de *securities* existe el concepto de «contrato de inversión», los NFT podrían ser considerados valores, siempre y cuando cumplan los requisitos del test de Howey, los cuales serán desarrollados en el siguiente apartado.
- En los Estados en donde no existe la definición de contratos de inversión, los NFT podrían ser considerados como valores, siempre y cuando cumplan los requisitos para tal fin, los cuales serán desarrollados en el siguiente apartado.
- Las autoridades financieras han materializado comunicados dirigidos al público en general, informando los riesgos de las inversiones en NFT, las posibles estafas con el uso de estos activos digitales y los riesgos específicos en materia de lavado de activos y financiación del terrorismo.
- China sigue manteniendo una posición restrictiva y punitiva que ha materializado frente al mercado cripto, en donde se determinó una estricta prohibición al uso de los NFT para fines de financiación de proyectos.

Bajo estos antecedentes, se puede determinar que en la actualidad existe un vacío regulatorio a nivel global sobre la relación de los NFT con el mercado de capitales. Sin embargo, algunos países, por medio de sus autoridades financieras, ya han realizado algunos pronunciamientos sobre el particular para salvaguardar los derechos de los inversionistas, monitorear las operaciones para prevenir el lavado de activos y la financiación del terrorismo, y estructurar un sistema de privacidad y proyección de datos personales para los usuarios, entre otras acciones (Gupta & Tham, 2019, p. 375).

Finalmente, en las siguientes líneas se procederá a reflexionar el impacto de los NFT dentro del mercado de valores.

IV. LOS NFT DESDE LA REGULACIÓN DEL MERCADO DE VALORES

La finalidad de este apartado es determinar si los NFT deben ser considerados como valores (valores mobiliarios o *securities*) y, en consecuencia, si se les tendría que aplicar la regulación en materia de mercado de valores y protección de inversionista. Así, se procederá a desarrollar algunas subpreguntas de investigación.

IV.1. ¿Los NFT pueden ser considerados como valores?

En principio, el NFT que representa un solo activo y tiene un solo propietario no podría ser considerado como un valor dentro de la regulación financiera. A título de ejemplo, cuando se adquiere un NFT (el cual representa una obra de arte o un meme) se paga su precio, ya sea en dinero fiat o en criptomonedas, y su propietario busca obtener una posible ganancia o pérdida con una venta posterior de su NFT (Elzweig & Trautman, 2023, p. 37).

Ahora bien, en cierto tipo de estructuraciones de financiación y comercialización de NFT se podría hablar de valores. Estados Unidos ha sido uno de los países pioneros en determinar si los NFT podrían ser considerados como valores dentro de la Securities Exchange Act de 1934 a partir del concepto de «contrato de inversión». Ahora bien, el precedente jurisprudencial norteamericano en el famoso caso *SEC vs. Howey Co.* (1946)[19] determinó el alcance del contrato de inversión en los siguientes términos: «(i) inversión en dinero; (ii) empresa en común; (iii) expectativa de ganancia; y (iv) esfuerzo de otros» (Corredor Higuera, 2019, p. 34). Esta definición incluye aquellos activos que representen derechos de propiedad, garantías, acciones en una empresa, etc. (Downes & Goodman, 1995, p. 519).

Bajo estos antecedentes, si por medio del NFT se está recaudando dinero del público con la expectativa de que los proyectos generen rentabilidad, se enmarcarían en el concepto de valor de acuerdo con la Securities Exchange Act. Así, los NFT tendrían que cumplir con los siguientes requisitos:

19 Así, la U.S. Supreme Court determinó que «2. For purposes of the Securities Act, an investment contract (undefined by the Act) means a contract, transaction, or scheme whereby a person invests his money in a common enterprise and is led to expect profits solely from the efforts of the promoter or a third party, it being immaterial whether the shares in the enterprise are evidenced by formal certificates or by nominal interests in the physical assets employed in the enterprise. Pp. 328 U. S. 298-299 4. The test of whether there is an "investment contract" under the Securities Act is whether the scheme involves an investment of money in a common enterprise with profits to come solely from the efforts of others; and, if that test be satisfied, it is immaterial whether the enterprise is speculative or nonspeculative, or whether there is a sale of property with or without intrinsic value. P. 328 U. S. 301».

- Generar una inversión económica.
- Tener una pretensión de obtener rendimientos económicos por parte del inversionista.
- Que la inversión se realice en una empresa.
- Que los rendimientos generados provengan de la actividad que realiza un tercero diferente al emisor (O'Melveny, 2022).

Es así como, para determinar la posible calidad de valores de los NFT, las autoridades de regulación y supervisión deben evaluar si por medio de los citados activos digitales se obtiene una rentabilidad económica por la actividad que realiza otra persona y con el objetivo de, posteriormente, comercializar estos tókenes a un precio mayor. Ahora bien, siguiendo a Gato *et al*. (2022), se podrían establecer algunas posibles hipótesis en las cuales los NFT se considerarían como valores dentro del test de Howey;; por ejemplo:

- Los NFT se utilizan para realizar preventas de activos digitales destinados a usarse en una plataforma que aún no está construida, en donde las ganancias de la venta se utilizan para construir la citada plataforma.
- Existe un fraccionamiento del NFT por medio de activos digitales, los cuales representan una parte de la propiedad del citado activo digital, generando a su vez rendimientos económicos a sus adquirentes.
- Los NFT representan una licencia para un activo digital (una canción, a título de ejemplo) y a los inversionistas se les ofrece una parte de los ingresos del activo (un porcentaje de las ventas de los discos).

A la fecha de construcción de esta investigación, la SEC no ha realizado un pronunciamiento vinculante frente a los NFT y su posible naturaleza de *securities*, limitándose a algunos tipos de comunicados de prensa[20]. Sin embargo, la Texas State Securities Board, por medio de la Order No. ENF-22-CDO-1860 del 13 de abril de 2022, determinó que The Gambler NFT's y Golden Gambler NFT's son *securities* (valores) al

20 La SEC y FINRA recibieron el 12 de abril de 2021 una solicitud por parte de Arkonis Capital, LLC ("Arkonis") - Sustainable Holdings para que esta autoridad defina el marco jurídico de los NFT, aclarando el espacio regulatorio de los mismos para proteger a los inversionistas y, a su vez, permitir a los creadores desarrollar sus actividades en un entorno controlado, facilitando la emisión y comercialización de los tókenes no fungibles en el mercado (Sustainable Holdings, 2021). En una conferencia brindada en la Universidad de Pensilvania el pasado 4 de abril de 2022, el presidente de la SEC, Gary Gensler, afirmó que la entidad se encuentra trabajando en regular y registrar las plataformas de negociación para promover la confianza en los consumidores y forjar el desarrollo de los criptomercados (Altman *et al*., 2022). Aunque el presidente de la SEC no se pronunció específicamente sobre los NFT, esta autoridad se encuentra examinando en la Enforcement's Crypto Assets and Cyber Unit la dinámica de dichos activos digitales y el entorno en el que se están desarrollando (Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos, 2022).

ser un contrato de inversión[21] en los términos de la sección 4001.068 de la Securities Exchange Act[22].

En términos generales, Sand Vega Casino Club desarrolló casinos virtuales en internet y en el metaverso, los cuales son visitados por avatares que participan en juegos de azar. Ahora bien, Sand Vega, para financiar sus casinos virtuales, vendió doce mil NFT (The Gambler NFT y Golden Gambler NFT) al público en general, los cuales incluían varios beneficios, entre ellos una participación a prorrata de las ganancias generadas por los casinos del metaverso.

Otro caso de impacto en Estado Unidos es el de los NFT denominados NBA Top Shot Moments, caso que conoció la Corte Suprema del estado de Nueva York a través de una *class action* por una posible violación de la Securities Exchange Act (Frankfurt Kurnit Klein & Selz PC, 2022). Dichos NFT son videoclips de corta duración de jugadas específicas de jugadores de la NBA, los cuales se pueden comprar, vender o intercambiar en una cadena de bloques denominada Dapper Labs's Flow blockchain. Ahora bien, lo que hace especial a estos NFT es que tienen una licencia oficial de la NBA, con un número de serie y datos únicos que los hacen especiales. Igualmente, un NBA Top Shot Moments de las más grandes estrellas deportivas puede valer miles de dólares (ejemplo, una caída de LeBron vale USD 1 millón).

Ahora bien, la U.S. District Court Southern District of New York, por medio de la decisión 21 Civ. 5837 del 22 de febrero de 2023, determinó que Dapper Labs, al desarrollar los NFT NBA Top Shot Moments, generó un contrato de inversión entre los promotores y los inversionistas en los términos del test de Howey. Un punto importante a tener en cuenta de esta decisión es que la misma Corte determinó que no todos los NFT ofrecidos por empresas constituyen valores, razón por la cual, se debe analizar caso por caso («a commitment to an examination of the economic realities of a transaction does not necessarily entail a case-by-case analysis of every instrument» [*Jeeun Friel, Individually and on behalf*

21 «CONCLUSIONS OF LAW: «*1. The Gambler NFTs and Golden Gambler NFTs are "securities"* as the term is defined in Section 4001.068 of the Securities Act» (Order No. ENF-22-CDO-1860, 2022). Énfasis añadido.

22 «Tex. Gov't Code § 4001.068. Section 4001.068 – Security. (a) The term "security":(1) includes:(A) a limited partner interest in a limited partnership;(B) a share;(C) a stock;(D) a treasury stock;(E) a stock certificate under a voting trust agreement;(F) a collateral trust certificate;(G) an equipment trust certificate;(H) a preorganization certificate or receipt;(I) a subscription or reorganization certificate;(J) a note, bond, debenture, mortgage certificate, or other evidence of indebtedness;(K) any form of commercial paper;(L) a certificate in or under a profit sharing or participation agreement;(M) a certificate or instrument representing an interest in or under an oil, gas, or mining lease, fee, or title;(N) a certificate or instrument representing or secured by an interest in any of the capital, property, assets, profits, or earnings of a company;(O) an investment contract; and(P) any other instrument commonly known as a security, regardless of whether the instrument is similar to another instrument listed in this subsection; and(2) applies regardless of whether the security is evidenced by a written instrument» (Order No. ENF-22-CDO-1860, 2022). Énfasis añadido.

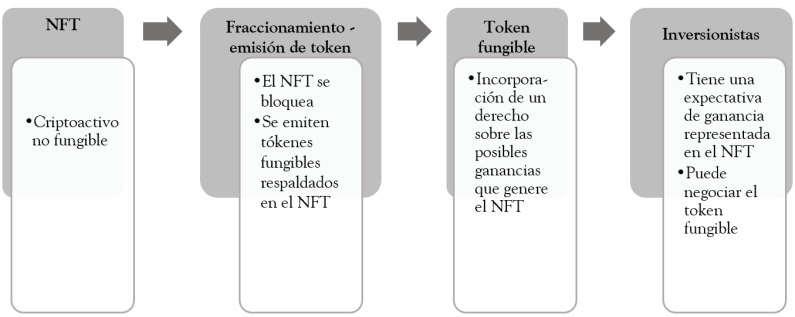
of all others similarly situated, Plaintiff, Vs Dapper Labs, Inc. and Roham Gharegozlou, 2023, p. 62])[23].

IV.1.1. Fraccionamiento de NFT y la posible existencia de contratos de inversión

Uno de los puntos de discusión frente a la posible materialización de un valor frente a los NFT es el relacionado con el proceso de fraccionamiento. Ahora bien, por fraccionamiento se entiende el proceso por medio del cual se divide la propiedad de los NFT con el fin de que muchas personas puedan ser propietarias parciales de un solo NFT (Vijayakumaran, 2021). Así, el NFT se bloquea en una bóveda virtual y se emiten tókenes fungibles soportados en el citado activo digital no fungible, en donde los administradores de la bóveda promocionan los tókenes como una forma de inversión, de la cual se puede obtener un rendimiento económico a partir de las acciones del promotor (Gato *et al.*, 2022).

Es así como se deben diferenciar dos tipos de token en el fraccionamiento: el NFT como token no fungible y los tókenes fungibles que se emitirán respaldados en el citado NFT. Para una mayor comprensión de los lectores, por medio del siguiente gráfico se realizará la distinción entre los dos tipos de criptos dentro del fraccionamiento de NFT.

Figura 1. Estructura de fraccionamiento de un NFT con emisión de tókenes fungibles



Fuente: elaboración propia.

23 Según la U.S. District Court Southern District of New York, en su decision 21 Civ. 5837 del 22 de febrero de 2023: «Rather, it is the particular scheme by which Dapper Labs offers Moments that creates the sufficient legal relationship between investor and promoter to establish an investment contract, and thus a security, under Howey. And that legal relationship is derived primarily from the plausible allegations that Dapper Labs maintains private control over the Flow Blockchain, which significantly, if not entirely, dictates Moments' use and value; that Dapper Labs touted Moments as a means for purchasers to realize substantial profits through the low sale prices for packs and marketing of the substantial profits others had made through sale on Dapper Labs's proprietary Marketplace; and that without Dapper Labs's essential efforts in maintaining the Flow Blockchain and Marketplace, Moments would be valueless. In totality, the economic realities of this case support the Court's conclusion that the AC's allegations pass muster at this stage. In sum, Plaintiffs adequately allege that Dapper Labs's offer of the NFT'S, Moments, was an offer of an "investment contract" and therefore a "security", required to be registered with the SEC».

Cada token fungible representará una propiedad fraccionada del NFT sin que ningún inversionista sea el propietario de este activo digital. El NFT tendrá su propio precio, que depende de las condiciones de mercado en las cual se transan los citados criptoactivos fungibles. Igualmente, el valor final del NFT dependerá del valor de mercado de los tókenes fungibles que hacen parte de su propiedad.

En algunos escenarios, el fraccionamiento se puede realizar sobre un grupo de NFT, razón por la cual los posibles inversionistas tendrían una participación de propiedad en un conjunto de estos activos, pudiendo diversificar su inversión (JDSUPRA, 2022).

En el caso de Estados Unidos, el fraccionamiento de NFT haría que estos sean considerados como valores si cumplen con los requisitos del test de Howey atrás analizada. En el caso de Hong Kong, la SFC (2022) señaló que se estaría hablando de un valor cuando un NFT se fracciona para ofrecer esquemas de inversiones a partir de participación, estando igualmente frente a una actividad regulada de emisión, oferta pública, comercialización y distribución de activos financieros. En este mismo sentido, China, al prohibir los NFT, determinó que estos no podrían ser utilizados como mecanismos de financiación por medio de esquemas de participación a través de fraccionamiento o venta de derechos económicos sobre los citados NFT (Securities Association of China, 2022).

IV.1.2. Los NFT como valores en donde no existe el concepto de contrato de inversión

En varios marcos regulatorios existe una definición general de valor[24] en la que se destaca la existencia de un derecho negociable, emitido en masa o en serie dentro de una oferta pública de valores, de libre negociabilidad, que incluye derechos de créditos, partición y tradición, o representativos de mercaderías y que tienen como finalidad obtener recursos del público a título de inversión. Ahora bien, bajo esta definición se debe realizar la siguiente diferenciación:

- Frente a un NFT que tiene un solo propietario, el cual lo adquirió para conservarlo o para venderlo en un tiempo posterior con una posible expectativa de ganancia, no se estaría frente a un valor o valor mobiliario. La razón de tal afirmación radica en el hecho de que si bien se está ante un derecho que está incorporado en un documento electrónico (token no fungible o NFT), este no ha sido emitido en masa o en serie, precisamente por su naturaleza de no fungibilidad. A su vez, en el momento de crear el NFT

24 A título de ejemplo: en Colombia, el artículo 2 de la Ley 964 de 2005; en España, el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 4/2015, en concordancia con el Anexo; en Perú, el artículo 3 del Decreto Legislativo N.° 861.

no se generó una oferta pública propia de una emisión en masa dirigida al público en general o a un número representativo de personas.

- Ahora bien, aunque es cierto que el NFT puede ser objeto de negociabilidad dentro de esquemas de mercados secundarios en plataformas de *blockchain*, esto no significa que tenga la calidad de valor, ya que cualquier activo, sea tangible o intangible, fungible o no, puede ser negociado con plena libertad por cualquier medio lícito determinado para tal fin. Finalmente, si bien el creador del NFT busca obtener recursos del público con su creación y comercialización, o el propietario busca obtener una ganancia con su venta, eso no significa que sea una característica propia de los valores.
- Cuando por medio de los NFT se otorgan derechos económicos a un número plural de personal o cuando se fraccionan para que el público en general pueda adquirir una participación.

En esta hipótesis se deben establecer varios escenarios, que pasamos a revisar.

IV.1.2.1. Fraccionamiento del NFT

Tal y como se explicó en el numeral IV.1.2 de esta investigación, se podría estar frente a un valor, incluso cuando se tiene un solo NFT (token no fungible), si se han emitido tókenes fungibles en masa o en serie que incorporan un derecho de participación en la propiedad y en las posibles ganancias que genere el citado NFT. Dicha emisión de tókenes fungibles hace parte de una oferta pública, la cual está encaminada a obtener recursos del público a través de procesos de inversión de terceros que tienen una expectativa de ganancia. Finalmente, los tókenes fungibles pueden ser objeto de intercambio por medio de mercados secundarios de criptoactivos representados en plataformas electrónicas de negociación.

En este escenario y dentro del marco de la Unión Europea, se podrían presentar dos posibles subhipótesis:

- Que a los tókenes fungibles emitidos se les diera la naturaleza jurídica de instrumentos financieros llamados «valores negociables», en los términos del Anexo I, sección C de la Directiva 2014/65/UE[25]. Es importante recalcar que los NFT no serían «valores», sino que tendrían dicho reconocimiento los tókenes fungibles emitidos y que están respaldados por el citado cripto no fungible.

25 «Anexo I. Lista de servicios, actividades e instrumentos financieros. SECCIÓN C. *Instrumentos financieros 1) Valores negociables*». Énfasis añadidos.

En la práctica, esto generaría que dicha emisión de token deba cumplir con los requisitos impuestos dentro de la Unión Europea para la emisión, inscripción, autorización y negociación de valores, según lo establecido en la Directiva 2014/65/UE y en el Reglamento (UE) N.° 600/2014 (MiFID II y MiFIR).

- Que a los tókenes fungibles emitidos *no* se les diera la naturaleza jurídica de instrumentos financieros llamados «valores negociables», en los términos del Anexo I, sección C de la Directiva 2014/65/UE.

En esta segunda hipótesis, a los tókenes fungibles que se emitan se les podría aplicar el reglamento relativo al mercado de los criptoactivos MiCA (Parlamento Europeo & Consejo Europeo, 2020), con fundamento en los siguientes argumentos:

- Si bien es cierto que el artículo 4, numeral 2, literal c) del citado reglamento excluye de su aplicación las ofertas públicas de NFT[26], también es cierto que en el caso analizado se están emitiendo tókenes fungibles respaldados en un NFT inmovilizado en una bóveda virtual.
- El NFT inmovilizado respalda la emisión de tókenes, sin que en ningún momento dentro de esta oferta pública se esté emitiendo y colocando ningún tipo de NFT.
- Los tókenes fungibles no se encuentran excluidos de la aplicación del MiCA según el artículo 2, numeral 2 del citado reglamento.

IV.1.2.2. Por medio del NFT se otorgan derechos económicos sobre su explotación representados en tókenes fungibles

El creador del NFT no va a fraccionar el citado activo para compartir su propiedad con terceros, sino que le venderá al público en general derechos tokenizados en tókenes fungibles por medio de los cuales se le hace partícipe de las posibles ganancias económicas que genere el NFT. A título de ejemplo, si una obra de arte se encuentra incorporada dentro de un NFT, su titular le ofrece a los inversionistas una parte de los ingresos producto de las exposiciones de la pintura NFT.

26 «Artículo 4. Ofertas públicas de criptoactivos, distintos de fichas referenciadas a activos o fichas de dinero electrónico, y admisión a negociación de dichos criptoactivos en plataformas de negociación de criptoactivos. 1. Un emisor de criptoactivos, distintos de fichas referenciadas a activos o fichas de dinero electrónico, no podrá, en la Unión, ofertar públicamente dichos criptoactivos ni solicitar su admisión a negociación en una plataforma de negociación de criptoactivos a menos que:
a) sea una persona jurídica; b) haya elaborado el correspondiente libro blanco de criptoactivos de conformidad con el artículo 5; c) haya notificado el libro blanco de criptoactivos de conformidad con el artículo 7; d) haya publicado el libro blanco de criptoactivos de conformidad con el artículo 8; e) reúna los requisitos del artículo 13.
2. Las letras b) a d) del apartado 1 no se aplicarán cuando:
c) *los criptoactivos sean únicos y no fungibles respecto de otros criptoactivos*». Énfasis añadido.

En este escenario, el titular del NFT está emitiendo al público en general, por medio de una oferta pública, una serie de derechos económicos de participación —emitidos en masa o en serie— sobre los rendimientos que puede producir el NFT. Así, está adquiriendo financiación del público por medio de esquemas de inversión, en donde los titulares sobre los derechos del NFT buscan una expectativa de ganancia. Finalmente, los derechos sobre el NFT pueden ser objeto de circulación por medio de mercados secundarios de criptoactivos, representados por plataformas electrónicas de negociación.

En este escenario y dentro del marco de la Unión Europea, se podrían presentar las mismas dos posibles subhipótesis ya desarrolladas:

- Que a los tókenes fungibles emitidos se les diera la naturaleza jurídica de instrumentos financieros conocidos como «valores negociables», en los términos del Anexo I, sección C de la Directiva 2014/65/UE.
- Que a los tókenes fungibles emitidos no se les diera la naturaleza jurídica de instrumentos financieros llamados «valores negociables», en los términos del Anexo I, sección C de la Directiva 2014/65/UE.

En esta segunda hipótesis, a los tókenes fungibles que se emitan se les podría aplicar el reglamento relativo al mercado de los criptoactivos MiCA (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos, 2020).

IV.2. Posible aplicación de la regulación del mercado de valores a los NFT

Partiendo del presupuesto de que en algunas hipótesis los NFT pueden ser considerados como valores, es necesario entrar a determinar cuáles serían los efectos frente al marco regulatorio del mercado de valores.

IV.2.1. Inscripción del emisor y los valores emitidos ante las autoridades financieras

En los casos en los cuales los NFT o los tókenes fungibles emitidos y respaldados por los citados NFT puedan ser considerados como valores, existiría la obligación legal por parte del emisor o del promotor de estos activos de solicitar autorización estatal ante la autoridad de supervisión para la correspondiente emisión, colocación y suscripción de los citados tókenes.

Es así como, en el caso de Estados Unidos, los NFT considerados valores (contratos de inversión) deben contar con la correspondiente inscripción ante la SEC, situación que fue confirmada por la U.S. District Court

Southern District of New York por medio de la decisión 21 Civ. 5837 del 22 de febrero de 2023.

En el caso de la Unión Europea, si a los tókenes fungibles respaldados por los NFT son considerados como valores, deberán contar con el correspondiente registro antes las autoridades financieras del caso en los términos del MiFID I y II.

IV.2.2. Suministro de información

La autorización e inscripción del emisor le genera una serie de obligaciones legales en materia de suministro de información, tanto a favor de los inversionistas como del mismo mercado de valores. Así, el deber de información se materializaría en los siguientes criterios:

- *White paper como prospecto o folleto de información:* la regulación del mercado de valores exige los folletos o prospectos en donde se consigna información en relación con la emisión y el emisor para que, a través de esta, los inversionistas puedan tomar decisiones razonables y diligentes al momento de adquirir los valores.

  Ahora bien, a través de un *white paper*, los inversionistas que adquieran participaciones o derechos de propiedad tokenizados sobre el NFT pueden tener información tecnológica, financiera y legal sobre los derechos que están adquiriendo, quién es el emisor y sus obligaciones, los riesgos a los que se ve sometida su inversión, la destinación de los recursos obtenidos por medio de la emisión, etc. (Corredor Higuera & Ríos, 2021).

  Es así como la SEC ha determinado la importancia de contar con un *white paper* en las ICO en aras de garantizar el suministro de información de los inversionistas que adquieren los tókenes (SEC, 2021). De esta manera, se estará frente a una ICO cuando se emitan NFT considerados como valores o tókenes fungibles que estén respaldados por un NFT, y debería contar con su correspondiente *white paper* autorizado por la autoridad financiera del caso.

  En el caso de la Unión Europea, si a los tókenes fungibles emitidos y respaldados en el NFT se les diera la naturaleza jurídica de instrumentos financieros llamados «valores negociables», se cumplirían las reglas sobre folletos de información en los términos de MiFID I y II.

  Por otra parte, si a los tókenes fungibles emitidos y respaldados en el NFT no se les diera la naturaleza jurídica de instrumentos financieros conocidos como «valores negociables», se les podría aplicar el reglamento relativo al mercado de los criptoactivos MiCA (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del

Consejo relativo a los mercados de criptoactivos, 2020), el cual habla en su artículo 5 de la obligatoriedad de los *white papers* frente a las ofertas públicas de tókenes[27].

- *Información periódica:* se debe suministrar al mercado y a los inversionistas información periódica financiera y contable sobre el comportamiento del NFT y de sus derechos derivados con el fin de determinar de forma objetiva la evolución de la inversión
- *Información relevante:* cualquier tipo de información económica, contable, administrativa, legal, operativa o tecnológica que afecte el comportamiento del NFT y de sus derechos derivados debe ser comunicada de forma inmediata al mercado por parte del emisor. Dicha obligación está encaminada a que los inversionistas puedan tener información objetiva y razonable dentro de sus procesos de inversión frente al NFT o sus derechos.

IV.2.3. Esquemas de protección a los inversionistas

Al estar frente a valores, sus titulares son acreedores de una serie de derechos dentro del marco de la regulación financiera. Así, dentro de los esquemas de protección se destacan:

- Suministro de información por medio del *white paper* o del folleto de información periódica y relevante.
- Esquemas de educación financiera por parte del Estado y de la misma industria cripto sobre las ventajas y desventajas de este tipo de inversión, su naturaleza jurídica, los riesgos a los cuales están expuestos los inversionistas, la alta volatilidad en el precio de los criptoactivos y la prevención en materia de estafas o mecanismos defraudatorios por medio de este tipo de criptoactivos.
- Protección en materia de datos personales.
- Esquemas efectivos para hacer exigibles sus derechos, en especial cuando se está ante esquemas de inversiones transfronterizas.

Esta es una de las principales problemáticas de este tipo de inversiones, ya que los inversionistas quedan sometidos a leyes o jurisdicciones extranjeras de difícil aplicación en la práctica. Es por esto que se deberían crear mejores condiciones de protección, tales como esquemas de selección de ley y foro aplicables por parte del inversionista, las cuales estén respaldadas por normas de carácter imperativo.

27 Véase Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos (2020, art. 5).

IV.2.4. Marcos regulatorios frente a las plataformas de negociación de criptoactivos, mercados secundarios y custodios de tókenes considerados como valores

La breve aproximación regulatoria que se esgrimirá en este apartado se debe aplicar a cualquier tipo de token que sea considerado como valor, independientemente de que sea un NFT o que responda a cualquier otra denominación, ya que no existe una razón legal, operativa y práctica para determinar un marco regulatorio exclusivo para el NFT sobre la materia.

En un futuro se deben determinar marcos regulatorios frente a tókenes considerados como valores en temas como negociación y registro, compensación y liquidación (en especial, de liquidación atómica), custodia de criptos, posibles fusiones de la etapa de negociación y cumplimiento, y nuevos riesgos, entre otros. A la fecha, la Unión Europea, por medio del Reglamento (EU) 2022/858, estableció un «plan piloto» con el fin de crear infraestructuras de mercado basadas en DLT en negociación y posnegociación que estén temporalmente exentas de algunas normas financieras propios de la Unión. Sin embargo, este es un espacio de prueba controlado que busca entender los retos sobre la materia para que en el futuro se busque marcos regulatorios idóneos para DLT y mercado de valores.

Por otra parte, siguiendo los avances internacionales sobre el tema, en especial en lo relacionado con la propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo Europeo (2020) frente al mercado de los criptoactivos MiCA, se han determinado reglas en materia de esquemas de licenciamiento frente a las plataformas de intercambio de criptos, criterios prudenciales y de administración de riesgos, sistemas de información sobre las operaciones y cambios de titularidad en los derechos de los custodios de tókenes, un sistema de licenciamiento, esquemas de separación patrimonial en caso de quiebra y sistemas de información a favor de los inversionistas. Estas reglas del MiCA tendrían una aplicación teórica frente a los tókenes fungibles emitidos y respaldados en el NFT y que no son considerados como instrumentos financieros. Tal hipótesis está respaldada en el artículo 2, numeral 2 y en el artículo 4, numeral 2, literal c) del citado reglamento.

Por otra parte, el reglamento MiCA no es aplicable a: los NFT cuando son considerados como instrumentos financieros, y los tókenes fungibles emitidos y respaldados en el NFT que son considerados como instrumentos financieros. En este escenario, no existe a la fecha una regulación especial en el marco de la Unión Europea[28]. En nuestro

28 El Reglamento (EU) 2022/858 (2022) solo se aplica sobre: a) acciones cuyo emisor tenga una capitalización bursátil o una capitalización bursátil estimada inferior a quinientos millones de euros (€ 500 000 000); b) bonos u otras formas de deuda titulizada, incluidos recibos de depositario

sentir, en esta hipotética situación se debería aplicar en su integridad la normatividad general de la Unión Europea en materia de mercado de valores, en donde se destacan MiFID I y II; el Reglamento (UE) N.° 909/2014 para temas de compensación, liquidación y CDV; y el Reglamento (UE) N.° 648/2012 para tema de entidades de contrapartida central y registros de operaciones, entre otras normativas.

En cuanto al caso de Estados Unidos, a la fecha no existen reglas especiales para la negociación y posnegociación de los tókenes considerados como *securities* (incluyendo los NFT), razón por la cual se debería aplicar el marco regulatorio general del mercado de valores norteamericano.

V. CONCLUSIONES

Los NFT han tenido un fuerte impacto en la industria cripto, ya que han permitido la creación de modelos de negocios innovadores representados en su característica de no fungibilidad. Esto ha traído como consecuencia que exista mucho interés en su adquisición y comercialización, en especial en la industria del arte, los audiovisuales, el deporte, los videojuegos, el entretenimiento, los objetos coleccionables y la música, lo mismo que en un sinnúmero de activos del mundo real. Este impacto de los NFT ha creado una serie de cuestionamientos por parte de los Estados en temáticas tales como su naturaleza jurídica, el impacto en la propiedad intelectual, la protección a los adquirentes de este tipo de tókenes y la prevención en materia de fraudes, entre otras.

Frente a la regulación financiera, los NFT han generado una serie de discusiones doctrinales y algunos pronunciamientos por parte de varias autoridades a nivel mundial, como la Unión Europea y el GAFI, y de algunos países asiáticos y de Estados Unidos, pero sin que a la fecha exista un marco regulatorio claro y preciso sobre la materia.

Bajo este contexto, los acercamientos frente a los NFT y los mercados financieros han estado direccionados a los siguientes puntos:

- Los NFT, entendidos de forma individual como una representación digital, no pueden ser considerados como activo financiero, ya que se está ante un simple cripto que reconoce derechos específicos sobre activos no fungibles y que no son objeto de comercialización y de inversión.

representativos de dichos valores o instrumentos del mercado monetario con un volumen de emisión inferior a un billón de euros (€ 1 000 000 000 000), excluidos aquellos que incorporen un derivado o una estructura que dificulte que el cliente comprenda los riesgos asociados; o c) participaciones en organismos de inversión colectiva a las que se refiere el artículo 25, apartado 4, letra a), inciso IV de la Directiva 2014/65/UE, cuyos activos gestionados tengan un valor de mercado inferior a quinientos millones de euros (€ 500 000 000).

- Los marcos regulatorios existentes en materia de comercialización y publicidad de criptoactivos (Unión Europea, MiCA, Francia y España, entre otros) excluyen de su ámbito de aplicación a los NFT que solamente representan un activo no fungible y que no son emitidos al público en general para ser adquiridos con fines de inversión.
- En los Estados en donde existe el concepto de «contrato de inversión» en la definición de *securities*, los NFT podrían ser considerados valores, siempre y cuando cumplan los requisitos del test de Howey.
- En los Estados en donde no existe la definición de «contratos de inversión», los NFT podrían ser considerados como valores, siempre y cuando cumplan los requisitos para tal fin.
- Las autoridades financieras han materializado comunicados dirigidos al público en general, informando sobre los riesgos de las inversiones en NFT, las posibles estafas con el uso de estos activos digitales, y los riesgos específicos en materia de lavado activos y financiación del terrorismo.
- China sigue manteniendo una posición restrictiva y punitiva que ha materializado frente al mercado cripto, en donde se determinó una estricta prohibición al uso de los NFT para fines de financiación de proyectos.
- El NFT como criptoactivo no fungible no puede ser objeto de reglas de lavado de activos, salvo que: a) el NFT sea considerado como activo financiero, b) el NFT sea considerado como activo virtual para procesos de pago o c) el NFT sea considerado como activo virtual para procesos de inversión.

Por otra parte, en la relación entre los NFT y el mercado de valores, la realidad del mercado ya superó el desarrollo normativo. Así, el mercado cripto ha creado una serie de mecanismos de financiación a partir de los NFT, donde claramente se está ante la existencia de valores y ofertas públicas. Sin embargo, hasta ahora algunos supervisores financieros han realizado pronunciamientos sobre el particular, conminando a la aplicación de la regulación del mercado de valores, en especial en aras de proteger a los inversionistas de este tipo de esquemas negociales.

La postura de esta investigación frente a este último punto está direccionada a la importancia de los procesos de intervención estatal con reglas del mercado de valores frente a estos nuevos esquemas de financiación con NFT a partir no solamente del concepto de valor, sino de la necesidad de proteger al inversionista por ser la parte débil de estas estructuraciones negociales.

Finalmente, se invita a los posibles lectores de esta investigación no solo a seguir ahondando sobre la temática, sino a estar al tanto de los nuevos esquemas negociales a partir de NFT y, de esta manera, identificar posibles problemáticas futuras a partir de la regulación financiera con sus correspondientes soluciones.

REFERENCIAS

Allouch, B. (2022, 27 de junio). *Quelle régulation et fiscalité pour les tokens non fongibles (NFT)?* Criptoast. https://cryptoast.fr/regulation-fiscalite-tokens-non-fongibles-nft/

Altman, P. I., Asaro, M. A., Benjamin Jr., J. J., Connolly, C. F., Goldstein, K. R., & Moyne, P. D. (2022, 6 de mayo). *SEC Ramp Up Means Increased Enforcement*. Akin Gump. https://www.akingump.com/en/news-insights/sec-ramp-up-means-increased-enforcement-coming-to-crypto-platforms-defi-exchanges-and-nfts.html

Ante, L. (2021). *Non-fungible token (NFT) markets on the Ethereum blockchain: Temporal development, cointegration and interrelations*. Blockchain Research Lab Working Paper Series, N.° 22. https://doi.org/10.2139/ssrn.3904683

Arango-Arango, C., Barrera-Rego, M., Bernal-Ramírez, J., & Boada-Ortiz, A. (2018). *Criptoactivos*. https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/documento-tecnico-criptomonedas.pdf

Async. (2022, enero). https://async.art/

AVAXHOLIC. (2022, 8 de diciembre). *¿Cuáles son las diferencias entre ERC-721, ERC-1155 y ERC-20?* https://avaxholic.com/es/what-are-the-differences-between-erc-721-erc-1155-and-erc-20/

Banco de la República de Colombia. (2018, 4 de septiembre). *Criptoactivos*. https://www.banrep.gov.co/es/publicaciones/documento-tecnico-criptoactivos

Bangko Sentral ng Pilipinas. (2021, 26 de enero). *Circular No. 1108. Guidelines for Virtual Asset Service Providers (VASP)*. Filipinas.

BBC Mundo. (2021, 12 de marzo). *NFT y Beeple: la extraordinaria subasta por US$69 millones de una obra de arte que no existe en la vida real*. BBC News Mundo. https://www.bbc.com/mundo/noticias-56368491

Binns, D. (2022). No Free Tickets: Blockchain and the Film Industry. *M/C Journal*, *25*(2). https://doi.org/10.5204/mcj.2882

Bodó, B., Gervais, D., & Quintais, J. (2018). Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing? *International Journal of Law and Information Technology*, *26*(4), 311-336. https://doi.org/10.1093/ijlit/eay014

Brooke, C. (2023, 23 de febrero). *Best New NFT Projects for 2023*. Business Community. https://www.business2community.com/nft/new-nft-projects

Chan, T. (2022, 22 de diciembre). The nature of property in cryptoassets. *Legal Stuedies*, *First View*, 1-19. https://doi.org/10.1017/lst.2022.53

Chance, C. (2021, junio). *NON-FUNGIBLE TOKENS: THE GLOBAL LEGAL IMPACT*. https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2021/06/non-fungible-tokens-the-global-legal-impact.pdf

Cheong, B. (2022). *Application of Blockchain-enabled Technology: Regulating Nonfungible Tokens (NFTs) in Singapore*. Singapore Law Gazette.

Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). (2023, 23 de febrero). *LA CNMV PRESENTA SU PLAN DE ACTIVIDADES DE 2023* [nota de prensa]. https://www.cnmv.es/Portal/verDoc.axd?t={1307810f-3152-411e-9bcd-38c2f5db28f9}

Coin, J. D. (2021, 20 de abril). *Quelle valeur pour mon nft ? Tout comprendre aux marchés primaires et secondaires*. JOURNAL DU COIN. https://journalducoin.com/nft/quelle-valeur-pour-mon-nft-tout-comprendre-aux-marches-primaires-et-secondaires/

Collins, C. (2021). *NFT Arte y Coleccionables Para Principiantes. La Guía Que Debes Tener Para Comprender Las Fichas No Fungibles (NFT)*. Babelcube Inc.

Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos (SEC). (2021, 21 de julio). *Initial Coin Offerings (ICOs)*. https://www.sec.gov/ICO

Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos (SEC). (2022b, 3 de mayo). *SEC Nearly Doubles Size of Enforcement's Crypto Assets and Cyber Unit*. https://www.sec.gov/news/press-release/2022-78?utm_medium=email&utm_source=govdelivery

Congressional Research Service. (2022, 20 de julio). *Non-Fungible Tokens (NFTs)*. CRS Report. https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R47189

Corredor, J., & Diaz, D. (2018). Blockchain y mercados financieros: aspectos generales del impacto regulatorio de la aplicación de la tecnología blockchain en los mercados de crédito de América Latina. *Derecho PUCP*, (81), 1-35. https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.013

Corredor Higuera, J., & Ríos, D. (2021). Discusiones en torno a las Initial Coin Offering y las Security Token Offering en Colombia. En J. Henao y S. Téllez (eds.), *Disrupción tecnológica, transformación digital y sociedad* (vol. II, pp. 425-462). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Corredor Higuera, J. A. (2019). Trece años de vigencia de la Ley 964 de 2005: análisis de sus efectos en el mercado de valores y puntos para tener en cuenta para futuras modificaciones. *Revista Prolegómenos*, *22*(4), 21-41. https://doi.org/10.18359/prole.3398

Cuero, A. B. (2023, 20 de marzo). *ERC-1155: El estándar NFT que está cambiando el juego en la blockchain*. LinkedIn. https://es.linkedin.com/pulse/erc-1155-el-est%C3%A1ndar-nft-que-est%C3%A1-cambiando-juego-en-la-bravo-cuero

De Filippi, P., & Wright, A. (2018). *Blockchain and the Law: The Rule of Code*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. https://doi.org/10.4159/9780674985933

Desarrolloactivo.com. (s.f.). *FileCoin, plataforma de almacenamiento descentralizada*. https://desarrolloactivo.com/articulos/filecoin-dex/

Downes, J., & Goodman , J. (1995). *Dictionary of Finance and Investment Terms* (5.ª ed.). Nueva York: Barron's Financial Guides.

Echeverría, I. (2023, 29 de marzo). *CryptoKitties. El primer juego NFT en Ethereum de crianza (breeding)*. Tokensgratis.com. https://tokensgratis.com/cryptokitties-el-primer-juego-nft-en-ethereum-de-crianza-breeding/

ECIJA. (2021, octubre). NFTs Y FAN TOKENS, UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA Y DE MERCADO. https://ecija.com/wp-content/uploads/2021/10/ECIJA_Plantilla-NFT_06-comprimido-1.pdf

Elzweig, B., & Trautman, L. (2023). When Does a Nonfungible Token (NFT) Become a Security? *Georgia State University Law Review*, *295*, 1-44. https://doi.org/10.2139/ssrn.4055585

Ethereum. (2023, 19 de marzo). *Non-fungible tokens (NFT)*. https://ethereum.org/en/nft/#:~:text=NFTs%20are%20tokens%20that%20we,a%20new%20NFT%20into%20existence

European Securities and Markets Authority (ESMA), European Banking Authority (EBA), & European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA). (2022). *EU financial regulators warn consumers on the risks of crypto-assets*. París. https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esa_2022_15_joint_esas_warning_on_crypto-assets.pdf

European Union Blockchain Observatory & Forum. (2021, 29 de noviembre). *Demystifying NonFungible Tokens*. https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/DemystifyingNFTs_November%202021_2.pdf

Feng, C. (2022, 25 de enero). China introduces state-backed NFT platform unlinked to cryptocurrencies. *South China Morning Post*. https://www.scmp.com/tech/tech-trends/article/3164681/china-introduces-state-backed-nft-platform-unlinked?module=perpetual_scroll_0&pgtype=article&campaign=3164681

Forkast. (2022). *Research Report: State of the NFT Market*.

Forum, E. O. (2021, julio). *EU BLOCKCHAIN . NFT – Legal Token Classification*. Blockchain Observatory and Forum. https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/research-paper/NFT%20%E2%80%93%20Legal%20Token%20Classification.pdf

Franceschet, M., Colavizza, G., Smith, T., Finucane, B., Ostachowski, M. L., Scalet, S., Perkins. J., Hernández, S., & Morgan. J. (2021). Crypto Art: A Decentralized View. *Leonardo*, *54*(4). https://direct.mit.edu/leon/article/54/4/402/97295/Crypto-Art-A-Decentralized-View.

Frankfurt Kurnit Klein, & Selz PC. (2022). *Are NBA Top Shot Moments Securities? Legal Arguments Take Shape in Class Action Against Dapper Labs That Could Rock the World of NFTs*. Lexology. https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8ba0ca60-fd6e-4b4f-bdd6-5461917b8df8

Fundación Telefónica. (2011). *Realidad Aumentada: una nueva lente para ver el mundo*. Barcelona: Ariel.

Gato, J., Parsafar, Y., Khoury, G., & Almaci, P. (2022). Tokenization and the Law: Legal Issues with NFTs. *The National Law Review*, *XII*(268), 1-10. https://www.natlawreview.com/article/tokenization-and-law-legal-issues-nfts

Geroni, D. (2021, 1 de septiembre). *Understanding The Attributes Of Non-Fungible Tokens (NFTs)*. 101 blockchains. https://101blockchains.com/nft-attributes/

Gorriceta, M., Candelario, L., & Montevirgen, R. (2021, 1 de diciembre). *NFT regulations in the Philippines*. Asia Business Law Journal. https://law.asia/nft-regulations-philippines/

Grupo Atico34. (2022, 1 de enero). *Los NFT y los derechos de propiedad*. https://proteccion datos-lopd.com/empresas/nft-derechos-propiedad/

Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). (2021). *Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*. París.

Gupta, P., & Tham, T. (2019). *Fintech. The New DNA of Financial Services*. Estados Unidos: Research Collection Lee Kong Chian School Of Business.

Guzmán, D. (2022, 16 de abril). *Aspectos legales de los NFT's en Colombia*. Departamento de Propiedad Intelectual de la Universidad Externado de Colombia. https://propintel.uexternado.edu.co/aspectos-legales-de-los-nfts-en-colombia/

Hong, B., & Roubaud, D. (2021, 13 de diciembre). Recent Development in Fintech: Non-Fungible Token. *FinTech*, *1*(1), 44-46. https://doi.org/10.3390/fintech1010003

Hosseini Bamakan, S., Nezhadsistani, N., Bodaghi, O., & Qu, Q. (2021). A Decentralized Framework for Patents and Intellectual Property as NFT in Blockchain Networks. *Research Square*. https://doi.org/10.21203/rs.3.rs-951089/v1

Hsu, S. (2022, 16 de mayo). *What's Behind China's Ban on NFTs?* The Diplomat. https://thediplomat.com/2022/05/whats-behind-chinas-ban-on-nfts/

International Association for Trusted Blockchain Applications (INATBA). (2022). *Regulating for the future. Policy notes on Non-fungible tokens (Part 3 of 4)*. Bruselas. https://inatba.org/wp-content/uploads/2022/03/Non-Fungible-Tokens-and-Policy.pdf

JDSUPRA. (2022, 10 de marzo). *Are NFTs Securities? Analysis of the NBA Top Shot Litigation and Other NFT-Related Actions*. https://www.jdsupra.com/legalnews/are-nfts-securities-analysis-of-the-nba-2972108/#_ftnref12

JPMorgan Chase & Co. (2022). *Opportunities in the metaverse. How businesses can explore the metaverse and navigate the hype vs. reality*. ONYX by J.P Morgan, 1-17. https://www.jpmorgan.com/content/dam/jpm/treasury-services/documents/opportunities-in-the-metaverse.pdf?trk=public_post_main-feed-card-text

Juegos más Cartas. (2020). *Los 11 mejores juegos de cartas coleccionables 2020*. https://www.juegosmascartas.com/juegos-de-cartas-coleccionables/

Kimpel, S. (2019, 3 de abril). *SEC Staff Issues Security Tokens Framework*. Hunton Andrews Kurth. https://www.blockchainlegalresource.com/2019/04/sec-staff-issues-security-token-framework/#more-780

KnownOrigin. (2023, 1 de marzo). https://knownorigin.io/

Kostopoulos, N., Damvakeraki, T., Dionysopoulos, L., Marianna, C., Giaglis, G., Noszek, Z., & Bandman, J. (2021). *Demystifying Non-Fungible Tokens (NFTs)*. The European Union Blockchain Observatory & Forum.

Kozinets, R. (2022). Immersive netnography: a novel method for service experience research in virtual reality, augmented reality and metaverse contexts. *Journal of Service Management*, 31(1), 100-125. https://doi.org/10.1108/JOSM-12-2021-0481

Law Commission. (2022). *HOW WE CONSULT*. Londres: OGL, Crown.

Lehmann, M. (2021). National Blockchain Laws as a Threat to Capital Markets Integration. *Uniform Law Review*. https://doi.org/10.2139/ssrn.3857495

Martín Simón, P., & Salces Acebes, L. (2021, 20 de diciembre). La UE retrasa hasta 2024 la aplicación de la norma sobre el bitcóin y otras criptos. *Cinco Días*. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/12/17/mercados/1639745826_170666.html

Masakazu, I., & Atsushi, I. (2021). *NFT regulations in Japan*. Asia Business Law Journal. https://law.asia/nft-regulations-japan/

Mendelson, M. (2019). From Initial Coin Offerings to Security Tokens: A U.S. Federal Securities Law Analysis. *Stanford Technology Law Review*, *22*(1). https://law.stanford.edu/publications/from-initial-coin-offerings-to-security-tokens-a-u-s-federal-securities-law-analysis/

Mendoza Bautista, B., Izquierdo Lozano, L., & Mendoza de los Santos, A. (2022). Los NFT en el mercado electrónico y su impacto en el arte digital. *Revista SCIÉNDO*, *25*(2), 213-217. http://dx.doi.org/10.17268/sciendo.2022.026

MiT Software. (2022, 5 de enero). *MiT Labs ¿Qué es NBA Top Shot?* https://mitsoftware.com/que-es-nba-top-shot/

Mudgil, S. (2021, 21 de abril). *How to mint an NFT (Part 2/3 of NFT tutorial series)*. Ethereum. https://ethereum.org/pt/developers/tutorials/how-to-mint-an-nft/

Mystakidis, S. (2022). Metaverse. *Encyclopedia*, *2*(1), 486-497. https://www.mdpi.com/2673-8392/2/1/31

Nadini, M., Alessandretti, L., Flavio, D., Martino, M., Aiello, L., & Baronchelli, A. (2021, 22 de octubre). Mapping the NFT revolution: market trends, trade networks, and visual features. *Scientific Reports*. https://doi.org/10.1038/s41598-021-00053-8

Nanda, M., & Bain, M. (2021, 13 de diciembre). *Nike adquiere la empresa emergente de moda virtual RTFKT*. The Business of Fashion. https://www.businessoffashion.com/articles/technology/nike-acquires-virtual-fashion-start-up-rtfkt/

Navarro, F., Martínez, A., & Martínez, J. (2018). *Realidad Virtual y Realidad Aumentada. Desarrollo de Aplicaciones*. Madrid: Ra-ma.

Neira Suarez, B. (2022, 22 de junio). *Origen y Definición de las Criptomonedas: El Bitcoin y los Non Fungible Tokens* [tesis de grado en Administración y Dirección de Empresas, Universidad de Oviedo]. Asturias. https://digibuo.uniovi.es/dspace/handle/10651/63518

Observatorio Blockchain. (2022, 30 de junio). *La UE acuerda rastrear las transferencias de criptoactivos como el dinero tradicional*. https://observatorioblockchain.com/criptomonedas/lla-ue-acuerda-rastrear-las-transferencias-de-criptoactivos-igual-que-el-dinero-tradicional/

O'Melveny. (2022, 29 de septiembre). *Howey Should Think About NFTs and Securities Laws*. https://www.omm.com/resources/alerts-and-publications/alerts/howey-should-think-about-nfts-and-securities-laws/

Ophèle, R. (2021, 15 de octubre). *Discours de Robert Ophèle, président de l'AMF - Conférence Banque de France/Université d'Orléans : "Crypto-actifs et cybersécurité : innovations et défis - Les enjeux de la régulation des cryptoactifs" (Université d'Orléans) - 15 octobre 2021*. https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/prises-de-parole/discours-de-robert-ophele-president-de-lamf-conference-banque-de-franceuniversite-dorleans-crypto

Ophèle, R. (2022, 18 de julio). *Discours de clôture de Robert Ophèle, président de l'AMF – Crypto & Finance Forum - "Saisir l'opportunité de la crypto-finance" - 18 juillet 2022*. https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/prises-de-parole/discours-de-cloture-de-robert-ophele-president-de-lamf-crypto-finance-forum-saisir-lopportunite-de

Outrace. (s.f.). *What is Outrace*. https://outrace.game/

Parlamento Europeo. (2022). *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology*. Bruselas: European Union.

Plana Paluzie, À. (2018, 22 de noviembre). *El test de Howey y su relevancia en las criptomonedas - tokens*. Entre Leyes y Jurisprudencia. http://www.leyesyjurisprudencia.com/2018/11/el-test-de-howey-y-su-relevancia-en-las.html#:~:text=El%20Test%20de%20Howey%20es,Tribunal%20Supremo%20de%20Estados%20Unidos

Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs. (2022). *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*. Bruselas: European Parliament. https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/737709/IPOL_STU(2022)737709_EN.pdf

Polygon Labs. (2021, 11 de agosto). *The Complete Beginner's Guide to NFTs on Polygon*. Polygon. https://polygon.technology/blog/the-complete-beginners-guide-to-nfts-on-polygon

Prat, J., Danos, V., & Marcassa, S. (2021). *Fundamental Pricing of Utility Tokens*. THEMA Working Paper N.° 2011-11. Archive ouverte HAL.

PricewaterhouseCoopers International Limited (PwC). (2021). *El impacto regulatorio de la Propuesta MiCA. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937COM/2020/593*. España: PricewaterhouseCoopers International Limited.

R.A.R.E Art Labs. (2019, 26 de septiembre). *Buying R.A.R.E Art: the Benefits*. R.A.R.E. Art. https://medium.com/rareartlabs/buying-r-a-r-e-art-the-benefits-cfc259552f53

Rosenfeld, M. (2012). *Overview of Colored Coins*. https://allquantor.at/blockchainbib/pdf/rosenfeld2012overview.pdf

Rossow, A. (2022, 21 de julio). *Are NFTs Securities? A Guide to Global Policies*. nft now. https://nftnow.com/guides/are-nfts-securities-a-guide-to-global-policies/

Rugaard, M. J. (2021, diciembre). *The uncertain regulatory status of NFTs*. The Tokenizer. https://thetokenizer.io/NFT/wp-content/uploads/2021/12/The-uncertain-regulatory-status-of-NFTs-.pdf

Santiago Moreno, I. (2019). *La nueva economía blockchain y criptomonedas en 100 preguntas*. Madrid: Nowtilus.

Securities and Futures Commission. (2022, 6 de junio). *SFC reminds investors of risks associated with non-fungible tokens*. https://apps.sfc.hk/edistributionWeb/gateway/EN/news-and-announcements/news/doc?refNo=22PR34

Securities Association of China (SAC). (2022, 13 de abril). *Securities Brokers Must Hold Permits in Practice*. Pekín: China Securities Regulatory Commission. http://www.csrc.gov.cn/csrc_en/c102030/c1370961/content.shtml

Shaw, J. (2022, 8 de julio). *EUIPO releases guidance on virtual goods, non-fungible tokens and the metaverse*. FootAnstey. https://www.footanstey.com/our-insights/articles-news/euipo-releases-guidance-on-virtual-goods-non-fungible-tokens-and-the-metaverse/

Solana. (2023, 29 de marzo). https://solana.com/es/developers/nfts

Sullivany, S., & Koonce, L. (2021, 24 de marzo). *What You Don't Know About NFTs Could Hurt You: Non-Fungible Tokens and the Truth About Digital Asset Ownership*. Davis Wright Tremaine LLP. https://www.dwt.com/insights/2021/03/what-are-non-fungible-tokens

Sustainable Holdings. (2021, 12 de abril). *Request: Rulemaking Regarding Non-Fungible Tokens*. Washington, D. C.

Swiss Financial Markets Authority (FINMA). (2018, 16 de febrero). *FINMA publishes ICO guidelines*.

Team Inc42. (2021, 1 de septiembre). *Non-Fungible Tokens: What Are They, How Do They Work?* https://inc42.com/resources/non-fungible-tokens-what-are-they-how-do-they-work/

The LawTech Delivery Panel. (2009). *Legal statement on cryptoassets and smart contractas*. Londres.

The Tokenist. (2022, 17 de marzo). *Complete Guide to Security Tokens: How They Work Explained Simply*. https://tokenist.com/investing/security-tokens-explained/

UK Jurisdiction Taskforce. (2019). *Legal statement on cryptoassets and smart contracts.* Londres: Law Commissions of England and Wales. https://www.blockchain4europe.eu/wpcontent/uploads/2021/05/6.6056_JO_Cryptocurrencies_Statement_FINAL_WEB_111119-1.pdf

Vallant, T. (2021, 25 de abril). *Les NFT et le droit: premiers éléments juridiques et de fiscalité sur les jetons non fongibles* [entrada de blog]. THIERRYVALLATAVOCAT. https://www.thierryvallatavocat.com/2021/04/les-nft-et-le-droit-premiers-elements-juridiques-et-de-fiscalite-sur-les-jetons-non-fongibles.html

Vargas Herrera, A. (2021, 8 de noviembre). *Criptomoneda, la transformación del sistema de pagos en el mundo* [tesis de Maestría en Tributación Internacional, Comercio Exterior y Aduanas, Universidad Externado de Colombia]. https://doi.org/10.57998/bdigital.handle.001.4826

vbuterin. (2018, 18 de enero). *Explanation of DAICOs*. research. https://ethresear.ch/t/explanation-of-daicos/465

Vijayakumaran, A. (2021). Democratizing NFTs: F-NFTs, DAOs and Securities Law. *Richmond Journal of Law and Technology*. https://doi.org/10.2139/ssrn.3964905

Villegas, L. G. (2022, enero). *FINTECH Y CRIPTOMONEDAS: IMPACTO Y ALCANCE EN LA ACTUALIDAD* [trabajo fin de grado en Administración y Dirección de Empresas, Universitat Politécnica de Valencia]. https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/185951/Garcia%20-%20FINTECH%20Y%20CRIPTOMONEDAS%20IMPACTO%20Y%20ALCANCE%20EN%20LA%20ACTUALIDAD.pdf?sequence=1

Wang, Q., Rujia, L., Chen, S., & Wang, Q. (2021). *Non-Fungible Token (NFT): Overview, Evaluation, Opportunities and Challenges (Tech Report^{v2})*. Arxiv. https://arxiv.org/pdf/2105.07447.pdf

Williamson, L., & Rapport, L. (2021, 31 de marzo). *Non-fungible tokens: at the UK legal anda tax frontier*. Withersworldwide. https://www.withersworldwide.com/en-gb/nfts-at-the-uk-legal-and-tax-frontier

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Circular 1108 (Bangko Sentral ng Pilipinas [Filipinas], 2021). https://www.bsp.gov.ph/Regulations/Issuances/2021/1108.pdf

Circular 1/2022 relativa a la publicidad sobre criptoactivos presentados como objeto de inversión (Comisión Nacional del Mercado de Valores [CNMV], 17 de enero de 2022). *Boletín Oficial del Estado*, (14), sec. I, 4106-4116. https://www.boe.es/boe/dias/2022/01/17/pdfs/BOE-A-2022-666.pdf

Code monétaire et financier (Parlamento y Asamblea Nacional [Francia], 2023). *Legifrance*, versión en vigor al 25 de abril de 2023. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006072026/LEGISCTA000006123830/#LEGISCTA000006123830

Código del Gobierno de Texas § 4001.068 (2022). Estatutos de Texas, título 12, capítulo 4001, sección 068. https://texas.public.law/statutes/tex._gov't_code_section_4001.068

Decreto Legislativo 861 (Congreso de la República [Perú], 1996). *Diario Oficial El Peruano*, *XIV*(5956), 143698-143724. https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00861.pdf

Directiva 2009/110/CE (Parlamento Europeo y Consejo Europeo, 2009). *Diario Oficial de la Unión Europea*, (267), 7-17, 10 de octubre de 2009. https://www.boe.es/doue/2009/267/L00007-00017.pdf

Directiva 2014/65/UE (Parlamento Europeo, 2014). *Diario Oficial de la Unión Europea*, (173), 349-496, 12 de junio de 2014. https://www.boe.es/doue/2014/173/L00349-00496.pdf

Directiva 2014/49/UE (Parlamento Europeo y Consejo Europeo, 2014). *Diario Oficial de la Unión Europea*, (173), 149-178, 12 de junio de 2014. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2014-81282

Financial Instruments and Exchange Act No. 25 of 1948 (Financial Services Agency [Japón], 13 de abril de 1948). https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/2355/en#je_ch1at2

Friel v. Dapper Labs, Inc. et al, 21 Civ. 5837 (VM) (U.S. District Court Southern District of New York [EE. UU.], 22 de febrero de 2023). https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2021cv05837/562991/43/

G20. Communiqué Finance Ministers & Central Bank Governors (G20, 19 de marzo de 2018). https://back-g20.argentina.gob.ar/sites/default/files/media/communique_g20.pdf

Insolvency Act 1986 (Parlamento [Reino Unido], 1986). https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents

Ley 84 de 1873, Código Civil de los Estados Unidos de Colombia (Congreso de la República de Colombia, 1873). *Diario Oficial,* (2867), 31 de mayo de 1873. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Ley 964 de 2005 (Congreso de la República [Colombia], 8 de julio de 2005). https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=22412

Oficio 220-196196 (Superintendencia de Sociedades [Colombia], 30 de septiembre de 2020). https://www.incp.org.co/Site/publicaciones/info/archivos/Oficio-220-196196-de-2020.pdf

Oficio 100-237890 (Superintendencia de Sociedades [Colombia], 14 de diciembre de 2020).

Oficio N.° 232 (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales [Colombia], 19 de febrero de 2021). https://www.ctcp.gov.co/CMSPages/GetFile.aspx?guid=0c717294-e5d7-4b64-ba57-abd5f317c608

Order No. ENF-22-CDO-1860 (Texas State Securities Board [EE. UU.], 13 de abril de 2022). https://www.ssb.texas.gov/sites/default/files/2022-04/Order_ENF_22_CDO_1860_.pdf

Payment Services Act N.° 59 (2009). https://www.japaneselawtranslation.go.jp/ja/laws/download/3078/09/h21Aa000590204en11.0_h28A62.pdf

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (Comisión Europea [Bruselas], 24 de septiembre de 2020). https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f69f89bb-fe54-11ea-b44f-01aa75ed71a1.0003.02/DOC_1&format=PDF

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (Ministerio de Cultura [España], 23 de abril de 1996). *Boletín Oficial del Estado*, (97), 22 de abril de 1996. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930

Real Decreto Legislativo 4/2015 (Ministerio de Economía y Competitividad [España], 2015). *Boletín Oficial del Estado*, (255), 24 de octubre de 2015. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11435

Reglamento (UE) N.° 648/2012 (Parlamento Europeo y Consejo Europeo, 2012). *Diario Oficial*. https://www.managementsolutions.com/es/publicaciones-y-eventos/apuntes-normativos/notas-tecnicas-normativas/reglamento-ue-no-6482012-emir#:~:text=El%20EP%20y%20el%20Consejo,derivados%20en%20la%20crisis%20financiera

Reglamento (UE) N.° 600/201 (Parlamento Europeo, 2014). *Diario Oficial de la Unión Europea*, (173), 84-148, 12 de junio de 2014. https://www.boe.es/doue/2014/173/L00084-00148.pdf

Reglamento (UE) N.° 909/2014 (Parlamento Europeo y Consejo Europeo, 2014). *Diario Oficial de la Unión Europea*, (257), 1-72, 28 de agosto de 2014. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2014-81821

Reglamento (EU) 2022/858 (Parlamento Europeo, 2022). *Diario Oficial de la Unión Europea*, (151), 1-33, 2 de junio de 2022. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2022-80826

SEC v. W.J. Howey Co., 328 U.S. 293 (U.S. Supreme Court [EE. UU.], 1946). https://supreme.justia.com/cases/federal/us/328/293/

Sectores regulados: MiFID II – MiFIR (Comisión Nacional del Mercado de Valores [España], 3 de enero de 2018). https://www.cnmv.es/portal/MiFIDII_MiFIR/MapaMiFID.aspx

Securities Exchange Act of 1934 (U.S. Congress [EE. UU.], 2022). https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-1885/pdf/COMPS-1885.pdf

Recibido: 31/10/2022
Aceptado: 03/04/2023

FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

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 mayo de 2023.

Forno Florez, Hugo Alfieri
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

567

PROFESORES DE LA FACULTAD DE DERECHO

Bardales Mendoza, Enrique Rosendo
Boyer Carrera, Janeyri Elizabeth
Bregaglio Lazarte, Renata Anahí
Bustamante Alarcón, Reynaldo
Cairampoma Arroyo, Vicente Alberto
Cairo Roldán, José Omar
Canessa Montejo, Miguel Francisco
Caro John, José Antonio
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
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
Saco Chung, Víctor Augusto
Sevillano Chávez, Sandra Mariela
Solórzano Solórzano, Raúl Roy
Tabra Ochoa, Edison Paul
Soria Luján, Daniel
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 Bernal, Heber Joel
Campos García, Héctor Augusto
Candela Sánchez, César Lincoln
Castro Otero, José Ignacio
Cavani Brain, Renzo Ivo
Chanjan Documet, Rafael Hernando
Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro
De La Haza Barrantes, Antonio Humberto

569

PROFESORES DE LA FACULTAD DE DERECHO

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
Mendoza del Maestro, Gilberto
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
Reyes Tagle, Yovana Janet
Rivarola Reisz, José Domingo

Robles Moreno, Carmen del Pilar
Rodríguez Santander, Róger Rafael
Rojas Leo, Juan Francisco
Rojas Montes, Verónica Violeta
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